

La obligación notarial de abstención en caso de cláusulas declaradas nulas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación

La aparente claridad de la norma que establece la obligación notarial de abstención en caso de cláusulas declaradas nulas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación no ha impedido que hayan surgido dudas a la hora de aplicarla en relación con su alcance objetivo y subjetivo.

Antonio Ángel Longo Martínez
Notario de Calafell

Los clientes entran en el despacho del Notario con expresión seria. Son tres, incluido el apoderado del banco. Los otros dos, un matrimonio todavía joven, saludan con pocas palabras. El Notario ya ha vivido la escena y conoce esa expresión, los rostros de incredulidad de quien ha llegado a una situación que no podía ni

imaginar cuando firmó aquel préstamo, y el alivio de poder, cuando menos, reconducirla a términos asumibles: la ampliación con la que se pondrán al día, la prórroga del plazo, la carencia... las cuotas que, ahora sí, podrán pagar puntualmente, a pesar de que los ingresos familiares se hayan visto tan menguados.

El Notario imagina por lo que han pasado, y por eso le preocupa lo que acaba de ver en la escritura. ¿Esta es una cláusula «de las de la Sentencia»? Lo comenta con el apoderado del banco, cuya respuesta había adivinado: «La minuta, ya sabe usted, es sagrada, yo no tengo facultades para cambiarla...». El matrimonio se mira, preocupados también ambos, aunque sin entender todavía por qué. El Notario se lo va a explicar, pero también ahora adivina su reacción: «Verá, señor Notario, eso para nosotros no tiene ninguna importancia, quede usted tranquilo, pero, por favor, firmemos la escritura...».

I. Planteamiento

La inscripción en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación (RCGC) de la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009, por la que se





declaran nulas por abusivas una serie de cláusulas utilizadas por cuatro entidades de crédito en su contratación habitual —hipotecaria en muchos casos—, ha dado relevancia y actualidad a la obligación de notarios y registradores de cumplir con la norma contenida en el art. 84 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGU), conforme al cual «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». Dicha obligación ya venía recogida en el art. 17.2 del Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación (RRCGC), y se había incorporado, asimismo, al Reglamento Notarial (RN) en el párrafo 4.º del art. 147, en la reforma operada por el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero; en este último caso, con un matiz no exento de importancia, por cuanto el RN no habla de cláusulas abusivas, sino, en términos más amplios, de *cláusulas nulas*⁽¹⁾.

Resolver las dudas referentes a la obligación estudiada se antoja particularmente necesario en una coyuntura económica como la presente, en la cual el acceso a la financiación bancaria está claramente restringido y en la que la mayor parte de las operaciones que se formalizan responden a una finalidad de refinanciación de una deuda preexistente

En el caso concreto, debe tenerse en cuenta que, por no haber sido objeto de recurso, la Sentencia del Tribunal Supremo no modifica la previsión contenida en la Sentencia de la Audiencia de Madrid, conforme a la cual «esta resolución surtirá efectos respecto de cualesquiera entidad bancaria o financiera que oferte en sus contratos alguna de las cláusulas declaradas nulas».

La aparente claridad de la norma —de los términos de la Sentencia de la Audiencia— no ha impedido que, a la hora de aplicar aquella, surgieran dudas en relación con el alcance objetivo y subjetivo de la misma. Así, si de acuerdo con la Sentencia comentada es nula la cláusula que prohíbe la venta de la finca hipotecada con pacto de subrogación por el comprador, a menos que dicha subrogación sea aprobada por el acreedor, ¿debe considerarse también nula la que configura dicha venta no como una prohibición sino como un supuesto de vencimiento anticipado del contrato? ¿Qué arrendamiento es admisible como causa de vencimiento anticipado, si el Tribunal Supremo reconoce que no existe una regla fija para determinar la posible desproporción entre renta y valor de la finca? En definitiva, ¿hasta dónde llegan —si es que las tiene— las facultades del Notario para interpretar la posible nulidad de la cláusula? Por lo que se refiere al ámbito subjetivo, ¿afecta la Sentencia a todas las entidades de crédito o solo a las condenadas?

Puede incluso plantearse si, pese a los términos de la norma, existe en el ámbito notarial una posible matización de la obligación como la que para el ámbito registral proclama el art. 258.2 LH, que, redactado precisamente por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (LCGC), dispone que «el registrador denegará la inscripción de aquellas cláusulas declaradas nulas de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2.º del art. 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios». En último término: si debe en todo caso rechazarse la autorización o intervención, o cabe la misma con las reservas y advertencias adecuadas.

Resolver estas cuestiones se antoja particularmente necesario en una coyuntura económica como la presente, en la cual el acceso a la financiación bancaria está claramente restringido y en la que la mayor parte de las operaciones que se formalizan responde a una finalidad de refinanciación de una deuda preexistente. Situaciones, en definitiva, en las que la negativa a autorizar la escritura o a intervenir la póliza deben tener fundamentos muy sólidos, que se impongan al perjuicio que puede provocar dicha negativa a un consumidor al que, en muchas ocasiones y por mucho que el Notario pretenda explicarle las razones, las reticencias de este le van a parecer el me-

nos esperado de los obstáculos de la carrera que viene protagonizando para aliviar esa situación.

Simplificando el planteamiento de la cuestión, podríamos decir que en el análisis de la norma caben dos posibles interpretaciones. Conforme a una interpretación extensiva o estricta, el Notario no autorizará ninguna escritura, otorgada por cualquier entidad de crédito, en la que se contenga alguna de las cláusulas que la Sentencia declaró nulas o con la que guarde identidad de razón. En defensa de esta postura, se pueden añadir a la literalidad de la norma argumentos de orden teleológico, vinculados a la protección del adherente que se persigue con aquella. Una interpretación restrictiva o flexible partiría de que el precepto dirigido a notarios y registradores tiene un carácter instrumental, y su alcance debe limitarse al que las normas sustantivas en las que debe fundamentarse establezcan como efecto propio de la Sentencia, lo que obligaría a estudiar dichas normas para decidir si la autorización o intervención notarial es posible en determinados casos.

II. Normativa y conceptos básicos

La materia que tratamos se desarrolla, de modo principal, en los siguientes textos:

- La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.
- La Directiva 98/27/CE, de 19 de mayo de 1998, sustituida por su versión codificada: Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores.
- La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.
- El Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación.
- La Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios.

- El Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Siendo conocidos, parece oportuno, no obstante, recordar algunos conceptos básicos utilizados en la legislación reseñada.

Condiciones generales de contratación (art. 1 LCGC)

- Son las cláusulas PREDISPUESITAS por una de las partes, que son IMPUESTAS a la otra y que se incorporan o pretende incorporar a una PLURALIDAD de contratos.
- Tienen como partes contratantes (art. 2 LCGC):
 1. El profesional o predisponente, persona física o jurídica que actúa dentro del marco de su actividad profesional o empresarial.
 2. El adherente, persona física o jurídica, actúe o no en el marco de su actividad empresarial o profesional.

Cláusulas abusivas

- Son las cláusulas **predispuestas** (Exposición de Motivos LCGC), **impuestas** e incorporadas **a un contrato** —contrato de adhesión particular; por tanto, no tienen por qué ser condiciones generales— o a una **pluralidad** de contratos, que, contra las exigencias de la **buena fe**, causan un **desequilibrio importante de las contraprestaciones**.
- Tienen como contratantes a los mismos sujetos que las condiciones generales de contratación, si bien aquí el adherente ha de ser un consumidor, es decir, una persona física o jurídica que actúe fuera del marco de una actividad empresarial o profesional (art. 3 TRLCU)⁽²⁾.

Régimen de las cláusulas abusivas

Teóricamente, se aplicará la LCGC y/o el TRLCU según se trate o no de condiciones generales y según el adherente sea o no consumidor; pero, como señala CLAVERIA GOSÁLBEZ⁽³⁾, la observación es ociosa, porque contienen casi el mismo régimen.

