

El control notarial de las cláusulas abusivas: contenido y fases. Un intento de puesta al día

Antonio Ángel Longo Martínez
Notario de Barcelona

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. CLÁUSULAS ABUSIVAS: DETERMINACIÓN DIRECTA E INDIRECTA
- III. APRECIACIÓN DE LA «ABUSIVIDAD»
- IV. CONCLUSIÓN

I. INTRODUCCIÓN

Si hay un tema de actualidad en el ámbito de la contratación bancaria, es el relativo al control de las cláusulas abusivas, sobre todo a raíz de la jurisprudencia de los últimos años del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, entre cuyas sentencias más recientes destacan la de 14 de junio de 2012 y la de 21 de febrero de 2013 —en las que ya se avanza el menoscabo que para los derechos del consumidor representa la necesidad de oposición del mismo para que el Tribunal pueda apreciar la existencia de una cláusula abusiva— y, sobre todo, la de 14 de marzo de 2013 —*caso Aziz*—, que resuelve, ya en el ámbito hipotecario, que si el deudor ha planteado en juicio declarativo la posible abusividad de alguna cláusula, el Juez que entienda del mismo debe poder adoptar las medidas necesarias para para-



lizar la ejecución que se siguiere en otro juzgado hasta que se resuelva sobre dicha eventual abusividad.

La doctrina del TJUE provocó la promulgación de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que modifica los procedimientos de ejecución hipotecaria ordinario, judicial directo y extrajudicial. Casi simultáneamente, el Tribunal Supremo dictaba la Sentencia de 9

de mayo de 2013, sobre la llamada *cláusula suelo*. La repercusión de todo ello en la esfera judicial ha sido inmediata, con abundancia de demandas y sentencias de distinta índole. Finalmente, la cuestión ha acabado por plantearse en el ámbito de la seguridad jurídica preventiva, donde la Dirección General de los Registros y del Notariado ya ha dictado algunas resoluciones que es necesario analizar en orden a perfilar el ade-



cuado proceder de notarios y registradores. Antes, sin embargo, parece necesario hacer una somera puesta al día de los antecedentes legislativos y jurisprudenciales.

II. CLÁUSULAS ABUSIVAS: DETERMINACIÓN DIRECTA E INDIRECTA

La determinación de cuándo una cláusula es abusiva exige distinguir distintos supuestos. Así, podemos encontrar:

- 1) La cláusula que encaja en la regla general del art. 82.1 TRLGDCU, cuya abusividad resulta de ser contraria a las exigencias de la buena fe y causar, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones.
- 2) La cláusula subsumible en algunos de los supuestos específicos regulados en los arts. 85 a 90 TRLGDCU, que recogen una lista de cláusulas abusivas «en todo caso», esto es, sin necesidad de esa concreta apreciación de ausencia de buena fe o de desequilibrio en las contraprestaciones a que se refiere la regla general del art. 82.1.

Ahora bien, dichos artículos contienen unos supuestos más claramente definidos que otros, y por eso es habitual hablar de «lista negra» y «lista gris» de cláusulas abusivas: un ejemplo de cláusula encuadrable en la lista negra es el del art. 90.3: «*La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley correspondan al empresario*», mientras que se incluiría en la lista gris, entre otros muchos, el supuesto del art. 87.6, que habla de las estipulaciones que impongan al consumidor «*obstáculos onerosos o desproporcionados*» para el ejercicio de sus derechos, como por ejemplo «*plazos de duración excesiva*».

- 3) Por otro lado, una cláusula puede ser abusiva porque así lo ha decretado el Juez en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación. Es el caso de aquellas a que se refiere la STS de 16 de diciembre de 2009; por ejemplo, la que en relación con la compensación de la deuda con el saldo de cuentas o depósitos del deudor se incluía en las escrituras de Banco Santander, frente a las que sobre dicha

FICHA TÉCNICA



Resumen: Si hay un tema de actualidad en el ámbito de la contratación bancaria, es el relativo al control de las cláusulas abusivas, sobre todo a raíz de la jurisprudencia de los últimos años del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en cuyas sentencias de 14 de junio de 2012 y de 21 de febrero de 2013 ya se avanza el menoscabo que para los derechos del consumidor representa la necesidad de oposición del mismo para que el Tribunal pueda apreciar la existencia de una cláusula abusiva, mientras que la de 14 de marzo de 2013 resuelve que si el deudor ha planteado en juicio declarativo la posible abusividad de alguna cláusula, el Juez que entienda del mismo debe poder adoptar las medidas necesarias para paralizar la ejecución que se sigue en otro juzgado hasta que se resuelva sobre dicha eventual abusividad.

Palabras clave: Cláusulas abusivas, contratación bancaria.

Abstract: If there is a subject of current interest in the field of banking contracts it is the control of unfair terms, especially in light of the case law from recent years from the Court of Justice of the European Union, in whose rulings dating from June 14, 2012 and February 21, 2013, progress is being made on the detriment to consumers' rights represented by the need for the consumers' opposition for the Court to recognize the existence of unfair terms, while in the ruling of March 14, 2013, the Court resolves that if the debtor has put forward in declaratory trial the possible unfairness of some provision, the judge trying this case must be able to adopt the measures necessary to paralyze the execution that would be in process in another court until a ruling is issued about said possible unfairness.

Keywords: Unfair terms, banking contracts.

misma materia se incluían en las minutas de Bankinter y BBVA, que el Tribunal estimó ajustadas a derecho.

- 4) Ahora, además, y a la vista de lo resuelto por el TS en la Sentencia de 9 de mayo de 2013, podemos hablar de una abusividad por falta de transparencia que tendría como base el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, cuyo contenido no fue objeto de transposición por el legislador español —al parecer, a causa de un desliz parlamentario. Según dicho artículo, no cabe la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato siempre que las mismas se redacten de manera clara y comprensible; por tanto, y a *sensu contrario*, entiende el TS que tales cláusulas deben someterse al control de abusividad si no reúnen esos requisitos de claridad y comprensibilidad en su redacción. En el caso, se trata de las famosas «cláusulas suelo»⁽¹⁾.

El razonamiento esgrimido en la Sentencia parecería haber de desembocar en la posibilidad de control de abusividad de la cláusula no transparente, aun cuando se refiera al objeto principal del contrato. El TS da el primer paso, que es declarar no transparente la cláusula suelo en cuestión y, por tanto, susceptible de ser sometida a dicho control, pero no parece llevar a cabo el mismo, sino que convierte de modo automáti-

co la falta de transparencia en un supuesto de abusividad, que parece en último término basar en que, en los términos en que se incluye en el contrato, no permite una **comprensibilidad real de su importancia** en el desarrollo razonable del mismo.

