

IMPOSICIÓN DE LOS SERVICIOS DE GESTORÍA EN LAS ESCRITURAS DE COMPRAVENTA Y CANCELACIÓN DE HIPOTECA: ANÁLISIS DE LA PRAXIS BANCARIA*

Ángel Carrasco Perera**

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Castilla-La Mancha

Centro de Estudios de Consumo

Helena Palomino Moraleda

Centro de Estudios de Consumo

Universidad de Castilla-La Mancha

Resumen: El CESCO ha tenido noticia de la existencia de una determinada praxis bancaria por la que se impone al consumidor la gestión de la entidad bancaria para la tramitación de las escrituras de compraventa y, en su caso, la de cancelación de la hipoteca, relacionadas con el contrato de préstamo hipotecario. El Estudio aborda el análisis de esta práctica bancaria, que no suele incluirse como cláusula contractual, lo que nos remite por vía de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios a un examen de la cuestión a través de la Ley de Competencia Desleal. A la luz de esta normativa el trabajo examina la legalidad de la imposición bancaria y el papel esencial que cumple la gestión, bajo la indudable influencia de la ya declarada nulidad de las cláusulas de gastos hipotecarios.

* Trabajo realizado en el marco 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.: SBPLY/19/180501/000333 dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana Isabel Mendoza Losana y en el marco del Proyecto de Investigación PID2021-128913NB-I00, del Ministerio de Ciencia e Innovación 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: seguimiento y avances", del que son investigadores principales el profesor Ángel Carrasco Perera y la profesora Encarna Cordero Lobato, conforme a la resolución provisional de fecha 23 de junio de 2022;

** ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-3622-2791>

Abstract: CESCO has become aware of the existence of a certain banking practice whereby the bank's management is charged to the consumer for the processing of the deeds of sale and mortgage cancellation (if applicable), related to the mortgage loan agreement. The Study analyses this banking practice, which is not usually included as a contractual clause, which leads us, through the General Law for the Defence of Consumers and Users, to an examination of the issue by reference to the Law on Unfair Competition. In the context of this legislation, the paper examines the legality of this banking practice and the essential role played by the management office, under the undoubted influence of the already declared nullity of mortgage expense clauses.

Title: Imposition of management services in the deed of sale and mortgage cancellation: analysis of banking practice

Palabras clave: Gestoría hipotecaria; compraventa; cancelación hipotecaria; práctica desleal; nulidad cláusula de gastos hipotecarios; práctica bancaria.

Key words: Mortgage management; sales contract; cancellation of the mortgage; unfair practice; nullity of mortgage expense clauses; banking practice.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN Y OBJETO DE ESTUDIO. 2. HECHOS. 2.1 La práctica anterior de los gastos hipotecarios. 2.2. Servicio prestado por la gestoría en las escrituras de compraventa y cancelación hipotecaria. 3. ANÁLISIS DE LA PRÁCTICA. 3.1. Imposición de un servicio no solicitado. 3.1.1 *Análisis de la praxis bancaria.* 3.1.2. *Especial atención al momento y el lugar de la práctica.* 3.1.3. *Consentimiento del consumidor.* 3.2. El perjuicio de la práctica agresiva sobre el consumidor. 3.3. El papel de la gestoría en la práctica desleal. 3.3.1 *¿Qué interés reporta la práctica agresiva en la gestoría?* 3.3.2 *¿Quién es el beneficiado por el servicio de la gestoría?* 4. LA INFLUENCIA DE LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA DE GASTOS EN EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO. 5. MECANISMOS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES FRENTE A LA PRÁCTICA AGRESIVA DE LA ENTIDAD FINANCIERA. 6. CONCLUSIONES. 7. BIBLIOGRAFÍA.

1. Introducción y objeto de estudio

Ha llegado al CESCO noticia de la existencia de una determinada práctica convergente con los procesos de firma de compraventas + préstamo hipotecario + cancelación (en su caso) de hipoteca preexistente. Han existido consultas y quejas al respecto, que este centro ha ido recopilando, antes de proceder por sí mismo a recabar datos reales que han dado como resultado el presente Estudio.

De esta forma, es objeto de este Estudio el análisis de la legalidad de las prácticas bancarias que imponen al consumidor su propia gestoría para la tramitación de las escrituras de compraventa y cancelación de la hipoteca, relacionadas con el préstamo de financiación del que es parte la entidad financiera.

El Estudio aborda la cuestión desde un análisis pormenorizado de los hechos a la luz de la normativa y doctrina, con el objetivo de paliar el vacío legal en el que el legislador no se ha atrevido a ahondar pero que en la práctica tiene como resultado una zona gris que afecta a los derechos del consumidor y al libre mercado.

2. Hechos

2.1. La práctica anterior de los gastos hipotecarios

Hasta el año 2015 la práctica bancaria común venía imponiendo en los contratos de préstamo hipotecario, de forma abusiva, cláusulas por las que el prestatario quedaba obligado al pago de todos los gastos que conlleva la formalización del contrato en escritura pública.

En sentencia de 23 de diciembre de 2015, el Tribunal Supremo declaró nulas estas cláusulas de gastos al considerarlas abusivas. Desde entonces, han sido numerosas las sentencias que han ido delimitando y matizando las cláusulas de gastos y el alcance de su nulidad.¹

La Ley 5/2019 reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario (en adelante "LCCI") se hizo eco de la jurisprudencia sobre la materia y estableció, de forma imperativa, la distribución de los gastos derivados del contrato de préstamo hipotecario. En lo que aquí interesa, el artículo 14.1 e) i. LCCI, señala: "*Los gastos de tasación del inmueble corresponderán al prestatario y los de gestoría al prestamista.*". Como señala AGÜERO ORTIZ², el fundamento de esta atribución de gastos no es otro que la propia naturaleza de estos. De esta forma, en lo relativo al gasto de gestoría, es el prestamista - interesado en la oportuna inscripción del derecho real a cuyo favor se constituye- quien decide delegar los trámites de inscripción para su propio beneficio, por lo que debe asumir su gasto. Mas no sólo

¹ Vid. AGÜERO ORTIZ, A.: "Nulidad de la cláusula de gastos en préstamos hipotecarios: no son sólo abusivos los gastos comprendidos en la STS de 23 de diciembre de 2015 (Gastos, efectos y plazos)", *Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, enero 2017, disponible en: <http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/gastos.pdf> . "Análisis de las últimas sentencias relativas a la cláusula de gastos y anexo jurisprudencial", *Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, junio 2017, disponible en: http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Actualizacion_clausula_gastos.pdf

² AGÜERO ORTIZ, A.: "Nulidad cláusula de gastos II: ¿A quién corresponde cada gasto en virtud del derecho supletorio?," *Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, enero 2017, disponible en: <http://www.centrodeestudiosdeconsumo.com/images/artics6mz/Nulidad-clausula-de-gastos.pdf>

esta razón es pertinente, y no debe desconsiderarse la ventaja en eficiencia y gestión de costes que tiene para la entidad financiera externalizar los enojosos trabajos de gestión del crédito en una empresa especializada que le ahorre los costes de un subempleo gestorio del personal financiero de la entidad, que de esta forma no malemplea sus recursos humanos.

Zanjado el problema de distribución de gastos en el préstamo hipotecario, el conflicto se traslada ahora al resto de la operación de compraventa inmobiliaria con financiación. La práctica actual de la entidad financiera pasa por encomendar la gestión de la escritura de préstamo hipotecario a su gestoría de confianza -aquella encargada de llevar el total o un amplio porcentaje de sus gestiones externalizadas y con quien tiene firmado un contrato de gestión-; la misma práctica de siempre, pero ahora asumiendo el gasto final la misma entidad financiera. Sin embargo, la influencia y control de la entidad financiera van más allá. A pesar de no ser parte en la relación contractual, la entidad bancaria encomienda también a su gestoría los servicios de tramitación de la escritura de compraventa y en su caso, la de cancelación hipotecaria previas al crédito hipotecario.

De esta forma, nos encontramos cómo una única gestoría, con vínculos con la entidad financiera y elegida discrecionalmente por este, quien gestiona tres escrituras: escritura de préstamo hipotecario (gasto atribuido a la entidad financiera en virtud de la LCCI), escritura de compraventa (gasto abonado por el comprador) y, en caso de existir hipoteca previa sobre el inmueble adquirido, escritura de cancelación hipotecaria (gasto asumido por el vendedor).

2.2. Servicio prestado por la gestoría en las escrituras de compraventa y cancelación hipotecaria

Los servicios que la gestoría presta al comprador y vendedor pueden ser clasificados conforme al momento de la tramitación de las escrituras en el que nos encontremos:

(i) Previa a la firma de las escrituras, la gestoría realiza labores de comprobación de la situación de la finca, mediante un certificado de deuda del crédito inmobiliario y a través del cotejo de una nota simple registral del inmueble. Una labor destinada a velar por los intereses de la entidad financiera. No presta ningún servicio al prestatario ni al vendedor.

(ii) En el momento de la firma -simultánea- de las escrituras de préstamo hipotecario, compraventa y en su caso, cancelación de préstamo hipotecario, un empleado de la gestoría acude a la Notaría como apoderado de la entidad financiera prestamista y presenta al prestatario y, de haberlo, al tercero vendedor, un documento para su firma. Sendos documentos contienen un desglose con los gastos en concepto de provisión de fondos que deben abonar comprador y vendedor por la tramitación de la escritura de compraventa y por la de cancelación; gastos destinados al pago de impuestos, notaría, registro y gastos

de gestión. En algunos casos, a los anteriores gastos se les une el de la notificación de estas operaciones al Ayuntamiento, a los efectos de la liquidación del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana y, evitar así, el llamado "cierre registral", a pesar de que las Notarías lo hacen de forma generalizada y cobran una cantidad mucho menor que las gestorías³.

Junto a esta información, el documento que se entrega contiene una autorización que deben firmar los destinatarios, por la que se autoriza a la gestoría a la tramitación de las escrituras de compraventa y cancelación hipotecaria, así como al adeudo en la cuenta bancaria de los autorizantes de la provisión de fondos para el abono los honorarios de los profesionales implicados, además de los propios. También se incorpora una cláusula de exoneración de responsabilidad de la gestoría en la liquidación de impuestos.

