

LOS LÍMITES AL CONTROL DE LEGALIDAD NOTARIAL Y REGISTRAL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Comentario crítico a las Resoluciones de la DGRN de 19 de octubre de 2016

José Antonio García Vila

Notario de Barcelona

TITLE: *The limits to the on control of legality of abusive clauses by notaries and registrars. Critical commentary to the resolutions of the DGRN of October 19, 2016*

RESUMEN: En este trabajo se comentan algunos aspectos explícitos y otros implícitos de dos resoluciones de la DGRN sobre control de legalidad notarial y registral de las cláusulas abusivas, y se llega a conclusiones que no coinciden con la opinión mayoritaria.

ABSTRACT: *This paper comments some explicit and implicit aspects of two DGRN resolutions on control of legality of abusive clauses by notaries and registrars, and conclusions are reached that do not coincide with the majority opinion.*

PALABRAS CLAVE: Condiciones generales de la contratación; cláusulas abusivas; control de legalidad; notarios; registradores.

KEY WORDS: *General conditions of contract; abusive clauses; legality control; notaries; registrars.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. SOBRE EL CONTROL DE OFICIO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS. 3. SOBRE LA NECESIDAD DE PUBLICACIÓN DE LAS SENTENCIAS EN EL REGISTRO DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN. 4. SOBRE EL PRETENDIDO CARÁCTER OBJETIVO DE LA CALIFICACIÓN DE ABUSIVIDAD DE LOS INTERESES. 5. A MODO DE CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

El Boletín Oficial del Estado de 11 de noviembre de 2016 publicó dos importantísimas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de octubre de 2016, en donde se entiende plenamente ajustada a Derecho una calificación registral que aplica a un préstamo con garantía hipotecaria la limitación que, en cuanto a los intereses de demora de dos puntos por encima del ordinario, estableció, en principio, y como parámetro de abusividad, la STS de 3 de junio de 2016.

En las páginas que siguen¹ procederé a comentar algunos aspectos explícitos y otros implícitos de las resoluciones indicadas, teniendo a la vista, sobre todo, los trabajos de GÓMEZ GÁLLIGO (no en vano es, merecida y honrosamente, el Director General que firma las resoluciones)², DELGADO RAMOS³, VÁZQUEZ DE CASTRO⁴ y las impagables páginas de Carlos BALLUGERA GÓMEZ en la página web *notariosyregistradores*⁵, lamentando que mis conclusiones no coincidan con lo que hoy parece que es la opinión mayoritaria que, además, rema claramente a favor de corriente.

De las resoluciones de 3 de junio de 2016 me interesa sólo destacar tres aspectos contenidos en la resolución⁶:

- a) los efectos de la abusividad de una cláusula son la nulidad absoluta de la cláusula, nulidad que es susceptible de ser apreciable de oficio por los órganos encargados de su aplicación, entre los que se encuentran los registradores⁷,

¹ Y que tienen como origen un recurso gubernativo presentado por mí a una calificación registral que ya no llegará a sustanciarse al admitir el compañero registrador mis argumentos y proceder a la inscripción del título en principio calificado negativamente.

² GÓMEZ GÁLLIGO, J. «La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la calificación de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios», RCDI, año LXXX; número 741, Monográfico sobre Derecho Privado de la Unión Europea; enero-febrero de 2014, pp. 153-175, del que uso la versión informática, sin referencia, por tanto al paginado de la versión papel.

³ DELGADO RAMOS, J. «La calificación registral frente a las cláusulas y prácticas abusivas. Tácticas para hundirla y argumentos para sostenerla», en *notariosyregistradores.com*, 21 noviembre 2015 (<http://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-registral/joaquin-delgado-la-calificacion-registral-frente-a-las-clausulas-y-practicas-abusivas/>).

⁴ VÁZQUEZ DE CASTRO, E. «La función preventiva de los registradores contra las cláusulas abusivas», en *notariosyregistradores.com* y «La documentación de la hipoteca y el acceso registral de las cláusulas del préstamo hipotecario tras la ley 41/2007 de reforma de mercado hipotecario», en AA.VV., *Financiación de la vivienda calificación hipotecaria y protección de los consumidores tras la Ley 41/2007 de Regulación del Mercado Hipotecario*, Madrid, 2009.

⁵ Vid. La sección «Consumo y Derecho» (<http://www.notariosyregistradores.com/web/category/secciones/consumo-y-derecho/>). Y su trabajo: «Tratamiento registral de las cláusulas abusivas de las hipotecas», en AA.VV., *Financiación de la vivienda calificación hipotecaria y protección de los consumidores...*, cit.

⁶ Los recursos versan, sobre todo, sobre la aplicación de la sentencia del Tribunal Supremo a contratos de préstamo con garantía hipotecaria concertados antes de la publicación de la sentencia pero en los que el título llega al Registro una vez la sentencia ha sido publicada. Para un estudio de esta cuestión, sólo cabe remitirse a la publicación de ZEJALBO MARTÍN, J., «Nuevas notas sobre la retroactividad de la jurisprudencia» en *notariosyregistradores.com*, el 30 de noviembre de 2016 (<http://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/retroactividad-jurisprudencia/>). Desde una perspectiva completamente distinta, FERNÁNDEZ CORNAGO, M.; «La retroactividad de la declaración de nulidad de las cláusulas abusivas», *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja (REDUR)*, 13 diciembre 2015, pp. 249-268.

⁷ Así el fundamento tercero de la resolución indica que «Esta nulidad de las cláusulas abusivas opera «ipso iure», como tienen declarado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Supremo español (Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de junio de 2009 y 14 de junio de 2012 y Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de mayo y 13 de septiembre de 2013, entre otras), es decir, que no necesita para su aplicación por las autoridades y funcionarios nacionales, incluidos los

b) la aplicación de la doctrina de las resoluciones de 28 de abril y 25 de septiembre de 2015 sobre la calificación por el registrador de una cláusula como abusiva si media una sentencia que así lo declare, y sin necesidad de que figure inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación⁸ y

c) que el límite de los intereses de demora de dos puntos por encima del interés ordinario es un «criterio objetivo de abusividad» que es bastante por sí para que el registrador, en ejercicio de su función de control de legalidad de lo inscribible (clásicamente, la función calificadora), pueda denegar su inscripción.

Trataré en las páginas que siguen realizar un estudio de estos aspectos que son, reitero, los que más me interesan de estas resoluciones.

2. SOBRE EL CONTROL DE OFICIO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Uno de los aspectos más controvertidos o que pueden mover a confusión sobre las facultades de los Tribunales de Justicia es la reiteración de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la posibilidad de que el juez nacional pueda entrar a controlar de oficio la cláusula abusiva, hasta el punto de que, si se examinan las sentencias aisladamente, parece un principio de carácter omnímodo y sin limitaciones.

Sin embargo, tiene limitaciones, y éstas resultan fundamentales, unas para el propio procedimiento de apreciación y otras para (re)calificar la ineficacia de la cláusula abusiva.

Si se leen aisladamente las sentencias del TJUE parece que el juez nacional no sólo puede sino que debe controlar de oficio, y ello *in limine litis* o en cualquier fase del procedimiento, la existencia de una cláusula abusiva para proceder directamente a su

registrarlos de la Propiedad, de declaración judicial previa a consecuencia de una impugnación del consumidor.»

⁸ Establece esta última resolución, recogida en las de 2016, que «Tratándose de préstamos hipotecarios a los que les es aplicable la normativa de protección de los consumidores, adicionalmente se podrán rechazar la inscripción de las cláusulas por razón de abusividad en dos supuestos concretos: a) cuando la nulidad por abusividad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, sin que sea necesario que conste inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación ya que tal exigencia infringiría el «principio de efectividad» de la normativa europea de protección de consumidores; siendo, no obstante necesario, a falta de tal inscripción, que la sentencia judicial proceda del Tribunal Supremo, en cuanto fuente complementaria del derecho (artículo 1 del Código Civil), o responda a un criterio mayoritario y uniforme de los órganos judiciales superiores; y en todos los casos que se refieran al contrato de préstamo o crédito hipotecario, y b) cuando el carácter abusivo de la cláusula pueda ser apreciado directamente por el registrador de forma objetiva, sin realizar ningún juicio de ponderación en relación con las circunstancias particulares del caso concreto, bien porque coincidan con alguna de las tipificadas como tales en la denominada «lista negra» de los artículos 85 a 90 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios o bien por vulnerar otra norma específica sobre la materia, como el artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria, con base en la doctrina de la nulidad «apud acta» recogida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2013».

inaplicación, ya que las cláusulas abusivas no vinculan al consumidor y deben ser expulsadas del mundo contractual.

La STS de 9 de mayo de 2013 contiene, al respecto, un importante e interesante estudio sobre el estado de este extremo, que permite introducir importantes matizaciones a esta idea.

Ante la diferente capacidad de información y contratación entre empresario y consumidor y la posición de inferioridad del consumidor⁹ y para desincentivar la contratación abusiva si se exigiera para su inaplicación la interposición de demanda de los particulares afectados¹⁰, las Directivas¹¹ imponen al juez (y, al menos la legislación española que las traspone, también a otros funcionarios encargados de la aplicación del Derecho¹²) que adopte las medidas pertinentes para que no pueda prosperar una cláusula abusiva.

Para ello, puede y debe proceder de oficio al examen del carácter abusivo de una cláusula contractual a) ya cuando el sistema procesal impida que de modo tempestivo o realmente efectivo se pueda ejercitar esta pretensión por el consumidor¹³, o b) cuando las condiciones establecidas por la legislación hagan extraordinariamente difícil o costoso que esta pretensión pueda deducirse ante los Tribunales¹⁴, o c) aun cuando

⁹ Sentencia de 27 de junio de 2000, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, C 240/98 a C 244/98.

¹⁰ Esta idea está ya implícita en la sentencia de 21 de noviembre de 2002, Cofidis (C 473/00, Rec. p. I 10875), apartado 34, en que el Tribunal de Justicia declaró que la protección que la Directiva confiere a los consumidores se extiende a aquellos supuestos en los que el consumidor que haya celebrado con un profesional un contrato en el que figure una cláusula abusiva no invoque el carácter abusivo de la citada cláusula bien porque ignore sus derechos, bien porque los gastos que acarrea el ejercicio de una acción ante los tribunales le disuadan de defenderlos. El argumento se reitera con posterioridad.

¹¹ En esta materia es fundamental la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de Abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos hechos con consumidores. Así mismo, entre otras muchas, la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

¹² El presente trabajo parte de este principio, pero versa precisamente sobre algunos límites a este control.

¹³ Este es el argumento de fondo de las STJUE de 14 de junio de 2012 y 14 de marzo de 2013 respecto del procedimiento judicial español de ejecución de una pretensión de cobro contra bienes especialmente hipotecados.

¹⁴ Así resulta específicamente de la STJUE de 11 de junio de 2012, relativa al procedimiento monitorio establecido por la LEC. Pese a que el Reglamento de la Unión 1896/2006 que regula el proceso monitorio europeo no prevé el control de oficio e *in limine litis* de las cláusulas abusivas, el Tribunal de la Unión señala que «consta en autos que el sistema procesal español no sólo no permite al juez nacional que conoce de una demanda en un proceso monitorio examinar de oficio —*in limine litis* ni en ninguna fase del procedimiento— el carácter abusivo, con arreglo al artículo 6 de la Directiva 93/13, de una cláusula contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición, sino que tampoco le permite pronunciarse sobre si tal cláusula resulta contraria a las normas nacionales de orden público, lo cual incumbe verificar, no obstante, al tribunal nacional.

el sistema permita de modo tempestivo, adecuado y pertinente la alegación de la abusividad por el consumidor afectado (ya sea por vía de pretensión iniciadora del procedimiento, ya sea por vía de oposición), el Juez no sólo puede sino que no debe tomar él la iniciativa procesal, sin esperar a que el consumidor afectado ejercite esa pretensión.

La referencia a que las cláusulas abusivas han de ser controladas de oficio, se hace, desde un primer momento, continua. Sin ánimo de exhaustividad, basta citar las sentencias de 26 de octubre de 2006 (caso Mostaza Claro)¹⁵, 4 de junio de 2009 (caso Pannon)¹⁶, 6 de octubre de 2009¹⁷, 9 de noviembre de 2010¹⁸ (caso VB Pénzügyi Lízing).

En tales condiciones, procede declarar que la normativa española controvertida en el litigio principal no resulta conforme con el principio de efectividad, en la medida en que hace imposible o excesivamente difícil, en los litigios iniciados a instancia de los profesionales y en los que los consumidores son parte demandada, aplicar la protección que la Directiva 93/13 pretende conferir a estos últimos.»

¹⁵ «A la luz de estos principios, el Tribunal de Justicia ha considerado que la facultad del Juez para examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula constituye un medio idóneo tanto para alcanzar el resultado señalado por el artículo 6 de la Directiva -impedir que el consumidor individual quede vinculado por una cláusula abusiva-, como para ayudar a que se logre el objetivo contemplado en su artículo 7, ya que dicho examen puede ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores».