Con base en este planteamiento general, el TS hace una apreciación previa en la que entiende que **las cláusulas suelo son lícitas**, incluso no coexistiendo con cláusulas techo, siempre que cumplan esos requisitos de transparencia, que exigen —y aquí es donde empieza a aparecer la concreta abusividad del supuesto— destruir cualquier apariencia de variabilidad de los tipos cuando la misma es previsiblemente inexistente, de tal manera que «*cuando el suelo estipulado lo haga previsible, [el deudor] esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo*».

Esa *aparición de una inexistente variabilidad* es la primera de las seis circunstancias⁽²⁾ que el TS entiende que convierten la cláusula en abusiva. Por lo demás, en el auto aclaratorio de 12 de junio de 2013, señala que la incluida en la Sentencia no constituye «*una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra (no están todas las que son)*. Tampoco determina que la presencia aislada de alguna, o algunas, sea suficiente para que pueda considerarse no transparente la cláusula a efectos de control de su carácter eventualmente

abusivo (tampoco lo son, aisladamente consideradas, todas las que están)». Sin embargo, insiste de nuevo el auto en que «uno de los diferentes supuestos de **falta de transparencia y de cláusula abusiva, sin necesidad de que concurra ningún otro requisito**», vendría constituido por «la creación de la **apariencia de un contrato de préstamo a interés variable, cuando el índice de referencia o su evolución, previsible para el profesional, a corto o medio plazo, lo convertirán en interés mínimo fijo, variable nada más al alza**». Con lo cual vuelve a la primera de las circunstancias relacionadas, como base del sentido de la Sentencia, apareciendo las demás, en realidad, como apoyo de aquella⁽³⁾.

Cabe decir que no se encuentra en la Sentencia un apoyo normativo expreso que permita asociar esa falta de transparencia con un supuesto de abusividad, para atribuirle los efectos de la misma. Para PERTIÑEZ VÍLCHEZ⁽⁴⁾, ese apoyo estaría en la propia regla general del art. 82 TRLGDCU: por un lado, la actuación contraria a la buena fe derivaría del ocultamiento por el banco de la posibilidad de un real entendimiento de la cláusula; por otro lado, el desequilibrio derivaría de la alteración de la carga económica del contrato respecto de la que el consumidor podía esperar con base en la información suministrada.

Tenemos, por tanto, unos supuestos en los que la abusividad viene determinada por la ley de modo directo y otros en los que viene determinada de modo indirecto.

De los cuatro bloques de supuestos antes señalados, habrá una **determinación directa** en dos casos:

1. El primero y más claro sería el de aquellas cláusulas incluidas en la llamada *lista negra* de los arts. 85 a 90 TRLGDCU, es decir, cuando el supuesto de hecho encaja claramente en el previsto en alguno de dichos artículos; poníamos como ejemplo el del art. 90.3: «La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley correspondan al empresario».
2. El segundo sería el de las que han sido declaradas abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación. Aquí, sin embargo, la claridad puede verse disminuida por dos elementos, objetivo y subjetivo:

- Objetivo, porque únicamente será abusiva la cláusula que coincida exactamente con la utilizada en el supuesto de hecho resuelto por la sentencia.
- Subjetivo, porque queda por resolver la eficacia *erga omnes* de dicha sentencia, esto es, el alcance de sus efectos a terceros predisponentes distintos del demandado, cuestión sobre la que había venido siendo mayoritaria la interpretación negativa (a salvo los efectos meramente procesales, que no sustantivos).

Por el contrario, habrá una **determinación indirecta** en todos los demás supuestos, es decir, aquellos previstos por el TRLGDCU, bien en la regla general del art. 82.1 —que exige ausencia de buena fe y desequilibrio en las contraprestaciones—, bien en la «lista gris», es decir, las cláusulas que, incluidas en la relación de los arts. 85 a 90, requieren la apreciación de conceptos jurídicos indeterminados, como en el ejemplo del art. 87.6 al hablar de «obstáculos onerosos o desproporcionados» o de «plazos de duración excesiva».

El caso de la **falta de transparencia** apreciada por el TS en la Sentencia de 9 de mayo de 2013, relativa a las cláusulas suelo, constituye, como veíamos, un supuesto aparentemente nuevo en el que la nulidad de la cláusula deriva de su falta de transparencia, la cual provoca una apariencia de variabilidad de intereses inexistente. Y ello —siguiendo con las circunstancias del caso— por omisión de una información suficiente, de una simulación de escenarios diversos de evolución del interés y de una advertencia sobre el coste comparativo con otros productos, ubicando además la cláusula —en algún caso— «entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor» y aparentando «que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo».

III. APRECIACIÓN DE LA «ABUSIVIDAD»

Centrándonos ahora en cuál debe ser la actuación del Notario en esta materia, podemos decir que la misma se desarrolla en tres momentos o aspectos diferentes: el del *control de incorporación*, el del *control de*

contenido y el que podríamos ahora llamar *control de ejecución*.

1. El control de inclusión o incorporación

Se trata de una actuación que el Notario debe realizar cuando autoriza o interviene una operación con inclusión de condiciones generales de contratación, actuación que resulta previa a cualquier otra relacionada con la abusividad propiamente dicha y al otorgamiento en sí del documento notarial, el cual debe reunir las condiciones de claridad, sencillez, legibilidad, concreción, etc., a que se refieren los arts. 5.5 LCGC y 80.1a y 80.1b TRLCU.

En su Sentencia de 9 de mayo de 2013, el TS incardina en esta fase, en relación con los préstamos hipotecarios y como primer filtro o control de transparencia, la regulación contenida en la OM de 5 de mayo de 1994, hoy sustituida por la OM de 28 de octubre de 2011, entendiéndose que «la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM de 5 de mayo de 1994 garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euríbor». Similares previsiones a las contenidas en la citada OM se contienen en la Ley 2/2009, de 31 de marzo, en relación con empresas que no tienen la condición de entidades financieras.