En este sentido, resultan fundamentales las normas contenidas en los siguientes preceptos:

- Conforme al art. 8.1 LCGC: «1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. – 2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el art. 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios»⁽⁴⁾.
- A su vez, el art. 82.1 TRLCU, indica que «se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato». Junto a dicha regla general, el párrafo 4.º de este artículo «anuncia» una lista de cláusulas que se reputan abusivas «en todo caso», lista que se desarrolla en los arts. 85 a 90 TR.
- Por otro lado, dice el art. 83 TR que «las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y **se tendrán por no puestas**».

Acción de cesación

Si se considera que determinada o determinadas cláusulas son nulas, conforme a lo anterior, la ley permite el ejercicio de la acción individual y de las acciones colectivas de cesación, retractación y declarativa de condiciones generales. La acción de cesación la define el art. 12.2 LCGC al decir que «se dirige a obtener una sentencia que condene **al demandado** a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y **a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo**, determinando o aclarando, cuando sea necesario, el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz».

III. Cláusulas nulas y cláusulas abusivas: la regla general y la «lista negra»

Conforme a las disposiciones antes citadas, una condición general puede ser nula por contravenir una norma imperativa o prohibitiva —entre ellas, las de la propia LCGC— o, de modo más concreto, por ser abusiva (art. 8.2 LCGC). A su vez, una cláusula puede ser abusiva por reunir los caracteres de la regla general del art. 82.1 TR, es decir, por provocar, en contra de las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre las contraprestaciones de las partes, o simplemente por estar incluida dentro de la lista de los arts. 85 a 90 TRLCU. Se habla, en este caso, de «lista negra», por cuanto, conforme a lo anunciado en el art. 82.4, dichas cláusulas serán abusivas «en todo caso». Sin embargo, también es frecuente calificar a dicha lista, o a parte de la misma, de «gris», dado que, por una parte, el enunciado de cada uno de los artículos que la contienen —o de algunos de ellos— parece dejar abierta la puerta a la posibilidad de que existan cláusulas distintas de las de la lista que reúnan las condiciones para ser calificadas como abusivas conforme a dicho enunciado; por otra, porque algunas de las mismas cláusulas de la lista contienen conceptos jurídicos indeterminados que impiden una objetivización total del supuesto de hecho. Así, por ejemplo, el art. 85 enuncia que se considerarán abusivas «las cláusulas que vinculen cualquier aspecto del contrato a la voluntad del empresario [...] y, en todo caso, las siguientes: [...]», incluyendo bajo su número 6 «las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones».

Para que la cláusula sea nula, debe ser impuesta una exigencia que deriva del propio concepto de condición general de contratación

Hemos visto antes que la obligación de abstención que se impone al Notario abarca, en los términos en que viene impuesta en el art. 147.4 RN, las condiciones generales declaradas nulas por sentencia firme e inscrita en el Registro de Condiciones Generales, es decir, provenga dicha nulidad de su carácter abusivo o del hecho de resultar



contraria a una norma imperativa o prohibitiva. Esta norma amplía, por tanto, dicha obligación respecto de lo previsto en el TRLCU o en el RRCGC.

Hasta hace muy poco, se ha venido entendiendo, de modo indiscutido, que el denominando *control de contenido* corresponde en exclusiva a los jueces, pero, en los últimos meses, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha dictado una serie de resoluciones en las que parece apreciarse un cambio de criterio

Por lo demás, en cualquier caso, para que la cláusula sea nula, debe ser una **cláusula impuesta**. Esta exigencia deriva del propio concepto de *condición general de contratación* que veíamos al principio y, en el caso de la cláusula abusiva, de la definición del art. 82.1 TRLCU, que excluye *per se* del concepto *cláusula abusiva* aquella que ha sido negociada individualmente.

- Así, la Circular 1/1998 del Consejo General del Notariado señala que «se excluye la calificación de condición general si la cláusula en cuestión ha sido objeto de una negociación individual, incluso cuando habiendo sido prerredactada el resultado de la negociación es el mantenimiento de la redacción inicial, siempre que haya habido una auténtica negociación y realmente hubiese sido posible una modificación». Y añade que «la redacción con arreglo a minuta es requisito necesario —aunque no suficiente— para que pueda entenderse que la escritura contiene condiciones generales».
- En el mismo sentido, nuestros compañeros Ricardo CABANAS y José María NAVARRO VIÑUALES, al estudiar la LCGC en su trabajo publicado en *La Notaría*, n.º 5 (1998), señalan: «Debe quedar muy claro que, a pesar de su nombre, las cláusulas abusivas no son cláusulas estigmatizadas por sí mismas, pues se mueven en el espacio de maniobra que reconoce el Derecho dispositivo —en otro caso, estarían prohibidas sin más—, sino que el estigma les viene por el hecho de que el consumidor no

haya podido influir sobre su contenido. Por supuesto, al consumidor le basta con probar el acto de predisposición en sí, incluso meramente inducido de la reiteración del clausulado en otros contratos, para que recaiga sobre el profesional la carga de tener que probar que efectivamente el consumidor ha podido ejercer esa influencia». La predisposición, en suma, presume pero no implica la imposición.

IV. El control de las cláusulas abusivas

Centrándonos en lo que se viene denominando *control de contenido*, frente al previo *control de incorporación* —que impone al Notario unas obligaciones anteriores al otorgamiento en sí y que, a efectos de este estudio, se presumen cumplidas—, se ha venido entendiendo que, en relación con las condiciones generales de contratación, como regla general dicho control corresponde en exclusiva a los jueces. Así lo proclama la Exposición de Motivos de la LCGC y resulta, por lo demás, lógico, si tenemos en cuenta que el art. 82.3 TRLCU establece que «el carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que este dependa». Al respecto, Ricardo CABANAS y José María NAVARRO VIÑUALES, en su trabajo citado, señalan que «la apreciación del carácter abusivo de una cláusula requiere una valoración circunstanciada del contrato —y de otros conexos— que el Notario no está en condiciones de hacer [...]. Los notarios no están en situación de anatemizar cláusulas que contractualmente son válidas, aunque puedan ser abusivas en atención a las circunstancias de un caso concreto, solo si no ha existido negociación individual». En la nota elaborada a propósito de la publicación de la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009, el Consejo General del Notariado (CGN) también insiste en que el control de la validez de las cláusulas generales tan solo corresponde a jueces y tribunales, aludiendo, además de a la Exposición de Motivos de la LCGC, a la propia Sentencia del Tribunal Supremo y a algunas de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) en las que así se había venido reconociendo⁽⁵⁾.

En los últimos meses, sin embargo, la DGRN ha dictado una serie de resoluciones en las que aparentemente se aprecia un cambio de criterio (1 de octubre, 4 de noviembre, 21 de diciembre de 2010, 11 de enero de 2011 y otras posteriores). Curiosamente, la DGRN llega a argumentar su postura en base a la misma Sentencia del Tribunal Supremo que, según nuestro CGN, confirma la tesis clásica; concretamente, menciona su fundamento de derecho duodécimo —en el que, personalmente, debo decir que no he sido capaz de encontrar nada que apoye ese cambio de criterio. Dice ahora la DGRN (Resolución de 4 de noviembre de 2010) que «el registrador podrá realizar una mínima actividad calificadora de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado, en virtud de la cual podrá rechazar la inscripción de una cláusula, siempre que su nulidad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, pero también en aquellos otros casos en los que se pretenda el acceso al Registro de aquellas cláusulas **cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado por el registrador sin realizar ningún tipo de valoración de las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto**». Y a continuación: «Dicho de otro modo, el control sobre dichas cláusulas deberá limitarse a las que estén **afectadas de una causa directa de nulidad apreciable objetivamente —porque así resulte claramente de una norma que la exprese—**, sin que puedan entrar en el análisis de aquellas otras que, por tratarse de conceptos jurídicos indeterminados o que puedan ser incluidos en el ámbito de la incertidumbre sobre el carácter abusivo —por ejemplo, basado en el principio general de la buena fe o el desequilibrio de derechos y obligaciones—, solo podrán ser declaradas abusivas en virtud de una decisión judicial».