¹⁶ En el apartado 32, se indica que «el juez que conoce del asunto ha de garantizar el efecto útil de la protección que persigue la Directiva. Por consiguiente, el papel que el Derecho comunitario atribuye de este modo al juez nacional en la materia de que se trata no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, incluso en el momento de la apreciación de su propia competencia territorial».

¹⁷ Este caso es especialmente interesante: se reconoce que el sistema procesal español permite que el interesado pueda instar la nulidad de un laudo arbitral, y que los plazos y formas no son improcedentes, señalando que «procede declarar que las normas procesales establecidas por el régimen español de protección de los consumidores contra las cláusulas contractuales abusivas no imposibilita ni dificulta excesivamente el ejercicio de los derechos que la Directiva 93/13 confiere a los consumidores»; no obstante ello, al llegar el momento de la ejecución forzosa permite que el juez aprecie la abusividad de la cláusula de sometimiento a arbitraje, señalando que «el juez que conoce del asunto ha de garantizar el efecto útil de la protección que persigue la Directiva. Por consiguiente, el papel que el Derecho comunitario atribuye de este modo al juez nacional en la materia de que se trata no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, incluso en el momento de la apreciación de su propia competencia territorial».

¹⁸ En el apartado 56 concluye que «por consiguiente, procede responder a la tercera cuestión planteada con carácter complementario que el juez nacional debe acordar de oficio diligencias de prueba para determinar si una cláusula atributiva de competencia jurisdiccional territorial exclusiva, que figura en el contrato que es objeto del litigio del que conoce y que se ha celebrado entre un profesional y un consumidor, está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva y, en caso afirmativo, apreciar de oficio el carácter eventualmente abusivo de dicha cláusula».

Para entender esta continua referencia a la competencia territorial, hay que tener en cuenta que el artículo 3.3 de la Directiva se refiere a un anexo con una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas, y en tal anexo se incluyen las cláusulas que tengan por objeto suprimir u

Ahora bien, y como ya he señalado, la facultad del Juez de apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula no es omnímoda, en el sentido de que lo pueda realizar «de oficio», en el sentido en que tradicionalmente venía siendo entendida tal expresión en el Derecho español, ya que tal facultad está limitada por el principio de contradicción.

El Juez no puede, sorpresivamente, basar su resolución en la apreciación del carácter abusivo de una cláusula sin dar oportunidad a las partes para que aleguen lo que a su derecho convenga y propongan las pruebas pertinentes para ello.

La cuestión se suscitó ya en un conflicto entre la Comisión e Irlanda, que dio lugar a la STJUE de 2 de febrero de 2009.

En esta sentencia se señaló que el principio de contradicción en los procesos seguidos ante un juez comunitario «no confiere sólo a cada parte en un proceso el derecho a conocer y a discutir los documentos y observaciones presentados al juez por la parte contraria, y no se opone sólo a que el juez comunitario base su decisión en hechos o en documentos de los que las partes, o una de ellas, no han podido tener conocimiento y sobre los cuales no han podido formular observaciones, sino que también implica el derecho de las partes a conocer y a discutir los elementos examinados de oficio por el juez, sobre los cuales tiene intención de fundamentar su decisión».

Ya en materia de control de cláusulas abusivas, la STJUE de 21 de febrero de 2013 (caso Banif Plus Bank), después de reiterar que el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional y le impone asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión «tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello», pudiendo practicar de oficio las diligencias de prueba precisas para llegar a este conocimiento¹⁹, señala, siguiendo la sentencia de 2 de febrero de 2009, que el derecho a una tutela judicial efectiva²⁰ de los derechos conlleva unas

obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, lo que contrasta con la redacción de la legislación española, ya que el art. 90.2 del TRLGDCU establece directamente la nulidad de una cláusula como ésta.

¹⁹ Esta mención de las diligencias de prueba se refiere a las sentencias en que el Juez ha de apreciar de oficio si la cláusula de sumisión de competencia es abusiva, y especialmente a la STJUE de 4 de junio de 2009, en que el tribunal pudo comprobar que la señora demandada residía a gran distancia, que tenía pensión de invalidez y que las comunicaciones entre su domicilio y el lugar donde residía el tribunal nacional eran ciertamente difíciles.

²⁰ Ya DÍEZ-PICAZO, en la edición de 1993 de los *Fundamentos de Derecho Patrimonial*, se preguntaba por la posible inconstitucionalidad de la apreciación de oficio de la nulidad negocial. SARAZÁ JIMENA, planteaba («*La nulidad en los contratos de adhesión*», en «El negocio jurídico. La ineficacia del contrato», en Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, octubre, 1994, pp.13-57) la cuestión, enlazándolo con los principios de congruencia y rogación, alegando la STC de 12 de julio de 1993 que señalaba que no hace falta pedir lo que la ley manda, ni causa indefensión la resolución judicial que, pese a que nadie lo haya solicitado, contiene un pronunciamiento de esta naturaleza, al no necesitar ser objeto de petición los referidos intereses, aunque al final (p. 38) se inclina por una interpretación amplia y la exigencia de la audiencia.

especiales exigencias, y entre ellas «figura el principio de contradicción, que forma parte del derecho de defensa y que el juez debe respetar, en particular cuando zanja un litigio sobre la base de un motivo examinado de oficio», de forma que «en el supuesto de que el juez nacional, después de haber determinado –sobre la base de los elementos de hecho y de Derecho de que disponga o que se le hayan comunicado a raíz de las diligencias de prueba que haya acordado de oficio a tal efecto– que una cláusula está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva, compruebe, tras una apreciación efectuada de oficio, que dicha cláusula presenta un carácter abusivo, está obligado, por regla general, a informar de ello a las partes procesales y a instarles a que debatan de forma contradictoria según las formas previstas al respecto por las reglas procesales nacionales».

Y la STJUE 30 de mayo de 2013, caso *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, reitera (y lo hace con un carácter más general y con cierto tono admonitorio) que la Directiva debe interpretarse en el sentido de que cuando el juez nacional esté facultado, según las normas procesales internas, para anular de oficio una cláusula contraria al orden público o a una norma legal imperativa cuyo alcance justifique esa sanción, «deberá» en principio, tras haber ofrecido a las partes la posibilidad de un debate contradictorio, anular de oficio una cláusula contractual cuyo carácter abusivo haya apreciado a la luz de los criterios de la Directiva²¹.

Es fácil comprender que la sentencia de 21 de febrero de 2013 está detrás de la reforma que la Ley 1/2013, de 14 de mayo, introduce en los artículos 552, 557, 561 y 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Es cierto que la Exposición de Motivos hace referencia exclusivamente a la famosa sentencia de 14 de marzo de 2013, verdadero varapalo al sistema español de ejercicio de la pretensión de cobro por medio de la ejecución directa sobre bienes hipotecados; pero esta Ley acoge aquí tanto el principio de apreciación de oficio como el principio de contradicción.

Ahora bien, si nos fijamos en la sentencia de 21 de febrero de 2013, indica que el principio de contradicción ha de aplicarse «con carácter general». Y ello porque hay casos en que el principio no se va aplicar, porque la legislación, que puede adoptar medidas más protectoras del consumidor de las que pretende la Directiva, establece que puede ser apreciado sin audiencia, y así ocurre por ejemplo en la apreciación de la competencia territorial. La sentencia de 30 de mayo de 2013 parece ir mucho más allá y lo hace con un carácter mucho más general.

²¹ La STJUE de 1 de octubre de 2015, caso *ERSTE Bank Hungary Zrt y Attila Sugár*, insiste en la consideración de este principio como básico del procedimiento comunitario y del nacional aplicable al control de cláusulas abusivas cuando este control se plantea de oficio.

En el mismo sentido que el indicado en el texto, como límite al control de oficio, GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M; «El control de oficio de las cláusulas abusivas. El juez nacional como garante de la protección del consumidor», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 26, enero-junio 2014, pp. 322 y 323.

El principio de contradicción significa, pues, en principio, y salvo que haya una norma especial que pueda excepcionar su aplicación²², que hay que dar opción a las partes a personarse en el procedimiento para debatir de forma contradictoria sobre si la cláusula respecto de la que el juez nacional considera puede ser abusiva lo es o no en realidad.

Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre en los procesos de carácter declarativo, en el sistema español es parte en el proceso ejecutivo²³ quien insta la ejecución y la persona contra quien se despacha la ejecución (art 538.1 LEC). Es decir, el sistema, pese a la reforma, choca con la dicción legal: el Juez no puede considerar «parte» a aquella persona contra la que todavía no se ha despachado la ejecución. Ante esta situación, y frente a una interpretación extensiva (y más conforme con las exigencias que se derivan de la doctrina comunitaria) que permita dar entrada, antes del despacho de ejecución, a aquél contra quien se pretende que se despache, parece que la práctica procesal se está decantando por citar exclusivamente al ejecutante²⁴, sin dar entrada *in limine litis* a la persona contra la que se puede despachar la ejecución.

Y esta práctica resulta enormemente perturbadora, porque una de las características de la abusividad de una cláusula es que el Juez no puede apreciarla si el consumidor, advertido de su existencia o de que puede existir, manifiesta, sin embargo, su voluntad al tribunal de que el proceso se sustancie no obstante dicha cláusula y manteniendo su vigencia.

La sentencia del caso Pannon afirma que «el juez nacional no tiene, en virtud de la Directiva, el deber de excluir (y hay que decir que si el Juez no tiene el deber, no tiene el derecho) la aplicación de la cláusula en cuestión si el consumidor, tras haber sido informado al respecto por dicho juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula», de tal forma que «cuando considere que tal

²² Las limitaciones al derecho a la tutela judicial efectiva, recogido también en la Constitución Española, de ser admisibles, sólo podrán ser establecidas por Ley y ser objeto de una interpretación restrictiva. Recuérdese que el derecho se configura en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como un derecho de configuración legal, en donde funciona como «cláusula de cierre» la prohibición de indefensión. Sobre la prohibición de indefensión, y para lo que ahora nos interesa, la STC 14/2002, de 14 de febrero, entre otras muchas, ha indicado que «la indefensión es una noción material que se caracteriza por suponer una privación o minoración sustancial del derecho de defensa; un menoscabo sensible de los principios de contradicción y de igualdad de las partes que impide o dificulta gravemente a una de ellas la posibilidad de alegar y acreditar en el proceso su propio derecho, o de replicar dialécticamente la posición contraria en igualdad de condiciones con las demás partes procesales». Esta sentencia todavía configura el principio de contradicción como regulador del juego entre partes tradicional del Derecho Civil. Las sentencias del TJUE dan un paso más, al colocarlo como un límite al poder jurisdiccional.

²³ Del cual no es sino una especialidad, por muy importante que sea, el de ejecución directa sobre bienes hipotecados.

²⁴ En no pocas ocasiones, sin embargo, y a mi juicio de modo completamente improcedente, se deniega el despacho de ejecución directamente ante la presencia de una cláusula abusiva de naturaleza conflictual (entendiendo conflictual en el sentido que veremos luego).

cláusula es abusiva se abstendrá de aplicarla, salvo si el consumidor se opone», y la del caso Banif Plus Bank reitera que «el juez nacional no tiene, en virtud de la Directiva, el deber de excluir la aplicación de la cláusula en cuestión si el consumidor, tras haber sido informado al respecto por dicho juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula», dando lugar a lo que la STS de 9 de mayo de 2013 denomina el «posible aquietamiento a la cláusula abusiva».

La primera conclusión que de este examen podemos obtener, pues, es que, como mínimo, el examen de oficio de una cláusula abusiva por la autoridad judicial va a requerir, con carácter general, que se dé audiencia, antes de su declaración, al contratante que ha predispuesto la cláusula y al cual su exclusión por la autoridad judicial va a perjudicar, en la medida en que el mantenimiento de la cláusula supone para él una ventaja injustificada.

Además, el «aquietamiento a la cláusula abusiva» produce, y así lo resalta la sentencia del TS últimamente citada, un efecto peculiar, que afecta de manera sustancial a la calificación de los efectos de una cláusula abusiva.

Y es que la Directiva comunitaria establece que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor²⁵, pero no impiden que éste se considere, una vez suficientemente informado, vinculado, y, por tanto, supone una importante modalización del efecto «nulidad» de la cláusula abusiva²⁶.

Frente a la anulabilidad, que es un supuesto de ineficacia contractual que sólo puede ponerse en marcha a instancia de la parte perjudicada, la nulidad de las cláusulas abusivas puede ser apreciada de oficio por el Juez, sin necesidad de esperar a que el perjudicado ejercite la oportuna pretensión procesal, pero requiere también (y la necesidad de audiencia es evidente) que el consumidor no muestre su conformidad con la aplicación de la cláusula, o, al menos, no se oponga a su apreciación por la autoridad judicial.

²⁵ La STJUE de 26 de abril de 2012 resalta, y eso de modo especial en el informe de la Abogado General Verika Trstenjak, cómo la Directiva se limita a hablar de ausencia de vinculación, sin imponer a los Estados miembros el modo en que esta no vinculación se producirá y atendiendo a las diferentes tradiciones jurídicas.

