

Las cinco sentencias del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 23 de enero de 2019 sobre la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios

Manuel Jesús Marín López

Catedrático de Derecho Civil

Centro de Estudios de Consumo

Universidad de Castilla-La Mancha

Diario La Ley, Nº 9348, Sección Documento on-line, 30 de Enero de 2019, Editorial **Wolters Kluwer**

Comentarios

I. Introducción

Con fecha de 23 de enero de 2019 se han dictado cinco sentencias (con número 44, 46, 47, 48 y 49) del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios celebrados con consumidores. Estas sentencias son importantes porque se pronuncian por primera vez sobre los efectos concretos que la nulidad de la cláusula va a tener en relación con los gastos notariales, registrales y de gestoría. Además, en estas sentencias el Tribunal Supremo insiste en ideas que ya había sostenido en resoluciones anteriores: que tras la nulidad de la cláusula el prestatario no puede ampararse en el art. 1303 CC (LA LEY 1/1889) para solicitar la restitución de todo lo abonado, sino que sólo podrá recuperar aquellas cantidades que no hubiera estado obligado a satisfacer de no haber existido la cláusula abusiva (tesis ya acogida en las SSTS 147/2018 y 148/2018 (LA LEY 10391/2018), de Pleno, de 15 de marzo, y 725/2018, de Pleno, de 19 de diciembre). Tampoco es novedosa, porque se expone en las SSTS 147/2018 y 148/2018 (LA LEY 10391/2018), la doctrina sobre quién es el sujeto pasivo del IAJD en su doble modalidad de cuota fija y cuota variable. (1)

Con estas cinco nuevas sentencias existe una doctrina consolidada de la Sala Primera sobre casi todas las cuestiones conflictivas vinculadas a esta materia. Pero quedan todavía preguntas sin resolver. Por ejemplo, el Tribunal Supremo no se ha pronunciado aún sobre la cláusula de tasación del inmueble, ni sobre el plazo de prescripción de las acciones restitutorias que surgen de la nulidad de la cláusula.

II. Los gastos notariales

Las Audiencias Provinciales están divididas sobre quién debería abonar los aranceles notariales, si la cláusula de gastos no existiera. La mayoría entienden que ese coste incumbe al prestamista, aunque también hay otras que defienden que deben sufragarse por mitad entre las dos partes (2).

Las SSTS de 23 de enero de 2019 zanján la polémica: **los gastos de la matriz de la escritura de préstamo hipotecario deben abonarse por mitad entre prestamista y prestatario**. El razonamiento es el siguiente (STS 44/2019, FJ 7º, ap. 10 a 14, y de manera similar en las otras sentencias). El art. 63 del Reglamento Notarial (LA LEY 7/1944) remite la retribución de los notarios a lo que se regule en el arancel. Y la norma 6º del Anexo II del RD 1426/1989 (LA LEY 3053/1989), por la que se aprueba el arancel de los notarios, establece que «la obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente». La norma habla de «interesados», pero no especifica si, a efectos de redacción de la matriz, el interesado es el prestatario o el prestamista. Según el Tribunal Supremo, los interesados son los dos: el prestamista, porque obtiene un título ejecutivo y un documento que le permite la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad; y el prestatario, porque obtiene un préstamo que, por contar con garantía hipotecaria, se concede a un tipo de interés habitualmente más bajo que el que se establece en los préstamos sin esa garantía. En cuanto a las copias notariales, «deberá abonarlas quien las solicite, en tanto que la solicitud determina su interés» (STS 46/2019, FJ 3ª, ap. 4).

