



Roj: STS 782/2016 - ECLI:ES:TS:2016:782
Id Cendoj: 28079130032016100071
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Recurso: 1141/2013
Nº de Resolución: 528/2016
Procedimiento: CONTENCIOSO - APELACION
Ponente: DIEGO CORDOBA CASTROVERDE
Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo **Contencioso-Administrativo**

Sección: TERCERA

S E N T E N C I A

Sentencia Nº: 528/2016

Fecha de Sentencia: 07/03/2016

RECURSO CASACION Recurso Núm.: 1141 /2013

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria

Votación: 01/03/2016

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCIÓN 3

Ponente: Excmo. Sr. D. **Diego Córdoba Castroverde** **Secretaría de Sala :** Ilma. Sra. Dña. Aurelia Lorente Lamarca **Escrito por:** AVJ

Nota:

Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

Vulneración del principio de legalidad de los artículos 30.3 y 30.4 por falta de habilitación legal para regular una competencia de los Notarios para ejercer un control de legalidad sobre los préstamos hipotecarios pudiendo denegar la autorización del préstamo y para regular un recurso administrativo contra esta decisión.

No se aprecia habilitación legal en las normas invocadas.

RECURSO CASACION Num.: 1141/2013

Votación: 01/03/2016

Ponente Excmo. Sr. D.: **Diego Córdoba Castroverde**

Secretaría Sr./Sra.: Ilma. Sra. Dña. Aurelia Lorente Lamarca

S E N T E N C I A 528/2016

TRIBUNAL SUPREMO.

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO SECCIÓN: TERCERA

Excmos. Sres.: Presidente:

D. Pedro José Yagüe Gil

Magistrados:

D. Eduardo Espín Templado

D. José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D^a. María Isabel Perelló Doménech

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

En la Villa de Madrid, a siete de Marzo de dos mil dieciséis.

La Sala Constituida por los Excmos. Sres. Magistrados y la Excm. Sra. Magistrada relacionados al margen ha visto el presente recurso de casación con el número 1141/2013 que ante la misma pende de resolución, interpuesto por el Procurador de los Tribunales Don Rafael Gamarra Megías y del CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO, bajo la dirección Letrado de Don Juan Alfonso Santamaría Pastor y por El Abogado del Estado contra la Sentencia de fecha 5 de marzo de 2013 dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. Siendo parte recurrida el Procurador de los Tribunales Don Manuel Lanchares Perlado en nombre y representación del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida contiene parte dispositiva del siguiente tenor:

" **FALLAMOS .-**

1) Estimar el recurso, sin dar lugar a la inadmisibilidad del mismo opuesta por el Consejo General del Notariado.

2) Declarar la nulidad de la parte del primer párrafo del apartado 3 del artículo 30 de la Orden EHA/2899/2011 que dice así: << derivado de su deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios que autorizan, los notarios denegarán la autorización del préstamo cuando el mismo no cumpla lo previsto en esta orden y la legalidad vigente>>.

3) Declarar la nulidad del apartado 4 del artículo 30 de la misma Orden, que dispone lo siguiente: <<La decisión del funcionario por la que deniegue la autorización del préstamo o la inscripción de alguna de sus cláusulas deberá efectuarse mediante escrito motivado, ordenado en hechos y fundamentos de derecho. Dicha decisión será recurrible ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en los plazos y formas previsto para el recurso de alzada>>.

4) Imponer las costas del proceso a las partes codemandadas".

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia, El Abogado del Estado

y la representación procesal del Consejo General del Notariado, presentaron escrito ante la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional preparando el recurso de casación contra la misma. Por diligencia de ordenación se tuvo por preparado en tiempo y forma el recurso de casación, emplazando a las partes para que comparecieran ante el Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones ante este Tribunal, El Abogado del Estado y el representante legal del Consejo General del Notariado interponen sendos recursos de casación contra la sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 5 de marzo de 2013 (rec. 651/2011) por la que se estimó el recurso interpuesto por el Colegio de los Registradores de la Propiedad contra la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

A) El recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado se funda en los siguientes motivos de casación:

1º El primer motivo, planteado al amparo del artículo 88.1.d) de la LJ , invoca la infracción del artículo 23.2 de la Ley 50/1997 , del artículo 62.2 de la Ley 30/1992 y de la STS de 20 de mayo de 2008 , por aplicación indebida en relación, en relación con los artículos 18.1 de 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 préstamos o crédito y los artículos 2 , 17 bis y 24 de la Ley del Notariado .

Dicha quiebra se produce por cuanto el art. 30.3 primer párrafo de la Orden EHA/2899/2011 encuentra su antecedente en la Orden de 5 de mayo de 1994 y en el art. 18.1 y 3 de la Ley 2/2009 de 31 de marzo por lo que la norma reglamentaria impugnada contaba desde 2009 con la necesaria cobertura legal.

El Notario, según el artículo 1 de Ley de Notariado, es un funcionario público para dar fe "conforme a las leyes" por lo que tiene un deber genérico de controlar todos los documentos por él autorizados, pues al igual que todos los funcionarios públicos tiene el deber de abstenerse de aquellas actuaciones que supongan una vulneración del ordenamiento jurídico.

2º El segundo motivo, planteado al amparo del artículo 88.1.d) de la LJ, denuncia la infracción de los artículos 29.2 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo de Economía Sostenible, el art. 48.2 de la Ley 26/1998, de 29 de julio sobre Disciplina e Intervención de las entidades de crédito y de la Disposición Adicional Primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre que modifica la Ley 2/1981 de 25 de marzo, en relación con el artículo 24 de la Ley 50/1997 sobre competencia del Ministerio de Economía para dictar la Orden impugnada, en relación con los artículos 62.1.b) y 67.3 de la Ley 30/1992, conforme a los cuales la incompetencia jerárquica no es causa de nulidad de pleno derecho, sino motivo de anulabilidad susceptible de convalidación.

Argumenta que la Orden impugnada se dicta en uso de las habilitaciones conferidas expresamente al Ministro de Economía y Hacienda en los preceptos que se denuncian como infringidos por cuanto su objeto es el refuerzo de los mecanismos de protección del cliente de servicios financieros y no la regulación del régimen de los instrumentos pública notariales y por ello la Disposición Final Cuarta de la Orden establece como títulos competenciales los previstos en el art. 149.1. 6, 11 y 13 de la Constitución que atribuye al Estado competencia exclusiva sobre la Legislación mercantil, bases de ordenación del crédito, banca y seguro y bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, que tiene un carácter transversal por lo que la incidencia en la actividad notarial queda comprendida en dicha competencia.

Y así se desprende también de las habilitaciones contenidas en los artículos 20.2 de la ley 2/2011 y 48.2 de la Ley 26/1988 y en la Disposición Adicional Primera de la Ley 41/2007 que la otorgan al Ministerio de Economía y Hacienda. Y finalmente argumenta que si bien el Ministerio de Justicia está encargado de lo afecta a la fe pública notarial, corresponde al Ministerio de Economía la competencia para dictar la normativa de protección de los usuarios de servicios financieros, por lo que en caso de conflicto debe acudir al criterio de la especialidad.

Y suplicando a la Sala: "[...] dicte sentencia por la que, estimándose el recurso, se case y anule la recurrida y, en consecuencia, sea desestimado el recurso 651/2011 interpuesto contra la orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, al ser la misma conforme a Derecho".

B) El recurso de casación interpuesto por el Consejo General del Notariado parte de una "consideración preliminar" consistente en afirmar que el objeto de los preceptos anulados no es introducir un control de legalidad, sino articular una garantía para reforzar la protección de los consumidores y usuarios en el mercado hipotecario. A su juicio, la sentencia incurre en el error de considerar que la temática de fondo del recurso reproduce la problemática ya tratada en la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2008 (rec. 63/2007), considerando que se trata de cuestiones distintas, pues en el presente recurso no está en tela de juicio ni el art. 145 del Reglamento Notarial ni el conjunto de facultades que dicho precepto atribuía al Notario, sino la adecuada protección de los consumidores y usuarios. Considera que el tema del debate en aquella sentencia del Tribunal Supremo era el alcance del control de legalidad atribuido al Notario por el artículo 145 del Reglamento Notarial, mientras que en los preceptos impugnados no se debate dicho control de legalidad sino la protección de los consumidores y usuarios en el ámbito de los préstamos y créditos hipotecarios proporcionando una mayor información al cliente de los servicios bancarios a la hora de suscribir un préstamo hipotecario con una entidad financiera.

