



**EL PRESTATARIO TIENE DERECHO A RECUPERAR ÍNTEGRAMENTE LOS
GASTOS DE GESTORÍA TRAS LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA DE GASTOS DEL
PRÉSTAMO HIPOTECARIO. COMENTARIO A LA STS 26 DE OCTUBRE DE
2020***

*Manuel Jesús Marín López***
Catedrático de Derecho Civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 4 de noviembre de 2020

I. Introducción

Tras las últimas sentencias dictadas por el TS sobre la cláusula de gastos, son pocas las cuestiones que quedan sin resolver. Una vez dictada la STJUE de 16 de julio de 2020, la STS 457/2020, de 24.7.2020, estableció que seguía siendo válida la doctrina del TS sentada en sentencias anteriores según la cual, tras la nulidad de la cláusula de gastos, debía realizarse un reparto de los gastos de constitución del préstamo en función de quién estuviera obligado a soportar cada gasto, según el derecho nacional. Por esta razón, en esta STS 24.7.2020, y en otras posteriores (SSTS 465/2020, de 14.9.2020; 535/2020, de 15.10.2020; 556/2020, de 26.10.2020), se sigue sosteniendo que los gastos registrales debe soportarlos el prestamista, el IAJD el prestatario, y los gastos de notaría deben abonarse por mitad, salvo las copias notariales, que corren a cargo de la parte que las solicite.

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación PGC2018-098683-B-I00, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (MCIU) y la Agencia Estatal de Investigación (AEI) cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) titulado "Protección de consumidores y riesgo de exclusión social" y dirigido por Ángel Carrasco Perera y Encarna Cordero Lobato; de la Ayuda para la financiación de actividades de investigación dirigidas a grupos de la UCLM Ref.: 2020-GRIN-29156, denominado "Grupo de Investigación del Profesor Ángel Carrasco" (GIPAC) y de la ayuda para la realización de proyectos de investigación científica y transferencia de tecnología, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha cofinanciadas por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) para el Proyecto titulado "Protección de consumidores y riesgo de exclusión social en Castilla-La Mancha" (PCRECLM) con Ref.: 2020-GRIN-29156 dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana Isabel Mendoza Losana.

** ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-9645-6325>



Después de la STJUE de 16 de julio de 2020 el Tribunal Supremo no se había pronunciado sobre los gastos de gestoría. La STS 555/2020, de 26 de octubre de 2020 (ECLI: ES:TS:2020:3453) se ocupa por fin de esta materia, resolviendo de manera definitiva esta cuestión: sanciona que el prestamista debe devolver íntegramente los gastos de gestoría. El TS se separa así de su doctrina anterior, sentada en las cinco SSTS de 23.1.2019.

II. SSTS de 23 de enero de 2019: los gastos de gestoría deben soportarse por mitad entre prestamista y prestatario. Exposición y crítica

Las SSTS Pleno nº 44, 46, 47, 48 y 49, de 23 de enero de 2020, se pronuncia por primera vez en nuestro derecho sobre quién ha de soportar los gastos de gestoría. Declaran que estos gastos deben sufragarse por mitad entre prestamista y prestatario.

Explica el TS (STS 44/2018, FJ 9º, ap. 1 a 4) cuáles son las funciones que asume la empresa de gestoría (llevar al notario los documentos para confeccionar la escritura, y presentarla en el registro de propiedad o ante la Agencia Tributaria para el pago del IAJD), y que “no existe norma legal o reglamentaria que atribuya su pago al prestamista o al prestatario”. Estas gestiones podrían llevarse a cabo por el banco o por el prestatario. Sin embargo, el RD-Ley 6/2000 “da por supuesta la prestación de este servicio en su art. 40, que establece la obligación de ponerse de acuerdo en el nombramiento del gestor y considera el incumplimiento de esta obligación como una infracción” de la Ley 26/1988, de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito. De ello concluye que “ante esta realidad y dado que, cuando se haya recurrido a los servicios de un gestor, las gestiones se realizan en interés o beneficio de ambas partes, el gasto generado por este concepto deberá ser sufragado por mitad” (ap. 4).

Esta argumentación es inconsistente. Es obvio que prestamista y prestatario pueden por sí solos realizar las funciones enunciadas. Pero la práctica demuestra que es el prestamista el que decide celebrar el contrato con una gestoría y el que elige la concreta gestoría que va a tramitar la inscripción de la hipoteca en el Registro. Sin embargo, mediante la cláusula de gastos se impone al prestatario el pago del precio que ha de cobrar la gestoría.