La idea de que los gastos de la matriz de la escritura debían abonarse por mitad entre las partes estaba ya contenida en las SSTS 147/2018 y 148/2018, de 15 de marzo (LA LEY 10391/2018). Para resolver quién es el sujeto pasivo del IAJD por el timbre de la matriz, el TS toma como referencia el RD 1426/1989 (LA LEY 3053/1989) para establecer que, como los interesados son los dos (prestamista y prestatario) y por eso ambos deberían costear los aranceles notariales, «es razonable» que el IAJD por el timbre de la matriz también se distribuya por mitad entre ambos. Este razonamiento no convence, pues una cosa es quién satisface los aranceles notariales (lo que debe averiguarse conforme a las reglas del derecho de contratos y la norma 6ª del Anexo II del RD 1426/1989 (LA LEY 3053/1989)), y otra muy distinta quién es el sujeto pasivo del IAJD, cuestión que debe abordarse teniendo en cuenta el art. 29 TRLTPyAJD. En cualquier caso, la idea de que los gastos notariales deben costearse por mitad se recoge expresamente en las cinco SSTS de 23 de enero de 2019.

Comparto la solución del TS, pero no su argumentación. El art. 63 RN dispone que «la retribución de los Notarios estará a cargo de quienes requieran sus servicios», y esta es la primera regla contenida en la norma 6ª del Anexo II del RD 1426/1989 (LA LEY 3053/1989). El notario celebra con sus clientes un contrato (que el TS califica como de prestación de servicios: SSTS de 6 de mayo de 1994; 15 de noviembre de 2002), y quienes contratan al notario (quienes requieren sus servicios) son los obligados a abonar la contraprestación. Que el consumidor pueda elegir notario no significa que sea él el que tenga que abonar los aranceles. Tampoco es relevante a estos efectos que sea el prestamista el que presente al notario el proyecto de documento contractual para que sobre el mismo el notario redacte la escritura pública. De ahí no cabe inferir que sea el prestamista el único que requiere sus servicios. Hay que entender que los dos (prestamista y prestatario) requieren los servicios del notario, por lo que los dos están obligados al pago de sus honorarios. El TS obvia esta primera regla, y resuelve conforme a la segunda: el arancel deben abonarlo «los interesados». La alusión del RD 1426/1989 (LA LEY 3053/1989) a los interesados «según las normas sustantivas y fiscales» hace difícil averiguar quiénes son esos interesados (3) . Pero lo correcto es entender que interesados son los dos, por lo que los dos están obligados (solidariamente) frente al notario al abono de sus honorarios, aunque en la relación interna los costes deban soportarse por mitad.

III. Los gastos de inscripción en el Registro de la Propiedad

La jurisprudencia menor ha sostenido, de forma prácticamente unánime, que **es el prestamista el único obligado al pago del arancel registral** (4) . Esta solución, que es correcta, se consagra en las SSTS de 23 de enero de 2019 (STS 44/2019, FJ 7º, ap. 15 a 17, y de manera similar en las otras sentencias). Según el Tribunal Supremo, así resulta de la norma 8ª del Anexo II del RD 1427/1989, de 17 de noviembre (LA LEY 3054/1989), por el que se aprueba el arancel de los Registradores de la Propiedad, que establece que «los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b) y c) del artículo 6 de la Ley Hipotecaria (LA LEY 3/1946), se abonarán por el transmitente o interesado». Señala el alto tribunal que, «a diferencia del Arancel Notarial, que sí hace referencia, como criterio de imputación de pagos, a quien tenga interés en la operación, el Arancel de los Registradores de la Propiedad no contempla una regla semejante al establecer quién debe abonar esos gastos, sino que los imputa directamente a aquel a cuyo favor se inscriba o anote el derecho. Desde este punto de vista, la garantía hipotecaria se inscribe a favor del banco prestamista, por lo que es a este al que corresponde el pago de los gastos que ocasione la inscripción de la hipoteca».

IV. Los gastos de gestoría

La jurisprudencia menor está dividida sobre quién debe abonar los gastos de gestoría, pues se han defendido las tres tesis posibles (incumben al consumidor, al prestamista, o a los dos por mitad) (5) . El Tribunal Supremo no se había pronunciado sobre esta cuestión hasta **las sentencias de 23 de enero de 2019**, que **declaran que los gastos de gestoría 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 (LA LEY 2229/2000) «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 (LA LEY 1563/1988), 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 (LA LEY 1/1889)). 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 (LA LEY 2229/2000), 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 (LA LEY 11922/2007). 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 (LA LEY 11922/2007).

