

Verdad y ficción sobre el control notarial de cláusulas abusivas

Ángel Carrasco Perera

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha

Consejero académico de GA_P

1. El estado de cosas

Al día de hoy, la normativa relativa al control por los Notarios de la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos (con consumidores, en principio), está recogida en estos preceptos. Artículo 84 Ley General Defensa de Consumidores y Usuarios (LGDCU): *Los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.* Artículo 17 bis 2 a) Ley del Notariado: *Con independencia del soporte electrónico, informático o digital en que se contenga el documento público notarial, el notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes.*

Repárese que los Notarios no han contado hasta ahora con un nicho legal como el que han tenido los Registradores con el art. 18 LH, que ha permitido, especialmente a partir de la Res. 4 noviembre 2011, la creación de un desmedido ámbito de control de los títulos inscribibles, con independencia de si las cláusulas habían sido o no declaradas nulas por un juez o si esta declaración se hallaba inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

(RCGC). Aunque los Notarios lucharon históricamente por conseguir la competencia del “juicio de legalidad” del negocio autorizado, la cosa se ha quedado, de momento, en el juicio de legalidad “del otorgamiento”, como puntualiza el art. 17 citado de la Ley del Notariado y no se ha avanzado más allá, por razones que no importa ahora explicar.

Pero tampoco son iguales los incentivos de unos y otros. El Registrador posee incentivos poderosos al control de cláusulas, porque no sufre los efectos de la competencia de otros colegas y porque mediante el hipercontrol postula la profesión decididamente una política de reivindicación de un espacio propio “justificado” en el tejido presente y futuro de la seguridad preventiva. El Notario, en cambio, no cuenta con el incentivo adecuado para practicar el control, porque sufre la competencia de sus iguales y sabe y cuenta que siempre hay un “eslabón más débil” de la cadena que, como sea, autorizará el documento. Es el eslabón más débil el que marca el nivel estándar del control, y, como aquel extremo no puede ser determinado a priori por cada Notario – que no sabe hasta qué punto serán tolerantes cada uno de sus colegas ni cuál de ellos será tolerante-, se produce, pura estrategia del dilema del prisionero, una tensión continua para bajar el nivel de control hasta el suelo del no-control-en-absoluto. Una buena justificación que suele aducirse es que el RCGC no funciona y las cláusulas declaradas nulas no se inscriben de hecho.

En consecuencia, el Notario no controla y el Registrador controla en demasía. Es ya por esto disfuncional que los textos legales tengan la propensión a incluir en la misma regla de control a unos y otros profesionales. Porque, al actuar sobre el deber ser, pero no sobre los incentivos, finalmente unos y otros acabarán aplicando la regla de control de muy diversa manera, diga la norma lo que quiera.

2. La ficción

Dicho lo anterior, procedamos al Derecho futuro. Parece que el Proyecto de Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario (PLCCI) tiene el propósito de poner fin a la presente situación. Por un lado, la disposición final tercera uno añade un apartado 5 al art. 212 LEC, por el que se ordena que las sentencias firmes dictadas en acciones colectivas o individuales por las que se declare la nulidad, cesación o retractación en la utilización de condiciones generales abusivas, se remitan de oficio al RCGC. Asimismo, la disposición final segunda modifica el art. 11.4 Ley Condiciones Generales de la Contratación, ordenando la obligatoria inscripción de estas sentencias. Se pretende que no haya cláusulas abusivas no inscritas.

Por otro lado, la disposición final sexta prevé la modificación del art. 84 LGDCU, estableciendo que Notarios y Registrados no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas que sean contrarias a normas imperativas o prohibitivas o hubieran sido declaradas nulas por abusivas en sentencia del Tribunal Supremo con valor de jurisprudencia o por sentencia firme inscrita en el RCGC. Ya no podrá alegarse, parece, la no inscripción de la sentencia en el RCGC para negarse a no autorizar o no inscribir escrituras con cláusulas abusivas, al menos si la declaración procede del Tribunal Supremo.

3. La verdad

Veamos el alcance real de esta modificación normativa.

En sentido excluyente, los funcionarios mencionados (sólo los Registradores, de hecho) ya no podrán seguir aplicando un control autónomo de abusividad ni crear nuevos e inauditos supuestos de abusividad que no han pasado por el control de los tribunales. Y esta exclusión no podrá eludirse mediante el argumento de que, al operar sobre cláusulas “vírgenes”, el control de abusividad que practican es en rigor un juicio de legalidad del art. 18 LH. Porque es evidente que la norma del PLCCI ha querido distinguir el fundamento del control de abusividad del fundamento del control de legalidad imperativa. Con toda seguridad, empero, los Registradores no prestarán oídos a este sólido argumento y seguirán operando como hasta ahora.