El contrato que se celebra con la gestoría es un contrato bilateral, oneroso, que atribuye obligaciones a las dos partes. Se trata, en verdad, de un contrato de obra, que obliga a la gestoría a obtener un resultado concreto (proceder a la inscripción de la hipoteca en el Registro) a cambio de un precio. El obligado al pago del precio es el sujeto que haya contratado con la gestoría (art. 1257 CC). Como el contrato con la gestoría lo celebra el prestamista, es él el obligado al pago del precio, y no el prestatario.



Conforme a lo expuesto, lo relevante es quién celebra el contrato con la gestoría (pues en cuanto contratante se obliga a pagar un precio), y no a quién interesan o a quién benefician las gestiones que realiza la gestoría, como afirma el Tribunal Supremo. Es cierto que sus gestiones benefician sobre todo al prestamista, pues de este modo se asegura que el IAJD se abona rápidamente y que se inscribe la hipoteca en el Registro tan pronto como es posible. Pero también benefician al prestatario, en la medida en que hay un sujeto (gestoría) que se encarga de abonar la cuota variable del IAJD en su nombre. Que alguna de los trámites que ejecuta la gestoría interese o beneficie al prestatario no le convierte en obligado (total o parcialmente) al pago.

Esta tesis no cambia con el art. 40 del RD-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en el Mercado de Bienes y Servicios. Esta norma contiene una doble previsión. Por un lado, establece que la entidad encargada de la gestión administrativa de la operación (la gestoría) será designada de mutuo acuerdo por prestamista y prestatario. Por otro, señala que en los folletos informativos que la entidad prestamista pone a disposición de sus clientes debe informarse de esa circunstancia. Pero el precepto mencionado no permite al prestamista imponer al prestatario la tramitación de la inscripción de la hipoteca a través de una gestoría. La norma no puede interpretarse de esta manera, aunque así parezca entenderlo el Tribunal Supremo. El precepto parte de que hay un pacto válido (no impuesto en condiciones generales de la contratación) sobre la contratación de una gestoría. Si hay un pacto de ese tipo, ese pacto debe alcanzar también a la concreta empresa que realizará los trámites, pues no puede elegirla únicamente el prestamista. En este caso, como prestamista y prestatario pactan libremente que los trámites los haga una empresa, y acuerdan también qué concreta empresa actuará como gestoría, el precio deben abonarlo prestamista y prestatario del modo que estimen conveniente (lo normal sería por mitad).

En definitiva, si el prestamista no acredita que ha existido un pacto (negociado) con el prestatario sobre la oportunidad de contratar con una gestoría y sobre su identidad, será él el único obligado a abonar el precio a la empresa de gestoría. La cláusula es abusiva porque encaja perfectamente en el art. 89.4 TRLGDCU. El consumidor no ha solicitado que una empresa (gestoría) se ocupe de los trámites relacionados con el pago del IAJD y la posterior inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad. Si él no lo ha solicitado, ni existe un acuerdo (libre) entre prestamista y prestatario para que se contrate a una gestoría, el banco no lo puede hacer unilateralmente y exigir después que sea el prestatario el que pague sus honorarios. Es llamativo que el Tribunal Supremo no haya juzgado la validez de la cláusula desde la perspectiva del art. 89.4 TRLGDCU.



III. La STJUE de 16 de julio de 2020 y sus efectos sobre los gastos de gestoría

La STJUE 16.7.2020 se pronuncia sobre si es contrario a los arts. 6 y 7 de la Directiva de cláusulas abusivas la doctrina del Tribunal Supremo que impone la distribución de gastos entre las partes tras la nulidad de la cláusula de gastos.