V. Los efectos de nulidad de la cláusula de gastos: ¿qué cantidades puede el consumidor reclamar al prestamista?

La cuestión nuclear que se plantea tras la nulidad de la cláusula de gastos es determinar qué consecuencias restitutorias ha de tener. En concreto, ¿puede el prestatario pedir la devolución de todo lo pagado en concepto de gastos notariales, registrales, y de gestoría, aunque exista una norma que le atribuya algunos de esos pagos (restitución total)?, ¿o una vez eliminada la cláusula abusiva se aplica la norma que regula esta cuestión, y, en consecuencia, puede reclamar al prestamista únicamente las cantidades que él satisfizo y que no estaba obligado a abonar según la normativa aplicable (restitución parcial)?

Las SSTS de 23 de enero de 2019 acogen esta segunda tesis (como ya hicieran las SSTS 147/2018 y 148/2018, de 15 de marzo (LA LEY 10391/2018), y 725/2018, de 19 de diciembre (LA LEY 178602/2018)). Según el TS, «decretada la

nulidad de la cláusula y acordada su expulsión del contrato, habrá de actuarse como si tal cláusula nunca se hubiera incluido, y el pago de los gastos discutidos deberá ser afrontada por la parte a la que corresponde, según preveía el ordenamiento jurídico en el momento de la firma del contrato» (STS 44/2019, FJ 7º, ap. 4). Por tanto, **según el Tribunal Supremo, el prestatario podrá reclamar al prestamista la mitad de los gastos de gestoría y de los gastos notariales de la matriz, y todos los gastos registrales.**

Los argumentos esgrimidos en favor de esta interpretación son los siguientes. (i) El art. 1303 CC (LA LEY 1/1889) no es directamente aplicable, pues no son pagos hechos por el consumidor al banco que este deba restituir, sino pagos hechos a terceros (notario, gestoría, etc.). (ii) El art. 6.1 de la Directiva 93/13/CE (LA LEY 4573/1993) exige el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido la cláusula de gastos (según la STJUE de 31 de mayo de 2018), por lo que el prestamista debe restituir las cantidades que le hubiera correspondido pagar de no haber mediado la estipulación abusiva. (iii). Se trata de una situación asimilable a la del enriquecimiento injusto, en tanto que el banco se habría lucrado indebidamente al ahorrarse unos costes que legalmente le hubiera correspondido asumir y que, mediante la cláusula abusiva, desplazó al consumidor.

A mi juicio, **hay mejores argumentos para sostener que procede la restitución total de cantidades. Esa es la solución que deriva de la doctrina del TJUE sobre la inaplicación del derecho nacional supletorio.** Al analizar la posible aplicación del art. 1108 CC (LA LEY 1/1889) tras la nulidad de la cláusula de intereses de demora, la STJUE de 21 de enero de 2015 (asunto C-482/13 (LA LEY 28/2015) y otros, ap. 33), tras declarar que el juez nacional debe únicamente dejar sin aplicación la cláusula abusiva, reconoce al juez nacional «la facultad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del artículo 6, apartado 1 de la Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993) y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato. No obstante, esta posibilidad queda limitada a los 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 ese modo a consecuencias de tal índole que representarían para éste una penalización». En el mismo sentido se expresan la STJUE de 30 de abril de 2014 (asunto C-26/13 (LA LEY 46630/2014)), el ATJUE de 17 de marzo de 2016 (asunto C-613/15 (LA LEY 16195/2016)) y la STJUE de 7 de agosto de 2018 (asuntos C-96/16 (LA LEY 101899/2018) y 94/17). Según el TJUE, la inaplicación del derecho nacional supletorio se funda en el art. 6.1 de la Directiva («no vincularán al consumidor»), y en los principios de efectividad y de efecto disuasorio de la nulidad del art. 7 de la Directiva. La doctrina de la inaplicación del derecho nacional supletorio ha sido expresamente admitida por el Tribunal Supremo (entre otras, en SSTs de 22 de abril de 2015, 7 de septiembre de 2015 y 28 de noviembre de 2018).

