

CLÁUSULA DE GASTOS NOTARIALES EN LA HIPOTECA Y MODO DE INTEGRAR LA NULIDAD*

Ángel Carrasco**

*Catedrático de Derecho Civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha*

Fecha de publicación: 31 de marzo de 2018

1. Ilustres investigadores del CESCO (Manuel J. Marín, Alicia Agüero) han escrito en este portal o en publicaciones independientes las más interesantes reflexiones que se han hecho en España – por cierto, no coincidentes entre ellos- sobre la nulidad de la cláusula de repercusión al consumidor de los gastos notariales en la concesión de préstamos hipotecarios. Yo no soy un experto en la materia y sólo me interesa en el presente ensayo lo relativo a la integración de la cláusula nula.
2. Voy a aceptar la propuesta de Manuel J. Marín, que hace un minucioso estudio y crítica de la jurisprudencia (que entre sí es muy divergente incluso entre secciones de una misma Audiencia). Según el autor, las dos partes del contrato de préstamo son igualmente interesados en los servicios notariales, por lo que el Derecho dispositivo en la materia sería que cada uno de ellos contribuye (copias y traslados aparte) a la mitad de estos gastos, mas que, con todo, serían frente al Notario deudores solidarios (*La nulidad de la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios*, edit. Reus, 2018, pp. 51-60).
3. Sabido es que la jurisprudencia del TJUE sostiene que, para mantener un efecto de *deterrence* frente al uso de cláusulas abusivas, el juez nacional que declare la nulidad de una cláusula no puede moderarla ni integrar la laguna con el Derecho dispositivo, salvo que con la nulidad amenace la subsistencia del contrato en su conjunto y esta

* Trabajo realizado en el marco de la Ayuda del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia (Subprograma Estatal de Generación de Conocimiento) del Ministerio de Economía y Competitividad, otorgada al Grupo de investigación y Centro de investigación CESCO, Mantenimiento y consolidación de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo, de la UCLM, ref. DER2014- 56016-P, del que soy investigador principal.

** ORCID ID: 0000-0003-3622-2791



nulidad sea desfavorable para los intereses del consumidor (SSTJUE 14 junio 2012, 30 mayo 2013, 30 abril 2014, 21 enero 2015, 21 abril 2016; ATJUE 17 marzo 2016). En nuestra jurisprudencia es conocido el caso de la STS 15 noviembre 2017, sobre la nulidad de la “cláusula” multidivisa; aunque a mi entender no es propiamente un caso de nulidad/integración de cláusula, sino de nulidad parcial, más integración, del entero contrato de hipoteca.

4. Yo propongo que la excepción señalada no es la única a la regla de improcedencia de integración conforme al Derecho supletorio. Naturalmente, ahora viene lo difícil. ¿Cuáles son esos casos en los cuales la laguna dejada por la nulidad de la cláusula requiere una integración necesaria, si el contrato ha de subsistir? Podría pensarse en el supuesto en que la nulidad de la cláusula (sin integración) privase a la parte profesional de su *contraprestación*, a la que tendría naturalmente derecho por tratarse en todo caso de un contrato oneroso. Sin embargo, no me parece que sea preciso hacer aquí una excepción necesaria. Si recordamos el régimen de la nulidad derivada de los contratos usurarios – y el atributo de usura aplicado al interés de un contrato no está muy lejos de la abusividad de una cláusula-, la sanción de nulidad priva deliberadamente al prestamista del derecho a cobrar cualquier interés remuneratorio. Reflexionemos también que este resultado podría conseguirse en materia de cláusulas abusivas si nos decidiéramos a aplicar al caso presente la regla de irrepetibilidad de lo pagado con causa torpe: la parte *in bonis* recupera toda su prestación y la parte *en causa ilícita* pierde toda la contraprestación que realizó en favor de la primera. No existe ninguna objeción de principio a aplicar una regla similar en lo relativo a cláusulas abusivas y hacer que el empresario restituya todo lo recibido por la cláusula, aunque lo recibido fuere en todo parte su contraprestación sinalagmática. Finalmente, representémonos el caso, no poco frecuente en contratos pequeños y grandes, de financiación en la que se pacta un único tipo de interés, con independencia de si remunera el préstamo o se penaliza la demora. Imaginemos que ese único tipo de interés no cualificado por el contrato resultara a ser abusivo, y que tal calificación sea posible aunque eventualmente el interés en cuestión formara parte del objeto del contrato (interés remuneratorio), es decir, que fuera posible, como yo lo creo, que se aplicara el test de abusividad a los elementos esenciales del contrato. De ser así la cosa, la nulidad de la cláusula de interés habría de ser total, sin aplicar ninguna integración ni remisión a un supuesto Derecho supletorio.
5. Existe, con todo, un supuesto adicional al que considera el TJUE donde es precisa la integración del contrato. En mi opinión, es el caso cuando el pago de cuya nulidad (abusividad) se trata se corresponde *con un crédito de tercero* distinto del contratante predisponente de la cláusula. Estamos en el caso de la cláusula de gastos *notariales*.
6. Pero antes de desarrollar este punto, volvamos al análisis que hace Manuel J. Marín. Abiertamente critica la jurisprudencia comunitaria que impide la remisión al Derecho