No nos interesa ahora entrar en la cuestión de hasta qué punto esta nueva doctrina de la DGRN resulta contraria a la redacción que la Ley 41/2007 dio al art. 12 LH, según el cual, en las operaciones garantizadas con hipoteca, el Registrador debe limitarse a hacer constar, sin calificar, las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras. Lo que la DGRN está diciendo es que existen cláusulas que deben ser consideradas objetivamente abusivas, porque así resulta claramente de una norma que lo expresa. Y realmente esto mismo es lo que nos dice la Circular 1/98, en la que el CGN, cuando, después de decir que «los notarios

no pueden valorar si una determinada cláusula es o no abusiva salvo que previamente exista una sentencia firme al respecto», añade: «No ocurrirá así con determinadas cláusulas que, directamente y sin necesidad de una valoración previa, resulten contrarias a una norma concreta —algunas de las recogidas en la «lista» tienen ese carácter—; en estos casos, el Notario debe rechazar su incorporación por aplicación del art. 145 del Reglamento Notarial».

El mandato al Notario tiene un carácter instrumental, tendente a excluir del tráfico jurídico las cláusulas en cuestión, lo que requiere, en buena lógica, de la existencia de una norma que lo sustente, es decir, que determine cuáles son los efectos de la declaración de nulidad contenida en la sentencia; en definitiva, el ámbito del tráfico jurídico del que la misma debe quedar excluida

La Audiencia Provincial de Tarragona, en Sentencia de 1 de abril de 2011, apoyándose de modo decisivo en las antes citadas resoluciones de la DGRN y después de reconocer la facultad del Registrador para calificar las cláusulas de vencimiento anticipado del préstamo hipotecario, se excede, sin embargo, en mi modesta opinión, cuando declara: «En conclusión, pueden claramente los registradores calificar y apreciar como abusiva una cláusula cuando esta sea alguna de las tipificadas en los arts. 85 a 90 TRLCU, que son las que no requieren de juicio de ponderación alguno». Como decíamos antes, hay algunas cláusulas de la lista desarrollada en dichos artículos en las que, utilizando los mismos términos de la Resolución antes transcrita de 4 de noviembre de 2010, se contienen «conceptos jurídicos indeterminados o que pueden ser incluidos en el ámbito de la incertidumbre sobre el carácter abusivo». Por ejemplo, la del número 6 del art. 87: «Las estipulaciones que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor y usuario en el contrato». En relación con las mismas, sí se requiere ese juicio de ponderación del que habla la Audiencia,

por lo que no parece que ni el Notario ni el Registrador —y así lo reconoce dicha Resolución— tengan facultades para apreciar el carácter abusivo, requiriéndose sentencia judicial que así lo estime.

Podemos entender, en consecuencia, que de lo dispuesto en el art. 8.2 LCGC y de su remisión a los actuales arts. 82 y ss. TRLCU, resulta que la nulidad de una condición general de contratación puede derivar:

1. De que así esté previsto en una determinada disposición legal. Respecto de las mismas, su inadmisibilidad derivará de dicha disposición vulnerada y procederá con arreglo a la misma y por aplicación del art. 6.3 CC, con independencia de su eventual carácter abusivo, de modo que seguirá siendo nula encaje o no en el concepto o regla general de *cláusula abusiva* del art. 82.1 TRLCU o en el listado de los arts. 85 a 90 del mismo —y, en ocasiones, incluso con independencia de que se trate o no de una condición general.

Es el caso de la norma del art. 54.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), según el cual, y en sede de determinación de la competencia territorial, «no será válida la sumisión expresa contenida en contratos de adhesión, o que contengan condiciones generales impuestas por una de las partes, o que se hayan celebrado con consumidores o usuarios»; un supuesto que parece de contenido más amplio que el que contemplado en el art. 90 TRLCU, al referirse como *cláusula abusiva* a «la previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor y usuario, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquel en que se encuentre el bien si este fuera inmueble».

2. Por otro lado, la nulidad puede derivar del hecho de tratarse de una cláusula abusiva, y ello, a su vez, por dos razones diferentes:
 - a) Por resultar así de la regla general del art. 82.1 TR, esto es, cuando, no habiendo sido negociada individualmente, la misma provoca, frente a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio entre las contraprestaciones de los contratantes. Este es un juicio reservado, con toda lógica, a los tribunales. El

Notario no puede hacer ninguna valoración relativa a si una determinada cláusula está viciada por abusiva de acuerdo con esos requisitos generales.

- b) Por estar incluidas dentro de la lista de los arts. 85 a 90 TR, dentro de las cuales, a su vez, puede también hablarse de dos subgrupos:

- b.1) Aquellas que se entienden incluidas en el enunciado de alguno de dichos artículos —posibilidad que parece admisible más claramente en los casos de los arts. 85, 86 o 87 TRLCU— o que lo están de modo expreso en la lista propiamente dicha, si bien con una redacción que utiliza, en los términos ya repetidos de la Resolución antes transcrita, «conceptos jurídicos indeterminados, o que pueden ser incluidos en el ámbito de la incertidumbre sobre el carácter abusivo». Por ejemplo, las ya también citadas de los arts. 85.6 o 87.6. Se trataría de lo que antes hemos calificado como «lista gris». En relación con las mismas, será necesario que el carácter abusivo sea apreciado en la correspondiente sentencia judicial.

- b.2) Aquellas cláusulas de la lista que resultan objetivamente apreciables como abusivas —la llamada propiamente *lista negra*—, como sería, por ejemplo, la del art. 90.3: «La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley correspondan al empresario». Si atendemos a la más reciente doctrina de la DGRN —a pesar de los términos desafortunados de la Sentencia de la Audiencia de Tarragona antes comentada—, el control de legalidad que respecto de las mismas se predica que corresponde a los registradores de la propiedad alcanzaría, con mucho más fundamento, a la actuación notarial, sujeta al mandato del art. 145 RN y extensible a todo el clausulado del documento, tenga o no trascendencia real o hipotecaria.



V. Efectos frente a terceros de las sentencias inscritas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación

Apreciada por los tribunales, conforme a la normativa expuesta, la nulidad de una determinada cláusula, e inscrita la sentencia en el RCGC, entra en juego el mandato dirigido a notarios y registradores en los arts. 84 TR, 17.2 del RRCGC y, específicamente a los notarios, en el art. 147.3 del RN.

Hemos dicho antes que dicho mandato tiene un carácter instrumental, tendente a excluir del tráfico jurídico las cláusulas en cuestión. Ello requiere, en buena lógica, de la existencia de una norma que lo sustente, es decir, que determine cuáles son los efectos de la declaración de nulidad contenida en la sentencia; en definitiva, el ámbito del tráfico jurídico —en sentido objetivo y subjetivo— del que la misma debe quedar excluida. En este punto, resulta ineludible determinar si tales efectos se extienden a quienes no fueron parte en el procedimiento que dio lugar a dicha sentencia. Esto es, ciertamente, lo anunciado en la Exposición de Motivos de la LCGC, según la cual: «El carácter eminentemente jurídico de este Registro deriva de los efectos *erga omnes* que la inscripción va a atribuir a la declaración judicial de nulidad, los efectos prejudiciales que van a producir los asientos relativos a sentencias firmes en otros procedimientos referentes a cláusulas idénticas». En el mismo sentido, la Exposición de Motivos de la RRCGC nos dice: «El efecto *erga omnes* y prejudicial de la sentencia se determina en el art. 20 de la Ley. En particular, su apartado primero establece que “la sentencia estimatoria obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción de cesación impondrá **al demandado** la obligación de eliminar de sus condiciones generales las cláusulas que declare contrarias a lo prevenido en esta Ley o en otras leyes imperativas, y la de abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo; por otra parte, aclarará la eficacia del contrato”. Además, según su apartado cuarto, “la sentencia dictada en recurso de casación conforme al art. 18.3 de esta Ley, una vez constituya doctrina legal, vinculará a todos los ulteriores 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**”».