²⁶ Como establece la STS de 9 de mayo de 2013, en su apartado 117, «Ahora bien, la finalidad de la Directiva es la tutela del consumidor, por lo que frente a la regla de que la nulidad absoluta -no la anulabilidad- la puede invocar cualquiera de quienes fueron parte en el contrato nulo o con cláusulas nulas, la nulidad absoluta de las cláusulas abusivas nada más entra en juego cuando operan en «detrimento del consumidor», de tal forma que la obligación de garantizar la efectividad de la protección conferida por la Directiva, en lo que respecta a la sanción de una cláusula abusiva, no permite imponer la nulidad en contra de la voluntad del consumidor, ya que frente al desequilibrio de las posiciones de empresario y consumidor el Ordenamiento reacciona con un tratamiento asimétrico y atribuye a éste la decisión de invocarla».

Pero esta posibilidad supone también la necesidad de introducir una importante matización en la no renunciabilidad de los derechos que la legislación concede al consumidor, en cuanto que plantea la cuestión de si, advertido suficientemente, puede renunciar a las ventajas que la legislación protectora le concede. Y ello obligará a distinguir entre mecanismos de protección absolutamente irrenunciables y otros de carácter relativamente renunciable²⁷. Es evidente que dentro del alcance de este trabajo el simple planteamiento y estudio de esta cuestión desborda con mucho su objetivo, posibilidades y capacidad del autor.

3. SOBRE LA NECESIDAD DE PUBLICACIÓN DE LAS SENTENCIAS EN EL REGISTRO DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

GÓMEZ GÁLLIGO señala que los notarios deben abstenerse de autorizar y los registradores de inscribir, los instrumentos públicos en que se inserten cláusulas abusivas, en tres casos: a) cuando las cláusulas estén incluidas dentro de la «lista negra» contenida en los artículos 85 a 90 del Real Decreto Legislativo 1/2007 (TRLGDCU) de manera que se puedan encuadrar en ella «sin lugar a dudas», y la razón es que son nulas «en todo caso» y no cabe interpretación²⁸; b) cuando sean contrarias a una norma imperativa o

²⁷ Por el carácter absolutamente irrenunciable se pronuncia el art. 2 de la Ley 2/2009 de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, cuando establece que «los derechos reconocidos por esta Ley a los consumidores que contraten las actividades incluidas en su ámbito de aplicación son irrenunciables, siendo nulos la renuncia previa a tales derechos y los actos realizados en fraude de Ley, conforme a lo previsto en el artículo 6 del Código Civil».

Si nos fijamos con detalle, lo que está excluida es la renuncia previa. La pregunta, que nos encontramos en los despachos con demasiada frecuencia es ¿cabe la renuncia en el acto del otorgamiento, advertido expresamente el consumidor de que la renuncia a alguno de los derechos otorgados por la Ley puede suponer un perjuicio para él?

²⁸ Vale la pena resaltar el «sin lugar a dudas», porque estos artículos están llenos de conceptos jurídicos indeterminados y, en no pocas ocasiones, permiten la subsistencia de la cláusula si hay motivos suficientes o justificados o válidos, o compensaciones proporcionadas, etc, en cuyo estudio detenido no podemos, obviamente, entrar. Pero permítaseme transcribir expresiones de esta famosa «lista negra»: plazo excesivamente largo o insuficientemente determinado, motivos válidos especificados en el contrato, antelación razonable, plazo desproporcionadamente breve, indemnización desproporcionadamente alta (uno de los que más ha dado que hablar, precisamente con ocasión de los intereses de demora), las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe (aunque las que describe el art. 87 están suficientemente definidas), estipulaciones que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos, imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido (¿es desproporcionado que un particular que presta 10 obtenga garantía de un bien valorado en 100?). La famosa «lista negra» ha precisado en la práctica de una concreción judicial, y de ahí todas las sentencias del Tribunal Supremo sobre cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios, realizando una interpretación de la inclusión o no de las cláusulas discutidas. A diferencia del sistema alemán de 1976 que diferenciaba entre una «lista gris» de cláusulas que pueden ser consideradas abusivas (con una posible modalización en su ineficacia) y una «lista negra» de cláusulas consideradas abusivas *per se* y con ineficacia absoluta, y del criterio seguido por la Directiva 93/2013, donde solamente se contiene una «lista gris» de cláusulas que podrán ser consideradas abusiva, el sistema español (aunque parte del denominado sistema continental de definición de la

prohibitiva que claramente las rechace, y c) cuando se trate de cláusulas declaradas judicialmente nulas por sentencia firme²⁹. Reconoce que el art. 84³⁰ TRLGDCU exige

cláusula abusiva) sólo establece una «lista negra», aunque después, el juez habrá de valorar en el caso concreto si el supuesto puede encuadrarse en los supuestos de hecho previstos por la normativa.

El sistema de lista negra se convierte así en un sistema mixto, ya que está lleno de supuestos que implican un juicio de valor del juez, que es (junto con el sistema de lista o ausencia de ella) el segundo criterio para delimitar las listas negras y grises.

Para un examen de los sistemas continental y anglosajón y una crítica de la solución española: SERRA RODRÍGUEZ, A *Cláusulas Abusivas en la Contratación. En especial, las cláusulas limitativas de responsabilidad*, Aranzadi, 1996, donde se recoge la nutrida doctrina crítica con la vieja Ley de Defensa del Consumidor y el Usuario.

El sistema de diferenciaciones de «lista negra» y «lista gris», aunque con antecedentes doctrinales y legislativos, tiene su origen claro en la Propuesta de Directiva relativa a los derechos de los consumidores, de la Comisión Europea, de 8 de octubre de 2008. Esta propuesta diferenció entre el Anexo II (comprendivo de cláusulas contractuales que deberían considerarse abusivas) y el Anexo III (comprendivo de cláusulas contractuales que serían presuntamente abusivas).

Pero estos anexos no pasan a la Directiva 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de Octubre de 2011.

²⁹ Respecto a la eficacia de las sentencias en esta materia, en no pocas ocasiones la doctrina ha puesto de manifiesto el peligro de que por esta vía el juez pueda acabar sustituyendo al poder legislativo en esta importante materia. Este peligro, ya avizorado por DE CASTRO y BRAVO en su clásico «Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes» (ADC, 1961, nº 2, pp. 295 a 342), se ha resaltado últimamente por numerosa doctrina.

³⁰ «Artículo 84. Autorización e inscripción de cláusulas declaradas abusivas. 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.». Este artículo tiene su origen en el art. 10 de la Ley de 1984, tras la reforma de la Ley 7/1998.

El art. 17.3 del Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación de 3 de diciembre de 1999 reitera que «los notarios y los registradores de la propiedad y mercantiles no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretendan contener o se incluyan cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales».

Aunque quizás esa adelantar posiciones, vale la pena resaltar cómo el párrafo 2, que establecía que las sentencias firmes obtenidas en el ejercicio de acciones colectivas deberían inscribirse, conforme al artículo 22 de la Ley, en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, y vincularían a los jueces y tribunales en ulteriores procesos en los términos previstos en su artículo 20, siempre que en el proceso fuera parte el mismo predisponente, fue declarado nulo por STS de 19 de febrero de 2002 (Sala 3ª), por exceder del ámbito permitido por el art. 20 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (artículo este hoy derogado por la LEC) ya que, según el Tribunal Supremo, la Ley permitía la inscripción solamente de las sentencias estimatorias.

Pese a que este artículo 20 está hoy derogado, vale la pena, por lo que luego se dirá recordar su tenor, ya que respecto de las acciones colectivas de cesación, retractación o declaración de condiciones generales, establecía en su párrafo 4 que «la sentencia dictada en recurso de casación conforme al artículo 18, apartado 3 de esta Ley, una vez constituya doctrina legal, vinculará a todos los jueces en los eventuales ulteriores procesos en que se inste la nulidad de cláusulas idénticas a las que hubieran sido objeto de la referida sentencia, siempre que se trate del mismo predisponente», y, con carácter general, el art. 22 establecía que «en todo caso en que hubiere prosperado una acción colectiva o una acción individual de nulidad o no incorporación relativa a condiciones generales, el Juez dictará mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción de la sentencia en el mismo» (sustancialmente vigente, ya que solamente se ha alterado por ley de 2009 de forma que ahora es el letrado de la Administración de Justicia quien lo ordena).

que se trate de sentencias que estén inscritas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, pero dice que «en función de la doctrina del TSJUE, la Dirección General de los Registros y del Notariado lo ha ido extendiendo a toda sentencia judicial firme, esté o no inscrita en el Registro de Condiciones Generales»³¹.

Desde esta perspectiva, no tiene nada de extraño la afirmación de las resoluciones de 2016, que confirman la ya sentada por las resoluciones de 2015.

A mi juicio, esta doctrina y esta práctica relativa a la exclusión de la exigencia de inscripción en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación no puede ni debe ser compartida.

La normativa contenida en el Real Decreto Legislativo 1/2007 es bastante más que la actualización de la vieja Ley de 1984, ya modificada sustancialmente por la Ley de Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación: es una completa trasposición de la normativa comunitaria en materia de defensa de los derechos de los consumidores y usuarios.

Así resulta específicamente de su Exposición de Motivos³² cuando nos indica que «este real decreto legislativo cumple con la previsión recogida en la disposición final quinta de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, que habilita al Gobierno para que, en el plazo 12 meses, proceda a refundir en un único texto la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y las normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios que inciden en los aspectos regulados en ella, regularizando, aclarando y armonizando los textos legales que tengan que ser refundidos», reiterando más tarde esta idea al decir que se integran en el nuevo texto «las normas de transposición de las directivas comunitarias

Estos preceptos son importantes, entre otras cosas, porque una de las principales causas de nulidad de la condición general es precisamente la abusividad de la cláusula (art. 8 LCGC).

³¹ Curiosamente, el mismo autor había defendido la exigencia de que constase inscrita la sentencia en su trabajo «Control notarial y registral de condiciones generales nulas por abusivas», publicado en *El Notario del siglo XXI*, de noviembre de 2011.

En un sentido parecido, ARANGUREN URRIZA, F.J., «El Notario y los controles de transparencia y abusividad en los préstamos hipotecarios con consumidores», *RJN*, julio-diciembre, 2015, pp. 11-46, señala (pg. 19) que el art. 84 es una «norma redundante» con la única particularidad de que si se trata de cláusulas declaradas nulas por sentencia no será necesario invocar razones de fondo para denegar la autorización o la inscripción.

³² Ya el preámbulo de la Ley 7/1998, sobre las condiciones generales de la contratación decía que «la presente Ley tiene por objeto la transposición de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, así como la regulación de las condiciones generales de la contratación, y se dicta en virtud de los títulos competenciales que la Constitución Española atribuye en exclusiva al Estado en el artículo 149.1.6.ª y 8.ª, por afectar a la legislación mercantil y civil. Se ha optado por llevar a cabo la incorporación de la Directiva citada mediante una Ley de Condiciones Generales de la Contratación, que al mismo tiempo, a través de su disposición adicional primera, modifique el marco jurídico preexistente de protección al consumidor, constituido por la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios».

que, dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios, inciden en los aspectos contractuales regulados en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios»³³.

Es más, la Ley 3/2014, que modifica entre otros el importante artículo 83 del TRLGDCU³⁴, manifiesta en su Exposición de Motivos que se trata de aplicar la doctrina de la STJUE de 14 de junio de 2012 que había declarado que la anterior redacción del

³³ Al mismo tiempo, corrige errores en la redacción del artículo 20 del texto refundido, con objeto de adecuarlo al artículo 7, apartado 4, de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005; modifica, mediante disposición adicional, el artículo 11 de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, dando nueva redacción a su apartado cuarto e incorporando un nuevo apartado cinco y deroga el apartado 4 del artículo 5 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación y el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación, cuyas disposiciones resultan incompatibles con el enfoque de armonización máxima de la Directiva que se transpone.

³⁴ El origen del art. 83 del TRLGDCU hay que encontrarlo en el art. 10 bis apartado 2 de la Ley de 1984 (introducido por la Ley 7/1998) que establecía que «serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones y estipulaciones en las que se aprecie el carácter abusivo. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil. A estos efectos, el Juez que declara la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor o usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá declarar la ineficacia del contrato.»

A partir de esta reforma legal de 2014, el texto del artículo indica que «las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas».

Nótese cómo el nuevo texto legal recoge claramente el principio de contradicción.

Excede con mucho de la finalidad de este trabajo la simple exposición de la eficacia de las sentencias.

Hay que distinguir el efecto de las sentencias del TJUE (las sentencias de interpretación tienen un efecto general en el sentido que su interpretación vincula a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros) y el efecto de las sentencias de los Tribunales nacionales. Ya hemos planteado los problemas que suscitaba la legislación anterior.

Especialmente interesantes son las consideraciones de la Abogado General de la STJUE de 26 de abril de 2012 sobre los efectos generales para otros consumidores (no contra otros empresarios) de las sentencias de cesación derivadas de la intervención de asociaciones de consumidores y el reconocimiento de que el Derecho interno puede establecer límites a la eficacia de las sentencias en supuestos de ejercicio de la acción individual respecto de la abusividad de una cláusula.