La entrega de este documento tiene gran relevancia para nuestro Estudio, toda vez que sin su aceptación la gestoría obstaculiza la firma de las escrituras implicadas. En caso de que los consumidores se opongan a autorizar tales servicios a la gestoría, y sólo en el supuesto de los vendedores, como es el caso de la cancelación, en muy contadas ocasiones se tolera el rehúse previa la firma de un documento por el que aceptan que les sean retenidos del precio de venta la cantidad que se solicita como provisión de fondos, para que, en el caso de no inscribir, sea la gestoría la encargada de hacerlo (quien figura como retenedor de esos fondos es el comprador no la gestoría). Aunque la práctica general es que los consumidores no planteen tal oposición, dado que no cuentan con la información suficiente para percatarse de que pueden rechazar los servicios impuestos.

Debemos advertir, que, además de esta "imposición" fáctica de un contrato de gestoría, a veces, en la propia escritura de compraventa, el comprador mandata a la gestoría bancaria directamente.

Una vez autorizados los servicios de la gestoría, tiene lugar la firma de las escrituras. Aquí, la labor de la gestoría consiste en firmar la escritura de préstamo hipotecario en representación de la entidad financiera y en comprobar que efectivamente se produzcan las firmas de las escrituras de compraventa y si procede, cancelación del préstamo hipotecario. En resumen, en el momento de la firma de las escrituras los servicios de la gestoría son representar a la entidad financiera y velar por sus intereses, aunque sus clientes sean también comprador

³ En virtud de lo establecido en el apartado 5 del artículo 254 de la Ley Hipotecaria en su redacción dada por la Ley 16/2012 de 27 de diciembre, "el Registro de la Propiedad no practicará la inscripción correspondiente de ningún documento que contenga acto o contrato determinante de las obligaciones tributarias por el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, sin que se acredite, previamente, haber presentado la autoliquidación o, en su caso, la declaración, del impuesto, o la comunicación a que se refiere la letra b) del apartado 6 del artículo 110 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales".

y vendedor, que son quienes pagan sus servicios en lo que a la compraventa se refiere.

(iii) Tras la firma de las escrituras, la Notaría, salvo que los interesados manifiesten lo contrario, remite telemáticamente las copias autorizadas al Registro de la Propiedad en el plazo más breve posible y, en todo caso, en el mismo día de autorización de la escritura o, en su defecto, en el día hábil siguiente, de conformidad con los artículos 249 del Reglamento Notarial y 112 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Esta presentación telemática causa asiento de presentación, quedando suspendida la inscripción hasta la liquidación de los impuestos correspondientes, tal y como exige el artículo 254 de la Ley Hipotecaria. Sin embargo, recordamos que a pesar de que la inscripción queda suspendida, el asiento de presentación otorga prioridad a la inscripción durante sus 60 días de vigencia.

Aunque las copias autorizadas son presentadas telemáticamente por la Notaría al Registro, la práctica habitual venía siendo que se expediera también copia autorizada en papel a favor de los interesados⁴. Esta copia autorizada se recogía por la gestoría con objeto de liquidar los impuestos correspondientes y así, tras su comprobación en la oficina liquidadora, la propia gestoría se encargaba de presentarla en el Registro para que se diera trámite a la inscripción. En la actualidad, la mayoría de las Haciendas Autonómicas⁵ tienen plataformas adaptadas para que estos trámites sean telemáticos y no se permite la liquidación de impuestos hasta que se reciba copia simple telemática del Notario, al que se le establece un plazo limitado para hacerlo. Además, el notario remite copia autorizada electrónica al registrador de la propiedad y, simultáneamente, entrega una copia simple en papel o remite copia simple electrónica a los interesados y a la gestoría para realizar la presentación telemática de las autoliquidaciones. En el documento que comprador y vendedor firman a la gestoría se incluye una cláusula por la que se solicita la emisión de estas copias electrónicas y su remisión al Registro y gestoría.

Una vez que la gestoría recibe la copia simple, procede a la autoliquidación telemática de los impuestos oportunos. Rellenado el modelo del impuesto, la propia plataforma electrónica notifica este hecho a la oficina liquidadora pertinente, que emite una diligencia a la gestoría notificando si la autoliquidación es o no correcta, y en su caso el importe a ingresar. A continuación, se produce

⁴ Conforme al art. 17 bis de la Ley Notarial, la copia autorizada en papel y electrónica tienen las mismas garantías independientemente de su soporte. El traslado no es un nuevo documento, diferente a la copia electrónica, sino que es la misma copia asentada en soporte diferente y más duradero: el papel. Conserva su autenticidad y garantía notarial, su carácter, valor y efectos: en definitiva, sigue siendo el mismo documento público. *Vid.* GOMÁ LANZÓN, F.: "Estudio sobre la copia notarial electrónica", *Revista Jurídica del Notariado*, nº. 40, ene.-mar. 2004, págs. 63-119.

⁵ Algunas CCAA como Cantabria siguen exigiendo la copia en papel.

la comunicación telemática al Registro que, tras su valoración, emitirá calificación y en su caso inscribirá el derecho real. Finalizados estos trámites, la gestoría se encarga de notificarlo a los interesados en la compraventa y cancelación.

Hay que decir que, ante el más mínimo problema en relación con la inscripción, la gestoría se limita a ponerlo en conocimiento de la Notaría para que esta lo "resuelva". De hecho, no se conocen recursos contra las calificaciones de los registradores interpuestos por una gestoría.

Una vez tramitada la inscripción de las escrituras, la gestoría, en virtud de la autorización concedida por el comprador y vendedor, se encarga del pago de los honorarios a los profesionales implicados, procede a la rendición de cuentas y si corresponde, realiza la devolución del importe restante de la provisión de fondos cobrada (cosa frecuente ya que se calcula por exceso). Es práctica generalizada que la devolución de los importes sobrantes de la provisión de fondos se demore unos meses tras la inscripción.

3. Análisis de la práctica

Para acertar en este análisis es necesario centrar la cuestión. Debemos observar que si bien es cierto que el art. 14.1 e) LCCI ha regulado los gastos de gestoría con respecto al préstamo hipotecario (imponiéndolos a la entidad financiera), esta regulación no se ha extendido a los gastos de gestoría en las escrituras de compraventa y cancelación hipotecaria. Es decir, hay una parte de la contratación de crédito inmobiliario que ha quedado al margen de la LCCI: los gastos de gestoría *que no tienen el préstamo hipotecario como contenido finalista*.

Estos gastos hipotecarios son asumidos por el prestamista en el préstamo hipotecario en virtud del art. 14.1 e) LCCI, pero no existe regulación que establezca una distribución con respecto a los mismos en las escrituras de compraventa y cancelación hipotecaria, y, por ende, tampoco de los gastos de gestión del pago de estos gastos. La distribución de estos gastos sería intrascendente si la entidad financiera limitase su actuación al pago de los gastos generados en el préstamo hipotecario (pues su actuación debería empezar y terminar en ese ámbito), y los consumidores decidieran libremente si hacen uso de los servicios de una gestoría para tramitar sus escrituras. Sin embargo, esta no es la realidad y es lo que justifica el presente Estudio: esos gastos de gestoría que la LCCI atribuye al prestamista en el préstamo inmobiliario, son impuestos al consumidor adicionalmente por la entidad financiera en las escrituras de compraventa y cancelación, utilizando el prestamista el vacío legal que existe al respecto, beneficiándose económicamente y reduciendo el riesgo de la operación financiera a costa del consumidor. Y todo porque la LCCI no ha especificado si los "gastos de gestoría" que competen a la entidad financiera son todos y cualesquiera gastos de gestoría, que sean *promovidos* por la entidad financiera, o sólo los gastos de gestoría para la inscripción de la hipoteca.

En virtud de lo anterior, el análisis debe versar sobre la licitud de la práctica consistente en:

- (i) La entidad financiera impone al consumidor un servicio de gestión que no ha solicitado.
- (ii) Se obliga a que el servicio impuesto sea prestado por una determinada gestoría.
- (iii) La gestoría impuesta está al servicio de la entidad financiera, con quien tiene un contrato de gestión.
- (iv) El comprador debe abonar los servicios de gestoría correspondientes a la compraventa y de existir hipoteca previa sobre el inmueble, el vendedor hace lo propio con los gastos de gestión de la cancelación hipotecaria.

3.1. Imposición de un servicio no solicitado

El primer problema que plantean los hechos es la imposición de un servicio de gestoría, que no ha sido solicitado por el comprador y vendedor, y que además no es preceptivo para la validez de las escrituras de compraventa y cancelación. Un servicio que la entidad financiera liga al otorgamiento del préstamo hipotecario. ¿Es lícita esta práctica?

La entidad financiera impone el servicio de gestoría en la tramitación de las escrituras de compraventa y cancelación hipotecaria, con base en la financiación que otorga para la operación. Esto se hace, además, imponiendo en la escritura de compraventa un mandato del comprador a favor de la gestoría bancaria que es igual al que se incluye en la escritura de crédito inmobiliario.

En virtud de ello, podríamos valorar que se trata de un "servicio accesorio"⁶ al contrato de préstamo. Si esta fuera la pretensión de la entidad financiera, la entidad estaría obligada a informar de tal extremo al consumidor, de forma que éste conozca las obligaciones y costes que ello supone y tenga la opción de elegir contratar el servicio o no. En este sentido, debemos destacar que entre la información general del préstamo inmobiliario que debe recibir el comprador se encuentra en la LCCI *una indicación de los servicios accesorios que el prestatario esté obligado a contratar para obtener el crédito o para obtenerlo en las condiciones ofrecidas y, si ha lugar, la aclaración de que los servicios accesorios pueden contratarse con un proveedor distinto del prestamista, (art. 9.1 m)*; facilitándose esta información mediante la ficha de información precontractual (FIPRE) conforme al art. 21 de la Orden EHA/2899/201.