Habría que plantearse, en cualquier caso, si un eventual defecto en el cumplimiento de las obligaciones de información precontractual previstas en la citada normativa puede provocar lo que con carácter general supone el incumplimiento de los requisitos de incorporación, es decir, que la cláusula sencillamente no pase a formar parte del contrato, considerándose este formado sin la misma. La STS de 9 de mayo de 2013 no resuelve la cuestión, puesto que, de una parte, se refiere únicamente a las cláusulas «de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euríbor» y, por otra —y con independencia de lo que podría haber dicho de ser el caso—, el TS no está diciendo que la omisión de los pasos regulados en la OM suponga incumplir los requisitos exigidos por la LCGC —recordemos: claridad, sencillez, legibilidad, concreción...—, sino que el seguirlos sí garantiza razonablemente la observancia



de los mismos. PERTIÑEZ VÍLCHEZ, en su artículo antes citado, señala que «la Orden 5 mayo 1994 es una mera norma administrativa, de disciplina del mercado bancario, cuya contravención conlleva una mera sanción administrativa, pero en modo alguno puede fijar el umbral de la validez contractual de las cláusulas financieras en los contratos de préstamo con consumidores».

Habría que plantearse si un eventual defecto en el cumplimiento de las obligaciones de información precontractual previstas puede provocar el incumplimiento de los requisitos de incorporación

Pues bien, en relación con esta materia, ya encontramos una idea de lo que puede ser la interpretación de la DGRN, deslizada en su **Resolución de 13 de septiembre de 2013**, cuando señala que sería discutible si ha sido debidamente cumplida la correspondiente normativa —Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre—, cuestión sobre la que no se pronuncia por no haber sido observado defecto alguno al respecto por el Registrador, dando así a entender que la falta de cumplimiento de dicha normativa podría ser controlada por el Registrador, cuestión más que discutible si atendemos a lo expuesto anteriormente.

En la posterior **RDGRN de 31 de octubre de 2013**, se dice a su vez: «Al no haber alegado el Registrador nada en relación con el **previo control de transparencia**, no procede entrar a verificar un control de abusividad respecto de una cláusula (intereses variables) que por referirse al objeto principal del contrato de préstamo hipotecario solo procede cuando **previamente se ha constatado su falta de transparencia** en los términos indicados (vid. Resolución de 13 de septiembre de 2013)». Al hablar de ese «previo control de transparencia» y remitirse a la RDGRN de 13 de septiembre de 2013, parece efectivamente estar refiriéndose al «control de incorporación», es decir —en el caso de préstamos hipotecarios—, al cumplimiento de los requisitos previstos en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre.

Y esta idea parece confirmarse en la **RDGRN de 5 de febrero de 2014**, en cuyo supuesto de hecho la Registradora aprecia

el defecto, que la DGRN confirma como tal, de la no inclusión en la escritura de la expresión manuscrita exigida por el art. 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, para aquellos préstamos hipotecarios con personas físicas que reúnan determinadas circunstancias⁽⁵⁾. Dice la Resolución que esa omisión es puesta en relación por la Registradora calificante con los criterios de transparencia e información contractual fijados por el TS en la reiterada Sentencia de 9 de mayo de 2013. Pero —añade— «es que, además, al citado control de transparencia debe preceder un previo control de inclusión o incorporación al contrato de la cláusula que revista caracteres de condición general de la contratación [...]. Es este control previo y doble de incorporación y transparencia el que se ha visto reforzado por el art. 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo».

Al margen de todo lo dicho sobre este control de incorporación, en las resoluciones parece insinuarse que de «superarse» el mismo podría valorarse una eventual falta de «transparencia de contenido», única «variante» de abusividad que de acuerdo con la Sentencia del TS puede controlarse en relación con una cláusula que el mismo TS ha considerado como parte del objeto principal del contrato. Ello nos introduce ya en el siguiente de los apartados enunciados al referirnos a la actuación notarial.

2. El control de contenido

a) Abusividad directamente determinada

En relación con los diferentes posibles supuestos señalados anteriormente, el



Notario deberá entender abusiva, en todo caso, la cláusula que, como decíamos, así venga determinada directamente, bien por aparecer como tal en la repetida «lista negra», bien por resultar idéntica a la que ha sido declarada nula mediante sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación y pretender ser utilizada por el mismo predisponente condenado en el supuesto enjuiciado.

Respecto de las primeras, ya dijo la Circular 1/98 CGN que, tratándose de «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**), el Notario debe rechazar su incorporación por aplicación del art. 145 del Reglamento Notarial».

Respecto de las segundas, y aunque el supuesto no será muy probable, ¿qué ocurre si un predisponente distinto —en el caso, una entidad de crédito diferente— pretende incluir una cláusula idéntica a la anulada? Según determinó en su día el Consejo de Estado al informar del proyecto de LCGC, resulta inconstitucional la eficacia *erga omnes* que el proyecto de ley atribuía a las sentencias inscritas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, y así lo ha entendido posteriormente la mayor parte de la doctrina. El propio Ministerio Fiscal emitió, en el año 2010, una circular en el mismo sentido. En todo caso, parece que hay que entender que, cuando se ha admitido dicha eficacia *ultra partes*, ha sido, como dice el art. 221 LEC, a efectos procesales.

Sin embargo, frente a esta postura, la jurisprudencia del TJUE insiste en que el llamado principio de efectividad implica que, si bien la adopción de las medidas concretas para cumplir con una determinada directiva corresponde a los distintos Estados Miembros, tales medidas deben dictarse, interpretarse y aplicarse de modo que sea efectivo el resultado previsto por la directiva; en el caso que tratamos —y en relación con las normas contenidas en la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, de protección de los consumidores—, «el cese en el uso de cláusulas abusivas». Desde este punto de vista —y sin entrar ahora en el alcance del eventual conflicto entre el citado principio de efectividad y el derecho a la tutela judicial efectiva, base de la polémica sobre la inconstitucionalidad de la pretensión de eficacia *ultra partes* de la sentencia—, habría que concluir que, declarada nula por

abusiva una determinada cláusula e inscrita la correspondiente sentencia en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, es razonable que dicha nulidad sea tenida en cuenta por el Notario en todo caso, sea cual sea la entidad, condenada o no, que pretendiera incluirla posteriormente en un contrato. Teniendo en cuenta, en todo caso, que debe tratarse de una cláusula idéntica, lo que, como señalábamos, reduce enormemente la probabilidad del supuesto de hecho.

b) Abusividad indirectamente determinada

En cambio, en los que hemos llamado *supuestos de determinación indirecta*, no puede pretenderse que ni el Notario ni el Registrador rechacen por abusiva una determinada cláusula cuando para ello es necesaria la apreciación de criterios como ausencia de buena fe o desequilibrio entre las contraprestaciones —caso de la regla general del art. 82.1 TRLDU— o, en general, de conceptos jurídicos indeterminados —como ocurre con los supuestos de los arts. 85 a 90, calificables como «lista gris». Ese es un control que corresponde en exclusiva a los jueces, tal y como proclama la Exposición de Motivos de la LCGC y señaló en su día la Circular 1/1998 CGN.