El recurso se funda en los siguientes motivos de casación:

1º El primer motivo, formulado al amparo del artículo 88.1.d) de la LJ, sostiene que la sentencia resuelve un recurso que es inadmisibile, al haberse interpuesto por persona no legitimada.

Considera que la Sala de instancia, que se remite a los fundamentos de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2008 referida a la legitimación de los Registradores para impugnar este tipo de disposiciones, incurre en un error por entender que el litigio versa sobre el control de legalidad propio de la función notarial que le lleva a desestimar la causa de inadmisibilidad del recurso opuesta en la instancia. Error que lleva al tribunal de instancia a reproducir los argumentos contenidos en la STS de 20 de mayo de 2008 referidos a la legitimación del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles para impugnar

el reglamento notarial, pero entiende que dicha doctrina no es aplicable al supuesto que nos ocupa, pues no está en cuestión el control de legalidad por el notario de los actos y negocios que autoriza y esta norma no afecta objetivamente al ejercicio de la función pública de los registradores de la propiedad y mercantiles, pues la estimación del recurso no le ha generado ningún beneficio inmediato a los registradores de la propiedad, pues su situación jurídica y sus obligaciones profesionales son exactamente las mismas antes y después de la aprobación de los preceptos de la Orden impugnados.

2º El segundo motivo, planteado al amparo del art. 88.1.c) de la LJ , denuncia la incongruencia omisiva de la sentencia con la consiguiente infracción de los artículos 33.1 , 65 y 67 de la LJ , 248.3 de la LOPJ y del art. 218 de la LEC en relación con los artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución . Y ello por cuanto la sentencia impugnada no justifica, tal y como se alegó por dicha parte, en qué medida la concreta impugnación de los apartados 3 y 4 de la Orden tienen relación con la función registral y la afectación de los intereses representados por los Registradores de la Propiedad.

3º El tercer motivo, planteado al amparo del artículo 88.1.d) de la LJ , por la infracción manifiesta de las normas del ordenamiento jurídico que dan cobertura normativa a la Orden EHA/2899/2011.

En este motivo se vuelve a reiterar que la orden recurrida no tiene por objeto el alcance del control de legalidad que el notario debe desarrollar sino la protección sectorial de los consumidores y usuarios. La sentencia entiende que falta una concreta habilitación legal que permita establecer reglamentariamente la denegación de la autorización o intervención notarial como consecuencia del juicio de legalidad desfavorable, pero dicha habilitación se encuentra, según explicita la propia Orden, en los artículos 29.2 de la Ley 2/2011 de 4 de marzo de Economía Sostenible , en el artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito y en la disposición adicional primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo. Normas a las que debe añadirse lo dispuesto en el art. 81.2 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y el artículo 23 de la Ley 7/1988 de 13 de abril , sobre condiciones generales de la contratación, que se corresponde con el artículo 147 del reglamento Notarial , en los términos que se consideró ajustado a derecho por la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2008 , pues el objeto de los preceptos de la Orden que han sido anulados por la sentencia de instancia tienen por objeto introducir, como garantía de los consumidores y usuarios de los servicios bancarios, una cláusula de información general sobre la materia, en consonancia con lo afirmado por Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013. Y la reciente Ley 1/2013 de 14 de mayo, para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social que ha dado una nueva redacción del art. 129 de la Ley Hipotecaria , en relación con la venta extrajudicial.

4º El cuarto motivo de casación, planteado al amparo del artículo 88.1.c) de la LJ , denuncia la incongruencia omisiva de la sentencia de instancia al no considerar los razonamientos planteados por el Consejo General del Notariado sobre el fondo del asunto, en relación que la garantía afirmada por la Orden no solo es propia de la fe pública notarial y tiene amparo legal sino que su incumplimiento puede tener importantes consecuencias tales como la responsabilidad frente a terceros por falta de diligencia debida o la comisión de una conducta tipificada disciplinariamente como infracción grave en los términos del art. 43.dos de la Ley 14/2000 de 29 de diciembre .

5º El quinto motivo, planteado al amparo del art. 88.1.c) de la LJ , aduce la "incongruencia por error" de la sentencia al resolver sobre el fondo del asunto.

En este motivo la parte vuelve a insistir en el error en que incurre la sentencia al identificar el objeto del recurso resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2008 con el que nos ocupa, pues lo ahora debatido no es el artículo 145 del Reglamento Notarial ni la función de control de legalidad del notario, sino el deber de informar al consumidor que es propio de la función notarial en garantía de los intereses de los consumidores y usuarios en relación con los préstamos hipotecarios y controlar la información que la mismo se le proporciona.

6º El sexto motivo, planteado al amparo del artículo 88.1.d) de la LJ , considera que la sentencia incurre en una infracción del ordenamiento jurídico referido a un motivo de carácter procedimental, en concreto la falta de competencia del Ministerio de Economía y Hacienda para dictar la citada Orden. La sentencia ignora lo afirmado en el dictamen del Consejo de Estado respecto a que se han cumplido las exigencias de carácter procedimental e invoca los artículos 29.2 de la ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible y el artículo 48.2 de la ley 26/1988, de 29 de julio sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito. Considera que se cumplió el procedimiento de elaboración de la Orden y la sentencia desconoce que los artículos 62.1.b)

y 67.3 de la Ley 30/1992 en los que se afirma que la incompetencia jerárquica o de grado no es motivo de nulidad de pleno derecho sino de anulabilidad susceptible de convalidación.

Y suplicando a la Sala: "[...] dicte sentencia casando y anulando la recurrida, por ser contraria a Derecho, al apreciar las infracciones por esta parte esgrimidas y recogidas en los motivos de las letras c) y d) del artículo 88.1 de la Ley 29/1998, de 3 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, y, declare la inadmisión del recurso por falta de legitimación de la recurrente y, en su defecto y ponderando el contundente y erróneo pronunciamiento de la Sala de instancia sobre el fondo del recurso, resuelva sobre el mismo, desestimando el recurso contencioso-administrativo en su día interpuesto por el Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, declarando los apartados 3 y 4 del artículo 30 de la resolución impugnada, Orden EHA/2899/2011, ajustada a Derecho".

CUARTO.- Teniendo por interpuesto y admitido el recurso de casación por esta Sala, se emplazó a la parte recurrida para que en el plazo de treinta días, formalizara escrito de oposición, lo que realizó, oponiéndose al recurso de casación formulado por el Consejo General del Notariado y suplicando a la Sala: "[...] y tras los trámites oportunos se dicte resolución por la que se acuerde:

1º.- Inadmitir el recurso de casación deducido de adverso.

2º.- Subsidiariamente desestime íntegramente el recurso de casación y confirme la resolución recurrida.

3º.- Condene en costas al recurrente".

Igualmente formalizó escrito de oposición al recurso de casación interpuesto por El Abogado del Estado suplicando: "[...] se dicte resolución por la que se acuerde desestimar íntegramente el recurso de casación formulado por el Abogado del Estado, confirmar la resolución recurrida e imponer las costas a la Administración recurrente".

QUINTO.- Evacuado dicho trámite, se dieron por conclusas las actuaciones, señalándose para votación y fallo la audiencia el día 1 de marzo de 2016, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **Diego Córdoba Castroverde** , Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO . El Abogado del Estado y el representante legal del Consejo General del Notariado interponen sendos recursos de casación contra la sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso- administrativo de la Audiencia Nacional de 5 de marzo de 2013 (rec. 651/2011) por la que se estimó el recurso interpuesto por el Colegio de los Registradores de la Propiedad contra la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, acordando:

- "Declarar la nulidad de la parte del primer párrafo del apartado 3 del artículo 30 de la Orden EHA/2899/2011 que dice así: << derivado de su deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios que autorizan, los notarios denegarán la autorización del préstamo cuando el mismo no cumpla lo previsto en esta orden y la legalidad vigente>>".