⁶ Art. 4.4 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, se considera «servicio accesorio»: *todo servicio ofrecido al prestatario junto con el contrato de préstamo.*

Junto a la anterior información que el consumidor (prestatario) debe recibir, previa al contrato de préstamo, se encuentra la de conocer el total del "importe adeudado", entendido como la *suma del importe total del crédito más el coste total del crédito para el consumidor*,⁷ art. 6 Ley 16/2011, de Contratos de Crédito al Consumo. En los mismos términos y en una fase más avanzada de la contratación, pero antes de la firma, el prestatario debe ser informado de las obligaciones y gastos que asume con el contrato de préstamo hipotecario, art. 14 LCCI.

Observamos que entre esta información que debe suministrarse al prestatario para que tenga un adecuado conocimiento de los gastos que supone el contrato de crédito, no se incluye la relativa a un posible servicio accesorio de gestoría ni que este gasto deba asumirse por el consumidor. Lo que nos lleva a afirmar que se trata de la imposición de un servicio que no ha sido solicitado por el consumidor y cuyas características y gastos son desconocidos para este. A este respecto, debe suponerse que el prestamista conoce el coste de los servicios accesorios que ofrece al consumidor, personalmente o en nombre de un tercero, es decir, que está en condiciones de ofrecer tal información al prestatario cuando le informa sobre el contrato de préstamo hipotecario que pretende suscribir.⁸

Señala también el Banco de España en la Memoria de Reclamaciones del año 2020 que⁹ *el DCE ("Departamento de Consulta de Entidades") ha consolidado el criterio de que la información sobre provisión de fondos debe facilitarse con ocasión de la entrega de la información precontractual obligatoria, regulada en el artículo 14 de la Ley 5/2019, incluidas la FEIN, la FiAE y, sobre todo, «la información clara y veraz sobre los gastos que corresponden al prestamista», esto es, con diez días naturales de antelación respecto a la fecha prevista para la formalización de la operación. La citada información facilita al prestatario el conocimiento de todos los gastos a los que debe hacer frente, y no solo los de la operación hipotecaria, lo que evidentemente le posibilita la comparación con las ofertas de otras entidades, que también le deben facilitar información sobre los gastos del préstamo hipotecario y de los contratos accesorios, dato el de los gastos muy relevante a la hora de aceptar una u otra opción, o incluso desistir de ambas.*

⁷ En este sentido, el art. 6 de la Ley 16/2011 de Contratos de Crédito al Consumo, define «*Importe total del crédito*»: *el importe máximo o la suma de todas las cantidades puestas a disposición del consumidor en el marco de un contrato de crédito*; «*Coste total del crédito para el consumidor*»: *todos los gastos, incluidos los intereses, las comisiones, los impuestos y cualquier otro tipo de gastos que el consumidor deba pagar en relación con el contrato de crédito y que sean conocidos por el prestamista, con excepción de los gastos de notaría. El coste de los servicios accesorios relacionados con el contrato de crédito, en particular las primas de seguro, se incluye asimismo en este concepto si la obtención del crédito en las condiciones ofrecidas está condicionada a la celebración del contrato de servicios.*

⁸ En este sentido, Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª) Sentencia núm. 134/2019 de 23 enero. (ARP 2019\507).

⁹ Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España de 2020, págs. 148 y ss. Disponible en <https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/20/MSR2020.pdf>

Acerca de la prohibición de imponer servicios, se pronuncia también la Orden EHA/2899/2011 en referencia a las comisiones: *Las comisiones percibidas por servicios prestados por las entidades de crédito serán las que se fijan libremente entre dichas entidades y los clientes. Sólo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos*, art. 3.1.

Esta regla absoluta está imponiendo varios deberes: i) que sean fijados libremente por entidad y cliente. Y, por tanto, que el consumidor tenga constancia de ellos; ii) que el servicio por el que se repercute la comisión sea solicitado por el consumidor o aceptado expresamente; iii) que la comisión responda a servicios efectivamente prestados.

El interés de la regla de cobro de las comisiones es que está *en general* prohibiendo cobrar por un servicio que no ha sido solicitado y aceptado, como ocurre en nuestro supuesto de hecho.¹⁰ Porque, aunque el cobro del servicio no se presenta formalmente como comisión, ni aquel cobro se soporta necesariamente en una "cláusula", la nulidad, que eventualmente podría ser imputada a tal cláusula, pero no a una mera praxis, quedaría asegurada mediante una entronización de una implícita norma legal en virtud de la cual – por lo demás, cosa obvia- no se pueden imponer cobros por servicios no solicitados, con o sin cláusula pertinente, sin importar la denominación de ese cobro ni cómo ha llegado a vincularse a la prestación principal.

La regulación en materia de cláusulas abusivas con consumidores se pronuncia también acerca de la imposición de servicios no solicitados. El artículo 82.1 Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante "LGDCU") incluye en el concepto de cláusula abusiva *todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato*. Y dentro de este listado de cláusulas abusivas, el art. 89.4 LGDCU considera como abusiva la imposición de servicios no solicitados por el consumidor, como ocurre en nuestro supuesto de hecho al imponer la entidad financiera la tramitación de las escrituras por parte de una determinada gestoría. Este artículo, prohíbe la contratación vinculada cuando se impongan servicios no solicitados y su control puede venir mediante la nulidad de esta metacláusula.¹¹ Sin embargo, debemos apreciar que la vinculación a que nos referimos suele tener lugar en la fase de negociación y no es

¹⁰ Vid. Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 328/2022 de 26 abril. (JUR 2022\148695).

¹¹ CARRASCO PERERA, A. "Nulidad del contrato vinculado", en CARRASCO PERERA, A. *Derecho de Contratos*, Tercera edición, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, Cap. 16, § 70.

común que se refleje por escrito, especialmente en la escritura de compraventa dónde la entidad financiera no es parte.

En lo que aquí interesa, el contrato de préstamo no suele incluir una cláusula que imponga la vinculación de los servicios de gestoría en las escrituras de compraventa y cancelación hipotecaria. En nuestro análisis nos encontramos con que la gestoría presenta, de forma verbal en la Notaría, unos servicios vinculados a la contratación del crédito, minutos antes de la firma y sin que ese condicionamiento para la otorgación de la financiación quede reflejado en la escritura. De esta forma, no podemos recurrir al art. 89.4 LGDCU ni sancionar la abusividad de la cláusula de imposición, sencillamente porque no existe esa cláusula expresamente en la escritura de compraventa y en su caso, en la cancelación, hecho que es imposible porque la entidad financiera no es parte. Por mucho que sí existe un “contrato” vinculado, aunque sin el conducto de una cláusula prohibida.

Debemos advertir, que, aunque no sea lo habitual, si en el contrato de préstamo hipotecario existiera una cláusula por la que se obliga al consumidor a tramitar la escritura de compraventa a través de la gestoría hipotecaria, sí que podríamos hablar de una cláusula nula por aplicación del art. 89.4 LGDCU.

Aunque existiera la cláusula de vinculación, la aplicación del precepto produciría escaso resultado práctico. Quedaría anulada la cláusula de vinculación, cierto, pero los servicios ya han sido prestados. Aunque todavía no hubieran sido prestados, la norma comentada se limita a condenar la cláusula de vinculación, pero no produce de suyo la nulidad del contrato vinculado.

Para colmar el anterior vacío, acudimos ahora al art. 17 LCCI y, que recoge una prohibición de vinculación en el seno del crédito inmobiliario y, en su apartado segundo, proclama que el contrato vinculado impuesto ilícitamente y suscrito por el cliente (independientemente de si ha existido cláusula expresa de vinculación o la imposición ha sido meramente de palabra) es nulo.¹² Esta consecuencia es de suma importancia en nuestro análisis, pues nos lleva a concluir que, independientemente, de que exista cláusula expresa, si la imposición de un servicio vinculado al contrato de financiación inmobiliaria es ilícita, su consecuencia es la nulidad. Aplicándolo a nuestro caso, el documento que el consumidor firma por imposición de la entidad financiera para autorizar los servicios de la gestoría será nulo si se ha impuesto ilícitamente en perjuicio del consumidor prestatario y del tercero vendedor. Pero la nulidad no afecta solo al negocio de autorización sino al contrato de gestoría que dicha autorización comporta.

Todavía cabe una ulterior fundamentación. Podría cuestionarse que este contrato de asesoría no es propiamente un contrato vinculado con la hipoteca, al menos en el

¹² LYCZKOWSKA, K., “Capítulo X. Contratos vinculados”, en CARRASCO PERERA, A. (Dir.) *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*, Thomson Reuters Aranzadi, 2019, págs. 466 y ss.

ámbito de aplicación del art. 17 LCCI; que no se trata propiamente de un producto vinculado a la financiación hipotecaria, sino de un producto que se impone en el contexto del contacto multilateral habido en la oficina notarial y a propósito del conjunto de los negocios que se firmarán, entre los cuales la hipoteca es uno de ellos. No creemos que esta excusa sea pertinente, entre otras cosas porque el art. 17 expresa en este punto una regla que debe proyectarse como principio de derecho común, y que el art. 89.4 LGDCU no permitía proyectar. Aunque es bien notorio que el art. 17 LCCI se estaba imaginando "otra" praxis de negocios vinculados a la hipoteca, bien distinta de la que aquí tratamos (a saber, la praxis de los seguros de cumplimiento y otras garantías suplementarias de la entidad financiera), la lectura del precepto hecha desapasionadamente confirma que nuestro caso está también incluido en el tenor evidente de la prohibición general de negocios subalternos vinculados al préstamo hipotecario.

Con todo, hipotetizando que el art. 17 no contuviera una regla generalizable y que tampoco tuviéramos la conexión deparada por una cláusula de vinculación¹³, proyecta al análisis de la licitud de la *praxis* bancaria como un *factum*. Y es esta práctica de la entidad financiera, por la que vincula la contratación del préstamo a los servicios de una determinada gestoría, la que ahora considera este Estudio a la luz de la LGDCU y por remisión - como veremos más adelante- la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (en adelante "LCD").