Es muy fácil vaciar de contenido la propuesta norma, ahora por lo que se refiere a la gestión de los desincentivos de control a que están sujetos los Notarios.

Estemos seguros, primero, que no existe ninguna posibilidad real de que se declare una nulidad por abusividad “ultra vires”, porque el art. 82.3 LGDCU impone inconfundiblemente la necesidad de un control contextual de la cláusula dentro y fuera del contrato (contexto del contrato y contexto de la negociación). Por mucho que el TS afirme con valor de jurisprudencia que la *cláusula x* es abusiva, no puede sostenerse que esta abusividad haya de valer igualmente fuera del contexto histórico en que se produjo la declaración de nulidad. Y ello no cambia por el hecho de que la nulidad haya sido declarada en una acción colectiva.

En segundo lugar, por milagro se dará que una cláusula examinada por el Notario sea exactamente igual que una *cláusula x* declarada nula por un juez e inscrita en el Registro. Todas las condiciones particulares de redacción de una cláusula pertenecen al universo del discurso de esa cláusula. Para “reinterpretar” una *cláusula y* como igual sustancialmente o fungible con la *cláusula x* es preciso una labor de jurisprudencia creativa, que, por serlo, excede del puro juicio de contraste que habilita la norma. Por poner un ejemplo con una famosa cláusula “abusiva” – la de vencimiento anticipado-, reto a cualquiera a que realice un aséptico contraste entre la *cláusula x* declarada nula (por ejemplo, “El banco podrá dar por vencido el contrato por cualquier incumplimiento, incluso de una cuota...”) la *cláusula y*, que imaginamos de momento “vírgen” (“El banco podrá resolver el contrato por el incumplimiento del pago de cada cuota trimestral...”), y la *cláusula z*, aún más virgen (“El banco podrá dar por vencido el contrato por el incumplimiento de una cuota y media del reembolso...”). Ciertamente es que puede ocurrir que el *contexto de argumentación* que sirvió para anular la primera de las cláusulas fuera de tal clase que sirviera también para arrastrar la nulidad de las otras dos. Pero ni eso sería un juicio de contraste ni la argumentación atinente a la abusividad pertenece al universo del discurso de cada cláusula.

Tercero, es un absurdo de todo punto que, por ejemplo, una cláusula declarada nula por un JPI de Fuenlabrada, devenida firme, haya de obligar a un Notario de Cambados. Especialmente

porque nunca dejará de ser el caso que haya otro tribunal en este país que haya declarado válida la misma o parecida cláusula. A la experiencia cotidiana remitimos. Hace falta una explicación de mucho peso para sostener que el Notario de Cambados está obligado a rechazar la *cláusula x* anulada por el JPI de Fuenlabrada pero validada por una sección de, también por ejemplo, la Audiencia Provincial de Pontevedra. Es decir, que la nulidad sea en tal caso la interpretación que deba prevalecer como correcta por el sólo hecho de que uno solo de los cientos de tribunales de este país haya sostenido que la cláusula en cuestión es nula. Esto es tan evidentemente ridículo que los Notarios pueden honestamente seguir prescindiendo del chequeo de ese malhadado RCGC.

Finalmente, esta obligación de control no se extenderá a las cláusulas cuya abusividad haya sido declarada por una falta de *transparencia material*. El “control de abusividad notarial” no puede extenderse al control de transparencia material pues exige de una evaluación judicial que alcanza todo el *iter* contractual y no solo el momento informativo final en el que interviene el notario¹. Y la cosa no es menor, porque la jurisprudencia del TS es proclive a realizar el control de validez no por la vía de la abusividad, sino por medio del análisis del contexto de la transparencia – que además maldito si hay alguien que sepa lo que es esa cosa. ¿Por qué no va a autorizar un Notario una cláusula suelo o una hipoteca multidivisa si a su juicio el prestatario ha sido perfectamente ilustrado o es un *connaisseur* que no puede reivindicar la falta de conocimiento? Y ya puede haber dicho mil veces el TS en mil casos que la cláusula objeto del juicio no era transparente: *voilà l’exception!* Y a reír, que son dos días.-

¹ SSTS de 8-9-2014 (ECLI:ES:TS:2014:3903); 8-6-2017 (RJ 2017\2509); de 24-3-2015 (RJ 2015, 845).