Para un estudio detenido de los efectos de la sentencia y, sobre todo, la eficacia de la cosa juzgada, PÉREZ BENÍTEZ, J.J., «El control judicial de las condiciones generales de la contratación y de las cláusulas abusivas. Tutela procesal de los intereses de grupo» en el *I Foro de encuentro de jueces y profesores de Derecho Mercantil*, Barcelona, 2008, accesible en internet; ARMENTA DEU, T., *Acciones colectivas: Reconocimiento, cosa juzgada y ejecución*. Marcial Pons, 2013; GIMENO SENDRA, V. «Las cláusulas abusivas», *Diario La Ley*, Nº 8116, Sección Doctrina, 1 Jul. 2013, Año XXXIV, pg. 1-17; GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E., «La jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre las cláusulas abusivas», *Revista de Jurisprudencia*, nº1, 1 de julio de 2015 y FRAGA MANDIÁN, A., «Cláusulas abusivas y cosa juzgada», *Proceso civil, cuaderno jurídico*, número 123, 2016, pp. 16-19.

art. 83 suponía que España no había adaptado correctamente su Derecho interno al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE.

La Ley 7/1998, que, como hemos visto, buscaba la trasposición de la Directiva comunitaria, había modificado a través de su disposición adicional segunda la legislación hipotecaria, y concretamente su artículo 258.2, que decía, y sigue diciendo, que «el Registrador denegará la inscripción de aquellas cláusulas declaradas nulas de conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios».

Y el art. 18.2.b) 3ª de la Ley 2/2009³⁵, al referirse a los préstamos a interés variable en que se hubieran pactado limitaciones a la variación del tipo de interés, establece una referencia específica al artículo 84 TRLGDCU, al señalar que «en particular, cuando las limitaciones no sean semejantes al alza y a la baja, el notario consignará expresamente en la escritura esa circunstancia, advirtiéndolo de ello a ambas partes, salvo que resultara de aplicación lo dispuesto en el artículo 84 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias, en cuyo caso procederá conforme lo indicado en dicho precepto».

Parece que debe quedar claro que la redacción actual del TRLGDCU no es un texto legislativo ordinario, sino que es, y pretende ser, la trasposición de las Directivas comunitarias en materia de defensa de los derechos de los consumidores y usuarios.

Para ver las consecuencias de esto, hay que realizar una brevísima excursión en el Derecho comunitario.

Dentro del derecho derivado comunitario hay que distinguir entre los Reglamentos y las Directivas.

Resumiendo la doctrina general sobre la materia, se puede decir que los Reglamentos comunitarios generan por sí mismos derechos y obligaciones, y son directamente invocables por los ciudadanos de la Unión y directamente aplicables por los Tribunales de Justicia nacionales, sin necesidad de norma nacional y omitiendo la aplicación de la normativa nacional anterior. Es más, cuando una norma nacional posterior recoja, como es frecuente, la normativa contenida en un reglamento comunitario, y haya discrepancia entre ambos, el juez nacional viene obligado a aplicar directamente el reglamento comunitario.

³⁵ El cual en su número 1 establece que «en su condición de funcionarios públicos y derivado de su deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios que autorizan, los notarios denegarán la autorización del préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando el mismo no cumpla la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley. Del mismo modo, los registradores denegarán la inscripción de las escrituras públicas de préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando no cumplan la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley».

La Directiva, por el contrario, fija objetivos o principios que hay que conseguir, y deja un cierto grado de libertad a los Estados miembros para conseguir las finalidades perseguidas, realizando lo que se conoce como «trasposición» de las Directivas. Cuando la trasposición se ha realizado, sin embargo, la norma alegable y aplicable no es la directiva, sino la norma que la ha incorporado al derecho nacional.

Pero también de las Directivas se predica el denominado «efecto directo» de la normativa comunitaria, si el Estado miembro ha dejado pasar el plazo establecido para trasponer la Directiva o porque la trasposición se ha realizado de modo deficiente o insuficiente, ya que entonces la trasposición no habrá conseguido su finalidad de conseguir una cierta uniformidad en los derechos nacionales de los Estados miembros.

Este «efecto directo» es evidente en las relaciones «verticales» (relaciones del ciudadano con el Estado³⁶), planteándose más problemas su aplicación en las relaciones «horizontales» (entre ciudadanos)³⁷.

Al mismo tiempo, el Derecho comunitario goza del denominado «principio de primacía del Derecho de la Unión», que significa que la invocación por un Estado miembro de las disposiciones del Derecho nacional, aun si son de rango constitucional³⁸, no puede afectar a la eficacia del Derecho de la Unión en el territorio de ese Estado (STJUE 26 de febrero de 2013³⁹).

La doctrina⁴⁰ está conforme en que cuando una Directiva comunitaria ha sido traspuesta, corresponde al juez nacional su aplicación, a menos que el juez nacional considere que la trasposición ha sido absolutamente deficiente en cuyo caso podrá dejar de aplicar la norma nacional si resulta claro que la norma nacional ha infringido la Directiva comunitaria; pero si tuviera dudas sobre ello, deberá plantear la denominada «cuestión prejudicial europea»⁴¹. Esta doctrina, derivada del principio de primacía del

³⁶ Este efecto directo sólo puede ser ascendente, es decir, el ciudadano puede invocar contra el Estado la Directiva no traspuesta, pero no al revés, ya que admitir un efecto descendente permitiría que un Estado miembro pudiera beneficiarse de su propia deficiencia en la transposición de una directiva (Caso Kolpinghis, C-80/86).

³⁷ Aunque la doctrina se pronuncia mayoritariamente por su aplicación directa en todo tipo de relaciones, el Tribunal ha rechazado esa posibilidad (STJUE de 14 de julio de 1994, Caso Faccini Dori, y más recientemente en la STJUE de 19 de enero de 2010, caso Küçükdeveci).

³⁸ Es evidente que no se puede entrar en un estudio detenido de este problema, que está ligado a la inconstitucionalidad de un Tratado que permite que se aplique una norma internacional contra lo dispuesto por la propia Constitución para modificar su contenido.

³⁹ Este principio se define de modo claro a partir de la STJCE de 15 de julio de 1964 (caso Costa-ENEL) aunque goza de antecedentes.

⁴⁰ Por ejemplo, MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2010.

⁴¹ No pocas de las sentencias del TJUE de los últimos años se deben a cuestiones planteadas por los Tribunales Españoles.

Derecho comunitario se hace ya explícita en la STJUE de 9 de marzo de 1978 (caso Simmenthal)⁴².

Pues bien, la Ley Orgánica 7/2015⁴³ ha introducido el art. 4 bis en la Ley Orgánica del Poder Judicial, para establecer que «1. Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 2. Cuando los Tribunales decidan plantear una cuestión prejudicial europea lo harán de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, en todo caso, mediante auto, previa audiencia de las partes». Con ello se acoge ya la doctrina comunitaria y se plasma en el ordenamiento jurídico español el principio de primacía del Derecho de la Unión.

Pero si nos fijamos, toda la normativa relativa a la trasposición de las Directivas hace referencia a un órgano jurisdiccional. Y es que sólo a los órganos jurisdiccionales les corresponde dejar de aplicar la normativa nacional por entender que la trasposición vulnera las finalidades perseguidas por la Directiva.

La Dirección General de los Registros y del Notariado es un órgano de la Administración del Estado, que en materia de recursos gubernativos tiene una naturaleza peculiar⁴⁴, pero esta peculiaridad no le priva de ese carácter de órgano administrativo ni le convierte en órgano ni jurisdiccional ni cuasijurisdiccional: es un órgano administrativo que dicta resoluciones que surten efectos en el ámbito del Derecho Civil. Pero como órgano administrativo que es no puede, a mi juicio, prescindir de los dictados de una norma que no es sino la trasposición del contenido de la Directiva Comunitaria sobre protección de los consumidores.

⁴² La declaración final indica que «Los Jueces nacionales encargados de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, están obligados a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicadas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que estén obligados a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o mediante otro procedimiento constitucional». Más interesantes son sus argumentos: 17. en virtud del principio de la primacía del Derecho comunitario, las disposiciones del Tratado y los actos de las Instituciones directamente aplicables tienen por efecto, en sus relaciones con el Derecho interno de los Estados miembros, no solamente hacer inaplicable de pleno derecho, por el hecho mismo de su entrada en vigor, toda disposición de la legislación nacional existente que sea contraria los mismos, sino también —en tanto que dichas disposiciones y actos forman parte integrante, con rango de prioridad, del ordenamiento jurídico aplicable en el territorio de cada uno de los Estados miembros—, impedir la formación válida de nuevos actos legislativos nacionales en la medida en que sean incompatibles con las normas comunitarias; 18. que, en efecto, el hecho de reconocer eficacia jurídica a los actos legislativos nacionales que invaden el ámbito en el que se ejerce el poder legislativo de la Comunidad, o que de otro modo sean incompatibles con las disposiciones del Derecho comunitario, equivaldría de hecho a negar, por ello, el carácter efectivo de los compromisos incondicional e irrevocablemente asumidos por los Estados miembros, en virtud del Tratado, y pondría así en peligro los propios fundamentos de la Comunidad.

⁴³ Siguiendo la Exposición de Motivos que indica que resulta conveniente mencionar en la Ley la vinculación de los Jueces y Tribunales españoles al Derecho de la Unión, en la interpretación que hace del mismo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

⁴⁴ Esta peculiaridad deriva de la propia peculiaridad del procedimiento registral.

En tanto no se dicte un Reglamento comunitario, que tiene alcance normativo superior a la Ley dictada por las Cortes españolas, y directamente deroga toda norma estatal contraria e impide que se tome en consideración, por todos los órganos, la norma posterior que la contradiga, y en tanto no se dicte por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolución que indique que la trasposición al derecho nacional infringe la normativa comunitaria, la norma estatal debe ser cumplida.

Puede entenderse que la norma contenida en el art. 84 TRLGDCU no es la mejor manera de cumplir los objetivos de protección de los consumidores (en este sentido, la crítica Delgado Ramos), pero en tanto no se declare que infringe una Directiva debe ser cumplida: las sentencias han de estar inscritas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación⁴⁵.

Las resoluciones de 2016 establecen ahora como argumentación a favor de la no aplicación de la exigencia de la previa inscripción que tal exigencia infringiría el «principio de efectividad» de la normativa europea de protección de consumidores⁴⁶.

Como ya he señalado, el artículo citado se contiene en una norma de trasposición del contenido de Directivas comunitarias, y ha debido tener en cuenta (otra cosa es si la solución es la más conveniente) dicho principio de efectividad, porque el texto legal diferencia claramente la norma entre la actuación de un órgano jurisdiccional (art. 83) y la actuación de funcionarios públicos (art. 84), exigiendo para éstos una especial forma de certeza y publicidad.

Quizás valga la pena resaltar ahora que la Directiva no impone los medios a través de los cuales han de conseguirse los fines previstos, sino que deja en una relativa libertad

⁴⁵ Recordemos que la Ley 2/2009 se remite específicamente en materia de préstamos hipotecarios al art. 84 del TRLGDCU y la Ley 3/2014, que trata de adaptarse a las últimas exigencias del TJUE, modifica el art. 83, pero deja intacto el art. 84.

⁴⁶ Resulta llamativa la referencia al «principio de efectividad», ya que éste, tradicionalmente, se entiende como impeditivo de que la regulación nacional haga imposible o extraordinariamente difícil en la práctica el ejercicio de los derechos reconocidos en el Derecho comunitario. Vid STJUE de 16 de mayo de 2000, caso Preston y otros y Fletcher y otros (aunque en este caso se trataba de si una norma procesal infringía el principio).

Ya en notas anteriores he resaltado la mención y configuración de este principio de aplicación del Derecho comunitario, tanto originario como derivado.

Con carácter más general HUELÍN MARTÍNEZ DE VELASCO, J. indica que «después de Lisboa, los europeos podemos hoy, dándose las condiciones de competencia de nuestros tribunales, pedirles que tutelen los derechos que nos reconoce la Unión, con independencia de si existe un cauce procedimental específico para hacerlo y hayan o no nuestros legisladores incorporado esos derechos al sistema interno, siempre que quepa atribuir efecto directo a la norma que los reconoce. A la inversa, los jueces nacionales están obligados a dar curso a cualquier pretensión fundada en el derecho de la Unión, con independencia de si el derecho procesal interno cuenta con las vías procesales pertinentes», en «El derecho a la tutela judicial efectiva en el ordenamiento de la Unión Europea después de Lisboa: algunas notas para la reflexión», *Revista de Jurisprudencia*, número 4, 24 de noviembre de 2011.

a los Estados para establecer aquéllos, pero esta libertad entra dentro del margen que le corresponde al órgano que representa la voluntad soberana del pueblo español.

Es cierto que la doctrina de la Dirección General exige⁴⁷ que la sentencia judicial proceda del Tribunal Supremo (con valor de jurisprudencia o casacional por provenir del Pleno de Sala), en cuanto que fuente complementaria del derecho (artículo 1 del Código Civil), o responda a un criterio mayoritario y uniforme de los órganos judiciales superiores⁴⁸.

Pero este argumento, en realidad, no tiene apoyo legal alguno, y hace decir a la norma algo distinto de lo que dice, aunque quizás debiera decirlo⁴⁹.

Y no parece que la exigencia de publicidad de las sentencias que establece la Ley haga imposible o extraordinariamente difícil en la práctica la aplicación de la Directiva comunitaria de defensa de los consumidores, que es precisamente lo que podría justificar la aplicación del principio de efectividad.