Por tanto, vemos que se habla de eficacia *erga omnes* en relación con normas, las del art. 20 LCGC, que únicamente vinculan al predisponente demandado —obligándole a eliminar y a dejar de utilizar las cláusulas en cuestión— y a los jueces en relación con eventuales procesos futuros frente al mismo predisponente —lo cual, ya de por sí, desmiente o matiza de modo sustancial tal pretendida eficacia *erga omnes*. Pero es que, además, el citado art. 20 LCGC fue derogado por la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil. Sintetizando los avatares de la norma, podemos ver que, ante la disposición genérica contenida en la Directiva 93/13/CEE, según la cual los estados miembros debían establecer los medios adecuados para evitar la utilización de cláusulas que pudieran resultar abusivas o contrarias a los intereses merecedores de protección de los consumidores, el legislador español, en el Anteproyecto de LCGC de 1997, pretendía atribuir a este tipo de sentencias eficacia no ya frente al predisponente demandado, sino frente a todos los que formaran parte del mismo sector económico, es decir, la eficacia *erga omnes* de la que hablaba e —¿impropiamente?— sigue hablando la Exposición de Motivos de la Ley. A dicha pretensión hubo de renunciar ante las advertencias de más que probable inconstitucionalidad que derivaban de los informes del Consejo de Estado y del Consejo General del Poder Judicial; razón por la cual se limitaron dichos efectos al predisponente demandado en los términos del art. 20, sin que ello evitara que, pese a todo, dicha norma fuera considerada inconstitucional por algún autor⁶¹.

Sea como fuere, la entrada en vigor de la LEC supuso la derogación de dicho art. 20, cuyos tres primeros párrafos, modificados, pasaron a constituir los párrafos 2.º, 3.º y 4.º del art. 12 LCGC, en los que se definen las acciones colectivas de cesación, declarativa y de retractación, mientras que desapareció el polémico párrafo 4.º. De entre dichas acciones colectivas, la más interesante, en orden a conseguir la finalidad buscada por la Directiva 93/13/CEE, es la acción de cesación, que regula el art. 12.2. Aunque lo hemos transcrito antes, siendo como es una norma clave en la cuestión que estudiamos, vale la pena recordar que, según el mismo, «la acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene **al demandado** a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y **a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo**, determinando o aclarando, cuando sea necesario, el conte-

nido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz».

Pues bien, desaparecido el art. 20.4 LCGC, el único complemento al art. 12.2 de dicha Ley es la norma que se contiene en el vigente art. 221 LEC, titulado «Sentencias dictadas en procesos promovidos por asociaciones de consumidores o usuarios» y en cuyo párrafo 1.º se incluye la regla 2.ª con el siguiente texto: «Si, como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declarara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, **la sentencia determinará** si, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir **efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente**».

Comparando esta norma con la del antiguo art. 20.4 LCGC, se aprecian importantes diferencias:

- La LEC no se refiere ahora a la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo en recurso de casación, sino a la sentencia, obviamente firme, que pueda dictar cualquier tribunal.
- Como consecuencia, no se requiere que constituya doctrina legal.
- Y, sobre todo, ya no contiene referencia alguna al predisponente demandado, en relación al cual, como hemos visto, limitaba el art. 20.4 LCGC los efectos vinculantes de la sentencia. Ahora, el art. 221.1.2.ª LEC dice que la sentencia puede —y debe— determinar si su declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente.

La entrada en vigor de la LEC supuso la derogación del art. 20 LCGC, cuyos tres primeros párrafos, modificados, pasaron a constituir los párrafos 2.º, 3.º y 4.º del art. 12 LCGC, en los que se definen las acciones colectivas de cesación, declarativa y de retractación, mientras que desapareció el polémico párrafo 4.º

Por tanto, y para el caso de que así lo determine la sentencia, debe analizarse a

quiénes se refiere la norma cuando habla de aquellos que no han sido partes en el procedimiento, y cuáles son esos efectos procesales que alcanzarían a los mismos. Para ser más precisos —y para lo que ahora nos interesa—, si la declaración de nulidad de una cláusula afecta a otros predisponentes distintos del o de los demandados y en qué ámbito o con qué alcance.

Puede decirse que la generalidad de la doctrina ha venido entendiendo que el ámbito es, naturalmente, el procesal, y los efectos, los propios de la «cosa juzgada»⁽⁷⁾. Como sabemos, el principio de cosa juzgada actúa en forma negativa conforme al art. 222.1 LEC, según el cual «la cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquella se produjo»; y en forma positiva conforme al art. 222.4 LEC, en el que se dispone que «lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al Tribunal de un proceso posterior cuando en este aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos **o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal**».

De modo mucho más específico, en el párrafo 3.º del mismo precepto se dice: «La cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como **a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el art. 11 de esta Ley**». Art. 11 en cuyo contenido se reconoce —desarrollando su propio título— la «legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios», a los propios perjudicados, a las asociaciones de consumidores y usuarios, al Ministerio Fiscal y a las «entidades habilitadas conforme a la normativa comunitaria europea para el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios». De este modo, los efectos de la cosa juzgada se extenderían más allá de quienes han sido litigantes en el proceso, conforme al art. 222.4 LEC, que así lo permite en relación con la eficacia *positiva* cuando exista «disposición legal», que, en este caso, vendría constituida por el párrafo 3.º del mismo artículo, en relación con el art. 11 LEC⁽⁸⁾.

Así entendida, la norma de la regla 2.ª del art. 221.1 LEC permite que, en el proceso iniciado por ejercicio de la acción colectiva de cesación por parte de una asociación de consumidores y usuarios, el Tribunal decida si los efectos de «cosa juzgada» de la sentencia deben extenderse a todos los consumidores y usuarios afectados, aunque no formen parte de la asociación demandante. Siguiendo a LLAMAS POMPO, «de lo que se trata, precisamente, es de que “todos” los perjudicados y, por tanto, miembros de “la clase”, puedan beneficiarse de una sentencia condenatoria pronunciada en un procedimiento que se promovió de manera colectiva. Lo que, sin duda, constituye una revolucionaria novedad en nuestro ordenamiento jurídico y la derogación parcial del principio de eficacia relativa de la cosa juzgada»⁽⁹⁾.

Volviendo brevemente a la regulación contenida inicialmente en la LCGC, si antes el art. 20.4 de esta decía que la sentencia «vinculará a todos los ulteriores jueces», ahora el art. 221 LEC dice que podrá tener efectos no limitados a las partes del proceso. Pero seguimos estando en el ámbito de los efectos procesales, más amplios ahora, pues se reconoce la eficacia no solo positiva, sino también negativa, de la «cosa juzgada», si bien concretados, al mismo tiempo, a quienes siendo perjudicados no fueron parte en el proceso.

Conforme a la interpretación doctrinal dominante, no cabe ninguna extensión de los efectos de la sentencia a otros predisponentes distintos del demandado, extensión que significaría una vuelta a la pretensión inicial del legislador, que fue rechazada por inconstitucional tanto por la doctrina como en los preceptivos informes emitidos por los órganos consultivos

No cabe, sin embargo, y conforme a la interpretación doctrinal dominante, ninguna extensión de los efectos de la sentencia a otros predisponentes distintos del demandado, extensión que significaría una vuelta a la pretensión inicial del legislador, plasmada en el Anteproyecto de LCGC y que, como hemos visto, fue rechazada por inconstitucional tanto por la doctrina como

en los preceptivos informes emitidos por los órganos consultivos. A diferencia de lo previsto en el art. 221.3 LEC en relación con los consumidores o usuarios no demandantes, no existe norma alguna que prevea tal eficacia en relación con otros predisponentes no demandados. Por el contrario, como bien señala el Registrador de la Propiedad JUAN CARLOS RAMON CHORNET, en su trabajo citado en nota *ut supra*, «tras la entrada en vigor de la LEC, este precepto —el art. 12.2 LCGC— queda como el único que prevé efectos prejudiciales y *erga omnes* de las sentencias dictadas en materia de consumo, y siempre limitados al supuesto de que se ejercite una acción colectiva de cesación, y al predisponente que resulte condenado en el juicio». En base a ello, concluye: «Los efectos *extra partes* de las sentencias a que se refiere el art. 12.2 LCGC, en cuanto exigen que se trate del mismo predisponente, son bastante *sui generis*»⁽¹⁰⁾.