- Declarar la nulidad del apartado 4 del artículo 30 de la misma Orden, que dispone lo siguiente: <<La decisión del funcionario por la que deniegue la autorización del préstamo o la inscripción de alguna de sus cláusulas deberá efectuarse mediante escrito motivado, ordenado en hechos y fundamentos de derecho. Dicha decisión será recurrible ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en los plazos y formas previsto para el recurso de alzada>>".

El Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles se opone al recurso del Consejo General del Notariado invocando la inadmisión de casi todos los motivos de casación planteados pero, en aras a una mejor comprensión y un adecuado desarrollo argumental, estas causas deben tratarse al tiempo de abordar los diferentes motivos de casación.

Por otra parte, y con el fin de proceder al tratamiento conjunto de aquellos motivos de casación planteados por ambos recurrentes que resulten coincidentes, y para dar respuesta previa a aquellos que planten vicios del procedimiento, resulta también procedente alterar el orden en el que se conocerán los motivos planteados.

SEGUNDO . Consideración previa.

El recurso planteado por el Consejo General del Notariado comienza por lo que denomina "motivo preliminar" que se dice planteado al amparo del artículo 88.1.c) y d) de la LJ . En dicho "motivo" se parte de la premisa de que la sentencia de la Audiencia Nacional impugnada considera erróneamente que la temática de fondo de este recurso, reproduce el *tema decidendi* que ya se resolvió por la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2008 .

A juicio del Consejo General del Notariado los problemas planteados en ambos recursos no guardan relación entre sí, pues mientras que en el recurso resuelto por la citada sentencia del Tribunal Supremo estaba en tela de juicio el art. 145 del Reglamento y el control de legalidad atribuido a los Notarios, en los preceptos ahora impugnados no se establece un control de legalidad de los Notarios sobre los préstamos en los que interviene sino la protección de los consumidores y usuarios en el ámbito de los préstamos y créditos hipotecarios proporcionando una mayor información al cliente de los servicios bancarios a la hora de suscribir un préstamo hipotecario con una entidad financiera.

El Colegio de Registradores se opone a este "motivo preliminar" aduciendo su inadmisibilidad al plantearse en base a dos apartados del art. 88.1 de la LJ (apartados c y d) y por no citar normas o jurisprudencia que considera infringidas.

Se trata, en realidad, de una consideración previa, más que un motivo de casación propiamente dicho, en el que se discute la posible asimilación de lo dispuesto en los preceptos de la Orden objeto de debate con la problemática tratada en la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2008 (rec. 63/2007), lo que le lleva a cuestionar la procedencia de aplicar la doctrina sentada en dicha sentencia para resolver el caso que nos ocupa, argumentación que posteriormente vuelve a reproducir en otros motivos de casación.

Tiene razón el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles cuando afirma que si entendemos que se trata de un motivo de casación debe ser inadmitido, pues no solo lo interpone al amparo del art. 88.1.c) y d) de la LJ , lo cual supone una defectuosa técnica casacional (por todos, Auto de 22 de noviembre de 2007; recurso de casación nº 5219/2006) sino que además no se cita norma o jurisprudencia que se considera infringida, lo que también determinaría su inadmisión. Ahora bien, a tenor de su planteamiento debe entenderse, que se trata más bien de una introducción o consideración preliminar de la que se parte para fundar en ella algunos de los restantes motivos de casación que luego plantea y, tenida como tal, no existe inconveniente en su formulación, sin perjuicio de que no pueda considerarse un motivo casación propiamente dicho.

Este planteamiento inicial obliga a realizar alguna consideración previa sobre los preceptos impugnados y el alcance de lo previsto en los mismos en relación con las funciones del Notario, pues ello constituye el necesario punto de partida para abordar varios de los motivos de casación planteados por ambas partes y la eventual aplicación de la doctrina fijada por la sentencia del Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de mayo de 2008 (rec. 63/2007) a la que se remite la sentencia de instancia.

La Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre del Ministerio de Economía y Hacienda, tiene por objeto, según dispone el art. 1 de la misma, garantizar el adecuado nivel de protección de los clientes de entidades de crédito, mediante la implantación de medidas de transparencia en la prestación de servicios financieros bancarios. Para ello, tal y como señala la Exposición de Motivos, "trata de actualizar el conjunto de las previsiones relativas a la protección del cliente bancario, al objeto de racionalizar, mejorar y aumentar donde resultaba imprescindible, las obligaciones de transparencia y conducta de las entidades de crédito", mejorando "las exigencias en materias tales como información relativa a tipos de interés y comisiones, comunicaciones con el cliente, información (pre)contractual, servicios financieros vinculados, etc. La orden incluye, asimismo, una mención expresa al asesoramiento, con el fin de garantizar que la prestación de este servicio bancario se realice siempre en mejor interés del cliente, y valorando adecuadamente su situación y el conjunto de servicios disponibles en el mercado. De este modo, se distingue tal servicio de la directa comercialización por parte de las entidades de sus propios productos, actividad está sometida al régimen general de transparencia y explicaciones adecuadas". La Orden desarrolla los principios generales previstos en la Ley de Economía Sostenible en lo que se refiere al préstamo responsable, de modo que se introducen las obligaciones correspondientes para que el sector financiero español, en beneficio de los clientes y de la estabilidad del mercado, mejore los niveles prudenciales en la concesión de este tipo de operaciones.

En el conjunto de medidas diseñadas se regulan los servicios de asesoramiento precontractual y contractual que las entidades de crédito deben realizar respecto de los clientes y las explicaciones de los servicios ofertados y de asesoramiento en materia bancaria. Así, junto con la regulación de la información precontractual que deben proporcionar el Banco de España y las entidades de crédito y los preceptos

impugnados se enmarcan en las disposiciones referidas al "Documento contractual y acto de otorgamiento". El artículo 29 regula la forma en la que se contendrán las cláusulas financieras en los documentos contractuales y las escrituras públicas en las que se formalicen los préstamos. El artículo 30 establece diferentes previsiones en relación con los derechos del cliente y la actividad notarial, y, por lo que ahora nos ocupa, sobre la intervención del notario en los actos de autorización e intervención del préstamo, estableciendo la posibilidad de que el Notario deniegue la autorización del préstamo cuando éste incumpla lo previsto en la orden y la legalidad vigente, y al mismo tiempo prevé que el notario informe y advierta al cliente sobre el valor y alcance de las obligaciones que asume (comprobación de si el cliente ha recibido la ficha de información personalizada y de las discrepancias entre las condiciones de la oferta vinculante y el documento contractual suscrito, información sobre los préstamos a tipos de interés variable en especial sobre determinados extremos, la información al cliente sobre cualquier aumento relevante que puede producirse en las cuotas como consecuencia de lo pactado, los riesgos de fluctuaciones en el tipo de cambio en los préstamos en moneda extranjera, o ciertas comprobaciones en el caso de la hipotecas inversas y de los costes de su intervención).

Los preceptos anulados por la sentencia impugnada disponen que los Notarios "En su condición de funcionarios públicos y derivado de su deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios que autorizan, los notarios denegarán la autorización del préstamo cuando el mismo no cumpla lo previsto en esta orden y la legalidad vigente" (art. 30.3 de la Orden EHA/2899/2011) y que "La decisión del funcionario por la que deniegue la autorización del préstamo o la inscripción de alguna de sus cláusulas deberá efectuarse mediante escrito motivado, ordenado en hechos y fundamentos de derecho. Dicha decisión será recurrible ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en los plazos y forma previsto para el recurso de alzada" (art. 30.4 de la Orden).