En todo caso, no corresponde, insisto, a un órgano de la Administración Central del Estado declarar que una ley es una trasposición incorrecta o que no respeta suficientemente el principio de efectividad del Derecho comunitario que la propia Ley quiere trasponer⁵⁰.

Resulta, por otro lado, enormemente llamativa la ausencia de referencia alguna a sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que apoyen esa posición. Las resoluciones se limitan a hablar de «doctrina» sobre el principio de efectividad⁵¹. Es de

⁴⁷ Contra la posición inicial de GÓMEZ GÁLLIGO, para quien bastaba una resolución judicial firme, y como veremos contra lo que establece la normativa catalana.

⁴⁸ ¿Hemos de atender en cada provincia a las sentencias de las distintas salas de las Audiencias Provinciales en los numerosos casos en que a ellas corresponde la competencia final en ciertos temas? La doctrina de la Dirección General no tiene en cuenta, por cierto, un elemento que cualquier observador del Derecho puede apreciar: la existencia de una cierta variabilidad (en el tiempo y en el espacio) en la interpretación jurisprudencial.

Autores como CARRASCO PEREA califican la situación, sencillamente, de «anárquica».

⁴⁹ De hecho, la doctrina de la Dirección General acoge la propuesta presentada en las Cortes españolas, con ocasión de la tramitación de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, de modificar el art. 84 del Texto Refundido. Esta propuesta no prosperó, quizás porque ya se venía aplicando en la práctica.

⁵⁰ Y confróntese la actuación de este órgano administrativo con las exigencias que a la propia Administración le impone su normativa (tanto la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas como la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público) para declarar la nulidad de oficio de los actos administrativos en sentido amplio o estricto o la lesividad de los últimos.

⁵¹ Tratando de encontrar un fundamento a esta afirmación, creo que podemos encontrarlo en las Resoluciones de 1 de octubre de 2010, 11 de enero y 16 de agosto de 2011 cuando se remiten al caso Van Colson (STJCE de 10 de julio de 1984), afirmando que la doctrina jurisprudencial comunitaria establece que «la obligación de los Estados miembros, derivada de una directiva, de conseguir el resultado previsto por la misma, así como su deber de adoptar todas las medidas generales o

esperar que el legislador español haya tenido en cuenta toda la doctrina comunitaria y la necesidad de una cierta publicidad en la doctrina, que deriva precisamente de la que proporciona el Registro de Condiciones Generales de la Contratación. Y es que, en el fondo, esa doctrina, al menos relativa a notarios y registradores, no existe en la posición del Tribunal europeo, que siempre centra su atención en las funciones de los órganos jurisdiccionales, diferenciando, como hace la legislación española, entre los jueces nacionales y otros órganos encargados de la aplicación del Derecho, dada la diferente naturaleza y función de unos y otros en la aplicación del Derecho⁵².

particulares necesarias para asegurar la ejecución de esta obligación, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros, autoridades entre las que deben incluirse tanto Notarios como Registradores». Esta última afirmación es de cosecha propia de la Dirección General, ya que lo que la sentencia Van Colson dice es que «De ello se deriva que al aplicar el Derecho nacional, y en particular, las disposiciones de una Ley nacional especialmente adoptada para la ejecución de la Directiva 76/207, el órgano jurisdiccional nacional debe interpretar su Derecho nacional a la luz del texto y de la finalidad de la Directiva, para alcanzar el resultado que pretende el apartado 3 del artículo 189» (fundamento 26) y (fundamento 28) que corresponde al órgano jurisdiccional nacional, agotando el margen de apreciación que su Derecho nacional le concede, dar a la Ley adoptada para ejecutar la Directiva una interpretación y una aplicación conformes con las exigencias del Derecho comunitario.

⁵² En este sentido creo que es enormemente interesante la STJUE de 1 de octubre de 2015. El derecho húngaro permite que, al lado del procedimiento de ejecución forzoso judicial, exista un procedimiento notarial. Este procedimiento se basa en una «apostilla ejecutiva» realizada por un notario. Pues bien, un deudor alega que el procedimiento húngaro vulnera la Directiva comunitaria, por cuanto si los efectos de esa apostilla son análogos a los de la ejecución judicial, debiera permitirse que el notario pudiera tener en cuenta al decretarla no solamente los aspectos formales del documento, sino la existencia o no de cláusulas abusivas, y la ausencia de esa posibilidad convierte, en su opinión, el procedimiento húngaro en contrario a la normativa comunitaria de defensa de los consumidores.

Es especialmente interesante el razonamiento del Abogado General (Cruz Villalón, ex presidente del Tribunal Constitucional español), el cual señala que toda la doctrina comunitaria relativa a la apreciación de oficio de cláusulas abusivas se refiere específicamente a tribunales nacionales.

Señala, y su posición fue acogida íntegramente en la sentencia, que ni la Directiva 93/13 ni la jurisprudencia pertinente del Tribunal de Justicia pueden interpretarse en el sentido de que sea imperativo que los Estados miembros impongan a los notarios la obligación legal de sustituir a los tribunales nacionales a la hora de comprobar, con observancia del principio de contradicción, el eventual carácter abusivo de las cláusulas de los contratos contenidos en los documentos auténticos que dichos profesionales autorizan, ni, de un modo más amplio, en el sentido de que los Estados miembros deban modificar sus normas de procedimiento civil de tal modo que los notarios dispongan de la facultad de subsanar la pasividad absoluta de aquellos consumidores que no hayan ejercitado su derecho a recurrir. Y concluye que imponer al notario, con fundamento exclusivamente en la Directiva 93/13, la obligación de pronunciarse, al término de un procedimiento contradictorio y en la fase de la inserción de la apostilla ejecutiva en un documento auténtico relativo a un contrato, sobre la existencia de cláusulas abusivas, resulta tan difícil como imponerle tal obligación en el marco de un procedimiento de cancelación de la mencionada apostilla.

En sus apartados 90 y 91, el Abogado General vuelve a insistir en la diferente función atribuida a los notarios y a los tribunales de justicia.

Otra cosa distinta es el contenido de la legislación húngara sobre el control notarial de las cláusulas abusivas, que se contiene en la Ley del Notariado, de modo general (art. 3) y no, como en la legislación española, de un modo disperso, hasta el punto de que en España seguimos discutiendo si existe o no un deber general de control notarial de la legalidad del negocio jurídico documentado.

Por lo que hace al control de las cláusulas abusivas, el Abogado General dice que el notario no sólo debe velar escrupulosamente, en el momento de autorizar un documento auténtico relativo a un contrato

Confróntese, por otro lado, esta solución con el artículo 123-10.3 de la Ley 22/2010 de la Generalitat de Catalunya, que dice, tras la reforma producida por la Ley 20/2014, y una vez que se alzó la suspensión producida por la interposición de un recurso de inconstitucionalidad, que «los notarios, en el marco de sus obligaciones legales, además de comprobar que, en las escrituras relativas a créditos o préstamos hipotecarios sobre la vivienda, no se incluyen cláusulas que en otros casos hayan sido declaradas nulas judicialmente por haber estado consideradas abusivas, deben velar por el respeto de los derechos que la presente ley otorga a las personas consumidoras que son deudores hipotecarios», sin referencia alguna al Registro de Condiciones Generales de la Contratación y a un régimen de publicidad, actitud que interpretada en un sentido amplio y no integrada en las exigencias del Texto Refundido nos colocaría a todos en una verdadera situación de indefensión profesional, pues impondría un deber genérico de conocimiento de todas las sentencias firmes dictadas por cualquier órgano sobre esta delicada materia.

La conclusión de todo cuanto llevo dicho es que la doctrina de la Dirección General sobre la apreciación por notarios y registradores de que una cláusula es abusiva cuando la declaración de abusividad no consta en un mecanismo de publicidad como es el Registro de Condiciones Generales de la Contratación es contraria a los principios que inspiran toda la legislación española sobre la actuación de los órganos de la Administración Central del Estado. Su generalización, es decir, que cualquier órgano se considerara facultado para entender que un mandato emitido por las Cortes Generales infringe o no desarrolla adecuadamente las Directivas comunitarias, nos situaría sencillamente ante un escenario caótico, en donde la previsibilidad de la actuación de la Administración brillaría por su ausencia⁵³.

celebrado entre un profesional y un consumidor, por poner en conocimiento del consumidor las cláusulas abusivas que eventualmente haya podido comprobar, sino que debe también informar al consumidor acerca de la facultad, que la ley atribuye al notario, de insertar la apostilla ejecutiva en el documento auténtico —y, en su caso, de decidir la cancelación de la apostilla— basándose exclusivamente en una comprobación meramente formal, así como de las consecuencias que se derivan de la inserción de la apostilla, especialmente en el ámbito procesal, con lo que desarrolla una función de prevención que facilite al consumidor ejercitar su derecho a recurrir acudiendo al tribunal nacional competente, pero que incumbe al tribunal nacional, que es el único competente para interpretar el Derecho nacional, valorar las circunstancias del caso. Destaca, así mismo, el Abogado General, cómo no parece procedente introducir un elemento contencioso en el eventual despacho de la apostilla ejecutiva por el notario.

Nótese, en este sentido, como en la venta extrajudicial del bien hipotecado el notario advierte a la parte deudora e hipotecante y les da la oportunidad de acudir a los tribunales de justicia, pero no se abre ningún procedimiento contradictorio en sede notarial, por ser contrario a la esencia de la institución.

⁵³ Sin que esta nota suponga entrar en cuestiones de política general, el mismo principio facultaría a cualquier órgano que no forme parte de la Administración Central a entender que cualquier legislación española (e incluso la misma Constitución) son contrarios a los Tratados Internacionales a los que el Estado se ha obligado y que inspiran los principios fundamentales en que se basa el Estado de Derecho español.

4. SOBRE EL PRETENDIDO CARÁCTER OBJETIVO DE LA CALIFICACIÓN DE ABUSIVIDAD DE LOS INTERESES DE DEMORA CUANDO SUPERAN EN MÁS DE DOS PUNTOS EL INTERÉS ORDINARIO O REMUNERATORIO

Las resoluciones establecen (fundamento de Derecho 4) que «la cláusula que recoja intereses moratorios que excedan de dos puntos por encima del interés remuneratorio pactado, deberá ser denegada ya que ese parámetro ha sido fijado expresamente por el Tribunal Supremo como criterio objetivo de abusividad por razones de seguridad jurídica con efectos *ex tunc*», y lo hacen con referencia explícita a la STS de 3 de junio de 2016.

La doctrina de la STS de 2016 citada tiene sus antecedentes, como ella misma señala, en las STS 265/2015, de 22 de abril, 705/2015, de 23 de diciembre y 79/2016, de 18 de febrero.

Lo que hace la sentencia de 3 de junio de 2016 es establecer un criterio objetivo, similar al que se había introducido en la sentencia 265/2015, de 22 de abril, sobre cuándo puede considerarse abusivo el interés pactado, pero ahora aplicable a los préstamos hipotecarios.

De ahí que haya que atender a las sentencias que le sirven de antecedente.

Con carácter general, en la sentencia 265/2015, de 22 de abril, se recogía y resumía el criterio del TJUE al decir que «en primer lugar, para decidir si una cláusula es abusiva, el TJUE ha declarado que deben tenerse en cuenta las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, dice el TJUE, el juez nacional podrá valorar si -y, en su caso, en qué medida- el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. En cuanto a la cláusula relativa a la fijación de los intereses de demora, el TJUE afirma que el juez nacional debe comprobar en particular, por un lado, las normas nacionales aplicables entre las partes en el supuesto de que no se hubiera estipulado ningún acuerdo en el contrato controvertido o en diferentes contratos de ese tipo celebrados con los consumidores y, por otro lado, el tipo de interés de demora fijado con respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que éste persigue en el Estado miembro de que se trate y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos (STJUE de 14 marzo 2013, asunto C-415/11, caso Mohamed Aziz, párrafos 68 y 74).

El TJUE ha establecido otro criterio para determinar en qué circunstancias se causa un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes pese a las exigencias de la buena fe. Consiste en que el juez nacional debe comprobar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de este tipo en el marco de una negociación individual (STJUE de 14 marzo 2013, asunto C-415/11, caso Mohamed Aziz, párrafo 69). Con base en este criterio, habría que hacer el pronóstico de cuál sería

el interés de demora que, en una negociación individual, aceptaría un consumidor que admitiera que su demora en el pago de las cuotas de un préstamo personal supone un quebranto patrimonial para el prestamista que debe ser indemnizado.