No lo entendió así, sin embargo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 1 de abril de 2011, que, desbordando el límite de la calificación registral en esta materia, llegó a decir que «*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 juicio de ponderación alguno*». Esta es una declaración claramente desafortunada, porque, como veíamos, entre las cláusulas contenidas en los arts. 85 a 90 TRLCU, existen muchas que sí requieren ese juicio de ponderación al que la misma Sentencia alude.

Hay quien ha entendido que la doctrina de la DGRN, contenida en las recientes resoluciones citadas, acaba por hacer suyos los argumentos de esta Sentencia, que es objeto de cita en aquellas. Entiendo que no es así, pero, antes de intentar explicarlo, conviene avanzar que la citada SAP Tarragona fue casada en virtud de la dictada por el TS el día 13 de septiembre de 2013; curiosamente, el mismo día en que se dicta la primera de las resoluciones comentadas.

La consecuencia es que queda vigente la sentencia de instancia que confirmó la RDGRN de 24 de julio de 2008, de tenor radicalmente opuesto. Es necesario advertir, no obstante, que, por un lado, esta Resolución ya había sido contradicha, como veremos, por otras posteriores del Centro Directivo y, por otro, que el motivo de casación de la SAP Tarragona es la apreciación de la falta de legitimación de la Registradora para recurrir la sentencia de primera instancia, y que, en su Sentencia, el TS hace unas apreciaciones sobre esta materia que no deben ser obviadas —y a las que haremos referencia más adelante.

En todo caso, la doctrina de la DGRN en este punto concreto es, a mi entender, menos «revolucionaria» de lo que parece. El núcleo de la RDGRN de 13 de septiembre de 2013 se contiene en una frase —repetida, sin aparente necesidad, en la RDGRN de 5 de febrero de 2014—, un tanto confusa, que conviene leer en dos partes para alcanzar el sentido del conjunto.

La frase empieza sentando lo que, aisladamente considerada, parecería una regla general de contenido extremadamente amplio. Dice así que «*la nulidad que declara el art. 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007 la declara directamente la misma ley, y el mandato legal de “tenerlas por no puestas” dirigido a todos los funcionarios que aplican la ley, y entre ellos los registradores, no queda subordinado a su previa declaración judicial*». Hasta aquí, podría entenderse que, para la DGRN, el Registrador puede apreciar cualquier tipo de cláusula abusiva en el contrato, sobre la base de que, tal y como señala el artículo citado en su n.º 1: «*Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas*».

Esta conclusión queda matizada —eso sí, con insuficiente claridad— al seguir leyendo: «*especialmente cuando se trata de algunas de las cláusulas incluidas en la llamada doctrinalmente “lista negra”, bien por vincular el contrato a la voluntad del predisponente, bien por limitar los derechos básicos del consumidor, bien por su falta de reciprocidad o por cualquiera otra de las causas que aparecen expresamente enunciadas en los arts. 85 y siguientes del citado Texto Refundido, al no requerir una valoración de las circunstancias concurrentes en función de conceptos jurídicos indeterminados*».

No es lo mismo decir, como hacía la ya anulada SAP Tarragona, que el Registrador



puede «apreciar como abusiva una cláusula cuando esta sea **alguna** de las tipificadas en los arts. 85 a 90 TRLCU» —porque *alguna*, en singular, parece equivaler a *cualquiera* y, en definitiva, a *todas*— que decir, como hace la Resolución, que esa apreciación de abusividad es posible cuando se trata de **algunas** de las cláusulas de la lista negra — porque *algunas*, en plural, deja claramente fuera a las demás: las que sí requieren «una valoración de las circunstancias concurrentes en función de conceptos jurídicos indeterminados», esto es, las que, simplificando, se enmarcan en la «lista gris».

Obviamente, lo primero para poder apreciar la nulidad en estos casos es confirmar que la cláusula es abusiva, y eso, una de dos: o lo dice la ley, o lo dice el Juez. Y la ley (art. 82.4) solo lo dice directamente en relación con esa «lista negra»: esta es la que debe tener en cuenta el Notario o el Registrador, pero no «especialmente», como se dice en estas resoluciones de modo inapropiado, sino «únicamente». Y, además, entendida estrictamente, es decir, con exclusión de los llamados *supuestos de la «lista gris»*, pues estos sí requieren esa «valoración de las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración de contrato» (art. 82.3), ese «juicio de ponderación» que está reservado a los tribunales⁽⁶⁾, como lo está también la apreciación de cualquier otro caso de posible abusividad vinculado, ex art. 82.1, a una actuación contraria a las exigencias de la buena fe y a un desequilibrio importante de las prestaciones en perjuicio del consumidor.

La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una cláusula contractual abusiva no vincula al consumidor y que no es necesario que aquel haya impugnado previamente con éxito tal cláusula

El fundamento en que basa su extraña afirmación inicial la DGRN parece ser la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de junio de 2009, en la que se declara que «el art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una cláusula contractual abusiva no vincula al consumidor y que, a este respecto, no es necesario que aquel haya impugnado previamente con éxito tal cláusula». Pero sor-

prende que, a partir de la misma, concluya ahora la DGRN que «esta jurisprudencia de la Corte de Luxemburgo excluye la posibilidad de entender que la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas que sanciona el art. 83.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, requiera de una previa declaración judicial». Y sorprende, de una parte, porque el hecho de que, como dice la Sentencia, no sea necesaria la previa impugnación de la cláusula por el consumidor solamente determina la posibilidad de que la abusividad sea apreciada de oficio por quien está legitimado para ello, que es únicamente el Juez, al menos cuando para dicha apreciación se requiera una valoración y ponderación de las circunstancias concurrentes, que, desde luego, el Registrador no está en condiciones de hacer, como la misma Resolución —un tanto a escondidas— acaba por decir; de otra, porque se trata de una Sentencia que ya había sido utilizada como fundamento en otras resoluciones anteriores sin que hubiera llevado a la DGRN a una conclusión similar.