dispositivo supletorio (pp. 207-209). Según el autor, la “Directiva 93/13 CEE no tiene por finalidad castigar al empresario predisponente. Y es evidente que se le castiga cuando queda en peor posición de lo que estaría si no se hubiera incluido en el contrato la cláusula nula”. Yo no estoy en desacuerdo con este punto de vista, especialmente porque creo que la doctrina del TJUE genera menos *deterrence* que conductas oportunistas.

7. Con todo, el análisis de Manuel J. Marín no se queda en la mera crítica, y propone un modo de salir de la situación mediante un equilibrio de las soluciones posibles, que expongo a continuación (pp. 208-209). Habría que distinguir si el consumidor es demandado en cumplimiento de la cláusula abusiva o sobre la base del Derecho legal supletorio. Cuando se demanda sobre una cláusula nula, el juez no puede conceder lo que el predisponente tendría derecho conforme al Derecho supletorio. Otra cosa es que el empresario demande con apoyo exclusivo en el Derecho supletorio, porque en esta situación el empresario no trata de sacar ventaja de la cláusula predispuesta. A continuación aplica este test a diversos supuestos. Así, respecto a la aplicación del art. 1108 CC, distingue si se requiere al empresario la restitución de lo que se cobró con apoyo en la cláusula de intereses abusiva o si el empresario demanda el pago directamente sobre el art. 1108 CC. Lo mismo ocurre en la cláusula de vencimiento anticipado abusiva, si el empresario se apoya directamente en el art. 1124 CC y no en la cláusula. Por lo que se refiere a la cláusula de gastos notariales, si el consumidor todavía no ha pagado y el prestamista le reclama estas cantidades con apoyo en la cláusula de gastos, se desestimará la demanda sin acudir al Derecho supletorio. Si el consumidor ya ha pagado y reclama judicialmente la nulidad de la cláusula y restitución, se condenará a devolver todo lo que se cobró por esta cláusula, y no habrá lugar a aplicar el Derecho dispositivo. Esto significa que en la práctica el banco deberá ser condenado a devolver todo lo que el consumidor pagó en aplicación de la cláusula de gastos notariales y no la mitad que le corresponde por Derecho supletorio.
8. Creo que el criterio de resolución propuesto arriba se encontrará con importantes obstáculos prácticos. Es usual ya que los prestamistas articulen una demanda con acumulación objetiva subsidiaria. Primero piden por la cláusula (abusiva); subsidiariamente demandan con apoyo en Derecho dispositivo. La peculiaridad de este tipo de acumulación de pretensiones radica en que si se estima la pretensión subsidiaria se entiende estimada toda la demanda, con la consecuente imposición de costas a la parte adversa- al menos hasta el límite de la buena fe, cfr. El supuesto de SAP Pontevedra, secc. 1ª, 8 enero 2018, JUR 2018/60540. Otro hándicap que ilustra la práctica es que la hipótesis de gastos notariales y demanda del banco me parece forzada: si el banco reclama al consumidor que se le pague todo al notario, probablemente la demanda será desestimada por carencia de legitimación activa. Si el Notario quiere cobrar, que demande él, o que retenga la escritura hasta que alguno venga y le pague todo lo debido. Finalmente, en la hipótesis de gastos ya pagados por