En la sentencia 705/2015, de 23 de diciembre se indica, y recuerda la propia STS de 3 de junio de 2016, de acuerdo con la doctrina del TJUE, contenida en la sentencia de 21 de enero de 2015 (caso Unicaja) y en el auto de 11 de junio de 2015 (caso BBVA): «el artículo 114.3 LH prohíbe que, en los préstamos para adquirir la vivienda habitual, se pacten intereses superiores a los que indica, pero no excluye el control del carácter abusivo de aquellas cláusulas de intereses moratorios que, aunque no sean contrarias al precepto, porque respetan ese límite máximo del triple del interés legal del dinero, puedan implicar la «imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones», en los términos del artículo 85.6 TRLGDCU.[...] Conforme a la doctrina establecida por dicha resolución -ATJUE de 11 de junio de 2015 (asunto BBVA)-, el límite cuantitativo fijado por el vigente art. 114.3 de la Ley Hipotecaria (triple del interés legal del dinero) no puede ser la única referencia para la determinación del límite al interés moratorio convencional en los préstamos hipotecarios, puesto que, según resaltamos también en la sentencia 265/2015, son bastantes más los criterios a los que puede acudir el juez nacional para decidir en cada caso sobre la abusividad de la cláusula, tales como: la comparación del tipo pactado con las normas nacionales aplicables en defecto de acuerdo, o bien la consideración sobre si el profesional podía razonablemente estimar que el consumidor hubiera aceptado esa cláusula en una negociación individual, entre otras posibles. De tal manera que el límite cuantitativo del citado precepto de la Ley Hipotecaria no tiene como función servir de pauta al control judicial de las cláusulas abusivas, sino fijar criterio para un control previo del contenido de la cláusula, en vía notarial y registral, de modo que las condiciones generales que excedan de dicho límite, ni siquiera tengan acceso al documento contractual, ni en su caso resulten inscritas. Así como también constituir un óbice para el planteamiento de demandas en que se pida el cumplimiento forzoso del contrato de préstamo o se ejecute la garantía, en las que no se podrá reclamar un interés moratorio superior al indicado tope legal».

El Tribunal de Justicia incidió en esta idea, en su auto de 17 de marzo de 2016, C-613/15 (caso Ibercaja) al señalar que «los artículos 3, apartado 1 , y 4, apartado 1, de la Directiva 93/13 no permiten que la apreciación, por parte del juez nacional, del carácter abusivo, en el sentido de esta Directiva, de una cláusula de un contrato de préstamo hipotecario que fija el tipo de los intereses de demora [...] quede limitada a criterios como los definidos en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria».

La consecuencia de todo lo anterior, indica la sentencia de 3 de junio de 2016, es que, al margen de la finalidad perseguida por el legislador de 2013 al introducir ese límite del interés de demora en el art. 114 LH, ese límite no garantiza el control de abusividad. Puede que el interés de demora convenido sea inferior al límite legal y, aun así, abusivo.

Si nos fijamos adecuadamente, la sentencia de 3 de junio de 2016 (y las anteriores) hacen referencia al art. 114.3 LH, el cual no contiene referencia alguna a la abusividad, sino que impone un límite a la posibilidad de pacto; tampoco la Exposición de Motivos de la Ley 1/2013, por la que se modifica el art. 114.3 LH, hace referencia alguna expresa a que la causa de la limitación se encuentre en la abusividad, aunque podamos figurarnos que ésta sea la causa.

Como quiera que yo sirvo destino en Cataluña, he de destacar que, por el contrario, la Exposición de Motivos de la Ley 20/2014 de Cataluña, que modifica la Ley 22/2010, nos señala expresamente que «la reforma también incorpora medidas para evitar cláusulas abusivas en perjuicio de las personas consumidoras. En este sentido, puede destacarse la definición como abusivos de los intereses de demora superiores a tres veces el interés legal del dinero vigente en el momento de la firma del contrato».

Es decir, en Cataluña ha sido el Parlamento catalán, dentro (en principio) de sus competencias (aunque este aspecto fue recurrido ante el Tribunal Constitucional, y suspendida parte de la normativa, se ha alzado la suspensión respecto de esta norma) es quien ha determinado cuándo son abusivos los intereses de demora.

El problema, pues, en Cataluña, se plantea de una forma muy diferente. Ante un pacto de intereses de demora que cumpla lo establecido por la legislación catalana, la cual establece un criterio normativo de lo que es abusivo o no, se plantea si se puede aplicar la doctrina del Tribunal Supremo español interpretando, conforme al Derecho comunitario, que un contrato sometido al Derecho de consumo de Cataluña, y que entra dentro de los parámetros normativos fijados por la ley nacional para determinar cuándo es abusivo un elemento del negocio jurídico, es contrario a Derecho, pese a su no abusividad normativa, porque, a fin de cuentas, la norma catalana es igual que la establecida en la Ley Hipotecaria y nos dice lo que es abusivo, pero no impide entender que lo cubierto por ella, pese a que su finalidad era declararlo no abusivo, pueda serlo.

Con estos antecedentes, creo que llega el momento de centrarnos en lo que dice, de verdad, la famosa sentencia de 3 de junio de 2016.

A mi juicio, de los fundamentos jurídicos de la sentencia de 3 de junio de 2016 y de todos sus antecedentes pueden sacarse algunas conclusiones.

Pese a que pueda existir una norma legal que fije un límite a los intereses de demora, este límite no impide que, pese a que se respete por el contrato, pueda ser apreciada la abusividad de los intereses de demora pactados en el caso concreto.

Es decir, el límite legal no tiene como función servir de pauta al control judicial de las cláusulas abusivas, ni de límite a las facultades jurisdiccionales.

El límite legal, por el contrario, sirve para «fijar criterio para un control previo del contenido de la cláusula, en vía notarial y registral», de modo que las «condiciones

generales» que excedan de dicho límite, ni siquiera tengan acceso al documento contractual, ni resulten inscritas en el supuesto de que hubieran accedido indebidamente a la escritura pública.

Es el juez quien, en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, podrá, previo examen de todos los elementos precontractuales, calificar si el tipo de interés de demora ha sido individualmente negociado o si existen motivos fundados para entender que en una negociación individual dicho tipo hubiera podido ser aceptado por el consumidor.

La idea de la negociación o negociabilidad se convierte en fundamental en la sentencia, lo cual es algo absolutamente lógico, ya que tanto la definición de condición general (art. 1 LGC) como de cláusula abusiva (art. 82 TRLGDCU) excluyen de su ámbito las cláusulas negociadas individualmente.

La sentencia del Tribunal Supremo no permite bajo ningún concepto entender que un interés de demora que supere en dos puntos el tipo de interés ordinario es siempre y en todo caso abusivo, convirtiéndose así en un parámetro objetivo que obligue al notario a negarse a autorizar el documento y al registrador a negarse a inscribir tal cláusula (y las consecuencias respecto a su cobertura hipotecaria) siempre que se respete el límite legal antes indicado.

Es cierto que el principio general en materia de contratos bancarios es contrario a la idea de negociación: los contratos bancarios se caracterizan por la ausencia de negociación.

Este principio lo resalta la propia sentencia al citar la STJUE de 16 de enero de 2014, asunto C-226/12, caso Constructora Principado, en su párrafo 19, que señala que «el sector bancario se caracteriza porque la contratación con consumidores se realiza mediante cláusulas predispuestas e impuestas por la entidad bancaria, y por tanto, no negociadas individualmente con el consumidor, lo que determina la procedencia del control de abusividad previsto en la Directiva 1993/13/CEE y en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, salvo que se pruebe el supuesto excepcional de que el contrato ha sido negociado y el consumidor ha obtenido contrapartidas apreciables a la inserción de cláusulas beneficiosas para el predisponente».

Pero no excluyen la negociación, y así la propia sentencia establece claramente el límite a la afirmación que acaba de sentar: salvo que se pruebe la negociación individual y que el consumidor ha obtenido contrapartidas.

Por lo tanto, parece preciso que haya un cauce para que se pueda probar lo que permite contradecir el principio general, que bajo ningún concepto es una presunción de Derecho del tipo *iuris et de iure*⁵⁴.

Y de ahí que la sentencia de 3 de abril de 2016 se remita a la sentencia del TJUE del caso Aziz, al referirse continuamente a cuál sería el tipo de interés de demora que habría aceptado el deudor si hubiera habido una negociación: si no la ha habido, corresponde al Tribunal nacional fijar (tomando como base la relación entre el interés de demora y el interés legal) cual sería el límite aceptable o razonable, que determina que, por encima de él, el interés deba considerarse abusivo por ser una cláusula disuasoria o indemnizatoria desproporcionadamente alta⁵⁵.

Es precisamente todo el conjunto de ideas en que se apoya tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo español como del TJUE para entender abusiva la cláusula relativa a los intereses de demora el que nos debe llevar a la conclusión de que, a los efectos notariales y registrales, es decir, para autorizar la escritura que contenga unos intereses de demora y para inscribir tal pacto en el Registro de la Propiedad, es suficiente con que el tipo de interés pactado respete los límites legales.

Y ello porque ni el notario ni el registrador son órganos ante quien las partes del negocio deban o puedan probar nada fuera de su voluntad contractual expresada en un instrumento público.

Quizás considerando el otorgamiento de la escritura bajo el principio de «audiencia» que ha sido defendido doctrinalmente por importantes notarialistas, puede llegar a entenderse que el Notario tiene como obligación preguntar si ha habido una negociación individual de un tipo de interés de demora, cuando el pactado supere los límites que, como criterio básico de abusividad, establece el Tribunal Supremo. Sin embargo, toda la normativa española sobre defensa de los consumidores de préstamos hipotecarios exige expresamente que con una más que razonable antelación se haya informado al consumidor del tipo de interés de demora. Esto muestra que si bien ha podido no existir negociación, al menos debe presumirse que para el consumidor el tipo de interés de demora pactado le era plenamente conocido (si la presunción es, de hecho, la contraria, lo que procede es, simplemente, eliminar esa información

⁵⁴ Si es que estas presunciones son tales en realidad.

⁵⁵ La STS de 22 de abril de 2015, en un apartado también citado en la sentencia de 3 de abril de 2016, señala que «es admisible que una cláusula no negociada en un contrato celebrado con un consumidor establezca una indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento del consumidor [...], y que tal cláusula tenga un cierto contenido disuasorio. Pero no es admisible, porque tiene la consideración legal de abusivo, que sea una indemnización desproporcionadamente alta».

Parece, entonces, que cuando la cláusula ha sido efectivamente negociada, no hay indemnizaciones desproporcionadamente altas y que alteren el equilibrio de las prestaciones. Es decir, no hay abusividad, aunque el Juez conserva la facultad que le reconoce la legislación de moderar la pena. Vale la pena recordar cómo este criterio legislativo está incrustado en un texto del que, peyorativamente, se indica su origen liberal.

precontractual, ya que carece de sentido exigir en el profesional que advierta previamente al consumidor y después presumir que, pese a eso, el consumidor no se ha enterado; y nótese que digo «presumir» en sentido técnico, aunque creo que seremos muchos los que podamos afirmar que esto es lo que ocurre en un alto porcentaje).

Es cierto que «conocer» no es «negociar» (aunque la finalidad de la norma es precisamente que se conozca para que se pueda negociar) y, entonces, ante la ausencia de negociación contrastada (o simplemente afirmada por el consumidor), se plantea si a) el notario debe negarse a autorizar el documento o b) advertir al consumidor de que la cláusula puede ser abusiva y que sea éste quien decida si, pese a ello, decide no alegar la abusividad de la cláusula.

Esta actuación notarial, curiosamente, podría convertirse en perversa y provocar efectos contrarios a los deseados: la experiencia nos demuestra que los consumidores vendrán adecuadamente advertidos y manifestarán expresamente la existencia de una negociación previa de los intereses de demora⁵⁶.

Pero en el procedimiento registral no existe momento alguno en que el registrador pueda calificar atendiendo a otra cosa que no sea el documento presentado (u otros documentos también presentados en el Registro o el propio contenido registral). No existe en el sistema español fase alguna de audiencia en el que se le pueda alegar al registrador, y probar, que la negociación individual ha tenido lugar, o que el tipo pactado no es desproporcionado, atendiendo a las circunstancias del caso⁵⁷. Y si no existe dicho momento procedimental y es esta posibilidad de probar la no abusividad de una cláusula por haber sido negociada individualmente lo que justifica la necesidad de una audiencia judicial, parece claro que hay que concluir que el registrador se excedería en su función calificadora cuando excluye *ad limine* una cláusula contractual haciendo algo que ni siquiera un Juez español debería hacer en un caso como el que nos ocupa.

Como ha señalado GÓMEZ GÁLLIGO, «podemos afirmar que los notarios y registradores debe rechazar aquellas cláusulas financieras –incluidas las de vencimiento anticipado– siempre que su nulidad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, pero también aquellas cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado sin necesidad de realizar ningún tipo de valoración de las circunstancias concurrentes en el caso concreto. Dicho de otro modo, el control sobre cláusulas abusivas debe extenderse a las que estén afectadas de una causa directa de nulidad apreciable objetivamente porque así resulte de una norma que lo exprese sin poder entrar en conceptos jurídicos indeterminados».

⁵⁶ Y, previsiblemente, daría lugar a una doctrina judicial presumiendo que pese a que en documento público se confiese la existencia de un hecho el consumidor podrá después negar que tal hecho ha tenido lugar, dando, de nuevo, lugar a un desplazamiento de la carga de la prueba.

⁵⁷ Así ocurre, en mi opinión, en la refinanciación de préstamos ya concedidos, tengan o no garantía hipotecaria.