Conforme a lo visto hasta ahora —y en relación con lo que es objeto de este estudio—, podríamos sentar la conclusión de que, con arreglo al art. 12.2 LCGC, la sentencia estimatoria de la acción colectiva de cesación obligará al demandado, pero solo a este, a abstenerse de utilizar en lo sucesivo aquellas cláusulas que hayan sido declaradas nulas. Y permitirá, eso sí, a los perjudicados por los contratos en que hayan sido utilizadas dichas cláusulas, aunque no hayan sido parte en el procedimiento, beneficiarse de la sentencia y reclamar frente al condenado, si así les ha sido reconocido por el Tribunal de acuerdo con el art. 221.1.2.ª LEC.

No obstante, y como decíamos al principio, la Sentencia de la Audiencia que dio lugar a la dictada por el Supremo el 16 de diciembre de 2009 señaló que la misma «surtirá efectos respecto de cualesquiera entidad bancaria o financiera que oferte en sus contratos alguna de las cláusulas declaradas nulas», punto este sobre el cual el Tribunal Supremo no se pronuncia en el caso concreto, por no haber sido objeto de recurso. Sin embargo, sí lo hace en Sentencia de 1 de julio de 2010, en otro proceso entablado en ejercicio de una acción de cesación por la Organización de Consumidores y Usuarios, y lo hace señalando que su resolución «surtirá efectos procesales respecto de cualesquiera entidad aseguradora que oferte en sus contratos alguna cláusula idéntica a las declaradas nulas». El Tribunal Supremo interpreta la regla 2.ª del art. 221.1 LEC «como instrumento para al-



canzar el objetivo señalado en el art. 7.1 de la Directiva 93/13/CEE de que cese el uso de las cláusulas abusivas», y, pese a reconocer que «algún autor» sostiene «la necesidad de una norma específica que permita proyectar la eficacia de la sentencia sobre quienes no han sido parte en el proceso», señala que «tal exigencia debe interpretarse en el sentido de que no todas las sentencias recaídas en dicha materia tiene efectos expansivos, sino tan solo aquellas cuya eficacia, más allá de la cosa juzgada, proceda conforme a la legislación de protección de consumidores». Ahora bien, concluye el Tribunal Supremo, «el casuismo que impregna el juicio de valor sobre el carácter abusivo de las cláusulas cuando afecta a la suficiencia de la información impide extender los efectos de la sentencia como pretende el motivo a “cláusulas similares”, y obliga a ceñirlos a quienes oferten en sus contratos cláusulas idénticas a las declaradas nulas, cuando no se hallen completadas por otras que completen la información de tal forma que eliminen los aspectos declarados abusivos»⁽¹¹⁾.

No deja de sorprender el contenido de esta Sentencia, a la vista de todos los antecedentes comentados⁽¹²⁾. El hecho de que la Directiva marque un objetivo en la materia, objetivo al que el Tribunal Supremo alude en su resolución, obliga al legislador esta-

tal a dictar la normativa adecuada para su consecución. Pero si, como es el caso, ni la propia Directiva ni la legislación nacional llegan a establecer tal norma, el objetivo en sí no habilita al juzgador a interpretar la existente de modo que —conforme a las opiniones expuestas— se vulnere el principio constitucional de tutela judicial efectiva, más cuando fue precisamente este el motivo que obligó al legislador a modificar la redacción inicialmente propuesta.

Y la sorpresa se convierte en desconcierto al leer la Circular 2/2010, de 19 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado —unos meses posterior, por tanto, a la Sentencia del Tribunal Supremo—, en la cual, admitiendo que puedan surgir ciertas dudas al coordinar los arts. 221.1.2.^a y 222.3 LEC —por lo que recomienda su modificación—, se dice tajantemente que la posibilidad de que el art. 221.1.2.^a pueda provocar efectos *erga omnes* de la Sentencia, resultando que otros empresarios no demandados tampoco puedan insertarla en sus contratos, es una interpretación que «vulnera frontalmente el principio de audiencia y la interdicción de la indefensión, sin que tan grave efecto pueda evitarse garantizando a estos eventuales demandados la misma publicidad del proceso que establece la LEC en el art. 15 para los demandantes, supuesto que, por otra parte, no está previsto en la redacción actual de dicho precepto».

La situación, por tanto, parece propicia para que se planteara respecto de esta materia una cuestión de constitucionalidad que resolviera las dudas y contradicciones que sin duda subsisten. En todo caso, y hasta donde puedan considerarse disipadas las mismas, creemos que, aun asumiendo la interpretación del Tribunal Supremo, hay que entender:

— Por un lado, que los efectos *ultra partes* que se predicán no pueden ser otros que los meramente procesales a que se refiere la norma del art. 221.1.2.^a LEC. De ahí la referencia que hace la Sentencia a «la superación en el caso concreto de las fronteras subjetivas que fija como regla el art. 222.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», relativo, como hemos visto, a los efectos de la cosa juzgada. Así, la legitimación que conforme a la doctrina dominante reconoce el art. 221.1.2.^a LEC a los perjudicados, aunque no hubieren sido parte en el proceso, alcanzaría no ya a la reclamación a efectuar frente al

predisponente demandado y condenado, sino frente a cualquier otro que hubiere utilizado la misma cláusula que la Sentencia declara nula. Y, en caso de una utilización futura de la misma, beneficiarse de los efectos de la cosa juzgada al interponer la correspondiente acción de cesación frente a dicho predisponente.

— Por otro lado, la Sentencia del Tribunal Supremo reconoce de modo expreso que, para que se produzcan tales efectos frente a otros predisponentes, tiene que tratarse de cláusulas «idénticas», no bastando que se trate de cláusulas «similares». Como dice CLAVERIA GOSÁLBEZ —*op. cit.*—, «el RCGC versa sobre cláusulas fácilmente modificables cambiando una palabra; cabe incluso cambiar una coma para que ya no nos hallemos ante una determinada cláusula declarada nula por ser abusiva, sino ante otra». Añádase a esto la necesidad, reconocida por el Tribunal Supremo, de que la cláusula idéntica no se halle completada por otras, de tal forma que se eliminen los aspectos declarados abusivos.

Debemos situarnos en una posición de cierta cautela a la hora de analizar las obligaciones que imponen a notarios y registradores los arts. 84 TRLCU, 17.2 RLCGC y 147.3 RN

Por lo demás, los efectos de la Sentencia no resultan alterados en ningún sentido por el hecho de que la misma quede inscrita en el RCGC. Así lo reconoce la doctrina mayoritaria, para la que la utilidad de este Registro es poco más que de publicidad y consulta. En este sentido, el Dictamen del Consejo de Estado que reproduce la propia Exposición de Motivos del RRCGC dice que la finalidad primordial del Registro es «proteger al consumidor frente a las cláusulas abusivas y evitar que se incluyan tales cláusulas en los contratos celebrados con los consumidores, **sobre todo como medio para hacer efectivo el ejercicio de acciones contra las condiciones generales no ajustadas a la ley**». Una nueva referencia, por tanto, a la naturaleza ligada al ámbito procesal, en este caso, de la misma institución del RCGC⁽¹³⁾.

VI. La obligación del Notario en relación con las sentencias inscritas en el RCGC

A la vista de todo lo estudiado, debemos situarnos en una posición de cierta cautela a la hora de analizar las obligaciones que imponen a notarios y registradores los arts. 84 TRLCU, 17.2 RLCGC y 147.3 RN, porque, si bien no parece razonable que se pretenda derivar únicamente de estos preceptos una eficacia expansiva de tales sentencias —que, en principio, no se reconoce en ninguna otra norma—, no podemos obviar la interpretación que hace el Tribunal Supremo en la Sentencia de julio de 2010, pero tampoco la finalidad protectora del adherente que debe presidir la apreciación de la nulidad de la cláusula⁽¹⁴⁾.