3.1.1. Análisis de la praxis bancaria

En primer lugar, debemos recordar que con la definición de cláusula abusiva la LGDCU pretende la equiparación entre las estipulaciones contractuales no negociadas y las prácticas no consentidas expresamente con idénticos efectos para los usuarios. Pero a nivel de remedios jurídicos, las "prácticas no consentidas expresamente" a las que alude el art. 82 LGDCU se tipifican como comportamientos o conductas del empresario, categorizadas en la LCD como "prácticas comerciales desleales" de las empresas en sus relaciones con los consumidores, en un nicho de tipificación distinto del propio de las cláusulas abusivas.

Por lo tanto, lo relevante para declarar ilícita una práctica comercial con consumidores es que se trate de una conducta prohibida por la legislación de competencia desleal.¹⁴ En este sentido, la LCD se configura como un instrumento

¹³ BERMÚDEZ BALLESTEROS, S., "¿El empresario que vende coches de segunda mano se niega a atender en garantía la avería en la radio de uno de ellos: ¿Incumple la normativa de consumo? ¿Es infracción de consumo?", *Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, 2021, pág.6. Disponible en: http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/La_garantia_de_un_aparato_de_aire_acondicionado_cubre_la_reparacion.pdf

¹⁴ MARÍN, LÓPEZ, M.J., "¿Puede un vendedor obligar al comprador a financiar el precio, impidiéndole que lo pague al contado?", *Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, 2020, pág.4. Disponible en: http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Puede_un_vendedor_obligar_al_comprador_a_financiar_el_precio.pdf

de ordenación y control de las conductas en el mercado, a fin de cumplir la función de defensa de los intereses de quienes participan en él y de la propia institución de la competencia.

La Directiva 2005/29/CE (en adelante, "Directiva sobre las prácticas comerciales desleales") prohibió una serie de prácticas que producen efectos indeseables sobre los consumidores. Su objetivo era conciliar el buen funcionamiento del mercado con el principio de protección de los consumidores y usuarios.¹⁵ Su transposición al Derecho español se realizó mediante la aprobación de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modificó el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios (en adelante, "Ley 29/2009"), con el fin de alcanzar el propósito de integrar la legislación protectora de los consumidores en la regulación del mercado.

La promulgación de la Ley 29/2009 modificó el art. 19.2 LGDCU, introduciendo una remisión a la LCD en lo relativo a prácticas comerciales con consumidores: *para la protección de los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores y usuarios, las prácticas comerciales de los empresarios dirigidas a ellos están sujetas a lo dispuesto en esta ley, en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, y en la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, no obstante la normativa sectorial que en cada caso resulte de aplicación*. Es dudoso que esta técnica remisiva a una ley mercantil constituya la mejor forma de implementar en la LGDCU una norma que es idiosincrática de consumidores.

La definición de práctica comercial la ofrece el artículo 19.2 LGDCU y reza así: *se considerarán prácticas comerciales de los empresarios con los consumidores y usuarios todo acto, omisión, conducta, manifestación o comunicación comercial, incluida la publicidad y la comercialización, directamente relacionada con la promoción, la venta o el suministro de bienes o servicios, incluidos los bienes inmuebles, así como los derechos y obligaciones, con independencia de que sea realizada antes, durante o después de una operación comercial*.¹⁶ Observamos, que el comportamiento bancario objeto del Estudio encuentra acomodo en esta definición de práctica comercial, por lo que pasamos a analizar si esta práctica está prohibida por la normativa de competencia desleal.

Las prácticas comerciales con consumidores que se repuntan desleales a la luz de la LCD son de dos tipos: actos de engaño y prácticas agresivas.¹⁷ La Ley diferencia

¹⁵ MARCO ARCALÁ, L.A., "Las prácticas comerciales desleales con los consumidores en la propuesta del Código Mercantil", en MORILLAS JARILLO, M.J *et al* (Ed.) *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, 2015, págs. 1087-1109.

¹⁶ Esta definición de práctica comercial proviene del art. 2 letra d) de la Directiva 2005/29/CE.

¹⁷ CARRASCO PERERA, A., "Un mapa de situación: directivas de cláusulas abusivas, de prácticas desleales y de "derechos" de los consumidores", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº1, 2012, págs. 85 y ss.

en su art. 19 estos dos tipos básicos de prácticas desleales con consumidores (art. 4,5, 7 y 8 LCD), y sus modalidades de desarrollo, conocidas como “la lista negra”. Estas últimas son prácticas que se consideran desleales *per se* y la LCD las contempla en los artículos del 21 al 31, que provienen de la lista contenida el Anexo I de la Directiva de prácticas desleales.¹⁸

Son las prácticas agresivas las que aquí requieren interés. El fundamento de la prohibición por desleales de esas prácticas es el significativo daño que su ejecución provoca en el mercado, influyendo – de forma muy notable- sobre la *capacidad de decisión del consumidor a la hora de contratar determinados bienes y servicios que, por naturaleza, debería ser libre, sin recibir ningún tipo de injerencias más que las admitidas por la actuación persuasiva del empresario.*¹⁹

La prohibición de prácticas agresivas por desleales busca garantizar que el consumidor actúe con plena libertad para adoptar decisiones libres e informadas en sus relaciones comerciales, que no se vean condicionadas por la conducta de los operadores. Y es justo esta libertad de elección del consumidor, considerada como elemento central de la noción de prácticas agresivas, la que se ve mermada en nuestro supuesto de hecho.

La praxis bancaria, (forzar un comportamiento del consumidor a fin de que delegue la tramitación de las escrituras de compraventa y cancelación hipotecaria en la gestoría de confianza de la entidad financiera) es susceptible de ser calificada como práctica agresiva conforme al art.8 LCD, que considera *desleal todo comportamiento que teniendo en cuenta sus características y circunstancias, sea susceptible de mermar de manera significativa, mediante acoso, coacción, incluido el uso de la fuerza, o influencia indebida, la libertad de elección o conducta del destinatario en relación con el bien o servicio y, por consiguiente, afecte o pueda afectar a su comportamiento económico.* En términos generales, puede considerarse agresiva cualquier práctica que llevada a cabo por los medios referenciados y en las circunstancias que se realice, ejerza presión – psicológica o física- sobre el consumidor a fin de que realice una determinada operación.²⁰

Esta definición de práctica agresiva del art. 8 LCD contiene dos presupuestos cuya concurrencia es necesaria para poder calificar el comportamiento como desleal: i) El primero, referido a los medios empleados para la comisión de la práctica desleal: el acoso, la coacción o la influencia indebida; ii) el segundo, el efecto que

¹⁸ARROYO APARICIO, A. “Comentario al art. 8 LCD. Prácticas agresivas”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Thomson Reuters Aranzadi, 2011.

¹⁹GONZÁLEZ PONS, E., *Prácticas agresivas y tutela del Consumidor*, Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2018, pág. 75.

²⁰ ARROYO APARICIO, A., “Comentario al art. 8...”, *op.cit.*

la práctica tiene o puede tener en el destinatario, la afectación o la posible afectación a su comportamiento económico.²¹

En cuanto al primer requisito, se exige que la práctica implique un comportamiento activo del comerciante que limite la libertad de elección del consumidor²². En este sentido, es la influencia indebida como medio de comisión de la práctica la que interesa a nuestro análisis. En el propio art. 8 LCD encontramos su definición: *utilización de una posición de poder en relación con el destinatario de la práctica para ejercer presión, incluso sin usar fuerza física ni amenazar con su uso*. De la literalidad del precepto se desprende que para que exista influencia indebida debe darse una posición de poder por parte del ejecutor de la práctica, posición que puede ser personal o económica.

En la situación que analizamos, existe una supremacía de facto de la entidad bancaria sobre el cliente bancario y el vendedor del inmueble, toda vez que del préstamo hipotecario depende el buen fin de la compraventa. Esta situación de dependencia del consumidor otorga *per se* poder a la entidad financiera. Además, la imposición de un servicio solo es posible si quien lo hace se encuentra en una situación de supremacía con respecto al destinatario, pues, de no ser así, ninguna influencia tendría la práctica en su decisión. Es decir, el propio ejercicio de la práctica desleal desvela la condición de supremacía en quien lo ejecuta, pues de lo contrario el destinatario no vería mermada su capacidad de elección y podría rehusar la imposición.

Independientemente de la vulnerabilidad general que va ligada al concepto de consumidor, en el presente caso ésta se ve acrecentada por la supremacía de la entidad financiera al ser este de quien depende, en último término, que se celebre la operación de compraventa que anhela el consumidor.²³

Sin embargo, para considerar agresiva una práctica no basta que exista esta posición de poder; lo significativo es la explotación que hace la entidad financiera de esta posición para afectar al comportamiento económico del destinatario de esta.²⁴ Conforme al art. 8 LCD, lo decisivo es que ese comportamiento llevado a cabo mediante la influencia indebida sea *susceptible de mermar de manera*

²¹ GONZÁLEZ PONS, E., *Prácticas agresivas y tutela del Consumidor*, *op.cit.*, págs. 120 y ss.

²² Comunicación de la Comisión (2021/C 526/01), *Guía sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior*, Diario Oficial de la Unión Europea, 2.10 Artículos 8 y 9: prácticas comerciales agresivas, 2021. Disponible en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021XC1229\(05\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021XC1229(05)&from=EN)

²³ ARROYO APARICIO, A., "Comentario al art. 8...", *op.cit.*

²⁴ Conforme al art. 4 LCD, se entiende por «comportamiento económico del consumidor»: *toda decisión por la que éste opta por actuar o por abstenerse de hacerlo en relación con:*

a) La selección de una oferta u oferente; b) La contratación de un bien o servicio, así como, en su caso, de qué manera y en qué condiciones contratarlo; c) El pago del precio, total o parcial, o cualquier otra forma de pago; d) La conservación del bien o servicio; e) El ejercicio de los derechos contractuales en relación con los bienes y servicios.

significativa la libertad de elección o decisión del destinatario y, por consiguiente, afecte o pueda afectar a su comportamiento económico. En los hechos objeto de nuestro Estudio, la entidad financiera explota su poder con el fin de influenciar el comportamiento económico de los destinatarios de la práctica: contratar los servicios de una determinada gestoría.