Según el TJUE, no cabe aplicar el derecho supletorio dispositivo salvo que la nulidad de la cláusula conlleve la nulidad de todo el contrato y ello provoque consecuencias negativas al consumidor. El TJUE entiende que esta excepción no concurre cuando la cláusula abusiva es la que fija los intereses de demora, pues la nulidad de esta cláusula no afecta negativamente al consumidor. Lo mismo cabe predicar de la cláusula de gastos: su nulidad no perjudica al consumidor. Al contrario, le beneficia, porque le exime de pagar las cantidades que la cláusula le impone.

Las SSTs de 23 de enero de 2019 no citan esta doctrina del TJUE. Apoyan su tesis de la restitución parcial en la STJUE de 31 de mayo de 2018 (asunto C-483/2016 (LA LEY 49419/2018)), que a su vez reproduce la STJUE de 21 de diciembre de 2016 que afirma que «la declaración del carácter abusivo de la cláusula debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva». En mi opinión, la doctrina recaída en la STJUE de 21 de diciembre de 2016 no puede servir para justificar la restitución parcial de los gastos abonados. La sentencia, que versa sobre la posible limitación en el tiempo de los efectos restitutorios de la cláusula suelo nula, lo que en verdad quiere destacar es que no cabe limitar temporalmente los efectos de la nulidad, por lo que, declarada nula la cláusula abusiva, los efectos restitutorios se predicán *desde el principio*, pues todas las cantidades cobradas desde ese instante «son indebidas». En definitiva, la STJUE de 21 de diciembre de 2016 no se pronuncia sobre la posible aplicación (o no) del derecho nacional supletorio.

Puede discreparse de la solución ofrecida por el TJUE. Pero, guste o no, es la doctrina que debe aplicarse. Y por eso no cabe acudir al derecho nacional supletorio para determinar, tras la nulidad de la cláusula de gastos, qué gastos

debe soportar cada una de las partes.

El Tribunal Supremo señala que el consumidor no puede fundar la restitución total de cantidades en el art. 1303 CC (LA LEY 1/1889), pues este precepto es inaplicable, porque esos pagos no los recibió el prestamista, sino terceros. Me permito discrepar de esta tesis. Pero aunque este precepto no fuera aplicable, **la jurisprudencia del TJUE impide la aplicación del derecho nacional supletorio y exige una devolución total de las cantidades abonadas en ejecución de la cláusula abusiva**. No hay razones para dejar de aplicar esta jurisprudencia en la hipótesis de que la cláusula imponga al consumidor el pago a un tercero en lugar de al banco predisponente.

Por último, es obvio que el consumidor podría, con apoyo en la acción de enriquecimiento injusto, solicitar al prestamista la devolución de algunas cantidades (aquellas que abonó el consumidor y que no estaba obligado a soportar según la normativa aplicable). Pero ello no impide que, amparándose en la doctrina del TJUE, pueda reclamar la devolución de todas las cantidades, en los términos expuestos.

(1) Sobre el particular, v. M. J. MARÍN LÓPEZ, "Cláusula que impone al prestatario hipotecario el abono de los impuestos: ¿procede la devolución por el prestamista de todas las cantidades abonadas? La solución quizás, esté en el TJUE", publicado en la página web del Centro de Estudios de Consumo; en concreto, en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Clausula_que_impone_al_prestatario_hipotecario_el_abono_de_los_impuestos.pdf

(2) Un estudio de esta jurisprudencia, en M. J. MARÍN LÓPEZ, *La nulidad de la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios*, Madrid, Reus, 2018, pp. 60 y ss.

(3) Sobre las posibles interpretaciones, V. MARÍN LÓPEZ, *La nulidad...*, cit., pp. 54 y ss.

(4) Una exposición de estas sentencias, en MARÍN LÓPEZ, *La nulidad...*, cit., pp. 99 y ss.

(5) Sobre el particular, V. MARÍN LÓPEZ, *La nulidad...*, cit., pp. 161 y ss.