De acuerdo con todo ello, y reiterando que el supuesto al que nos referimos es el de la cláusula calificada como nula en sentencia inscrita en el RCGC, entiendo que podrían sustentarse las siguientes conclusiones:

1. Como regla general, la obligación de no autorizar ni inscribir contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas en sentencia inscrita en el RCGC debe entenderse aplicable a aquellos que otorgue el o los predisponentes condenados en la sentencia, pero no a cualesquiera otros posibles predisponentes⁽¹⁵⁾. Y ello por cuanto, aun interpretando el art. 221.1.2.ª como lo hace el Tribunal Supremo, los efectos *ultra partes* de la sentencia deben considerarse limitados al ámbito procesal en los términos vistos, y no como una prohibición de utilización de las cláusulas analizadas, prohibición que sí recae sobre los condenados, como efecto propio de la estimación de la acción de cesación.
2. Dicha limitación al predisponente condenado no debe aplicarse, sin embargo, cuando la cláusula que se pretenda incluir haya sido declarada nula por resultar contraria a una norma imperativa o prohibitiva, puesto que en estos casos la obligación de abstención del Notario derivará directamente del control de legalidad encomendado en el art. 145 RN.
3. Si, por el contrario, la declaración de nulidad se basara en el carácter abusivo de la cláusula —y a salvo siempre los efectos procesales *ultra partes* que se pue-

dan haber previsto en la sentencia—, habrá que distinguir:

- Si la abusividad ha sido apreciada conforme a la regla general del art. 82.1 TRLCU, por ser la cláusula contraria a la buena fe y provocar un desequilibrio entre las prestaciones de las partes, no pueden extenderse sus efectos —en el estricto ámbito de la autorización notarial— a otros contratos que a aquellos objeto de la valoración judicial contenida en la sentencia; por tanto, no afectarían a los que pretendiere formalizar un predisponente no condenado.
 - Del mismo modo, si la sentencia ha apreciado que se trata de una cláusula que debe entenderse incluida dentro de la denominada «lista gris».
 - En cambio, si la abusividad deriva de ser la cláusula una de aquellas que la «lista negra» de los arts. 85 a 90 TRLCU califica objetivamente como tales, el supuesto es similar al de la cláusula nula por contrariar una norma imperativa o prohibitiva, en cuyo caso el Notario o el Registrador no deben admitirla.
4. En todos aquellos casos en que haya sido necesaria una valoración judicial circunstanciada, solo cabe considerar nula la cláusula idéntica a la considerada en la sentencia, puesto que cualquier modificación respecto de esta haría que la misma ya no haya sido objeto de la imprescindible calificación judicial. Esto es destacado por el Tribunal Supremo al declarar la eficacia procesal *ultra partes* de la sentencia, dado «el casuismo que impregna el juicio de valor sobre el carácter abusivo de las cláusulas».
 5. En los contratos a otorgar por predisponente distinto del o de los condenados en la sentencia, tratándose de supuestos en que, conforme a lo dicho, proceda la obligación de abstención, si el adherente, debidamente informado al respecto, confirma su voluntad expresa de formalizar el contrato, el mandato legal dirigido al Notario debe poder entenderse cumplido no ya únicamente denegando la autorización o intervención, sino también si se efectúa una u otra con las necesarias y adecuadas

advertencias. Hay que insistir en que la finalidad de la Ley es la protección del adherente, la cual queda salvada si se hace constar en la escritura que determinada cláusula es nula, atendiendo a que, conforme al art. 83.3 TRLCU, las cláusulas nulas por abusivas se tendrán por no puestas. Del mismo modo debe poderse actuar cuando —sin perjuicio o no obstante lo dicho en el punto anterior— el Notario tiene dudas sobre la identidad de la cláusula presentada con la declarada nula; en este caso, la advertencia debería referirse a la «posible nulidad» de la cláusula.

Hay que insistir en que este pequeño estudio —y, con él, las conclusiones expuestas— ha tenido origen en la necesidad de dar respuesta a una situación que cabe esperar que resulte transitoria, por cuanto lo deseable es que, por parte de las entidades financieras en su conjunto, se vaya acomodando el clausulado de sus condiciones generales a la doctrina del Tribunal Supremo, con independencia del mayor o menor alcance de la misma. Estamos, sin embargo, en un ámbito en el que, como el propio Tribunal Supremo reconoce, la casuística es amplísima y la problemática puede reproducirse. La intención del legislador es clara, pero los medios para conseguir el objetivo parecen tener unos límites. Es obligación de todos los implicados intentar conciliar ese objetivo con el estricto respeto a la ley, con la voluntad de los contratantes y sin merma de la debida protección al más necesitado.

(1) Art. 17.2 RRCGC: «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».

Art. 147.3 RN: «Sin mengua de su imparcialidad, el Notario insistirá en informar a una de las partes respecto de las cláusulas de las escrituras y de las pólizas propuestas por la otra, comprobará que no contienen condiciones generales declaradas nulas por sentencia firme e inscrita en el Registro de Condiciones Generales».

(2) Cuando menos, para que la abusividad pueda ser atacada mediante el ejercicio de una acción colectiva, particularmente la de cesación, que a los fines de esta materia es la que más nos interesa.



- (3) Luis Humberto CLAVERIA GOSÁLBEZ, *Condiciones generales y cláusulas contractuales impuestas*, Bosch, 2008, col. «Notariado Hoy».
- (4) La remisión debe entenderse hecha hoy a los arts. 82 y 85 a 90 TRLCU.
- (5) Dicha nota dedica su casi íntegro contenido a detallar la actuación del Notario en el periodo comprendido entre la publicación de la sentencia y su inscripción en el RGCGN, limitándose a decir, respecto de la situación derivada de dicha inscripción, que «inscrita la sentencia en donde se declare la nulidad de determinadas cláusulas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, ningún Notario podrá autorizar escrituras o intervenir pólizas que contengan las cláusulas declaradas abusivas», sin que exista con posterioridad, hasta donde yo sé, ninguna otra comunicación al respecto.
- (6) El catedrático de Derecho Mercantil Javier GARCÍA DE ENTERRÍA, en un artículo publicado en el diario *La Ley* en 1998, empieza señalando que «**la Exposición de Motivos de la Ley alude engañosamente a “los efectos erga omnes que la inscripción va a atribuir a la declaración judicial de nulidad”**, así como a “los efectos prejudiciales que van a producir los asientos relativos a sentencias firmes en otros procedimientos referentes a cláusulas idénticas”. Sin embargo, **prescindiendo ahora de la valoración que deba merecer la inclusión en una Exposición de Motivos de afirmaciones que carecen de correspondencia con el régimen de la propia Ley**, lo cierto es que esta inscripción en el Registro no aporta a las sentencias sobre condiciones generales ningún efecto distinto o exorbitante respecto de los que son propios de cualquier sentencia [...] es manifiesto que la sentencia que estime una acción colectiva o individual en materia de condiciones generales podrá tener algún valor —si se quiere— como precedente, pero nunca efectos *erga omnes* ni “efectos prejudiciales” (!) de ningún tipo, por mucho que se beneficie de esta imaginaria e ilusoria publicidad registral». «Lo que todo ello supone, desde la perspectiva del contenido de la nueva Ley de Condiciones Generales de la Contratación, no es otra cosa que la inadmisibilidad constitucional de su art. 20.4, por la vana pretensión de atribuir fuerza directamente vinculante a los criterios interpretativos sentados por el Tribunal Supremo en materia de condiciones generales abusivas. Por mucho que estos criterios se fijen en relación con acciones colectivas, en las que el en-

juiciamiento de la cláusula impugnada ha de efectuarse de acuerdo con unos parámetros abstractos y generales y sin consideración alguna a las circunstancias específicas de un conflicto determinado, el Tribunal Supremo en ningún caso está habilitado constitucionalmente para obligar con sus interpretaciones al resto de los órganos judiciales, mediante la formulación de verdaderas normas jurídicas materiales que invalidarían la subordinación exclusiva de los jueces al “imperio de la ley” y la independencia con que han de ejercitarse las funciones jurisdiccionales». En contra de esta opinión, Juan Carlos RAMON CHORNET, en su trabajo publicado en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 661 (septiembre-octubre 2000), dice: «Creo que, expuesta con tanta generalidad, quizá esta es una lectura demasiado estricta o demasiado formal de la Constitución, que chirría cuando se trata de aplicar a la contratación en masa y al Derecho de consumo, porque lleva a entender el principio de independencia judicial como el derecho de aquellos predisponentes cuyas cláusulas han sido reiteradamente declaradas abusivas por la más alta instancia jurisdiccional, a exigir indefinidamente un nuevo pronunciamiento sobre la misma imposición más que presuntamente abusiva».