Salvo lo que antes he indicado sobre mi opinión sobre el artículo 84 del TRLGDCU, la opinión doctrinal expuesta es plenamente aplicable al caso, e incluso ampliable, ya que no sólo se trata de la existencia de «conceptos jurídicos indeterminados» (al menos cuando el elemento enjuiciado está en lo que se denomina «el halo del concepto»), sino cuando la norma o la interpretación jurisprudencial permite excluir la abusividad si ha existido o puede existir una negociación o un cálculo sobre la proporcionalidad del elemento negocial con ventajas obtenidas por el consumidor por otro lado (incluso en la mera fijación del interés ordinario).

Y no se diga que con eso se permite el acceso al Registro de cláusulas que pueden implicar un abuso y un perjuicio para el consumidor, ya que, como antes he señalado, la normativa española hace recaer ahora en el juez nacional en el procedimiento de ejecución (del cual la pretensión de ejecución directa sobre los bienes hipotecados no es sino una especialidad) la función de vigilar si el fundamento de la ejecución (y dentro de este concepto hay que incluir el cálculo de los intereses de demora que se han tenido en cuenta en la determinación del saldo, así como de los intereses que se devenguen durante el procedimiento) se basa o no en una cláusula que pueda ser tenida por abusiva. Al juez le compete dar audiencia a las partes, para tener en cuenta lo aducido por ellas, sobre todo por el acreedor, con unos mínimos elementos probatorios, ya que, conforme a los criterios del TJUE, no puede imponerse al deudor para calificar una cláusula como abusiva la comparecencia, de modo que esta abusividad puede ser declarada sin asistencia efectiva de él, pero no sin audiencia del perjudicado por la decisión (el acreedor), evidentemente si quiere comparecer. Lo único que excluiría la actuación judicial de declaración de abusividad es la comparecencia del deudor manifestando su voluntad de que no se declare abusiva.

Creo que esta interpretación que propugno es plenamente respetuosa con la voluntad general manifestada a través de leyes, en tanto que convierte a notarios y registradores en servidores de la Ley (controlar que se cumplen los límites legales establecidos de modo objetivo), y no en jueces de elementos complejos de un negocio sin audiencia de las partes que intervienen en el mismo, y, en definitiva, permite a unos y otros excluir *prima facie* determinadas cláusulas abusivas, limitando el conocimiento de otras a la autoridad judicial, a la cual esta competencia le viene atribuida legalmente y con carácter exclusivo y a la que, evidentemente, no va a renunciar.

Nótese que el art. 129.2.f) LH (modificado por la Ley 19/2015, y por tanto, con un razonable conocimiento de la doctrina comunitaria y la posición del Tribunal Supremo) parte de este principio fundamental de división de funciones y no permite que el notario aplique de oficio cláusula abusiva de ningún tipo, sino que le impone ponerlo en conocimiento del deudor y del acreedor, y en su caso del avalista o hipotecante no deudor⁵⁸ a fin de que cualquiera de ellos acuda a quien debe hacerse para que declare

⁵⁸ Es curioso que no se dé, según el texto legal, aviso al tercer poseedor de la finca hipotecada.

una cláusula inscrita⁵⁹ como abusiva y que constituye el fundamento de la venta extrajudicial: la autoridad judicial.

Y es que la sentencia de 3 de junio de 2016 va a desplegar un efecto dominó: a partir de ella cuando el juez acuerde el despacho de la ejecución de un crédito garantizado con hipoteca en que se pretenda el ejercicio directo sobre el bien hipotecado, el juez vendrá obligado a dar audiencia a las partes a fin de que puedan alegar lo que a su derecho convenga, ya que dispone de un parámetro suficiente fijado por el Tribunal Supremo para plantear la cuestión de abusividad a las partes del procedimiento. Del mismo modo, cuando se pretenda la venta extrajudicial del bien hipotecado, el notario deberá plantear la abusividad en los términos del art. 129 LH. En la práctica, sin embargo, lo que se está produciendo es que se solicite el despacho de ejecución por unos intereses de demora calculados conforme al límite⁶⁰. El problema, pese a eso, se sigue planteando tanto en sede judicial como notarial, ya que puede entenderse que siendo la cláusula abusiva no puede ser integrada por el propio profesional, y, en consecuencia, juez y notario deberán aun en este caso actuar como si la pretensión se hubiera realizado con arreglo al tipo pactado.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

1. La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea supone, frente a lo que las resoluciones dicen que dice, un importante matiz a la apreciación «de oficio» por los Tribunales de la nulidad de las cláusulas abusivas.

Y ello porque, si bien reconoce el deber (no el poder) de los tribunales de justicia nacionales de apreciar *motu proprio* la abusividad de una cláusula, les impone dos límites que son también sustanciales: la exigencia de dar audiencia a las partes y que las cláusulas abusivas no pueden aplicarse contra la voluntad debidamente informada (en esta fase) del consumidor, que es lo que el Tribunal Supremo denomina «aquietamiento a la abusividad».

2. El sistema español que trata de establecer los medios para que se cumplan las finalidades de las Directivas comunitarias en materia de protección de los consumidores (no en otra cosa consiste la famosa «trasposición») es, en gran medida, mucho más riguroso que lo pretendido por la Directiva, pero ello no le convierte en modo alguno en contrario al Derecho comunitario.

⁵⁹ Lo inscrito está bajo la protección de los Tribunales, y es a ellos a quienes corresponde desvirtuarlo. Podemos ver, pues, con claridad que se diferencia claramente entre el acceso al documento y al Registro de una cláusula abusiva tiene un control (en unos casos directo y en otros sometido a un régimen de publicidad), mientras que una vez que ha accedido, ya sólo cabe control judicial, y ello aunque la cláusula abusiva haya sido inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

⁶⁰ En este mismo sentido, GIMENO SENDRA, en el artículo doctrinal citado.

Y es más riguroso, entre otras cosas, porque parece que la irrenunciabilidad es la regla y la nulidad *apud acta* es siempre la consecuencia directa de la abusividad de las cláusulas.

Esta afirmación directa de la nulidad *apud acta* y el deber de los funcionarios de no colaborar a que accedan al tráfico (al documento y al Registro) los pactos abusivos se manifiesta claramente en la STS de 13 de septiembre de 2013⁶¹.

3. La doctrina tanto del TJUE como del propio TS sobre la materia debe, sin embargo, llevarnos a conclusiones mucho más matizadas.

Incluso autores como Vázquez de Castro, que afirman que «la calificación implica un control registral de legalidad que debe poner de manifiesto la nulidad *apud acta*» no tardan en poner límites importantes a esta afirmación⁶², y ésta y no otra era también la posición de GÓMEZ GÁLLIGO cuando se refiere a «sin duda alguna».

La capacidad del juez (y no digamos ya del notario o el registrador) de apreciar «de oficio» la abusividad y la nulidad de una cláusula debe entenderse de un modo

⁶¹ Esta sentencia resulta curiosa. El Notario interpone un recurso contra una calificación de la Registradora, la Dirección General da la razón al notario; se interpone por la Registradora recurso judicial contra la resolución; en primera instancia se acoge la tesis del notario y de la Dirección General sobre la extensión del art. 12 LH tras la Ley 41/2007; se apela y la Audiencia Provincial de Tarragona acoge el recurso y declara la nulidad de la resolución; el notario interpone recurso de apelación alegando, entre otros motivos la falta de legitimación activa de la registradora para recurrir, y el Tribunal Supremo acoge el recurso y casa la sentencia. Lo que ocurre es que el Tribunal Supremo no deja de señalar (entrando en el fondo del asunto) que la interpretación aislada del art. 12 que había hecho el notario y la Dirección General era correcta, aisladamente interpretada, pero que, si se tenía en cuenta el conjunto de la legislación, el registrador habría de calificar ciertas cláusulas de vencimiento anticipado, sentando la doctrina que he reseñado en el texto.

Las resoluciones de 1 de octubre de 2010, 11 de enero y 16 de agosto de 2011 (a esta resolución se remite expresamente la STS de 13 de septiembre de 2013) apoyan su tesis en la afirmación de que se continúa la doctrina sentada por la STS de 16 de diciembre de 2009, que, según dicen y se remiten al fundamento duodécimo, afirma el papel activo de los registradores en el control de las cláusulas abusivas, además de la diferencia entre validez e inscribibilidad de los negocios.

Sin negar el papel que tienen los registradores en el control (la afirmación de límites supone la afirmación de la función), me resulta llamativa la cita de la sentencia de 2009.

He leído y releído la sentencia (y especialmente este fundamento) y no veo afirmación de este tipo por ningún sitio. En el mismo sentido del texto, CABANAS TREJO, R., «¿Calificación de cláusulas abusivas?», *El Notario del Siglo XXI*, febrero 2014 (Cabanás Trejo era el notario autor del recurso). Otra cosa es que la Dirección General haya querido derivar de la sentencia alguna posición doctrinal, pero es afirmación de la Dirección General y no de esta sentencia. Aunque no puede dejarse de reconocer que la STS de 2013 acepta la doctrina de la Resolución de 16 de agosto de 2011.

⁶² «En muchos casos, podrá advertirse este carácter abusivo por su carácter evidente en función de las demás cláusulas del contrato y a los parámetros contenidos en las normas, usos bancarios, incluso, códigos de buenas prácticas aplicables en relación con situaciones similares a la que se plantea. Desde luego, la labor calificadora del registrador será exigible en el momento de oposición frontal con alguna disposición legal imperativa o prohibitiva. Sin embargo, existirán ocasiones en las que no resulte claro el carácter abusivo y, en esos casos, será necesaria la labor jurisdiccional.»

restrictivo, porque el principio de contradicción⁶³ y el aquietamiento son también principios de Derecho comunitario que son de aplicación directa al Derecho nacional⁶⁴.

Es más, la redacción del art. 83 del TRLGDCU, tras la reforma de 2014, que afirma la nulidad de la cláusula absoluta, liga su declaración a la exigencia de audiencia, y ello sea cual sea la cláusula, ya que la afirmación es general y llamaría mucho la atención que no se hubiese tenido en cuenta la función del principio de contradicción en el Derecho comunitario. Es decir, la declaración jurisdiccional viene ligada hoy claramente a la audiencia de las partes implicadas en el negocio en el que está inserto la cláusula abusiva.

En todo caso, esta nulidad *ipso iure* ha perdido, como hemos visto, dada la exigencia del principio de contradicción, una de las características típicas que se han venido predicando de esta nulidad, y no es, desde luego, aplicable a todos los supuestos comprendidos en la famosa «lista negra» del TRLGDCU, porque en muchos, demasiados, casos habrá de hacerse una valoración del caso concreto.

Solamente podrá afirmarse con plenitud en aquellos casos en que se enfrente la cláusula con una norma imperativa o prohibitiva en que, además, resulte clara la irrenunciabilidad (por ejemplo, la renuncia a la competencia o la sumisión a fuero, que ha dado lugar a varias sentencias del TJUE, parece claro en el Derecho español que es absolutamente irrenunciable, y apreciable de oficio en el sentido que esta expresión ha tenido tradicionalmente en el Derecho español).

En los demás casos, como he dicho, habrá de realizarse una valoración del caso⁶⁵. Y esto judicializa necesariamente la cuestión, ya que ni el notario (la STJUE de 1 de octubre de 2015 es esclarecedora) ni el registrador son funcionarios ante quienes pueda ventilarse un procedimiento mínimamente contradictorio.

4. Una vez dictada sentencia sobre una cláusula abusiva el viejo sistema de publicidad en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación se convertía, o podía

⁶³ Recordemos que la STJUE de 2009 que sienta la función y primacía del principio de contradicción se dicta precisamente a resultas de una sentencia de un tribunal comunitario y que lo enlaza con el principio de tutela judicial efectiva.

⁶⁴ Sin embargo, no debe dejarse de reconocer que, pese a que la sentencia del TS contemple específicamente este aquietamiento como un límite a la declaración de oficio de la abusividad, puede plantearse perfectamente que en un sistema como el español no quepa el aquietamiento si la nulidad es de pleno derecho y se pretende aplicar el art. 6.1 CC, aunque esta interpretación choca con la propia definición de abusividad que implica perjuicio, y la alegabilidad de este perjuicio sí que parece disponible conforme a lo dispuesto en la Ley.

El juego del principio de contradicción, en cualquier caso, es obligado, al estar ligado al derecho a la tutela judicial efectiva.

⁶⁵ Precisamente por esta vinculación con las circunstancias del caso es por lo que la eficacia de la sentencia se limita procesalmente. Aunque, como he indicado, el tratamiento de este tema exceda con mucho de los límites de este trabajo, no puedo dejar de reconocer que es un problema que está implícito en muchas de las conclusiones.

convertirse, en una rémora que vinculase a los tribunales e impidiese calificar de nuevo una cláusula como abusiva. Eso, desde luego, si es que la declaraba no abusiva, pero también si la consideraba abusiva porque podría impedir que un nuevo juez, a la vista de las circunstancias de otros caso, considerara que no había abusividad en tal supuesto.

Este sistema ha desaparecido y nos encontramos con un sistema judicial abierto y en permanente diálogo o confrontación con las cláusulas (normalmente predisuestas) abusivas inventadas por los profesionales para procurarse ventajas contractuales injustas, desproporcionadas o unilaterales y sin contraprestación a la otra parte.