Pues bien, este entendimiento de la doctrina del Centro Directivo debe trasladarse al análisis de la subsiguiente declaración contenida en las resoluciones de 13 de septiembre de 2013 y de 5 de febrero de 2014: «En consecuencia, si no resulta necesaria la previa declaración judicial de la nulidad de la cláusula, en los términos indicados, para que pueda ser calificada negativamente por el Registrador, con mayor motivo no será preciso que la eventual sentencia que declare dicha nulidad conste inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación». Ciertamente, así es: en relación con las cláusulas abusivas incluidas en la repetida «lista negra», su nulidad deriva de la ley, y no se requiere sentencia —ni, por lo tanto, inscripción de tal sentencia en registro alguno— para que sean rechazadas tanto por el Notario como por el Registrador — como, por lo demás, ocurre con cualquier convención contraria a la ley. Pero para ello es necesario que la cláusula sea objetiva e indubitadamente alguna de las de dicha lista; de lo contrario, no solamente es necesaria la sentencia que declare su nulidad, sino también la inscripción de aquella en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación —sin insistir ya más en la discutida eficacia *erga omnes* de dicha inscripción.

Resumiendo, creo que no cabe deducir que las RRDGRN de 13 de septiembre de 2013 y de 5 de febrero de 2014 supon-

gan en este ámbito, cuando menos por sí mismas, otra cosa que una continuidad en la doctrina del Centro Directivo que tiene como primer antecedente la RDGRN de 1 de octubre de 2010, doctrina que se reitera en resoluciones posteriores (4 de noviembre y 21 de diciembre del mismo año, y 11 de enero y 16 de agosto de 2011)⁽⁷⁾, en lo que supuso un intento de reconducción de la calificación registral en el ámbito de los préstamos y créditos hipotecarios, tras la drástica reforma introducida en el vigente art. 12 LH en virtud de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, y la interpretación de la misma por la propia DGRN a partir de la citada Resolución de 24 de julio de 2008. De hecho, la RDGRN de 13 de septiembre de 2013 no contiene, respecto de los fundamentos contenidos en la RDGRN de 1 de octubre de 2010, otra novedad que la referencia a la necesidad de interpretar las normas —en el caso, el citado art. 12 LH— con arreglo «a la realidad social en que ha de ser aplicada (art. 3.1 del Código), que ha experimentado notables cambios en relación con la situación que se vivía cuando se promulgó». Así, se dice en la Resolución: «No parece en modo alguno tolerable a la vista de los últimos acontecimientos, y por tanto la presente realidad social, que el contenido legal del derecho de hipoteca —y por tanto del crédito garantizado— susceptible de ser exigido mediante la acción real hipotecaria no quede en la inscripción nítidamente delimitado sin confusiones de ningún tipo».

La consolidación de esta doctrina es, por lo demás, lo acertado, según el TS, que en la antes citada Sentencia de 13 de septiembre de 2013, pese a casar la SAP Tarragona de 1 de abril de 2011, citada por la DGRN como fundamento en sus resoluciones, declara que «la doctrina seguida por la Dirección General de los Registros y del Notariado claramente en resoluciones posteriores a la que motivó el recurso de casación, como la de 16 de agosto de 2011, trata la cuestión en sus términos adecuados, a los que, en lo menester, nos remitimos».

Dicha doctrina podría sintetizarse:

- En cuanto a su contenido: las cláusulas financieras del préstamo o crédito hipotecario se inscribirán en los términos que resulten de la escritura de formalización de la hipoteca, pero el Registrador podrá realizar una mínima actividad calificadora que rechace aquellas cuya nulidad hubiera sido declarada mediante

sentencia o fueran contrarias a una norma imperativa o prohibitiva redactada en términos claros y concretos, sin que pueda realizar cualquier tipo de actividad valorativa de las circunstancias en las que se desenvuelva el supuesto de hecho.

Es decir, quedan fuera de la calificación registral aquellas cláusulas que «tratan de conceptos jurídicos indeterminados» o cuyo carácter abusivo «puede ser incluido en el ámbito de la incertidumbre», las cuales «solo podrán ser declaradas abusivas en virtud de una decisión judicial».

— En cuanto a sus fundamentos:

- 1) El papel activo del Registrador, supestamente reiterado por el TS en su Sentencia de 16 de diciembre de 2009, al diferenciar entre no inscribibilidad y nulidad de una cláusula (fundamento duodécimo)⁽⁸⁾.
- 2) La inaceptabilidad de que, dado el tenor del art. 130 LH, pudiera promoverse una ejecución hipotecaria con base en cláusulas que, siendo

abusivas, estuvieran contenidas en el asiento de inscripción.

- 3) El origen comunitario de gran parte de la normativa española en el ámbito de las cláusulas abusivas y la reiterada jurisprudencia de la Corte de Luxemburgo, que consagra el ya comentado principio de efectividad.

Creo que es de interés detenerse en este último fundamento, al que la DGRN vuelve a aludir en la Resolución de 13 de septiembre de 2013, al defender la no exigencia de inscripción en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación de la sentencia de nulidad por abusividad: «Tal exigencia infringiría el reiterado principio de efectividad de las directivas europeas en materia de consumidores». Esta referencia al principio de efectividad ya se hacía, como veíamos, en la RDGRN de 1 de octubre de 2010, cuyas conclusiones —más claras que las que ahora comentamos— acabamos de sintetizar.

Y me detengo en este punto porque en el mismo se sitúa, a mi juicio, el elemento más importante de cualquier discurso sobre

esta materia: tenemos, en un extremo, una determinada directiva cuyo objetivo, según repetidamente se ha señalado, es el cese en el uso de cláusulas abusivas y, a su lado, tirando de la misma cuerda, una sociedad que demanda lo mismo, espoleada por el drama de quienes han perdido o pueden perder su vivienda, al no poder atender los pagos de la hipoteca. Pero también tenemos, anclada en el otro extremo, una legislación nacional cuyo objetivo, siendo coherente con lo previsto en la directiva, trasciende, sin embargo, a una determinada coyuntura económica que debemos considerar excepcional, y que al transponer dicha directiva —e incluso más recientemente, al modificar la normativa procesal— ha señalado con suficiente claridad los límites en la actuación de cada una de las autoridades intervinientes. Siendo así que, en la observancia de dichos límites, ese objetivo no siempre se cumple con la agilidad y el resultado demandados en la actual situación por los agentes sociales, ¿basta la referencia a ese principio de efectividad para legitimar una actuación que no respete aquellos?