- (7) Así, Octavio TOBAJAS GÁLVEZ, «El Registro de Condiciones Generales de la Contratación», en *Actualidad Civil*, n.º 31 (29 julio-4 agosto 2002): «Entiendo que la única explicación de este precepto es la de servir de complemento en el ámbito de las condiciones generales de la contratación al art. 222 de la LEC que se refiere a la cosa juzgada material. [...] Este efecto tiene una doble función, que deriva de un mismo principio, el *non bis in idem*: una positiva —y se habla entonces de función positiva de la cosa juzgada— y otra negativa —y se habla entonces de función negativa de la cosa juzgada». En el mismo sentido, el profesor Francisco VICENT CHULIÀ, *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Lex Nova, 2000, págs. 417 y ss., cuando señala la existencia de «una confusión innecesaria entre dos instituciones distintas: la jurisprudencia, reconocida en el art. 1 del Código Civil como complemento del ordenamiento jurídico —ya que no seguimos el sistema del precedente— y el alcance subjetivo de la cosa juzgada, que el legislador ordinario puede ampliar con respecto al art. 1252 del Código Civil (siempre que no viole el derecho a la defensa jurídica)».

- (8) Con la particularidad de que dicho párrafo 3.º del art. 221 LEC reconoce en estos casos la eficacia no solo positiva, sino también negativa, de la «cosa juzgada».
- (9) Eugenio LLAMAS POMPO, «Acciones colectivas contra daños», en *Práctica de Derecho de Daños*, n.º 60 (mayo 2008). Dice este autor que, «junto a la legitimación colectiva y difusa, la principal peculiaridad de las acciones de clase, que las convertía hasta hace poco tiempo en algo exótico a nuestro Derecho, es precisamente la extensión de los efectos de cosa juzgada a sujetos individuales que no fueron parte —en el sentido clásico de la expresión— dentro del proceso [...]. Las reglas del art. 221 señalan implícitamente que, junto al pronunciamiento de condena en relación con la indemnización —si es de carácter absolutorio o desestimatorio de la demanda, nada cabe añadir—, la sentencia tiene que manifestarse razonadamente acerca del alcance subjetivo de la sentencia, es decir, de la determinación o indeterminación de los perjudicados acreedores a la indemnización».

Así lo entiende también el profesor VICENT CHULIÀ, *op. cit.*, señalando que «la condición general es nula para todos los contratos del profesional predisponente condenado en la sentencia firme a suprimir la condición general declarada nula, lo que favorece a los terceros adherentes que no fueron parte en el juicio —(cfr. art. 222.4 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil)».

- (10) Abundando en esta tesis, la doctora en Derecho Procesal Mónica GARCIA VILA, en la pág. 357 de su libro *Las condiciones generales de la contratación: Aspectos procesales*, Editorial Práctica de Derecho, 2006, señala: «Podría plantearse la posibilidad de que el órgano jurisdiccional determinara si los efectos de la declaración de nulidad se extienden a terceros que no hayan sido demandados, en nuestro caso, a otras empresas o profesionales que, si bien no han sido demandados en el proceso, pertenecen al mismo sector económico que el demandado o demandados del proceso y que utilizan y/o recomiendan idénticas o semejantes condiciones generales nulas a las discutidas en el proceso.

»Consideramos que el art. 17.4 de la LCGC no tiene nada que ver con el 221.2 de la LEC y que la referencia a los consumidores y usuarios del art. 221.2 debe entenderse realizada conforme a la DA 4.ª a los adherentes —bien sean consumidores y usuarios o profesionales—, pero no al predisponente o recomendante. Por tan-

to, el art. 221.2 solo es posible aplicarlo a los adherentes, no a los demandados, aunque sean del mismo sector económico y utilicen o recomienden idénticas o semejantes condiciones generales nulas. Se podría partir de la declaración de nulidad efectuada en el proceso incoado para ejercitar contra los profesionales o empresarios que utilicen o recomienden las mismas o semejantes condiciones generales nulas, las pretensiones de cesación o retractación que se estimen oportunas, según el caso. [...]

»En efecto, lo dispuesto en el art. 221.2 supone una excepción al ámbito subjetivo de la cosa juzgada material, más concretamente, al principio de *res iudicata inter partes*. Excepción que, pese a que no se contiene de modo expreso en el art. 223, sí en el 221.2».

En el mismo sentido expuesto, y entre otras, las opiniones de Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL —«El derecho de las condiciones generales y las cláusulas predispuestas», en *Revista Jurídica de Catalunya*, 2000/1, pág. 29—, Ramón DURAN RIVACOBRA —«Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas», en *Revista de Derecho Privado*, febrero 2000, pág. 129— y Aránzazu PÉREZ MORIONES —«Las acciones colectivas de cesación...», en *Revista General de Derecho*, julio-agosto de 1999, pág. 9513).

Frente a estas opiniones, el Registrador de la Propiedad Carlos BALLUGERA GÓMEZ, «La inscripción en el Registro de Condiciones Generales de la STS de 16 de diciembre de 2009 sobre cláusulas abusivas en las hipotecas», en *La Ley*, 16 septiembre 2010, ref. D-272, no parece expresar duda alguna acerca de la eficacia de la sentencia respecto de toda entidad bancaria o financiera que, como dice la Sentencia de la Audiencia, oferte en sus contratos alguna de las cláusulas declaradas nulas. Dice este autor que «el fundamento de esta extensión subjetiva de los efectos de la sentencia se encuentra en que lo que se declara con nulidad de la condición general abusiva es la ilicitud de la conducta en sí en que consiste su uso, por lo que sería absurdo admitir que otro sujeto no interviniente en el proceso pudiera realizar tal conducta».

- (11) Para el Tribunal Supremo, a la hora de determinar si «las sentencias estimatorias del carácter abusivo de alguna condición general de la contratación, dictadas en procedimientos en los que se ejercitan por asociaciones de consumidores o usuarios al amparo del art. 11 acciones de cesación para el control abstracto de su licitud, deben superar o no en el ca-

so concreto las fronteras subjetivas que fija como regla el art. 222.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», debe tomarse en consideración que «la eficacia del control abstracto de las cláusulas abusivas exige la expulsión del sistema de las cláusulas declaradas nulas por sentencia firme sin necesidad de petición previa, como se evidencia de los términos imperativos de la norma: “la sentencia determinará si [...] la declaración...”. Esta conclusión no puede entenderse constitutiva de un supuesto de inconstitucionalidad [...], ya que la tutela efectiva puede verse afectada cuando dos sentencias son contradictorias pese a recaer sobre un objeto procesal coincidente y, como afirma la recurrente, “si un acto es ilegal, lo es con independencia de quien lo cometa”. Finalmente, las reglas que rigen el proceso en general deben compatibilizarse con el objetivo perseguido por la Directiva y, como afirma la referida Sentencia del TJUE de 4 de junio de 2009 —caso Panon—, “el juez que conoce del asunto ha de garantizar el efecto útil de la protección que persigue la Directiva”».