Del tenor literal de los preceptos cuestionados cabe concluir que en ellos se establece un control de legalidad del notario sobre las operaciones de préstamo en las que interviene, lo que le permite denegar la autorización del préstamo o de algunas de sus cláusulas, decisión que será recurrible ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en los plazos y forma previsto para el recurso de alzada. Así se afirma literalmente en el art. 30.3 cuando establece que derivado de su deber genérico del "control de legalidad de los actos y negocios que autorizan" podrán denegar "la autorización del préstamo cuando el mismo no cumpla lo previsto en esta orden y la legalidad vigente".

Partiendo de esta consideración previa, el objeto de ambos recursos, el que finalizó por el Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2008 (rec.63/2007) y el que nos ocupa, aun cuando se enjuiciaban preceptos diferentes incluidos en normas también diferentes, presentan una indudable similitud respecto de la cuestión de fondo debatida, pues en ambos se analizaba si la atribución de un control de legalidad a los Notarios que le permitiese denegar la autorización sobre un negocio jurídico en el que intervienen, y el posterior recurso administrativo contra esta decisión, podía establecerse por una norma reglamentaria sin la necesaria cobertura legal. Y desde esta perspectiva ambos recursos plantean una problemática similar que permite reproducir, tal y como ha hecho la sentencia de instancia, lo argumentado en la citada sentencia del Tribunal Supremo. En ambos recursos se cuestionaba, por tanto, la vulneración del principio de reserva de ley en relación con disposiciones que, estando contenidas en una norma reglamentaria, tenían un contenido similar, al establecer a favor del notario autorizante un control de legalidad sobre los negocios jurídicos que interviene, la posibilidad de denegar su autorización y el posterior recurso administrativo contra la misma, si bien en un caso con carácter general y en otro con un carácter sectorial, en cuanto especialmente referida a los préstamos hipotecarios realizados con entidades bancarias.

Es por ello que la inicial consideración contenida en la sentencia de la Audiencia Nacional, afirmando que la temática de fondo de este recurso reproduce el problema que ya planteó y se resolvió por la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2008 , o por mejor decirlo en una parte de la misma, es correcta, y también lo es, por tanto, la remisión que la misma realiza a los fundamentos jurídicos de la sentencia del Tribunal Supremo para dar respuesta a la cuestión de fondo controvertida.

TERCERO. Falta de legitimación activa del Colegio de Registradores para recurrir la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre.

Los dos primeros motivos del recurso de casación planteados por el Consejo General del Notariado cuestionan la sentencia de instancia en relación con el pronunciamiento referido a la falta de legitimación activa del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles para impugnar la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre.

En el primero cuestiona, al amparo del art. 88.1.d) de la LJ , que la sentencia resolviese un recurso que es inadmisibile, al haberse interpuesto por persona no legitimada. En el segundo, al amparo del art. 88.1.c) de la LJ , imputa a la sentencia de instancia la incongruencia omisiva de la sentencia al no haber justificado en qué medida la concreta impugnación de los apartados 3 y 4 de la Orden tienen relación con la función registral y la afectación de los intereses representados por los Registradores de la Propiedad.

El Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles se opone a la admisión de estos dos motivos, por entender que no cita en el encabezamiento la norma o normas que se consideran infringidas. Dichas causas de inadmisibilidad deben ser rechazadas por que si bien es necesario que en cada uno de los motivos citen los preceptos infringidos, esta exigencia no se impone con tal grado de formalismo que determine la inadmisión cuando tales preceptos no se citan en el encabezamiento o enunciado del motivo pero se contiene a lo largo de su argumentación, como es el caso que nos ocupa. Solución esta que es así mismo trasladable para rechazar esta misma causa de inadmisión en relación con los motivos cuarto y quinto.

La doctrina jurisprudencial consolidada ha señalado con reiteración que en el recurso de casación no cabe acudir a la invocación simultánea, ya sea de forma alternativa o subsidiaria, de cauces diversos de entre los consignados en el artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional , con el objeto de formular idénticas infracciones normativas o jurisprudenciales, entre otros ATS de 3 de octubre de 2013 (recurso nº 369/2013), 17 de octubre de 2013 (recurso nº 913/2013), 28 de noviembre de 2013 (recurso nº 358/2013), 20 de marzo de 2014 (recurso nº 3447/2013). Por consiguiente, es carga que pesa sobre la parte recurrente la de individualizar los motivos de casación a que acoge su impugnación, sin que sea posible reconducir esa impugnación a motivos casacionales de distinta naturaleza, ya sea de forma simultánea, alternativa o subsidiaria.

Procede destacar, sin embargo, que tales motivos imputan a la sentencia, de forma alternativa y respecto de una misma infracción normativa referida a la falta de legitimación activa del recurrente en la instancia, la incongruencia omisiva y la indebida denegación de la causa de inadmisión. Ambos motivos no pueden plantearse de forma alternativa por resultar incompatibles entre sí, pues o bien la sentencia no se pronunció sobre las razones que justificaban la inadmisión del recurso de instancia, en cuyo caso habría incurrido en una incongruencia omisiva, o si lo hizo y las razones proporcionadas por el tribunal de instancia vulneran algún precepto legal, en cuyo caso se habría producido una violación sustantiva. Es, por tanto, defectuosa la técnica de mezclar la alegación de errores "in procedendo", como es la incongruencia con la denuncia de un error "in iudicando", como aquí ha acontecido.

En todo caso, cabe señalar que la sentencia no incurre en la incongruencia omisiva denunciada, pues en su fundamento jurídico tercero, y a propósito de la legitimación activa del Colegio de Registradores, se remite a lo razonado en la sentencia Tribunal Supremo de 20-5-2008 en la que se también se cuestionó la falta de legitimación activa de este mismo Colegio para impugnar el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, en la que se afirmaba que "[...] aún cuando no todo instrumento notarial tenga por objeto su inscripción en el Registro, se produce en este caso, en el que el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en defensa de los intereses de sus representados, impugnan el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, por el que se modifica un amplio número de artículos del Reglamento Notarial, en cuanto esa relación entre la actuación notarial y la registral determina que no resulte indiferente para los intereses representados por el Colegio recurrente la regulación que se refiere al ejercicio de la función notarial, en sus aspectos subjetivos y objetivos. Como también indicaba dicha sentencia y las de 22 de mayo de 2000 y 2 de junio de 2001 , en relación con otros recurrentes, los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, cuyos intereses representa el Colegio recurrente, se encuentran en una situación muy distinta a la de cualquier otro ciudadano respecto de la impugnación del Reglamento, en cuanto su actividad está directamente relacionada y resulta afectada por el desarrollo de la función notarial y las condiciones en que se lleva a cabo por el notario.

Ello pone de manifiesto la legitimación del Colegio recurrente para la impugnación de este Real Decreto 45/2007, en cuanto supone una amplia modificación del Reglamento Notarial que objetivamente afecta al ejercicio de su función pública por los Registradores de la Propiedad y Mercantiles. Ello no impide que en el examen de la concreta impugnación de alguno de los preceptos pueda advertirse la falta de esa relación con la función registral y de la afectación de los intereses representados por el Colegio recurrente, pero en tanto en cuanto no se justifique tal apreciación ha de entenderse que concurre el requisito de la legitimación> >.

Por ello el tribunal de instancia concluyó que "La aplicación al caso de cuanto acabamos de transcribir conduce al rechazo de la causa de inadmisibilidad del recurso opuesta por el Consejo General del Notariado pues no resulta plausible la alegación de que la parte actora se limita en su recurso a una defensa de la legalidad dado que aquel binomio título/inscripción registral a que alude la meritada sentencia del Tribunal Supremo determina la imposibilidad de considerar a los registradores y al Colegio que los representa

como simples terceros ajenos a la materia regulada en los apartados 3 y 4 del artículo 30 de la Orden EHA/2899/2011, en cuya materia es de concluir que el Colegio de Registradores tiene un interés legítimo suficiente para su impugnación, y ello tanto respecto del apartado 3, que atañe al control de legalidad por el notario de los actos y negocios que autoriza, como del apartado 4 por su conexión con el apartado anterior y cuya polémica mención a la <<inscripción de alguna de sus cláusulas>> ha sido interpretada de manera diferente por las partes en el debate procesal mantenido en el pleito, siendo así que en cualquier caso el Colegio de Registradores tendría un claro interés en relación con la mención normativa a dicha inscripción".