La LCD exige que la incidencia en la libertad de elección tenga cierta entidad, que “merme de manera significativa” la libertad de elección del consumidor. El art. 4 de la Ley aclara el entendimiento de “distorsionar de manera significativa el comportamiento del consumidor”: *utilizar una práctica comercial para mermar de manera apreciable su capacidad de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa, haciendo así que tome una decisión sobre su comportamiento económico que de otro modo no hubiera tomado.* Para entender cumplida esta exigencia no se requiere que en efecto se tome una decisión u otra (la conducta del consumidor puede ser efectiva o potencial), sino que basta que exista un riesgo real en que la influencia indebida de quien lleva a cabo la práctica afecte a la libertad de decisión del destinatario.²⁵ Es decir, que la práctica agresiva tenga entidad para influir en la decisión del destinatario, aunque finalmente este opte por otra opción.

En este sentido, valoramos que la conducta de la entidad financiera produce “una merma significativa” de la autonomía de decisión del consumidor, pues con su práctica impone el servicio de gestoría; e incluso va más allá, designa el profesional que el consumidor debe elegir para tal servicio, su gestoría de confianza. La conducta de la entidad bancaria es apta para distorsionar el comportamiento del destinatario con respecto a la tramitación de las escrituras de compraventa y cancelación. No se ofrece opción de elegir si los interesados desean realizar por sí mismos estos trámites o si prefieren encomendar la gestión a un profesional, directamente les es impuesto un servicio. Esta posibilidad de elección es recordada expresamente por el Banco de España con respecto a la tramitación de la escritura de cancelación: *los clientes pueden llevar a cabo por sí mismos los trámites necesarios para la cancelación registral de su hipoteca (...).*²⁶

Además, hay que destacar que, en todo el proceso de la financiación, la LCCI siempre concede al prestatario/comprador derecho a elegir: así, Notario y empresa de tasación siempre que esté homologada. Ese principio de libre elección

²⁵ MASSAGUER, J., “Las prácticas agresivas como acto de competencia desleal”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 27-2010, págs. 30 y ss.

Disponible en: <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/2755/documento/art01.pdf?id=2542>

²⁶ Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España de 2009, pág. 99. Disponible en: <https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/09/Fich/MSR2009.pdf>

de profesionales se quiebra en el caso de la gestoría porque se impone por el prestamista.

3.1.2. Especial atención al momento y el lugar de la práctica

Junto al medio empleado y el efecto que el mismo tiene en el destinatario, el legislador describe en el apartado segundo del art. 8 LCD una serie de circunstancias que pueden ayudar a analizar la agresividad ilícita de la práctica. Para nuestro Estudio tiene especial transcendencia el momento y el lugar en el que se produce la práctica.²⁷

La práctica objeto de análisis se desarrolla en la Notaría, minutos antes de la firma de las escrituras, cuando un representante de la entidad financiera -que a su vez es trabajador de la gestoría, cuyo servicio se va a imponer-, presenta a los consumidores un documento para su firma, con el fin de quedar autorizada la gestoría para el cobro de la provisión de fondos y la realización de los pertinentes trámites para la inscripción de los derechos en el Registro. Se destaca la confusión que puede generar en el consumidor la figura del empleado de la gestoría. Se presenta al consumidor como representante de la entidad financiera, pues efectivamente firma el préstamo hipotecario en su nombre, pero a su vez es el encargado de que los consumidores autoricen la gestión de los trámites a la gestoría. La autoría de la práctica proviene de la entidad financiera, quien hace uso del empleado de la gestoría para cometer el abuso. Gestoría que efectivamente es un colaborador externo de la entidad, a la que está unida contractualmente.

Continuando con el momento en el que se produce la práctica, tiene lugar en un ambiente decisivo para los consumidores, que esperan con ansia e ilusión la culminación de su negocio jurídico. De esta forma, la entidad financiera, quien ya ha debido informar previamente a los consumidores de los gastos que reporta el préstamo hipotecario, aprovecha una situación en la que la perspicacia del consumidor está mermada por las circunstancias y el entorno, para hacerle cargar con unos servicios que no ha solicitado, y, por ende, con unos gastos de los que no había sido informado.

El consumidor se convierte en un blanco fácil de la entidad financiera, quien se vale del momento y del lugar para coartar la libertad del consumidor e imponerle, como requisito *sine qua non* para la firma del préstamo hipotecario, que su

²⁷ GONZÁLEZ PONS, E., "Prácticas agresivas...", *op.cit.*, págs. 125 y ss.

gestoría de confianza sea la encargada de la tramitación de las escrituras de compraventa y cancelación.

3.1.3. Consentimiento del consumidor

La calificación como práctica desleal por agresiva de la imposición de la entidad financiera de los servicios de su gestoría de confianza debe provocar que automáticamente el consentimiento otorgado por los consumidores para autorizar la gestión de las escrituras se considere viciado.

La entidad financiera no deja más alternativa al cliente que aceptar la imposición de la gestoría, pues de lo contrario no podrá acceder a la financiación. Aunque en caso de oposición, al consumidor se le permita rehusar de tal autorización, lo cierto es que como contraprestación se impone la condición de que autorice a que le sea retenida la cantidad que supone la provisión de fondos de la tramitación de la escritura hasta que se produzca la efectiva cancelación de la hipoteca en el Registro.

Se puede considerar equiparable la influencia indebida ejercida por la entidad financiera a un supuesto de intimidación en Derecho contractual. Señala el artículo 1265 CC que "será nulo" el consentimiento prestado bajo intimidación. Este vicio del consentimiento consiste en *inspirar a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendiente*, art.1267 CC.

La jurisprudencia ha elaborado un concepto técnico *de la intimidación, que, en su formulación más reciente, se caracteriza porque uno de los contratantes o persona que con él se relacione, valiéndose de un acto injusto y no del ejercicio correcto y no abusivo de un derecho, ejerza sobre el otro una coacción o fuerza moral de tal entidad que por la inminencia del daño que pueda producir y el perjuicio que hubiere de originar, influya sobre su ánimo induciéndole a emitir una declaración de voluntad no deseada y contraria a sus propios intereses*.²⁸ No sólo los males físicos ni los daños a bienes patrimoniales, sino los daños puramente económicos también.²⁹

Debemos asimilar el concepto de intimidación que emplea el art. 1265 CC al de "influencia indebida" del art. 8 LCD y precisar que el consentimiento prestado en la autorización firmada en la Notaría es un consentimiento viciado a efectos de la Ley de Competencia Desleal y del Código Civil.

Observemos que nos quedamos en la periferia del problema de la validez del contrato que se sustenta en la práctica prohibida. Este contrato, que podría haber sido reputado nulo por aplicación del art. 17 LCCI, podría acaso seguir la misma suerte

²⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 4 octubre 2002 (RJ 2002, 9797); Sentencia del Tribunal Supremo de 21 octubre 2005 (RJ 2005, 8548).

²⁹ CARRASCO PERERA, A.: Capítulo 9. La intimidación. En CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Contratos*, op.cit.

de mano de la doctrina de la anulabilidad por vicios del consentimiento. Pero no es necesario explorar ahora esta vía. Nos basta con considerar que la práctica está prohibida por desleal.

3.2. El perjuicio de la práctica agresiva sobre el consumidor

La imposición de los servicios de la gestoría de la entidad financiera es idónea como vía para expandir efectos negativos al consumidor más allá de condicionar su libertad de elección.

Como ya se ha expuesto al principio de este Estudio, la LCCI se ha hecho cargo del problema de distribución de los gastos en el préstamo hipotecario ³⁰, art. 14:

i. Los gastos de tasación del inmueble corresponderán a prestatario y los de gestoría al prestamista.

ii. El prestamista asumirá el coste de los aranceles notariales de la escritura de préstamo hipotecario y los de las copias los asumirá quien las solicite.

iii. Los gastos de inscripción de las garantías en el registro de la propiedad corresponderán al prestamista.

iv. El pago del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados se realizará de conformidad con lo establecido en la normativa tributaria aplicable.

Ahora, el prestamista viene obligado a asumir la mayoría de los gastos del préstamo hipotecario, pero la situación de vulnerabilidad que la imposición de un servicio de gestoría y el abono de sus gastos supone para el consumidor puede también orientarse intencionalmente a conseguir una reasignación de los gastos del préstamo hipotecario, contraviniendo el art. 14 LCCI.

El prestamista tiene incentivos fáciles de satisfacer para trasladar los costes del préstamo hipotecario al consumidor. Nada impide que en esos gastos fijados discrecionalmente por la entidad financiera esté trasladando los gastos que le han sido impuestos por Ley. Fácilmente, los costes notariales, los costes de Registro. Ciertamente es que esta cobertura indirecta requiere que la conducta de los agentes de la gestoría incurra en dolo de infracción de una norma jurídica imperativa con un tipo de nulidad que excede la del art. 89.3 LGDCU. Pero el funcionamiento real de la cláusula de gastos como una metacláusula permite que estas agresiones a la legalidad se practiquen de modo más seguro. Los gastos de esta gestoría pueden ser

³⁰ A pesar de haber sido declarada nula por abusiva la cláusula que imponía al prestatario el pago de todos los gastos derivados del negocio jurídico, la jurisprudencia se dividía en cómo debían ser distribuidos estos gastos. Entre otra, Sentencia Juzgado Primera Instancia núm. 2 de Barakaldo de 27 marzo 2017. (JUR 2017\73051) y Sentencia Juzgado Primera núm. 1 de Bilbao de 29 de marzo de 2017, (JUR 2017\90439). Vid. AGÜERO ORTIZ.A, "Análisis de las últimas sentencias...", *op.cit.*

la suma del resto de los gastos, que ahora aparecen como simple "provisión" de gastos de una gestoría cuyos servicios ha autorizado contratar el cliente. Usted no paga gastos (de los que está exento) de Notario ni de Registro, usted paga gastos de gestoría, entre cuyos servicios está realizar aquellos pagos, que usted provisiona. Y, en todo caso, puede observarse una cierta traslación de los costes de gestión hacia la compraventa ya que estos suelen ser muy superiores que los de la tramitación del crédito inmobiliario.