En mi opinión, no, dicho sea sin perjuicio de cuantos matices quieran hacerse al hablar de la autoridad judicial, puesto que los límites de su actuación son distintos, empezando por la posibilidad —y el deber— de interpretar el caso concreto atendiendo a las circunstancias concurrentes. Pero incluso la autoridad judicial ha tenido que seguir caminos un tanto complicados, y ahí están las cuestiones prejudiciales, alguna de las cuales ha dado lugar a posteriores modificaciones legales en esta materia. El Notario y el Registrador ni pueden apreciar de la misma forma las circunstancias concurrentes, ni disponen del instrumento de la cuestión prejudicial. El camino más directo para sentar criterios es la doctrina de la DGRN, pero para cumplir ese papel son necesarios posicionamientos adecuados y un esfuerzo de clarificación de conceptos que a menudo se echa en falta⁽⁹⁾.

c) Los supuestos de falta de transparencia

Y eso es lo que ocurre en el caso de la RDGRN de 13 de septiembre de 2013, cuando se adentra en el terreno todavía movido de la falta de transparencia.

Hay que advertir que el supuesto de hecho que se resuelve es atípico, ya que el





Registrador parece equivocarse al remitir la nota de calificación inicial, de modo que los hechos con base en los que califica no coinciden en absoluto con los reales, contenidos en la escritura. Al subsanar dicha nota, sin embargo, advierte que ello se hace «sin alterar el vigor de los fundamentos jurídicos esgrimidos para denegar la inscripción de la cláusula suelo», cuando, siendo los hechos distintos, parte de los fundamentos quedaban claramente invalidados. Pero entre dichos fundamentos figura uno de enorme importancia, que es la supuesta falta de transparencia, que el Registrador aprecia conforme a la STS de 9 de mayo de 2013, y por motivos muy similares a los que en la misma argumenta el TS, como la ubicación de la cláusula «entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas», efectuando así una valoración que sobrepasa, sin lugar a dudas, los límites de su función⁽¹⁰⁾.

Este supuesto defecto es combatido por el recurrente, pero desgraciadamente no es analizado por la DGRN, sin que quede claro el porqué. Lo cierto es que la DGRN revoca la calificación siguiendo la misma Sentencia del TS, y así señala:

- Que la cláusula suelo *in genere* es, en principio, válida, incluso aunque no venga acompañada de una cláusula techo.
- Que se refiere al objeto principal (aunque no esencial) del contrato, como parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario, y que, como tal objeto principal, no cabe control de su equilibrio (Sentencia 406/2012, de 18 de junio).
- Que ello no impide el doble control de transparencia, y que, en cuanto al primer control, sería discutible si ha sido debidamente cumplida la correspondiente normativa (Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre), cuestión sobre la que no se pronuncia, por no haber sido observado defecto alguno por el Registrador... y ahí acaba, dejándonos con la miel en los labios respecto de cuál sería el criterio respecto de la presunta «falta de transparencia de contenido».

Y lo mismo sucede con la **RDGRN de 31 de octubre de 2013**, en la que el Registrador rechaza la cláusula de revisión de intereses, que estima que deja dicha revisión al único criterio de la entidad acreedora, lo que entiende un supuesto de nulidad por

abusividad conforme al art. 85.3 LGDCU, que declara nulas «las cláusulas que reserven a favor del empresario facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato, salvo, en este último caso, que concurran motivos válidos especificados en el contrato». La DGRN, al resolver, confirma la calificación, pero no con base en el supuesto carácter abusivo de la cláusula, sino por contravenir lo dispuesto en el art. 1256 CC.

Recordemos que, en la Sentencia de 9 de mayo de 2013, el TS reitera que la apreciación de las circunstancias que pueden conllevar una falta de transparencia implica un *juicio de valor*, dirigido en último término —según resulta del auto aclaratorio— a confirmar «el perfecto conocimiento de la cláusula, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato», teniendo en cuenta que este es un resultado insustituible, pero «susceptible de ser alcanzado por pluralidad de medios».

Las entidades condenadas solicitaron al TS que aclarara si no se debe entender suficiente información la que «verbalmente o por escrito se hubiere facilitado al consumidor al acudir a la entidad a solicitar el préstamo; la previa entrega y devolución firmada de la oferta vinculante; la existencia de otras declaraciones recogidas en el contrato, y las advertencias específicas sobre dicha cláusula por parte del propio Notario autorizante, o fuera de aquel». A lo cual contesta literalmente el TS que «el perfecto conocimiento de la cláusula, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato [...] no puede anudarse [para el futuro] de forma automática al cumplimiento de determinadas fórmulas, tantas veces convertidas en formalismos carentes de eficacia real». Ante dicha «aclaración», se puede decir:

El Tribunal Supremo reitera que la apreciación de las circunstancias que pueden conllevar una falta de transparencia implica un juicio de valor

- De una parte, que solo se explica por razones de pragmatismo, finalistas o, por utilizar el término al parecer adecuado, de «efectividad» (la expulsión de la contratación bancaria de la práctica cuestionada).

- De otra, que, refiriéndose la consulta a un conjunto de distintos posibles medios de información, resumir la respuesta en los términos en que lo hizo la nota de prensa del Consejo General del Poder Judicial, hablando literalmente del «cumplimiento de formalismos carentes de eficacia en tal sentido —lectura por el Notario, etc.—», resulta, a mi entender, lamentablemente inadecuado e injustificado.

En todo caso, es obvio que entre esa pluralidad de medios que según el TS cabe para hacer desaparecer la falta de transparencia debe incluirse, y con carácter privilegiado, el ineludible asesoramiento notarial. Como dice el catedrático de Derecho Mercantil Jesús Alvaro Águila-Real comentando el auto en su blog, «incluso aunque la redacción de la cláusula sea ambigua, oscura, contradictoria, engañosa, la consecuencia no sería la nulidad del “pacto” si la ambigüedad, oscuridad, contradicción o engaño se deshizo a la vista de las circunstancias en que se celebró el contrato». Y no cabe duda de que la intervención notarial puede y debe disipar cualquier falta de transparencia al respecto. Reconocerlo así, sin embargo, obligaba al TS a dejar en agua de borrajas todo el argumentario de la Sentencia, y con ello, al parecer, la necesaria «efectividad» buscada.

Lo que en ningún caso resulta posible defender, a mi juicio, es que el Registrador efectúe un control genérico de transparencia de contenido. Si ese control supone, como dice la STS de 13 de mayo de 2013, el de «comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato», el mismo solo puede ser llevado a cabo por el Notario: si este autoriza la escritura porque considera que ese concreto consumidor, en esa concreta situación y al abrigo del debido asesoramiento suministrado, ha alcanzado la «comprensión real» de la importancia de la cláusula, solo un Juez tiene atribuidas facultades para decidir, en su caso, lo contrario.