La sentencia proporciona una respuesta suficiente y razonada respecto a la legitimación activa del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles y su interés legítimo para la impugnación de los concretos preceptos de la orden objeto del recurso. Por todo ello no puede apreciarse la incongruencia omisiva de la sentencia.

Tampoco se aprecia que la sentencia incurriese en un error al aplicar la doctrina sentada en la STS Supremo de 20-5-2008 al supuesto que nos ocupa, pues la similitud de los supuestos planteados en ambos supuestos, y consecuentemente la utilización de los argumentos expuestos en dicha sentencia para apreciar un interés legítimo del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantil para impugnar una previsión con un contenido similar, permite trasladar los argumentos allí utilizados, que asumimos íntegramente, para descartar la falta de legitimación activa entonces invocada.

Se desestiman los motivos primero y segundo del recurso de casación planteado por el Consejo General del Notariado.

CUARTO. Incongruencia omisiva de la sentencia sobre los argumentos del fondo del recurso.

El cuarto motivo del recurso de casación planteado por el Consejo General del Notariado denuncia la incongruencia omisiva de la sentencia de instancia al no considerar algunos de los razonamientos planteados por el Consejo General del Notariado sobre el fondo del asunto, especialmente referidos a que el incumplimiento de su función de control puede tener importantes consecuencias tales como la responsabilidad frente a terceros por falta de diligencia debida o la comisión de una conducta tipificada disciplinariamente como infracción grave en los términos del art. 43.dos de la Ley 14/2000 de 29 de diciembre .

La sentencia de instancia, si bien por remisión a la argumentado en la sentencia del Tribunal Supremo 20 de mayo de 2008 (rec. 63/2007) aborda la cuestión de fondo planteada en relación con la necesaria cobertura legal de las disposiciones que nos ocupan, el hecho de que no se aborden alegaciones concretas planteadas por una de las partes, no implica la existencia de una incongruencia omisiva. Basta recordar la conocida y reiterada jurisprudencia que sostiene que para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva no es necesaria "una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen por las partes como fundamento de su pretensión, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales".

La alegación referida las consecuencias que tendría negarle el control de legalidad concedido a los Notarios, tales como la responsabilidad frente a terceros por falta de diligencia debida o la comisión de una conducta tipificada disciplinariamente como infracción grave en los términos del art.

43.dos de la Ley 14/2000 de 29 de diciembre, no desvirtúa en absoluta el hecho de que determinadas competencias, sometidas al principio de reserva de ley, deban estar habilitadas por una norma de rango legal y esto es lo que resolvió la sentencia, y alcanzada la conclusión de que carece de la misma, difícilmente puede salvarse esta exigencia, derivada del principio de legalidad, argumentando las dificultades o consecuencias que para un colectivo que tendría el no ejercer unas competencias que el legislador no le ha atribuido.

Conviene destacar ya desde este momento, tal y como acertadamente señaló la ya citada sentencia del Tribunal Supremo de 2008, que no se trata de cuestionar la oportunidad, procedencia o incluso la conveniencia de que el Notario pueda ejercer ese control y/o pueda denegar su autorización o intervención en determinadas situaciones, sino si esta competencia está amparada o no, cuando resulte necesario, en un norma de rango legal.

Se desestima este motivo.

QUINTO. Incongruencia por error.

El quinto motivo del recurso de casación planteado por el Consejo General del Notariado denuncia la "incongruencia por error" de la sentencia al resolver sobre el fondo del asunto.

En este motivo la parte vuelve a insistir en el error en que incurre la sentencia al identificar el objeto del recurso resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2008 con el que nos ocupa, pues lo ahora debatido no es el artículo 145 del Reglamento Notarial ni la función de control de legalidad del notario, sino el deber de informar al consumidor que es propio de la función notarial en garantía de los intereses de los consumidores y usuarios en relación con los préstamos hipotecarios y controlar la información que la mismo se le proporciona.

El Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles se opone a la admisión de este motivo, por entender que pese a estar formulado al amparo del art. 88.1.c) de la LJ , a lo largo de su argumentación no se cita norma infringida y solo al final del motivo se dice que se ha infringido la jurisprudencia aplicable para resolver el objeto de debate en los términos del artículo 88.1.d) de la LJ , por lo que existe una contradicción interna entre el apartado en base al que se formula dicho motivo y lo argumentado en el mismo mezclando la invocación del art. 88.1.c) y 88.1.d) de la LJ .

Esta causa de inadmisibilidad ha de ser estimada. En efecto, este motivo, que se plantea al amparo del art. 88.1.c) de la LJ referido a los vicios in procedendo, alega una supuesta "incongruencia por error" que se habría producido por el tribunal sentenciador al fundar su argumentación en los fundamentos jurídicos de una sentencia del Tribunal Supremo, que a juicio de la parte recurrente, no guarda relación alguna con el supuesto enjuiciado. Lo cierto es que el error o equivocación de la sentencia en la motivación de su sentencia no puede integrarse como un error *in procedendo* sino *in iudicando* que debe plantearse al amparo del art. 88.1.d) pues no es lo mismo una incongruencia, cualquiera que sea su modalidad, que una motivación que se considera errónea o equivocada. Tal y como ha señalado este Tribunal en numerosas resoluciones a diferencia de la falta de motivación que impide conocer las razones en las que se funda la decisión adoptada, otra bien distinta es que tales argumentos o razones le gusten o no al recurrente o incluso que no sean los adecuados o suficientes, a su juicio o criterio, pues ello lo ha de denunciar la amparo de lo previsto en el motivo de casación previsto en el apartado d) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción , tal y como ya ha tenido ocasión de señalar este Tribunal en sentencia de 7 de febrero de 2006 (rec. 3912 /2003) y sentencia de 2 de marzo de 2011 (rec. 624/2007). Esta falta de correspondencia entre el motivo en el que se funda y lo argumentado en el mismo, constituye una causa de inadmisión.

Es cierto que al final de su motivo se argumenta que se ha producido una vulneración de la jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate "en los términos afirmados por la letra d) del artículo 88 de la Ley jurisdiccional , pues la sentencia de 20 de mayo de 2008 en la que se basa la sentencia que se recurre no es aplicable a la Orden EHA/2899/2011; la margen de haberse ignorado el pronunciamiento de la sentencia del Tribunal Constitucional 207/1999, de 11 de noviembre , invocado por esta parte". Este razonamiento pone de manifiesto la falta de correspondencia entre el precepto en el funda este motivo (art. 88.1.c) de la LJ) y lo realmente pretendido, lo que debe determinar su inadmisión, y, en cualquier caso, no es admisible que las infracciones que se denuncian se presenten subsidiaria o alternativamente a través de los apartados c) y d) del art. 88.1 de la ley Jurisdiccional pues el "planteamiento acumulativo del motivo a cuyo amparo se formula el recurso, no resulta acorde con la naturaleza peculiar y extraordinaria del recurso de casación", tal y como ha señalado este Tribunal en numerosas resoluciones AATS de 15 de junio de 1998, recurso de casación 9114/1997 , 14 de julio de 1998, recurso de casación 5482/1997 , 16 de enero de 1998, recurso de casación 6740/1997 , y 6 de marzo de 1998, recurso de casación 4720/1997) y entre las más recientes ATS de 11 de mayo de 2006(RC 1295/2003) la STS, Sala Tercera, Sección Sexta, de 30 de junio de 2009 (rec. 1858/2007) y ATS, Sala 3ª, de 20/05/2010, RC 4766/2009).

Y todo ello con independencia de lo ya afirmado respecto de la similitud de los supuestos enjuiciados en ambos casos y la posible extrapolación al caso que nos ocupa de las razones proporcionadas en la ya referida sentencia del 2008.

Se inadmite este motivo.

SEXTO . Sobre la necesaria cobertura legal para establecer un control notarial sobre la legalidad del contrato o negocio jurídico en que interviene.