Esta situación de vulnerabilidad que provoca la práctica desleal sobre el consumidor afecta también al libre mercado. El art. 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante "LDC") busca prevenir y reprimir determinados actos desleales por parte de las autoridades de competencia que, por su dimensión, trascienden hasta afectar a los intereses públicos en la instauración y mantenimiento de una competencia perfecta en el mercado. La norma viene a representar la unificación del Derecho en defensa de la competencia y el Derecho frente a las prácticas de competencia desleal.³¹

Esta prohibición de actos de competencia desleal que falseen gravemente la competencia en el mercado deviene especialmente relevante en el presente análisis. Conforme a la doctrina de la Comisión Nacional de la Competencia³² para que estemos ante la prohibición que contempla el art. 3 LDC deben concurrir tres elementos: a) un acto de competencia desleal según la LCD; b) que ese acto pueda producir un falseamiento sensible de la competencia en todo o en parte del mercado nacional, y c) que afecte al interés público.

Como ya hemos analizado, la imposición por parte de la entidad financiera de unos servicios que no han sido solicitados debe entenderse como un acto de competencia desleal a la luz del art. 8 LCD, lo que supone el cumplimiento del primer requisito mencionado.

Los otros dos requisitos exigen conjuntamente cierta importancia y notoriedad en la conducta. La imposición de los servicios de gestoría alcanza dimensiones considerables al afectar a todas las compraventas y cancelaciones hipotecarias condicionadas al otorgamiento de un préstamo hipotecario, por lo que el número de afectados en todo el país se presume elevado. Solo en el mes de febrero de este año 2022, conforme a los últimos datos del INE³³, fueron 36.537 los préstamos hipotecarios firmados para comprar una vivienda, lo que permite valorar

³¹ GONZÁLEZ PONS, E., "Prácticas agresivas...", *op.cit*, págs.187 y ss.

³² Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 26 febrero 2004. Caso Grupo Freixenet. (AC 2004\328).

³³ Se puede consultar en:

https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736170236&idp=1254735576606

objetivamente la magnitud de destinatarios afectados por las prácticas bancarias reputadas como desleales.

Esta afectación incurre directa y negativamente en el mantenimiento de la eficiencia del sistema competitivo, toda vez que limita la participación de los agentes económicos competidores en el mercado (de hecho, han desaparecido las tradicionales gestorías que realizaban estas tramitaciones quedando limitado su número a las macrogestorías bancarias), lo que nos debe llevar a concluir que la conducta afecta al interés público. El hecho de que la práctica tenga como destinatarios a una generalidad de consumidores sirve para destacar que la regla de *minimis* contemplada en el art. 5 LDC se ve colmada por esta exigencia de afectación al interés público.³⁴

3.3. El papel de la gestoría en la práctica desleal

La gestoría es un colaborador externo de la entidad financiera y es de quien la entidad se sirve para cometer la práctica agresiva que analizamos.

La actuación de estos profesionales debe estar inspirada en las normas deontológicas promulgadas para el ejercicio de su profesión, que buscan promover la confianza del público en su trabajo y garantizar los estándares de profesionalidad y ética de los gestores administrativos. Entre los principios básicos que proclama su Código Deontológico³⁵, dos son los especialmente destacables para el presente Estudio:

(i) Independencia: *entendida como la independencia intelectual y moral (...), que deberá preservar constantemente, es condición esencial para el ejercicio de su profesión y constituye la garantía de que los intereses del cliente serán defendidos con objetividad. El Gestor Administrativo debe, pues, evitar cualquier atentado a su independencia y estar atento a no descuidar la ética profesional, y a hacer una formación continua en aras de dar cumplida satisfacción a sus clientes.*

(ii) Secreto profesional: *La confianza y la confianza son elementos característicos esenciales de las relaciones del Gestor Administrativo con sus clientes, compañeros y órganos de las Administraciones Públicas, que imponen el derecho y el deber del secreto profesional, que habrá de preservar de todos los hechos de que conozca por razón de su actuación profesional.*

³⁴ PALAU RAMÍREZ, F. Comentario al art. 5 de la LDC, en MASSAGUER FUENTES J, SALA ARQUER J. M., FOLGUERA CRESPO J. Y GUTIÉRREZ A, *et al.* (Dir.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia [Y a los preceptos sobre organización y procedimientos de la Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia]*. Sexta edición, Thomson Reuters Aranzadi, 2020.

³⁵ Disponible en <https://www.consejogestores.org/wp-content/uploads/2021/04/Codigo-Deontologico.pdf>

¿Pueden verse representados y defendidos los intereses de un cliente consumidor en la figura de una gestoría que a su vez es representante legal de una entidad financiera?; ¿se puede generar confianza en un profesional que ha sido impuesto?; ¿el gestor está en disposición de preservar los hechos que conozca por razón de su profesión si son contrarios a los intereses de su cliente bancario? ¿Puede haber secreto entre los trabajadores de una macrogestoría que representa a muchas entidades de crédito y que gestiones numerosas compraventas, cancelaciones y créditos inmobiliarios de distintas entidades bancarias?

La actuación de la gestoría que se impone por la entidad financiera a los consumidores actúa contrariamente a los principios deontológicos mencionados. El asesoramiento de la gestoría podrá ser sesgado, pues surge un problema de independencia y conflicto de interés cuando el pagador y principal fuente de ingresos, (con quien existe una relación contractual) es la entidad bancaria que impone los servicios al consumidor.

El incumplimiento deontológico de la gestoría no cesa ahí. El Código deontológico también recoge entre los derechos de los clientes de la gestoría la libertad de elección del gestor administrativo e impone a este profesional el deber de facilitar que efectivamente se cumpla tal derecho. Obviamente, no solo no lo facilita, sino que obstaculiza al ejercicio de tal derecho.

3.3.1. ¿Qué interés reporta la práctica agresiva en la gestoría?

El motivo de que las gestorías sean cooperadoras necesarias para la ejecución de las prácticas agresivas de la entidad financiera no es otro que la ventaja económica que obtienen con esta práctica desleal.

Con la imposición de sus servicios, la gestoría obtiene una posición de dominio relacional, pues elimina a todos los competidores. Esta posición, lógicamente, tiene un origen ilícito y por tanto es penalizada por la normativa al respecto, en concreto por el art. 15 LCD: *Se considera desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja ha de ser significativa.* La gestoría obtiene una ventaja competitiva (posición de dominio en el mercado de tramitación de escrituras de compraventa con financiación de una determinada entidad financiera) a consecuencia de la práctica agresiva que ejecuta la entidad financiera en la que actúa como cooperadora necesaria y que supone la vulneración de las leyes de Competencia Desleal.

Es curioso. Hay dos puntos de vista posibles. Primero, el que impone la medida es la entidad financiera, para, de esta forma, garantizarse una nueva fuente de rentas adicional al interés crediticio de la operación de préstamo. Por supuesto, como no hay competencia, el coste de los servicios está sobrevalorado, y de ahí la ganancia. Segundo, el que impone la medida es la gestoría, porque, de esta forma, elimina la competencia para poder operar sin restricción en cuanto a los precios. Pero en

realidad es un único punto de vista relevante, porque el "interés de grupo" conduce a que de una forma u otra se obtenga una ganancia patrimonial no causalizada.

En relación a este punto, traemos a colación la Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España.³⁶ En esta se señala que las entidades colaboradoras externas de las entidades financieras (en este caso, las gestorías) encargadas de la tramitación de escrituras, deberán observar las normas sobre transparencia de operaciones y protección de la clientela y las buenas prácticas y usos bancarios y señala, entre otras, como malas prácticas bancarias: *que sea elevado el porcentaje de desviación al alza del importe de provisión inicialmente informado y autorizado.*

Sin embargo, el notable beneficio que entidad financiera y gestoría obtienen en el servicio analizado no proviene únicamente de la libertad para imponer los precios por la inexistencia de competidores, sino también del amplio margen (coste/beneficio) con el que actúan. En la actualidad los trámites dirigidos a la inscripción de la compraventa y cancelación hipotecaria son telemáticos (salvo escasas excepciones por autonomías). El notario remite copia simple a la gestoría, la gestoría liquida y presenta el impuesto telemáticamente, y de la misma forma se comunica la liquidación al registrador para que pueda proceder a la inscripción. La gestoría no incurre en otro gasto que el del tiempo de trabajo dedicado a liquidar el impuesto. La tramitación online ha eliminado los trámites de recoger escrituras en Notaría, entregarlas en el Registro o remitirlas vía postal al interesado; pero sus honorarios no se han visto reducidos sino todo lo contrario.

Podrían alegar las gestorías que también se encargan de la gestión del pago de los honorarios a los profesionales implicados y que la prestación de tal servicio justifica sus honorarios. Y, si bien es cierto que dan este servicio al consumidor, ¿el mismo repercute algún beneficio para estos? O, ¿más bien supone un gasto y gestión que no tiene justificación? Veamos.

En la provisión de fondos, además de sus propios honorarios, la gestoría pide también que sean abonados los gastos de registro y notaría, pues esta se va a encargar de pagar a los profesionales, ¿con el fin de descargar de esta tarea al consumidor?

Los servicios que buscan contratarse tienen su causa en el beneficio que repercute a quien lo busca, pero en este caso no podemos entender qué beneficio puede repercutirle al consumidor tener que abonar una alta provisión de fondos para el pago de los honorarios de los profesionales y la gestoría por encargarse de pagar a estos, si él mismo puede hacerlo. ¿Supone para el consumidor una carga que deba delegar en la gestoría el pagar los aranceles de Notaría? El consumidor no incurre en ningún coste transaccional que pueda justificar los servicios de la gestoría, pues nada impide

³⁶ Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España de 2009, *op.cit.*, págs. 95 y ss.

que por sí mismo, una vez que se encuentra en la Notaría para la firma de las escrituras, abone sus honorarios.

Parece que de no ser por la práctica desleal que impone al consumidor los servicios de la gestoría, el consumidor no sufriría una excesiva carga en tener que pagar por sí mismo (sin concertar los servicios de un tercero) los honorarios de los profesionales implicados en las escrituras, que justificara la contratación de una gestoría. En circunstancias comparables, sin la existencia de una imposición, parece absurdo que el consumidor pague porque una gestoría abone a otros profesionales los honorarios en su nombre y, más aún cuando el consumidor coincide en espacio y tiempo con estos profesionales.