Sin perjuicio de lo anterior, la STS de 9 de mayo de 2013 acaba conteniendo una declaración que, con independencia de las circunstancias adicionales en que se fundamenta, considera abusivo, como veíamos, el supuesto particular en que se cree la apariencia de un contrato a interés variable, cuando, a consecuencia de la cláusula suelo, su efecto real es el de un interés fijo mínimo. Buscando un ejemplo,

una cláusula suelo que fijara este en el 3 %, con un sistema de revisión de intereses con base en el euríbor más 3 puntos, solo daría sentido real a dicha cláusula bajo la hipótesis de un euríbor negativo, hoy por hoy poco previsible, y puede constituir una apariencia de variabilidad a la baja que el TS considera abusiva por ser realmente inexistente. Normalmente, tal cláusula daría lugar actualmente a la necesidad de incluir en la escritura la famosa «*expresión manuscrita*» a que se refiere la Ley 1/2013, pero, por una parte, no siempre tiene por qué ser así (tal expresión está prevista en hipotecas sobre vivienda, cuando «*el límite de variabilidad a la baja es inferior al límite de variabilidad al alza*») y, por otra, no resulta de recibo que el Notario fundamente únicamente en la misma la transparencia que el TS reclama.

3. El control de ejecución

Como decíamos al principio, la doctrina del TJUE acabó por provocar la modificación de la normativa procesal española relativa a las ejecuciones hipotecarias, a través de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que introdujo en la regulación de los procedimientos de ejecución, tanto ordinario como judicial directo y extrajudicial, determinadas reglas destinadas a amparar la posibilidad de suspensión de los mismos en caso de existencia de cláusulas abusivas. Pero dicha posibilidad encuentra importantes diferencias según se trate de uno u otro tipo de procedimiento:

- Así, en el procedimiento de ejecución ordinaria, la modificación de los arts. 552, 557 y 561 LEC permite la apreciación **de oficio** por el Juez, y la oposición por las partes, por existencia de **cualesquiera** cláusulas abusivas.
- Por el contrario, cuando la ejecución se siga mediante el procedimiento judicial directo de ejecución hipotecaria o mediante el procedimiento extrajudicial, de las modificaciones introducidas en los arts. 695 LEC y 129 LH resulta:
 - Que **solamente** se tomará en consideración la posible abusividad de aquellas cláusulas que constituyan el fundamento de la ejecución o que hubiesen determinado la cantidad exigible.
 - Que, en todo caso, es necesaria la **oposición** del deudor; ahora bien,

tratándose del procedimiento extrajudicial el art. 129.2.f, señala que, cuando el Notario considerase que alguna de dichas cláusulas *podiera tener carácter abusivo*, lo pondrá en conocimiento de deudor, acreedor y, en su caso, avalista e hipotecante no deudor, a los efectos oportunos.

En relación con el procedimiento extrajudicial, hay que decir que no serán cláusulas que constituyan el fundamento de la ejecución cualesquiera referentes a otros eventuales supuestos de vencimiento anticipado distintos de la falta de pago del capital o de los intereses, puesto que solo para estos puede utilizarse dicho procedimiento conforme a la previa modificación introducida por la Ley 1/2013 en el mismo art. 129.1.b LH. No procedería, por tanto, atender a la eventual abusividad de una cláusula como la que, por ejemplo, determinara el vencimiento anticipado por cualquier embargo o disminución de la solvencia patrimonial del deudor, aunque la misma pudiera ser efectivamente abusiva conforme a la STS de 16 de diciembre de 2009, y menos aún aquellas que no suponen el vencimiento anticipado, como, por ejemplo, la renuncia a la notificación de la cesión de crédito —a la que se refiere la misma Sentencia.

Más delicada es la apreciación de abusividad de las cláusulas que hubiesen determinado la cantidad exigible, puesto que aquí entran en juego muchos de los casos que han sido objeto recientemente de contienda judicial, como las cláusulas de redondeo al alza o las cláusulas suelo, e incluso alguna otra que aparentemente —y en el caso concreto— pudiera aparecer como beneficiosa para el deudor por reducir la deuda reclamada, como la cláusula de compensación con cuentas indistintas a que se refiere también la STS de 16 de diciembre de 2009.

En cualquier caso, la obligación del Notario se perfila en términos suficientemente claros por la norma y consiste en poner esa posible abusividad en conocimiento de deudor, acreedor y, en su caso, avalista e hipotecante no deudor, «a los efectos oportunos», es decir, a fin de que puedan plantear la cuestión ante el Juez competente, acreditado lo cual al Notario este deberá suspender el procedimiento.

A diferencia, por tanto, de lo que ocurre en relación con el «control de contenido», la actuación del Notario al tiempo de la

ejecución está mucho más limitada, y ello es lógico, porque ya no está en su *ámbito natural*, que es el preventivo. El legislador —que, no lo olvidemos, ha sido suficientemente «advertido» de las disfunciones de los procedimientos de ejecución— ha encargado al Notario el ejercicio de una misión de control que por la propia naturaleza de su función no puede ir más allá de lo que dice la norma.

La actuación del Notario al tiempo de la ejecución está mucho más limitada, y ello es lógico, porque ya no está en su ámbito natural, que es el preventivo

Es cierto que la posible no reacción de los afectados, sometiéndola a la cuestión al criterio judicial, puede dar lugar —y así lo ha puesto de manifiesto algún compañero, como José Ignacio NAVAS OLÓRIZ, en un artículo publicado en la web <http://notariosyregistradores.com>— a que se continúe con un procedimiento en el que el Notario sea consciente de que hay alguna cláusula abusiva. Pero también es cierto que el documento que la contiene ha pasado todos los filtros que el sistema de seguridad jurídica preventiva impone, y que, llegada esta fase, no es misión del Notario, sino del Juez, el ejercer la tutela de una de las partes, si ello implica la privación a la otra de unos derechos reconocidos en un documento legalmente apto a tal efecto.

Creo que incluso la jurisprudencia del TJUE avala esta posición. Recordemos que la Sentencia de 21 de febrero de 2013, si bien permite al Juez, para determinar los efectos de la abusividad, no esperar a que el consumidor solicite la declaración de nulidad de la cláusula, también señala que «*sin embargo, el principio de contradicción obliga, con carácter general, al Juez nacional que haya comprobado de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual a informar de ello a las partes procesales y ofrecerles la posibilidad de debatir de forma contradictoria según las formas previstas al respecto por las reglas procesales nacionales*». Si ofrecer la posibilidad de debatir en forma contradictoria es la regla general en el ámbito judicial, menos aún puede el Notario actuar de forma diferente.