Tal y como hemos razonado anteriormente, la sentencia de instancia acierta al afirmar que el problema planteado en este recurso reproduce, en gran medida el resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2008 , interpuesto por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España contra el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, por el que se modificó el Reglamento de organización y régimen del Notariado, aprobado por Decreto de 2-6-1944.

También hemos afirmado anteriormente que el artículo 30.3 de la Orden tiene por objeto establecer un control notarial sobre la legalidad sobre las operaciones de préstamo bancario en las que interviene. De ahí que sea posible concluir que la doctrina sentada por la sentencia del Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de mayo de 2008 resultaba plenamente aplicable para enjuiciar el supuesto que nos ocupa, por lo que, tal y como se afirma en la misma, el establecimiento de un control notarial sobre "la legalidad del acto o negocio jurídico con los correspondientes efectos para la solicitud formulada por los interesados, facultad que por propia naturaleza y en cuanto afecta a la determinación de la legalidad sustantiva del acto o negocio jurídico pretendido por los interesados, no puede ejercerse sino en cuanto venga reconocida por la Ley, en los términos o medida que la misma establezca y por el procedimiento y régimen de revisión de la decisión igualmente establecido en la Ley".

Idéntica conclusión se obtiene respecto del recurso administrativo previsto contra la denegación de la autorización, regulado en el artículo 30.4 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, pues tal y como afirmaba la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2008 "[...] tal revisión de una actuación administrativa, como es la decisión del Notario en su condición de funcionario público relativa a la prestación o denegación de sus funciones, desborda el ámbito reglamentario al estar sujeto a reserva de Ley (art. 105.c. CE), lo que ya declaramos en un caso semejante contemplado en sentencia de 12 de febrero de 2002 , con referencia a la sentencia de 22 de mayo de 2000 ".

Tampoco puede acogerse la alegación del Consejo General del Notariado argumentando que el artículo 30.3 de la Orden no pretende establecer un control de legalidad sino simplemente habilitar al Notario para que pueda advertir e informar a los clientes de los riesgos que la operación intervenida presenta. Y ello porque la sentencia de la Audiencia Nacional tan solo anula parcialmente dicho precepto, en concreto el apartado que permite ejercer ese control de legalidad y la denegación de la autorización notarial, dejando subsistente el resto del artículo 30.3 en donde precisamente se contiene la posibilidad de que el Notario advierta e informe a los clientes sobre el valor y alcance de las obligaciones que asume, en la que ha de comprobar si ha recibido la información suficiente, las discrepancias entre las condiciones de la oferta vinculante y el documento contractual suscrito, y sobre los riesgos de determinadas cláusulas (información sobre los préstamos a tipos de interés variable, sobre cualquier aumento relevante que puede producirse en las cuotas como consecuencia de lo pactado, los riesgos de fluctuaciones en el tipo de cambio en los préstamos en moneda extranjera, o ciertas comprobaciones en el caso de la hipotecas inversas y de los costes de su intervención, entre otras), por lo que esta función de advertencia e información a los consumidores y usuarios en este tipo de operaciones queda en todo caso salvaguardada y no queda afectada por la parcial anulación de los preceptos de la Orden.

SÉPTIMO. Sobre la habilitación legal de los preceptos impugnados.

Tanto el Abogado del Estado (en su primer motivo) como el Consejo General del Notariado (en su tercer motivo) consideran que lo preceptos impugnados tienen la necesaria cobertura legal.

Así, mientras que el Abogado del Estado invoca los artículos 18.1 y 3 de la Ley 2/2009 de 31 de marzo y los artículos 2 , 17 bis y 24 de la Ley del Notariado . El Consejo General del Notariado invoca los artículos 29.2 de la Ley 2/2011 de 4 de marzo de Economía Sostenible , artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, la Disposición adicional primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, los artículos 81.2 y 84 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios, el artículo 23 de la Ley 7/1988 de 13 de abril , sobre condiciones generales de la contratación, que se corresponde con el artículo 147 del reglamento Notarial y la reciente Ley 1/2013 de 14 de mayo, para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social que ha dado una nueva redacción del art. 129 de la Ley Hipotecaria .

Antes de analizar tales normas, es preciso examinar si concurre la causa de inadmisión planteada por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles en relación con el tercer motivo de casación del recurso presentado por el Consejo General del Notariado. La inadmisión la funda en dos razones: por un parte, al citar como normas infringidas "las normas del ordenamiento jurídico que dan cobertura normativa a la Orden EHA/2899/2011" sin especificar las normas en particular y sin que sea posible saber a lo largo de su argumentación los preceptos que considera infringidos; y por otro, al citar como infringidos los artículos 23.2 de la Ley 50/1997 y 62.2 de la Ley 30/1992 respecto del principio de reserva de ley y los artículos 2 , 17 bis y 24 de la Ley de Notariado que no citaba en el escrito de preparación del recurso de casación.

Es cierto que no cabe una invocación global de un articulado o de un largo conjunto de preceptos (STS 3 de noviembre de 2010, recurso de casación 440/2009) sino que es preciso desgranar las infracciones

cometidas respecto cada uno de los artículos invocados, pero en este motivo la cita de tales preceptos viene precedida de la consideración de que todos ellos servirían para dar cobertura legal a los preceptos de la Orden cuestionados, que constituye uno de los argumentos en los que se funda la sentencia impugnada para anular tales preceptos, por lo que no puede considerarse que tal motivo se planté en términos generales y sin la suficiente concreción argumentativa.

Por lo que respecta a la inclusión en el escrito de interposición de determinados preceptos como infringidos que no fueron previamente invocados en el escrito de preparación, lo cierto es que el motivo claramente identifica los preceptos que, a su juicio, dan cobertura legal a los preceptos de la Orden, intentando así combatir lo afirmado en la sentencia de instancia. En dicho motivo claramente se invoca la suficiente cobertura legal que le darían determinados preceptos de las leyes invocadas, poco importa que no se citasen como infringidos los artículos 23.2 de la Ley 50/1997 y 62.2 de la Ley 30/1992, que recogen el principio de legalidad, pues infracción denunciada se sustentaría en la infracción de los preceptos que dan cobertura legal a los preceptos de la Orden, negada por la sentencia impugnada.

Diferente conclusión se alcanza, sin embargo, respecto a la posibilidad de tomar en consideración como preceptos infringidos los artículos 2, 17 bis y 24 de la Ley de Notariado, invocados en el escrito de interposición como fundamento de la cobertura legal, pues los mismos no fueron invocados en el escrito de preparación como es preceptivo. Baste recordar al respecto lo afirmado por este tribunal en numerosos pronunciamientos, entre ellos el ATS, Sección 1ª, de 27 de abril de 2015 (Recurso: 4161/2014), en el que se afirmó que "[...] es carga del recurrente en casación indicar ya en la fase de preparación los concretos motivos en que se fundará el recurso, con indicación de los concretos preceptos o jurisprudencia que se reputan infringidos o del contenido de las infracciones normativas o jurisprudenciales que se pretendan denunciar y desarrollar en el escrito de interposición del recurso de casación, aunque fuere de forma sucinta. Si así no se exigiera, es decir, si se estimara innecesario anticipar el motivo o motivos al que se acogerá el escrito de interposición, en los términos expresados, el trámite de preparación quedaría privado de su sentido y finalidad característicos, desde el momento que el Tribunal a quo quedaría desprovisto de elementos de juicio para verificar que el recurso de casación cumple el más primario requisito de procedibilidad, cual es que se funda formalmente en uno de sus cuatro motivos, con indicación de las infracciones normativas o jurisprudenciales denunciadas, y no en otro tipo de consideraciones ajenas al sistema de la Ley procesal; y la parte recurrida carecería de la información necesaria al respecto para adoptar la posición procesal que estimara pertinente". Vicio que no puede entenderse subsanado en el escrito de alegaciones del artículo 93.3 o en el escrito de interposición del recurso, so pena de poner en entredicho los principios de igualdad de las partes y de neutralidad, pues la concreción de la norma infringida, en los términos que previene el artículo 89.2, en relación con el 86.4, de la LRJCA, es exigible en el escrito de preparación del recurso de casación. En todo caso, también habría que descartar tales preceptos como adecuada cobertura legal a los preceptos anulados pues ya fueron analizados y descartados como fundamento de la necesaria habilitación legal por la sentencia del Tribunal Supremo 20 de mayo de 2008, remitiéndonos a lo ya argumentado por dicha sentencia en relación con los mismos.