3.3.2. ¿Quién es el beneficiado por el servicio de la gestoría?

Recapitulando, como garantía al préstamo que concede, la entidad financiera impone que se asegure su cobro mediante el derecho real de hipoteca que recae sobre el inmueble objeto de la compraventa que financia. Para que la hipoteca se constituya es necesario que se inscriba en el Registro de la Propiedad (art.1875 CC), por lo que debe suscribirse en escritura pública. Por lo tanto, el objetivo que busca el prestamista en la operación es inscribir su derecho en el Registro para minimizar su riesgo.³⁷

Pero para poder llegar a conseguir tal fin es necesario que previamente haya sido inscrita la compraventa. Aunque es cierto que esta se inscribe a favor del comprador, su inscripción no es condición para la validez del negocio jurídico ni es obligatoria, sino que prepara el camino para que pueda inscribirse la hipoteca. Es decir, se tiene que inscribir no por deseos del comprador sino para que la entidad financiera pueda ver su derecho asegurado. Y con tal fin, es la entidad quien activa todo el mecanismo tendente a la inscripción.

De esta forma, para que la entidad financiera tenga asegurado su derecho y así entregar el dinero, se asegura antes de que el consumidor inscribirá la compraventa y la cancelación, a través de los servicios de su gestoría. Delegando la tarea de inscripción en un colaborador externo con el que media una relación contractual minimiza los riesgos que supondría que no se inscribiera la compraventa y la cancelación de la hipoteca.

Estos servicios no se imponen por la entidad financiera para ayudar al consumidor en sus gestiones, sino que se hacen con el fin de asegurar el derecho de garantía de la entidad. Esos costes que genera la gestoría en la inscripción de la compraventa y

³⁷ Conforme a la norma octava del Anexo II del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, se entenderá por interesado en la inscripción aquel a cuyo favor se constituye. *Vid.* AGÜERO ORTIZ, A. "Nulidad cláusula de gastos II..." *op.cit.*, pág. 8.

cancelación hipotecaria no están justificados sobre la base de servicio prestado al consumidor.

Así, nos encontramos con que los gastos de la gestoría aportan una mayor seguridad a la entidad financiera. Sin embargo, este servicio que realmente está prestado a la entidad financiera, se le cobra al consumidor a través de una imposición agresiva del mismo.

4. La influencia de la nulidad de la cláusula de gastos en el préstamo hipotecario

Importa considerar ahora los argumentos que jurisprudencia y doctrina han venido esgrimiendo en relación con la abusividad de la cláusula que imponía el gasto de gestoría al prestatario en el contrato de préstamo hipotecario. Aún con las divergencias jurídicas que median, ambas prácticas comparten su razón de ser. Decisiva para la atribución de estos gastos entre las partes fue la STJUE julio 2016³⁸. Sin embargo, ya antes la doctrina se venía pronunciando en favor de considerar abusiva esta cláusula.

AGÜERO ORTIZ, argumentó en distintos artículos,³⁹ *que la imposición de la contratación de los servicios de una gestoría constituye una imposición al cliente de un servicio complementario o accesorio no solicitado en los términos del art. 89.4 TRLGDCU, de forma tal que si el consumidor no tuvo la posibilidad real de elegir entre concluir la operación con o sin intervención de la gestoría dicha imposición debe reputarse abusiva, debiendo restituir la entidad prestamista los importes correspondientes al consumidor.*

Es decir, lo importante aquí era que ese servicio impuesto no había sido solicitado por el consumidor, y por tanto esta cláusula suponía anular la posibilidad de elección del consumidor. En estos términos se pronunció el Juzgado de Primera Instancia de Pamplona, en Sentencia de 14 de septiembre de 2017⁴⁰: *No es infrecuente, por lo tanto, que las entidades financieras impongan a los consumidores la contratación de los servicios de gestión de un tercero (la Gestoría) que se encargará de realizar servicios de tramitación para conseguir la formalización de la escritura pública y la consiguiente inscripción registral. (...) Ahora bien, lo que en la práctica viene sucediendo es que las entidades financieras imponen dicha contratación a los consumidores de suerte que la elección de la Gestoría es una opción vedada a la libre decisión del consumidor o al acuerdo con la entidad. (...) En la medida en que no hay prueba de que la elección de la Gestoría fuera realizada de mutuo acuerdo, ni de la*

³⁸ Previo a esto pronunciamientos la jurisprudencia estaba muy dividida respecto al gasto de gestoría: Sentencia Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Barakaldo de 27 marzo 2017 (JUR2017\73051), Provincial de Huelva núm. 103/2016 de 24 febrero (AC 2016\926) Sentencia Audiencia Provincial de Girona núm. 55/2016 de 10 marzo (JUR 2016\12096), entre otras.

³⁹ AGÜERO ORTIZ, A.: "Nulidad cláusula de gastos II...", "Análisis de las últimas sentencias..." *op.cit.*

⁴⁰ JUR 2017/232096.

oferta vinculante, más bien de lo contrario, y de que se le impuso al consumidor, entiende este Juzgador que se habría anulado la posibilidad del Demandante de elegir otra Gestoría o, por el contrario, no haber elegido ninguna por no considerarlo necesario (extremo perfectamente posible).

A la luz de la norma citada, los gastos de la Gestoría deberán ser abonados por la entidad demandada estimando así la pretensión del Demandante y condenando a Caixabank a restituirle un total CIENTO SESENTA Y OCHO EUROS CON VEINTE CENTIMOS (168,20 €).⁴¹

La semejanza del caso histórico con nuestro objeto de estudio es indudable, por lo que, con las salvedades de la vía de imposición que utiliza la entidad financiera en unas y otras escrituras (lo que nos sitúa en planos normativos distintos), estas prácticas resultan ilícitas al limitar la elección del consumidor. La prohibición de la práctica de la entidad financiera con respecto a la imposición de los servicios de gestoría en la tramitación del préstamo hipotecario, argumentada por la jurisprudencia y recalificada en la LCCI, debe tener su consecuente influencia en las escrituras de compraventa y cancelación hipotecaria.

5. Mecanismos para la protección de los consumidores frente a la práctica agresiva de la entidad financiera

Con el fin de que el presente Estudio aporte valor añadido a la protección del consumidor, resulta oportuno que, tras el análisis de la ilicitud que supone la imposición de los servicios de gestoría, se expongan los mecanismos de los que dispone el Ordenamiento Jurídico español para castigar tales prácticas desleales.

La regulación de las prácticas comerciales desleales con consumidores se articula sobre la base de la remisión que hace la Ley General de Consumidores a la Ley de Competencia Desleal para su tipificación. Esta característica de su regulación hace que las consecuencias de las conductas puedan derivar distintas clases de responsabilidades. En este sentido, pasamos a analizar las consecuencias de las conductas infractoras a la luz de: i) Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios; ii) Ley Competencia Desleal; iii) Ley Defensa de la Competencia.

(i) Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios: responsabilidad por infracción administrativa

La letra *m* del art. 47.1 LDCU considera como infracción de consumo *el uso de prácticas comerciales desleales con los consumidores o usuarios*. De esta forma al tratarse la imposición de los servicios de la gestoría por la entidad bancaria

⁴¹ En el mismo sentido se pronuncian las Sentencias del Juzgado de Primera Instancia de Oviedo de 9 de diciembre de 2016 (JUR 2017/1549), Juzgado de Primera Instancia de Santander de 14 de julio de 2017 (JUR 2017/198980), o el Juzgado de Primera Instancia de Zaragoza 21 de julio de 2017 (JUR 2017/199984).

como una práctica desleal por agresiva (en virtud del art. 8 LDC), su uso reporta una infracción en materia de consumo.⁴² Aunque esta infracción de consumo tiene la consideración de leve conforme al art. 48.2 a) LDCU, el apartado tercero de este artículo recoge una serie de supuestos que elevan la gravedad de esta infracción.

En atención a nuestro objeto de estudio, resultan interesantes los supuestos de la letra *b*, haberse realizado explotando la especial inferioridad, subordinación o indefensión de determinados consumidores o grupos de ellos; y letra *e*, realizarse prevaliéndose de la situación de predominio del infractor en un sector del mercado.

En virtud de tal calificación como grave, la práctica desleal cometida por la entidad financiera sería objeto de una infracción administrativa grave, cuya sanción prevista oscila entre *10.001 y 100.000 euros, pudiéndose sobrepasar esas cantidades hasta alcanzar entre cuatro y seis veces el beneficio ilícito obtenido* (art. 49.1 *b* LGDCU).

(ii) Ley Competencia Desleal: ilícito civil

El capítulo IV de la Ley de Competencia Desleal delimita las acciones que pueden ejercerse contra los actos de competencia desleal.

En este sentido, el comprador y vendedor, en virtud de la legitimación que les otorga el ser personas que actúan en el mercado cuyos intereses económicos han visto perjudicados por la imposición de los servicios de gestoría de la entidad financiera (art. 33 LCD), podrán ejercer las acciones previstas en el art. 32 LCD. En este artículo se incluyen la siguiente lista de acciones:

- 1.ª Acción declarativa de deslealtad.*
- 2.ª Acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura. Asimismo, podrá ejercerse la acción de prohibición, si la conducta todavía no se ha puesto en práctica.*
- 3.ª Acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal.*

⁴² CARRASCO PERERA, A. "Un mapa de situación...", *op.cit.*, págs. 85 y ss.

4.ª Acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas.

5.ª Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal, si ha intervenido dolo o culpa del agente.

6.ª Acción de enriquecimiento injusto, que sólo procederá cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico.

Los consumidores podrán interponer las acciones frente a la entidad financiera, como autor de la práctica agresiva y frente a la gestoría, como cooperadora necesaria para la comisión de esa práctica, art. 34 LCD. Conforme al art. 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, serán competencia de los Juzgados de lo Mercantil el conocimiento de los asuntos relacionados con la competencia desleal.