El TJUE parte de que, tras la nulidad de una cláusula, el empresario está obligado a restituir todas las cantidades entregadas en aplicación de la citada cláusula. Pero el apartado 44 establece que *“una vez recordadas estas consideraciones, procede asimismo señalar que el hecho de que deba entenderse que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido justifica la aplicación de las disposiciones de Derecho nacional que puedan regular el reparto de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca en defecto de acuerdo entre las partes. Pues bien, si estas disposiciones hacen recaer sobre el prestatario la totalidad o una parte de estos gastos, ni el artículo 6, apartado 1, ni el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 se oponen a que se niegue al consumidor la restitución de la parte de dichos gastos que él mismo deba soportar”*. Por eso, en el apartado 55 se responde a la pregunta concreta planteada del siguiente modo: *“debe responderse a las cuestiones prejudiciales primera a sexta en el asunto C-224/19 y a las dos cuestiones prejudiciales en el asunto C-259/19 que el artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que, en caso de nulidad de una cláusula contractual abusiva que impone al consumidor el pago de la totalidad de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca, el juez nacional niegue al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de esta cláusula, salvo que las disposiciones de Derecho nacional aplicables en defecto de tal cláusula impongan al consumidor el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos”*.

Estos dos breves apartados (54 y 55) suponen una auténtica revolución en la interpretación de la Directiva de cláusulas abusivas. Si hasta la fecha el TJUE había sostenido de manera firme que tras la nulidad de la cláusula no cabe la aplicación del derecho nacional supletorio, ahora sostiene lo contrario: el juez nacional no puede negar la restitución de las cantidades satisfechas en aplicación de una cláusula declarada abusiva, salvo que el derecho nacional aplicable imponga al consumidor el pago de todos o parte de esos gastos.

Según el TJUE, habrá que aplicar las disposiciones del derecho nacional que *“impongan al consumidor el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos”*. En mi opinión, con ello lo que quiere decirse es que, tras la nulidad de la cláusula, habrá que aplicar el derecho nacional supletorio, sea el que sea, y no únicamente cuando en el derecho nacional haya una norma concreta que impone al prestatario el pago de un determinado gasto.



Centrándonos en los gastos de gestoría, la nueva doctrina del TJUE significa que, tras la nulidad de la cláusula de gastos, los gastos de gestoría deben abonarse conforme a lo que resulte de aplicar el derecho español. Y las SSTS de 23.1.2019 han establecido que, conforme al derecho español, estos gastos deben soportarlos por mitad prestamista y prestatario, por haberse realizado las labores de gestoría en interés de ambas partes.

IV. La STS 555/2020, de 26 de octubre de 2020: los gastos de gestoría los soporta íntegramente el prestamista

Según la STS 555/2020, de 26.10.2020, el prestatario, tras la nulidad de la cláusula de gastos, puede obtener del prestamista la devolución íntegra de los gastos de gestoría.

En el caso de autos, la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Oviedo había establecido, en lo que ahora nos interesa, que los gastos de gestoría debían abonarse por mitad entre prestamista y prestatario. El prestatario interpone recurso de casación, solicitando que se condene al prestamista a devolver la totalidad de los gastos de gestoría.

El TS admite esta petición. Dedicó a esta cuestión apenas dos párrafos (el punto 5 del FJ 3º), que tienen la siguiente redacción:

“5. Respecto de los gastos de gestoría por la tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora del impuesto, en la sentencia 49/2019, de 23 de enero, entendimos que como "cuando se haya recurrido a los servicios de un gestor, las gestiones se realizan en interés o beneficio de ambas partes, el gasto generado por este concepto deberá ser sufragado por mitad".

Este criterio no se acomoda bien a doctrina contenida en la STJUE de 16 de julio de 2020, porque con anterioridad a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, de Contratos de Crédito Inmobiliario, no existía ninguna previsión normativa sobre cómo debían abonarse esos gastos de gestoría. En esa situación, ante la falta de una norma nacional aplicable en defecto de pacto que impusiera al prestatario el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos, no cabía negar al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de la cláusula que se ha declarado abusiva. Razón por la cual, estimamos también en este extremo el recurso de casación”.



Según el TS, como en el derecho español no existe una norma concreta que atribuya al prestatario el pago de los gastos de gestoría, estos gastos debe asumirlos el prestamista.

Comparto la solución del TS, pero no su argumentación. Como he expuesto en el apartado 2, una correcta aplicación del derecho español permite concluir que los gastos de gestoría deben ser soportados por el prestamista, y no por mitad entre prestamista y prestatario. Y por eso, como tras la nulidad de la cláusula de gastos hay que aplicar el derecho nacional para ver quién soporta cada gasto, los gastos de gestoría deben ser íntegramente costeados por el prestamista. Pero no, repito, porque no exista una norma concreta que atribuya esos gastos de gestoría al prestatario, sino porque conforme al derecho nacional los gastos de gestoría incumben al prestamista.