Pero este sistema también ha puesto de manifiesto sus consecuencias negativas, ya que ha desaparecido casi absolutamente la previsibilidad en esta materia, y el contraste entre las sentencias de las distintas Audiencias resulta evidente.

Hablar de un «aumento de litigiosidad» en la materia no es sino una forma desafortunada de calificar lo que no es sino una consecuencia de la limitación de efectos de las sentencias sobre cláusulas abusivas.

La litigiosidad ha aumentado porque, ante la multitud de repeticiones de cláusulas abusivas en que la abusividad depende de las circunstancias del caso, todos los implicados han tenido que impetrar el auxilio judicial solicitando que se declare que «su» cláusula es abusiva y obligando a los profesionales implicados a atenerse a las consecuencias de ello.

Pero esto es precisamente una demostración de que no siempre las cosas son como parecen: si cada consumidor se ve obligado a que se declare que «su cláusula» es abusiva es porque los efectos de una sentencia solo en ciertos casos muy limitados puede entenderse que es aplicable a otro supuesto entre partes diferentes. La consecuencia de esto (que la vieja redacción legal trataba de paliar, aunque de modo deficiente) es que difícilmente un órgano no jurisdiccional puede calibrar lo abusivo cuando hay que realizar un análisis del supuesto de hecho.

Y así ocurre en el supuesto de hecho que ha motivado este comentario. ¿Ha habido negociación individualizada?; ¿el consumidor hubiera aceptado en una negociación normal el interés de demora que se le indicó para que lo conociera y lo negociara si lo entendía conveniente? Y si el caso es de cláusula no transparente, la cuestión se complica todavía más dado el doble control de transparencia: el primero es el que podríamos llamar «literal», porque atiende exclusivamente a la comprensibilidad abstracta por el «consumidor medio» (concepto válvula que se ha tenido que inventar el Tribunal de Justicia de la Unión Europea); pero el segundo es mucho más complejo ya que atiende a la comprensión de las consecuencias jurídicas y económicas de lo

pactado⁶⁶, y esto, desde luego, supone un análisis del caso que escapa incluso a la capacidad de control del notario, que tiene delante al consumidor cuando formaliza su contrato.

5. Señalado lo anterior, parece que algunas de las afirmaciones de las resoluciones que son objeto de comentario en este trabajo deben matizarse.

A mi juicio, el control notarial y registral sobre las cláusulas abusivas es claro en todos aquellos supuestos en que la cláusula infringe una norma imperativa o prohibitiva⁶⁷ y en aquellos supuestos incluidos en los supuestos del TRLGDCU (la «lista negra») que no den margen alguno a la valoración de las circunstancias del caso concreto.

Aunque no sean propiamente cláusulas abusivas también es claro en aquellos supuestos de condiciones generales declaradas nulas en virtud de una acción colectiva, por los efectos *erga omnes* que parece que hay que predicar de estas sentencias.

Como se ha podido ver, he tratado de minimizar el impacto que en el Derecho español en la fase contractual y registral supondría la aplicación a rajatabla de la STJUE de 30 de mayo de 2013. Y es preciso justificar que a notarios y registradores no se deba aplicar un criterio que parece que se impone a los jueces en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales. Aunque tengamos presentes las consideraciones del Abogado General Cruz Villalón a las que ya he hecho referencia, parece que se debe admitir que el control preventivo que unos y otros funcionarios tenemos que realizar debe suponer impedir que accedan al tráfico jurídico y al Registro cláusulas abusivas por contrarias a la Ley, precisamente porque no hay posibilidad de que actúe el principio de contradicción en casos como estos a los que nos estamos refiriendo. Es claro que en materia de préstamos hipotecarios hay ciertos extremos en donde este deber nos viene impuesto precisamente por la Ley (hoy, y de modo especial, el cumplimiento de los deberes de información precontractual y los límites legales a los intereses de demora en caso de préstamos o créditos para adquisición de la vivienda habitual).

En los demás supuestos de cláusulas abusivas, en donde haya que realizar una valoración de las circunstancias del caso, ni el notario ni el registrador pueden realizar un control de la abusividad si no hay una sentencia firme que así lo establezca.

⁶⁶ La cuestión es, desde luego, mucho más compleja. ¿Se trata de la comprensión que hubiera debido lograr porque ha sido informado suficientemente por la otra parte (y en su caso, por el notario)? Esta es la solución a que parece tender la famosa cláusula manuscrita de las cláusulas suelo. ¿O es una verdadera comprensión por el particular? En este caso, ¿hasta dónde alcanza el control notarial? ¿Basta con que preguntemos si se ha entendido todo y si tiene alguna duda sobre lo que está firmando o hemos de realizar un control de su comprensión? Una mera reflexión sobre la realidad nos lleva a conclusiones desesperanzadoras, y los estudios estadísticos (por ejemplo, encuesta de la percepción social de la ciencia) son todavía mucho peores.

⁶⁷ Evidentemente, en estos supuestos deben incluirse todos aquellos en que los tribunales han interpretado determinadas normas como imperativas o prohibitivas, supuestos dentro de los que hay que incluir numerosas causas de vencimiento anticipado.

Pero estas sentencias, a su vez, deben estar inscritas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, sin que quepa sustituir las exigencias establecidas por el legislador por una doctrina contraria, y mucho menos establecida por un órgano a quien no le corresponde velar por la correcta trasposición de una Directiva comunitaria.

Pero aun cuando haya sentencia publicada, habrá que diferenciar.

Cuando la sentencia establece unos «parámetros de abusividad» plenamente objetivos, de forma que el control se limita exclusivamente a la mera subsunción automática del supuesto de hecho en dichos parámetros, y ello en términos claros y concretos, la sentencia publicada vincula a notarios y registradores. Y soy consciente de que con ello se elimina o se minimiza la eficacia del posible aquietamiento a la abusividad⁶⁸.

Cuando la sentencia establece unos parámetros de abusividad susceptibles de ser modalizados por la concurrencia de otras circunstancias, la sentencia publicada no es que no vincule al notario o al registrador, sino que le impide el control de abusividad, ya que la concurrencia de circunstancias determinadas en el negocio jurídico requiere siempre la audiencia de las partes y la intervención, por tanto, de la autoridad judicial⁶⁹.

6. Esto es lo que ocurre en las resoluciones objeto de comentario.

Atienden a una sentencia no publicada, obviando el precepto legal que exige su publicación para que la declaración de abusividad pueda ser tenida en cuenta por notarios y registradores.

Y no acaban, a mi juicio, de entender que la sentencia que se dice seguir no establece un parámetro de abusividad completamente objetivo, ya que hace depender la

⁶⁸ En realidad, estamos también borrando del mapa otro tema mucho más delicado: la abusividad solo puede predicarse de cláusulas no negociadas individualmente y una condición general puede ser objeto de negociación individualizada. Y, en el fondo, escondemos otro problema, que es el de la eficacia que las sentencias tienen entre las partes y que dificultan enormemente que se pueda aplicar su doctrina, por mucho que se presente como general, a supuestos relativos, al menos a otros empresarios predisponentes. Como se puede ver, el tema de la eficacia *erga omnes* de las sentencias nos sale por todos los costados.

⁶⁹ Un supuesto enormemente delicado en el que no puedo entrar en este momento es el de la cláusula contractual que modifica la norma dispositiva. Desde DE CASTRO, la doctrina española ha venido considerando que el carácter dispositivo de la norma atiende al criterio de normalidad de los efectos contractuales, y que, por tanto, la exclusión de lo dispositivo requiere una especial justificación. Es en este tipo de materias donde se plantea con mayor crudeza la posibilidad de la consideración por notarios y registradores de una sentencia, aun publicada. Y no digamos ya si tenemos en cuenta que, según la STJUE de 21 de marzo de 2013 un profesional podría eludir el control del carácter abusivo de las cláusulas redactando las cláusulas de la misma manera que la prevista por la normativa nacional para determinadas categorías de contratos, con lo que se abre la veda a la calificación como abusivas de las cláusulas contractuales dispositivas.

abusividad del interés de demora que supere el límite que ella establece de la ausencia de negociación en el caso concreto. Si bien en principio, hay que presuponer que en los contratos de entidad financiera con el consumidor no hay negociación, no se trata de una presunción *iuris et de iure*, sino que admite prueba en contrario, y esta prueba sólo puede ventilarse ante la autoridad judicial.

El Tribunal Supremo no ha hecho lo que posiblemente quería, y no lo ha hecho porque evidentemente no puede hacerlo: no ha podido decir que no se acepta negociación individualizada con un consumidor en la que se pacte un interés de demora superior en dos puntos al ordinario, porque decir eso es, por ahora y en nuestro Estado de Derecho, competencia exclusiva de las Cortes Generales. Pero al venir obligado a remitirse directamente a la negociabilidad y a las circunstancias del caso, ha privado de apoyo a la posición de la Dirección General que entiende que hay un criterio objetivo de abusividad y que atribuye a la declaración del Tribunal Supremo efectos que éste no puede establecer.

BIBLIOGRAFÍA

ARANGUREN URRIZA, F.J., «El Notario y los controles de transparencia y abusividad en los préstamos hipotecarios con consumidores», *RJN*, julio-diciembre, 2015, pp. 11-46.

ARMENTA DEU, T., *Acciones colectivas: Reconocimiento, cosa juzgada y ejecución*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

BALLUGERA GÓMEZ, C., «Tratamiento registral de las cláusulas abusivas de las hipotecas», en AA.VV., *Financiación de la vivienda calificación hipotecaria y protección de los consumidores tras la Ley 41/2007 de Regulación del Mercado Hipotecario*, Madrid, 2009.

CABANAS TREJO, R. «¿Calificación de cláusulas abusivas?», *El Notario del Siglo XXI*, febrero 2014.

DE CASTRO Y BRAVO, F., «Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes», *ADC*, 1961, nº 2, pp. 295 a 342.

DELGADO RAMOS, J. «La calificación registral frente a las cláusulas y prácticas abusivas. Tácticas para hundirla y argumentos para sostenerla», en *notariosyregistradores.com*, 21 noviembre 2015 (<http://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-registral/joaquin-delgado-la-calificacion-registral-frente-a-las-clausulas-y-practicas-abusivas/>).

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos de Derecho Patrimonial*, Madrid, 1993.

FERNÁNDEZ CORNAGO, M., «La retroactividad de la declaración de nulidad de las cláusulas abusivas», *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja (REDUR)*, 13 diciembre 2015, pp. 249-268.

FRAGA MANDIÁN, A., «Cláusulas abusivas y cosa juzgada», *Proceso civil, cuaderno jurídico*, número 123, 2016, pp. 16-19.

GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E., «La jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre las cláusulas abusivas», *Revista de Jurisprudencia*, nº 1, 1 de julio de 2015.

GIMENO SENDRA, V., «Las cláusulas abusivas», *Diario La Ley*, nº 8116, Sección Doctrina, 1 Jul. 2013, Año XXXIV, pg. 1-17.

GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M., «El control de oficio de las cláusulas abusivas. El juez nacional como garante de la protección del consumidor», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 26, enero-junio 2014, pp. 313-328.

GÓMEZ GÁLLIGO, J. «La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la calificación de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXXXX; número 741, Monográfico sobre Derecho Privado de la Unión Europea; enero-febrero de 2014, pp. 153-175, del que uso la versión informática, sin referencia, por tanto al paginado de la versión papel.

HUELÍN MARTÍNEZ DE VELASCO, J., «El derecho a la tutela judicial efectiva en el ordenamiento de la Unión Europea después de Lisboa: algunas notas para la reflexión», *Revista de Jurisprudencia*, número 4, 24 de noviembre de 2011.

MANGAS MARTÍN, A. Y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2010.

PÉREZ BENÍTEZ, J.J., «El control judicial de las condiciones generales de la contratación y de las cláusulas abusivas. Tutela procesal de los intereses de grupo» en el *Foro de encuentro de jueces y profesores de Derecho Mercantil*, Barcelona, 2008, accesible en internet.

SARAZÁ JIMENA, R., «La nulidad en los contratos de adhesión», en *El negocio jurídico. La ineficacia del contrato*, Cuadernos de Derecho Judicial, 35, Madrid, 1994, p. 11-58.

SERRA RODRÍGUEZ, A., *Cláusulas Abusivas en la Contratación. En especial, las cláusulas limitativas de responsabilidad*, Aranzadi, Cizur Menor, 1996.

VÁZQUEZ DE CASTRO, E., «La función preventiva de los registradores contra las cláusulas abusivas», en *notariosyregistradores.com*

VÁZQUEZ DE CASTRO, E., «La documentación de la hipoteca y el acceso registral de las cláusulas del préstamo hipotecario tras la ley 41/2007 de reforma de mercado hipotecario», en AA.VV., *Financiación de la vivienda calificación hipotecaria y*

protección de los consumidores tras la Ley 41/2007 de Regulación del Mercado Hipotecario, Madrid, 2009.

ZEJALBO MARTÍN, J., «Nuevas notas sobre la retroactividad de la jurisprudencia» en *notariosyregistradores.com*, el 30 de noviembre de 2016 (<http://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/retroactividad-jurisprudencia/>).

Fecha de recepción: 21.03.2017

Fecha de aceptación: 29.03.2017