el consumidor, el criterio de discriminación propuesto por Marín no produce semejante discriminación, porque conduce al resultado de que siempre hay que devolver al consumidor todo lo que pagó.

9. Dicho esto, vuelvo a retomar mi argumento donde lo dejé. Es imprescindible una integración conforme al Derecho dispositivo cuando las cantidades pagadas o a pagar resultan ser crédito de tercero distinto del predisponente. Vamos a desarrollar la hipótesis. Primero, si existe una cláusula de repercusión total de gastos, pero éstos no han sido aún pagados antes de que un interesado (cualquiera) interponga una demanda o una reclamación. El Notario puede exigir extrajudicial o judicialmente al consumidor o al banco que le paguen todo, pues, recuérdese, nos hemos suscrito a la tesis de que los dos interesados son codeudores solidarios con una cuota interna de reparto por mitad. Si el banco regresa contra el consumidor para recuperar *todo* el pago, sobre la base de la cláusula, se desestimará la demanda, la cláusula será declarada nula, pero el banco no estará sujeto a ninguna restitución. Si el consumidor pagó todo al Notario, porque éste le reclamó bien (recuérdese que el consumidor es codeudor solidario), el consumidor tiene regreso contra su codeudor *por la parte* que a éste le corresponde en la relación interna, no por el todo, porque el consumidor no pagó *al Notario en virtud* de la cláusula nula, sino en su calidad de deudor solidario. Ciertamente que el banco demandado por el todo o la mitad opondrá al consumidor la cláusula de repercusión total, que será declarada nula, pero como la cláusula se opone como excepción, no se deriva de ello ningún pago a restituir. Obsérvese que ni hemos necesitado ni nos hemos chocado en esta construcción con la doctrina del TJUE que impide la integración, porque el consumidor requiere el pago como compensación del enriquecimiento obtenido por el banco. Más aún, nos podemos apoyar en esta jurisprudencia, especialmente en la STJUE 21 diciembre 2016: al no proceder la necesidad de ninguna restitución, nos encontraríamos con que debe “restablecerse la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva”.
10. Vamos ahora a la hipótesis de que el consumidor haya pagado al Notario (y acaso en manos del banco) todas las cantidades al momento de la firma de la escritura. En mi opinión, el consumidor no tiene acción *restitutoria* contra el banco. Sé que existe ingente jurisprudencia menor que sostiene que procede una restitución del art. 1303 CC a cargo de quien (banco) no recibió la prestación fundada en nulidad. Pero el número no hace la razón, y esta jurisprudencia es incorrecta. No se trata de penalizar, sino de revertir un pago recibido, y el banco no cobró, o no cobró por cuenta propia. Tampoco se puede dirigir el consumidor contra el Notario, porque éste cobró lo que se le debía, y además no fue él quien predispuso la cláusula nula. El consumidor, como codeudor solidario *ha pagado lo que debía*, y sólo tiene recurso (cfr. art. 1145 CC) a una acción de reembolso en la relación interna (mitad/mitad), frente a la cual el banco no puede imponerle como excepción una cláusula nula de repercusión total



de gastos notariales. Incluso si se aceptara la tesis de la restitución total a cargo del banco, se podría todavía echar mano del expediente distintivo sugerido por Manuel J. Marín; a saber, el consumidor reclama devolución total y el banco *reconviene* pidiendo *que se aplique el Derecho dispositivo* (mitad/mitad), no la cláusula, con lo que, incluso siguiendo al autor, debería proceder la integración exigida por el Derecho dispositivo y el consumidor acabaría pagando la mitad del arancel.