Procede, por tanto, entrar en el análisis de los restantes preceptos invocados como habilitación legal suficiente para dar cobertura a las previsiones contenidas en los preceptos de la Orden ahora analizados.

1º En primer lugar, se invoca 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, cuyo artículo 18, referido a los "Deberes Notariales y Registrales", dispone: "1. En su condición de funcionarios públicos y derivado de su deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios que autorizan, los notarios denegarán la autorización del préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando el mismo no cumpla la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley" en su apartado tercero que "La decisión del funcionario por la que deniegue la autorización del préstamo o crédito con garantía hipotecaria, o la inscripción de alguna de sus cláusulas, deberá efectuarse mediante escrito motivado en hechos y fundamentos de derecho. Dicha decisión será recurrible ante la Dirección General de los Registros y del Notariado conforme a la legislación específica".

Dicha norma contempla, sin duda, una previsión destinada a conceder a notarios y registradores un control sobre la legalidad de los actos y negocios que autorizan, permitiendo que el notario puede denegar su autorización cuando el préstamo o crédito con garantía hipotecaria no cumpla la legalidad vigente, disponiéndose también un recurso administrativo frente a su decisión, por lo que aparentemente dicha previsión legal serviría de cobertura adecuada a la previsión, casi literalmente reproducida, en el art. 30 de la Orden ahora impugnada.

Y decimos aparentemente porque lo que el Abogado del Estado y el Consejo General del Notariado omiten, y el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles acertadamente destaca, es que dicha norma tiene un ámbito de aplicación ajeno y excluyente respecto de las operaciones de préstamo bancarias contempladas en la Orden impugnada.

En efecto, la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre se refiere a las operaciones realizadas por entidades bancarias, así lo pone de manifiesto el propio título de la Orden " *de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios* ", su artículo 1º ("La presente orden ministerial tiene por objeto garantizar el adecuado nivel de protección de los clientes de entidades de crédito, mediante la implantación de medidas de transparencia en la prestación de servicios financieros bancarios") y muy especialmente el ámbito de aplicación definido en el art. 2.1 al disponer que "1. La presente orden será de aplicación a los servicios bancarios dirigidos o prestados a clientes, o clientes potenciales, en territorio español por entidades de crédito españolas o sucursales de entidades de crédito extranjeras. Se entenderá, a estos efectos, por clientes y clientes potenciales a las personas físicas". Resulta evidente que las previsiones de dicha Orden está referidas tan solo a los servicios financieros prestados por entidades de crédito y, por lo tanto, a los préstamos realizados por dichas entidades.

Por el contrario, la Ley 2/2009 excluye de su ámbito de aplicación la concesión de préstamos o créditos hipotecarios concedidos por entidades de crédito o sus agentes, tal y como expresamente dispone el art. 1 párrafo segundo de dicha norma (*2. Lo dispuesto en esta Ley no será de aplicación cuando las actividades previstas en el apartado anterior sean prestadas por entidades de crédito o sus agentes, ni a las actividades incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles*). Es por ello que no puede tomarse como norma legal habilitadora una previsión legal que expresamente excluye de su ámbito de aplicación las actividades realizadas por entidades bancarias que son precisamente las reguladas en la Orden que nos ocupa.

2º También se invoca como norma habilitante el art. 29.2 de la Ley 2/2011 de 4 de marzo, de Economía Sostenible , en el que se dispone "2. Se faculta al Ministro de Economía y Hacienda para que, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, apruebe las normas necesarias para garantizar el adecuado nivel de protección de los usuarios de servicios financieros en sus relaciones con las entidades de crédito, incluyéndose, en todo caso, las medidas relacionadas con la transparencia de las condiciones financieras de los préstamos y créditos hipotecarios y del crédito al consumo. Estas normas tendrán la condición de normas de ordenación y disciplina y, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito , podrán tener el contenido siguiente:

a) Normas dirigidas a promover las prácticas de concesión responsable de préstamos o créditos, incluyendo prácticas que favorezcan:

1º Una adecuada atención a los ingresos de los consumidores en relación con los compromisos que adquieran al recibir un préstamo;

2º La adecuada e independiente valoración de las garantías inmobiliarias que aseguren los préstamos de forma que se contemplen mecanismos que eviten las influencias indebidas de la propia entidad o de sus filiales;

3º La consideración de diferentes escenarios de evolución de los tipos en los préstamos a interés variable, las posibilidades de cobertura frente a tales variaciones y todo ello teniendo además en cuenta el uso o no de índices oficiales de referencia;

4º La obtención y documentación apropiada de datos relevantes del solicitante;

5º La información precontractual y asistencia apropiadas para el consumidor;

6º El respeto de las normas de protección de datos.

b) Normas sobre la prestación a los consumidores de los restantes servicios bancarios distintos de los de inversión, en especial respecto a la contratación de depósitos y a las comunicaciones que permitan el seguimiento de las operaciones realizadas por dichos clientes.

c) La información precontractual que debe facilitarse a los consumidores antes de que formalicen sus relaciones contractuales con las entidades, incluyendo las que deben figurar en las páginas electrónicas de la entidad cuando se ofrezcan servicios por esa vía o por otras de comercialización a distancia, todo ello para asegurar que aquélla refleje de forma explícita y con la necesaria claridad los elementos más relevantes de los productos contratados,

Lo previsto en este artículo se entenderá sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela".

Dicha norma habilita al Ministerio de Economía y Hacienda para que apruebe las normas necesarias para garantizar el adecuado nivel de protección de los usuarios de servicios financieros en sus relaciones con las entidades de crédito, lo que le permite adoptar las previsiones técnicas necesarias para dictar normas dirigidas a promover las prácticas de concesión responsable de préstamos o créditos y la información precontractual que debe facilitarse a los consumidores antes de que formalicen sus relaciones contractuales con las entidades, pero en ningún caso, por lo que ahora nos ocupa, establece una habilitación legal para establecer un control notarial de la legalidad del negocio jurídico intervenido ni para denegar su autorización como consecuencia del juicio de legalidad desfavorable ni para establecer un nuevo recurso administrativo contra su decisión denegatoria.

3º Idéntica conclusión se obtiene respecto de la previsión contenida en el artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito por el que "Se faculta al Ministro de Economía y Hacienda para que, con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito" en relación con la forma de tales contratos, y la claridad de los compromisos y sus derechos, la entrega de ejemplares del contrato, normas sobre la publicidad y sobre la publicación regular, con carácter oficial, de los índices o tipos de interés de referencia que puedan ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos a interés variable. Dicha previsión legal habilita, sin duda, a establecer por vía reglamentaria previsiones técnicas que desarrollen tales aspectos, pero no faculta, por no existir previsión alguna al respecto, para establecer un control notarial sobre legalidad sustantiva del negocio jurídico autorizado, en los términos acordados en el art. 30.3 de la Orden que nos ocupa.

4º La misma conclusión se obtiene respecto a la previsión contenida en la Disposición Adicional Primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo referida al régimen de transparencia y comercialización de la hipoteca inversa, pero sin incidencia alguna respecto del problema que nos ocupa.

5º También se invocan los artículos 81.2 y 84 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias .

El artículo 81. 2 dispone que "Los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, informarán a los consumidores y usuarios en los asuntos propios de su especialidad y competencia". Pues bien, tal y como hemos razonado anteriormente, en el presente litigio no se cuestionan las previsiones de la Orden que autorizan al Notario a informar a los consumidores y usuarios, que implica una competencia distinta al control de legalidad sobre el negocio jurídico que autorizan y sobre la posibilidad de denegar la autorización correspondiente.