(iii) Ley Defensa de la Competencia: represión pública de la práctica

Para concluir el elenco de represiones de las que es merecedora la práctica ilícita por desleal, nos referimos ahora a la trascendencia de esta en la normativa de defensa de la competencia.

El art. 3 LDC supone la conexión funcional entre los Derechos de defensa de la competencia y competencia desleal, al atribuir trascendencia *antitrust* a la práctica desleal. Este artículo no prohíbe meramente los actos desleales, sino que considera la trascendencia de estas conductas en el mercado.

La aplicación del art. 3 LDC en nuestro objeto de análisis supone que las Autoridades de Competencia (Comisión Nacional de la Competencia u órganos autonómicos en materia de competencia) puedan conocer de las consecuencias ilícitas que la práctica desleal de imposición de la gestoría tiene para el mercado, siguiéndose al respecto el procedimiento sancionador establecido en los artículos 25 y ss. del Reglamento de Defensa de la Competencia.

6. Conclusiones

Disponemos de la experiencia que supone que los Tribunales se hayan pronunciado ya sobre un supuesto similar, como es la imposición de la gestoría en un contrato de préstamo hipotecario, y que, además, la distribución de este gasto se encuentre en la actualidad regulado legalmente.

La problemática que ahora se plantea es la imposición al consumidor de unos gastos de gestoría por la inscripción en el registro de las escrituras de compraventa y cancelación hipotecaria, gasto que no ha sido regulado por la LCCI, pues esta se ha ceñido únicamente al préstamo inmobiliario. Este vacío legal ha sido utilizado por la entidad financiera para, a través de una práctica que es susceptible de mermar la

libertad del consumidor, imponer unos servicios de gestoría que reportan un beneficio a la entidad, disminuyendo el riesgo de la operación y lucrándose por unos servicios que suministra un colaborador externo.

Las entidades bancarias son proclives a imponer servicios para su propio beneficio, pero exigiendo al consumidor que sea él quien debe asumir los gastos. En el presente se dan conjuntamente dos conveniencias: la de asegurarse a través de un tercero de confianza que la garantía hipotecaria queda inscrita (para lo que es precisa la previa inscripción de la venta) y la de aprovechar esta incumbencia para aumentar su flujo de ingresos mediante la retribución del servicio de gestoría.

Para conseguir estos fines, las entidades no se valen de una cláusula contractual de vinculación, sino que la imposición se realiza mediante la práctica acometida por la gestoría hipotecaria y la propia entidad financiera.

En este sentido, el análisis se ha configurado a través de la remisión que la LGDCU hace a la normativa de competencia desleal. Pues en la normativa general de consumidores no existe una tipificación autónoma de las prácticas comerciales de los empresarios que vulneren la protección de los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores, sino que debemos acudir a la LCD.

La imposición de un servicio de gestoría, que a su vez debe ser prestado por el profesional designado por la entidad financiera, se reputa desleal por agresiva. Las gestiones de tramitación de escrituras no necesitan ser llevadas por un profesional, sino que el propio interesado o un gestor a su elección pueden encargarse de tal trámite.

La conducta es agresiva merced al poder de coerción que tiene la entidad financiera con respecto al consumidor. Su posición de prestamista de la financiación que precisa el comprador (y, en consecuencia, el pago que recibe el vendedor del inmueble) le sitúa en una situación de supremacía. Sin embargo, esa supremacía *per se* no es la que configura la práctica como desleal, sino el hecho de que abuse de ella. Es decir, de forma consciente y premeditada, la entidad financiera se beneficia de su posición para reducir los riesgos que conlleva la operación de préstamo hipotecario a costa de los derechos de los consumidores. Esta influencia no la ejerce en cualquier momento y lugar, sino que la utiliza cuando las habilidades del consumidor están más comprometidas: minutos antes de la firma de las escrituras.

En el momento de la firma, el consumidor no tiene forma de evaluar si ese comportamiento de la entidad financiera es válido y si le asiste posibilidad de elección, más cuando se le presenta la firma de la autorización y adeudo de la

provisión de gastos como un requisito *sine qua non* para que minutos después le otorguen la financiación que le permitirá adquirir el inmueble que desea.

La respuesta a esta práctica bancaria no puede ser otra que su prohibición por reputarse desleal por agresiva conforme al art. 8 LCD.

La comisión de esta práctica produce graves efectos sobre los consumidores. La práctica comporta una merma en la libertad de decisión del consumidor, porque se le impone unos servicios y unos profesionales sin que tenga la información suficiente para rechazarlos y condicionado a aceptarlos. La entidad financiera está además en condiciones idóneas para repercutir al consumidor los gastos del préstamo hipotecario que por Ley debe asumir, todo ello sin que el consumidor tenga constancia, toda vez que se lo repercuten por medio del pago de una provisión de fondos poco transparente.

La gestoría es cooperadora necesaria del esquema, pero también coautora de este, porque se procura una ventaja competencial merced a su relación con la entidad financiera. No tiene competidores en el mercado, tiene garantizada una alta cuota de clientes y, además, podrá imponer libremente los precios que desee por sus gestiones, sin estar sometida a ninguna restricción del libre mercado. El consumidor no tiene opción de comparar ofertas y elegir unas tarifas frente a otras.

Se produce una concatenación de efectos negativos. Primero, la restricción de la libertad de elección del consumidor. Segundo, que sean posiblemente trasladados al consumidor gastos finalistas que no le corresponden. Tercero, que pague por servicios de gestoría cuyo principal o único beneficiario es la entidad financiera. Cuarto que, merced a la exclusión de competencia, los precios sean establecidos de forma monopolista y sin atender a las reglas del mercado.

La ilicitud de la práctica puede fundamentarse en principios de Derecho que van más allá del régimen de prácticas desleales con consumidores. Primero, la generalización de la regla, propia de las comisiones bancarias, de que todo sobrecoste por servicio no financiero debe haber sido aceptado y tienen que corresponder con una prestación con valor real. Segunda, la generalización de la regla del art. 17.2 LCCI de que toda prestación vinculada a la hipoteca es nula. Generalización que resulta posible porque es indudable que, aunque no pensada en inicio por el legislador, la conducta practicada encaja cómodamente en el supuesto de hecho de prohibición de servicios vinculados a la concesión de un préstamo hipotecario.

7. Bibliografía

AGÜERO ORTIZ, A.:

- "Análisis de las últimas sentencias relativas a la cláusula de gastos y anexo jurisprudencial", *Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, junio 2017.
- "Nulidad de la cláusula de gastos en préstamos hipotecarios: no son sólo abusivos los gastos comprendidos en la STS de 23 de diciembre de 2015 (Gastos, efectos y plazos)", *Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, enero 2017.
- "Nulidad cláusula de gastos II: ¿A quién corresponde cada gasto en virtud del derecho supletorio?," *Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, enero 2017.

ARROYO APARICIO, A.: "Comentario al art. 8 LCD. Prácticas agresivas", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Director), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Thomson Reuters Aranzadi, 2011.

BERMÚDEZ BALLESTEROS, S.: "¿El empresario que vende coches de segunda mano se niega a atender en garantía la avería en la radio de uno de ellos: ¿Incumple la normativa de consumo? ¿Es infracción de consumo?," *Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, 2021.

CARRASCO PERERA, A.:

- *Derecho de Contratos*, Tercera edición, Thomson Reuters Aranzadi, 2021.
- "Un mapa de situación: directivas de cláusulas abusivas, de prácticas desleales y de "derechos" de los consumidores", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº1, 2012.

Comunicación de la Comisión (2021/C 526/01), *Guía sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior*, Diario Oficial de la Unión Europea, 2021.

GOMÁ LANZÓN, F.: «Estudio sobre la copia notarial electrónica», *Revista Jurídica del Notariado*, nº 40, enero-marzo, 2004.

GONZÁLEZ PONS, E.: *Prácticas agresivas y tutela del Consumidor*, Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2018.

LYCZKOWSKA, K.: "Capítulo X. Contratos vinculados", en CARRASCO PERERA, A. (Director) *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*, Thomson Reuters Aranzadi, 2019.

MARCO ARCALÁ, L.A.: "Las prácticas comerciales desleales con los consumidores en la propuesta del Código Mercantil", en MORILLAS JARILLO, M.J *et al* (Editores) *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, 2015.

MARÍN, LÓPEZ, M.J.: "¿Puede un vendedor obligar al comprador a financiar el precio, impidiéndole que lo pague al contado?", *Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, 2020.

MASSAGUER, J.: «Las prácticas agresivas como acto de competencia desleal», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 27 ,2010.

"Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España de 2009", Banco de España, Madrid, 2010, ISSN: 1695-4343.

"Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España de 2020", Banco de España, Madrid, 2021, ISSN: 1695-4343.

PALAU RAMÍREZ, F.: "Comentario al art. 5 de la LDC", en MASSAGUER FUENTES J, SALA ARQUER J. M., FOLGUERA CRESPO J. Y GUTIÉRREZ A, *et al.* (Directores), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia [Y a los preceptos sobre organización y procedimientos de la Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*, Sexta edición, Thomson Reuters Aranzadi, 2020.

Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 26 febrero 2004. Caso Grupo Freixenet. (AC 2004\328).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona núm. 55/2016 de 10 marzo (JUR 2016\12096).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva núm. 103/2016 de 24 febrero (AC 2016\926).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª) núm. 134/2019 de 23 enero (ARP 2019\507).

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Oviedo de 9 de diciembre de 2016 (JUR 2017/1549).

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Pamplona núm. 2/2017 de 14 de septiembre de 2017 (JUR 2017/232096).

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Santander de 14 de julio de 2017 (JUR 2017/198980).

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Zaragoza 21 de julio de 2017 (JUR 2017/199984).

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Barakaldo de 27 marzo 2017 (JUR 2017\73051).

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Barakaldo de 27 marzo 2017 (JUR2017\73051).

Sentencia del Juzgado Primera núm. 1 de Bilbao de 29 de marzo de 2017 (JUR 2017\90439).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 328/2022 de 26 abril (JUR 2022\148695).

Sentencia del Tribunal Supremo de 21 octubre 2005 (RJ 2005, 8548).

Sentencia del Tribunal Supremo de 4 octubre 2002 (RJ 2002, 9797).