- (12) De modo específico, el profesor VICENT CHULIÀ —*op. cit.*—, después de señalar que «la Exposición de Motivos de la LCGC, por otro lado, se expresa incorrectamente cuando se refiere a los “efectos *erga omnes* que la inscripción va a atribuir a la declaración judicial de nulidad”, y transmite un craso error de interpretación de la LCGC», vaticina «que, aunque proceda de los medios oficiales, no será seguida por nuestros tribunales».
- (13) Sobre la eficacia de la inscripción —y la de la sentencia en sí—, Francisco PERTIÑEZ VÍLCHEZ, en el tomo II del *Tratado de contratos* publicado en 2009 por Tirant lo Blanch, pág. 1679, señala: «Sí que tiene pleno sentido la publicidad de las sentencias en las que se estime una acción, aunque conviene aclarar **que la inscripción no atribuye a la sentencia ningún efecto *erga omnes***. Esta inscripción permitirá que las entidades legitimadas para el ejercicio de una acción colectiva conozcan qué condiciones generales han sido ya sometidas a un control abstracto, habiendo sido objeto de una sentencia estimatoria, evitando la interposición de demandas contra estas mismas cláusulas que pudieran dar lugar a decisiones contradictorias. [...] Por último, a pesar de que la sentencia que resuelva afirmativamente una acción colectiva no tenga efectos sobre los contratos concretos que contengan esa condición general, su publicidad de cara a los contratantes individuales que se vean afectados por

esa condición general es importante por cuanto que les proporciona una certidumbre de éxito de las acciones individuales o colectivas —ex art. 11.2 y 11.3 de la LEC— de nulidad de la condición general y devolución de lo indebidamente cobrado o indemnización de daños, siempre que en su contrato individual se dieran las mismas circunstancias objetivas que en abstracto motivaron la cesación o la retractación de esa condición general».

Por el contrario, el Registrador de la Propiedad Javier GÓMEZ-GALLIGO, en el capítulo VI del libro *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Lex Nova, 2000, defiende que «las sentencias declarativas de la nulidad de una condición general —tanto en acciones individuales como colectivas— serán inscritas en el Registro de Condiciones Generales —*cfr.* art. 22 de la Ley—, lo que permitirá su eficacia *erga omnes*. Así los notarios y registradores de la propiedad no autorizarán ni inscribirán contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencias inscritas —*cfr.* art. 10.6 de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios. Además, pueden llegar a tener una eficacia prejudicial, de manera que las sentencias firmes obtenidas en el ejercicio de las acciones colectivas pueden llegar a tener efecto más allá de las partes contendientes, como luego veremos al analizar los efectos del Registro a la luz de lo dispuesto en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil respecto de las demandas ejercitadas por las asociaciones de consumidores, que va más allá del efecto prejudicial que prevía el art. 20 de la Ley 7/1998 y que fue derogado por la misma LEC».

Las opiniones procedentes del sector doctrinal registral parecen estar, sin embargo, bajo sospecha, a raíz de la intervención de estos profesionales en la gestación de la normativa. ALFARO ÁGUILA-REAL —*op. cit.*—, págs. 30 y 31 — señala: «Los autores del borrador de proyecto de ley, registradores de profesión, pensaron, contra toda lógica y razonabilidad, que era una buena idea crear un registro donde se recogieran todos los formularios contractuales que se utilizaran en el tráfico. [...] Afortunadamente, tales delirios de grandeza fueron reducidos notablemente en el proceso legislativo [...]. El depósito de las condiciones generales carece de efectos jurídicos. **Tampoco tiene ningún efecto jurídico el depósito de las sentencias**». En cuanto al Reglamento, Ricardo CABANAS TREJO, «El Reglamento



del Registro de Condiciones Generales de la Contratación...», en *La Notaria*, n.º 5 (2000), págs. 95 y ss., lo tacha de «auténtica chapuza», plagado de un «sinfín de omisiones y de dislates». Dice: «Todo intento de que este archivo sea recipiendario de cualquier suerte de “verdad oficial”, como insensatamente se pretendió por los autores del proyecto, solo serviría para hacerle cumplir objetivos contrarios a los deseados». En relación con la eficacia de la inscripción de las sentencias, observa que, «con el Reglamento en la mano, hay una serie de resoluciones judiciales huérfanas de Registro. Me explico. La LCGC —ahora la LEC— contempla la posibilidad de que también sea demandado en virtud de una acción colectiva un predisponente que en España carezca tanto de establecimiento como de domicilio. En tal caso, será competente el Juez del lugar en que se hubiere realizado la adhesión [...]. Pues bien, en tal caso, ¿se puede saber dónde habrán de anotarse las demandas, y lo que es peor, inscribirse las sentencias? Parece que en ningún sitio, pues el Registro Central no ostenta una competencia residual para estos casos. La conclusión es la ilegalidad, por incompletud, del propio art. 4 del Reglamento, que deja sin posibilidad de ser inscritas en el RCGC una porción de resoluciones judiciales que, por mandato legal expreso, deben acceder a dicho Registro».

- (14) Resulta interesante la observación del profesor José María MIQUEL GONZÁLEZ, «La nulidad de las condiciones generales», 2006 (Especial Coloquio) <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=343#tocto8>: «Lo especifi-

co del art. 8.1 —de la LCGC— es la frase **en perjuicio del adherente**, que lo diferencia del art. 6.3 del Código Civil y establece una **ineficacia relativa** a pesar de ser de pleno derecho. Esa frase no significa, claro es, que solamente sean nulas las condiciones generales que contravengan en perjuicio del adherente normas imperativas o prohibitivas. Las normas imperativas o prohibitivas de otras leyes no se ven afectadas por el art. 8.1 LCGC; por ello la mención de esas normas en el art. 8.1 LCGC es, en alguna medida, irrelevante e inoportuna. Pero hay normas imperativas relativas o parcialmente imperativas, como son las que tratan de proteger a una parte y no a otra, lo que no debe confundirse con que sean de interés privado solamente. La contravención de estas normas puede dar lugar coherentemente a una nulidad de pleno derecho relativa. Como a veces los tribunales y también algunos autores ignoran o no reparan en su existencia y correcta interpretación, no es superfluo establecer expresamente que la nulidad se produce si se contraviene la norma imperativa en perjuicio del adherente; o, **dicho más claramente, la nulidad la puede invocar el adherente, pero no se le puede imponer en contra de su voluntad**. Así, por ejemplo, la STS 12.12.1991 lo ignoró y aplicó en contra del comprador el art. 14 de la anterior Ley de venta de bienes muebles a plazos, y apreció la excepción de incompetencia, porque el comprador había demandado ante el Juez del lugar del domicilio del vendedor. Esta Sentencia no dio importancia al **fin protector de la norma** y se atuvo a la nulidad por ser la norma imperativa, ignorando que

se trata de una **norma imperativa relativa**. El art. 8.1 impide fallar así. Al margen del art. 8.1 LCGC, tampoco procedía ese fallo, porque se hubiera debido tener en cuenta la finalidad de la norma, lo que, desafortunadamente, al Tribunal Supremo le pareció irrelevante».

- (15) Dice PERTIÑEZ VÍLCHEZ —*op. cit.*, pág. 1679: «Dado que, como venimos diciendo, la inscripción de las sentencias en el RCGC no les atribuye ningún efecto *erga omnes*, la prohibición de autorización o de inscripción debe entenderse referida únicamente a las condiciones generales contenidas en los contratos efectuados por el mismo empresario predisponente condenado, cuando se den las mismas circunstancias objetivas que motivaron la cesación o retractación de la condición general en abstracto». Por su parte, RAMON CHORNET —*op. cit.*, págs. 2678 y ss.—, señala que «el art. 10.6 LCU —hoy sería el art. 84 TRLCU— no exige que la sentencia declarativa de la nulidad vincule a notarios y registradores tan solo cuando se trate del mismo predisponente que fue condenado en el juicio, sino que, en relación con el tráfico jurídico extrajudicial, las sentencias de nulidad tienen efectos universales *erga omnes*. Este es el punto fundamental que hace dudar que el art. 10.6 se adapte a la legalidad constitucional». Por ello, en la interpretación de dicha norma, este autor considera que «para cumplir con el principio constitucional de tutela judicial efectiva, las sentencias inscritas solo pueden vincular la calificación registral cuando se trate del mismo predisponente condenado en el proceso que ahora se le opone».