El artículo 84 de dicha norma, referido a la autorización e inscripción de cláusulas declaradas abusivas, dispone que "Los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación" . Esta previsión legal ciertamente habilita a los Notarios a denegar la autorización de contratos o negocios jurídicos en que intervengan, pero limitando esta posibilidad a un supuesto muy concreto (aquellos supuestos en los que se pretenda es la inclusión de una cláusula declarada nula por abusiva en una sentencia que esté inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación), por lo que no puede entenderse que esta previsión legal, tan concreta y específica, implique una habilitación legal que autorice una previsión reglamentaria como la ahora cuestionada que establece, con carácter general y sin la necesidad de que exista una sentencia judicial previa que así lo declare, a ejercer un control de la ilegalidad y eventualmente la denegación de su autorización respecto de los préstamos concedidos por entidades bancarias.

6º También se invoca el artículo 23 de la Ley 7/1998 de 13 de abril , sobre condiciones generales de la contratación, que se corresponde con el artículo 147 del reglamento Notarial , en los términos que se consideró ajustado a derecho por la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2008 (rec. 63/2007).

El artículo 23, bajo la rúbrica "información" dispone que: "1. Los Notarios y Registradores de la propiedad y mercantiles advertirán en el ámbito de sus respectivas competencias de la aplicabilidad de esta ley , tanto en sus aspectos generales como en cada caso concreto sometido a su intervención.

2. Los Notarios, en el ejercicio profesional de su función pública, velarán por el cumplimiento, en los documentos que autoricen de los requisitos de incorporación a que se refieren los arts. 5 y 7 de esta ley . Igualmente advertirán de la obligatoriedad de la inscripción de las condiciones generales en los casos legalmente establecidos.

3. En todo caso, el Notario habrá constar en el contrato el carácter de condiciones generales de las cláusulas que tengan esta naturaleza y que figuren previamente inscritas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, o la manifestación en contrario de los contratantes [...].

Ya hemos destacado anteriormente que el art. 30.3 establece dos previsiones diferenciadas: por un lado la posibilidad de informar y advertir al cliente sobre el valor y alcance de las obligaciones que asume y sobre otros elementos que no ha resultado afectada por la sentencia impugnada; y, por otro, el control de legalidad sobre el negocio jurídico que autoriza.

La sentencia del Tribunal Supremo de mayo de 2008 razonó en su fundamento jurídico séptimo, examinando la legalidad del artículo 147 del Reglamento Notarial , que el artículo 23 de la Ley 7/1998 permite que el Notario proporcione información genérica a los consumidores, por lo que no apreció extralimitación reglamentaria en este punto en dicha norma. En similares términos a lo entonces afirmado por dicha sentencia, el problema no se centra en las facultades de información del Notario respecto de sus clientes en este tipo de contratos. Por ello la obligación la previsión legal contenida en ese precepto sobre la advertencia "dentro de sus respectivas competencias" de la aplicabilidad de la ley y su obligación de velar de que los documentos que autoricen incorporen los requisitos de los artículos 5 y 7 de dicha norma (referidos a las condiciones generales que se incorporaran o no al contrato) no guarda relación alguna con las competencias que le otorga al notario el inciso del artículo 30.3 que ha sido anulado. Sin que sea necesario volver a incidir en que la previsión anulada introduce una competencia distinta de la mera información y advertencia a los usuarios de los servicios bancarios.

7ª Finalmente se invoca la Ley 1/2013 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, cuyo artículo 3 modificó el art. 129 de la Ley Hipotecaria que tras su nueva redacción dispone en su apartado segundo que referido al ejercicio de una acción hipotecaria mediante venta extrajudicial dispone "La venta extrajudicial se realizará ante Notario y se ajustará a los requisitos y formalidades siguientes: [...]

f) Cuando el Notario considerase que alguna de las cláusulas del préstamo hipotecario que constituya el fundamento de la venta extrajudicial o que hubiese determinado la cantidad exigible pudiera tener carácter abusivo, lo pondrá en conocimiento de deudor, acreedor y en su caso, avalista e hipotecante no deudor, a los efectos oportunos.

En todo caso, el Notario suspenderá la venta extrajudicial cuando cualquiera de las partes acredite haber planteado ante el Juez que sea competente, conforme a lo establecido en el art. 684 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , el carácter abusivo de dichas cláusulas contractuales.

La cuestión sobre dicho carácter abusivo se sustanciará por los trámites y con los efectos previstos para la causa de oposición regulada en el apartado 4 del art. 695.1 de Ley de Enjuiciamiento Civil .

Una vez sustanciada la cuestión, y siempre que no se trate de una cláusula abusiva que constituya el fundamento de la ejecución, el Notario podrá proseguir la venta extrajudicial a requerimiento del acreedor".

Para descartar esta norma como habilitación legal suficiente de los preceptos anulados bastaría con poner de relieve que se dictó año y medio después que la Orden impugnada, por lo que difícilmente puede servir como norma habilitante de un precepto reglamentario una norma dictada después de aquella a la que sirve de cobertura. En todo caso, y para despejar cualquier asomo de duda en torno a la posible cobertura sobrevenida, tampoco es posible tenerla como apoyo legal suficiente en el fundar los preceptos cuestionados. La modificación legal operada en el art. 129 de la Ley Hipotecaria por la Ley 1/2013 de 14 de mayo, se refiere a supuestos distintos. La facultad de suspensión que se concede al Notario en dicha norma se refiere a un negocio jurídico concreto (la venta extrajudicial) y opera únicamente en relación con circunstancias muy concretas (que las partes acrediten haber planteado ante el Juez competentes, conforme a lo establecido en el art. 684 de la LEC , el carácter abusivo de dichas cláusulas contractuales), supuestos que ni por el negocio que contemplan ni por los requisitos exigidos guardan relación alguna con la previsiones contenidas en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre.

Se desestiman estos motivos.

OCTAVO. La constatación de la necesidad de que las previsiones contenidas en el art. 30.3 y 4 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre necesitan de la cobertura de una norma de rango legal y la ausencia de la misma, hacen innecesario entrar a determinar, por superfluo, el análisis de aquellos motivos destinados a discutir la competencia del departamento ministerial para dictarlas.

La sentencia de instancia introduce una argumentación, a mayor abundamiento, sobre la falta de competencia del Ministerio de Economía y Hacienda para dictarla, sosteniendo que debería haberse dictado, por razón de su competencia material, por el Ministerio de Justicia o, en todo caso, por el Ministerio de la Presidencia. Pero este razonamiento resulta innecesario, pues si se afirma que una previsión debe anularse por falta de cobertura legal será el legislador, y no un departamento ministerial determinado, el que debe aprobar esta previsión.

NOVENO. Costas.

Procede, por todo lo expuesto, la desestimación de ambos recursos de casación con la preceptiva condena en costas a las partes que los han sostenido, conforme prescribe el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional . A tenor del apartado tercero de este artículo, la imposición de las costas podrá ser "a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima". La Sala considera procedente en este supuesto limitar hasta una cifra máxima de cuatro mil euros la cantidad que, por todos los conceptos, cada una de las partes condenadas al pago de las costas ha de satisfacer a la parte recurrida, más el IVA que corresponda a la cantidad fijada.

FALLAMOS

Que, por lo expuesto, declaramos no haber lugar a los recursos de casación interpuestos por el Abogado del Estado y el representante legal del Consejo General del Notariado contra la sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso- administrativo de la Audiencia Nacional de 5 de marzo de 2013 (rec. 651/2011) con imposición de las costas del presente recurso a las partes recurrentes, en los términos fijados en el último fundamento de derecho de esta sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

D. Pedro José Yagüe Gil D. Eduardo Espín Templado

D. José M. Bandrés Sánchez Cruzat D. Eduardo Calvo Rojas

D^a. María Isabel Perelló Doménech D. José María del Riego Valledor

D. **Diego Córdoba Castroverde**

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente **D. Diego Córdoba Castroverde**, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.