IV. CONCLUSIÓN

Cuando las circunstancias en que se ha de aplicar un determinado sistema son excepcionales, acertar en la valoración del mismo resulta difícil. Hasta hace no mucho, el ejercicio de las acciones colectivas de cesación por las organizaciones de consumidores, con la consiguiente puesta en marcha del mecanismo legalmente diseñado para acabar por declarar la nulidad o validez de las cláusulas controvertidas, parecía haber empezado a producir los efectos pretendidos: la expulsión de las primeras de la contratación. Pero las tremendas consecuencias sociales de la crisis económica que atravesamos han puesto en entredicho esa «efectividad». Pues bien, si el sistema se revela insuficiente o inadecuado, lo que procede es promover su reforma por el legislador, pero cumpliendo mientras tanto cada autoridad con su papel, que no es otro que el de aplicar la ley vigente.

En la mejora de la normativa aplicable, puede jugar un papel importante la transposición de la reciente Directiva de 16 de enero de 2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE —por más que quizá la misma haya levantado demasiadas expectativas. Entre las posibilidades que la Directiva ofrece, el legislador deberá plantearse la de utilizar en los préstamos y créditos hipotecarios una medida ya existente en la Ley de Crédito al Consumo que permite el desistimiento durante un determinado plazo a contar desde la suscripción del contrato. De este modo, si la información precontractual no ha sido suficientemente asumida por el consumidor, este podría tener la oportunidad de profundizar en la misma *a posteriori*, seguramente de modo más reposado. No debería ser obstáculo para la utilización del derecho de desistimiento el hecho de que habitualmente la hipoteca financie una operación que suele instrumentarse con carácter simultáneo, por cuanto el depósito notarial de las cantidades que en su caso se hubiera de reintegrar al banco, o entregar definitivamente al vendedor, garantizaría los derechos de todos los implicados, que, entre tanto, deberían tener el reflejo registral correspondiente.

Todo ello no impide, desde luego, actuaciones dirigidas tanto a facilitar la apli-

cación de la normativa vigente como a divulgar el conocimiento de la misma. En esta línea se enmarca la creación del Observatorio de Control de Cláusulas Abusivas en el Consejo General del Notariado, de próxima entrada en funcionamiento⁽¹⁾.

- (1) Queda por resolver, por lo demás, cuál es, en su caso, la diferencia entre una cláusula que afecta al *objeto principal* del contrato y una cláusula relativa a un *elemento esencial* del mismo. Y ello por cuanto el art. 9 LCGC señala que la sentencia «declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de esta afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del art. 1261 del Código Civil».
- (2) a) La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia repercutirán en una disminución del precio del dinero.
b) La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
c) La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo.
d) Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor, en el caso de las utilizadas por el BBVA.
e) La ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual.
f) La inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la misma entidad.
- (3) En el supuesto de la Sentencia, las cláusulas que el TS analiza se refieren a escrituras autorizadas en los años 2008 (con revisión con base en el euríbor a seis meses + 1,25, y «suelo» del 2,5), 2007 (con euríbor a un año + 1, y «suelo» del 2,5) y 2008 (con euríbor a un año + 1,5, y «suelo» del 2,5). Como referencia, cabe decir que la media mensual del euríbor diario fluctuó, entre enero del 2007 y diciembre del 2008, entre el 4,064 y el 3,452. ¿Era realmente previsible para el profesional que en mayo del 2013, cuando dicta Sentencia el TS, estuviera en el 0,484? Hasta el momento en que empezó a aplicarse la cláusula suelo, ¿cuántas revisiones de interés provocaron una efectiva —y transparente— reducción del mismo?
- (4) PERTIÑEZ VÍLCHEZ, Francisco, «Falta de transparencia y carácter abusivo de la

cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», en *InDret*, n.º 3/2013.

- (5) Señala dicha norma que:
 1. En la contratación de préstamos hipotecarios a los que se refiere el apartado siguiente, se exigirá que la escritura pública incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita, en los términos que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato.
 2. Los contratos que requerirán la citada expresión manuscrita serán aquellos que se suscriban con un prestatario, persona física, en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir, en los que concurra alguna de las siguientes circunstancias:
 - a) Que se estipulen limitaciones a la variabilidad del tipo de interés, del tipo de las cláusulas suelo y techo, en los cuales el límite de variabilidad a la baja sea inferior al límite de variabilidad al alza.
 - b) Que lleven asociada la contratación de un instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés.
O bien
 - c) Que se concedan en una o varias divisas.
- (6) El mismo art. 83 citado por la DGRN continúa diciendo, en su n.º 2:

La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el art. 1258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva.

A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadas 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 y usuario.

Solo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato.
- (7) De hecho, esta misma doctrina —y la jurisprudencia con ella coincidente— es citada por el recurrente en la RDGRN de 13 de septiembre de 2013 como argumentación para defender la extralimitación del Registrador en su función calificadora.
- (8) No deja de sorprender, en todo caso, la interpretación que se hace de la STS de diciembre de 2009, que, según la RDGRN de 1 de octubre de 2010, «reitera el papel activo del Registrador en presencia de una cláusula abusiva, al confirmar la entidad propia de la actividad registral respecto de



la judicial y diferenciar entre no inscribibilidad y nulidad de una cláusula (fundamento duodécimo)», puesto que, según se insiste ahora en la RDGRN de 13 de septiembre de 2013, en dicha Sentencia «se consideraron no inscribibles determinadas cláusulas de vencimiento anticipado y, por tanto, se confirmó la necesidad de proceder a su calificación, pues únicamente es posible excluir la inscripción de unas y no otras si previamente se examinan todas». Todo ello resulta, al parecer, de esta escueta frase de la Sentencia: «la cláusula que estableciese la absoluta prohibición de arrendar no solo no es inscribible, sino que no es válida», pues —salvo error u omisión— es la única que hace una cierta aproximación al tema de la inscripción, en el citado fundamento duodécimo.

- (9) Que la doctrina sobre esta materia, aquí resumida, no debe entenderse modificada por el contenido de las recientes reso-

luciones comentadas parece ser asumido por la misma Dirección General cuando la Resolución de 5 de febrero de 2014 alude a que la misma «ha quedado ratificada por la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 13 de septiembre de 2013», que la Resolución transcribe en la parte en que se remite, como hemos visto, a la Resolución de 16 de agosto de 2011. ¿No habría resultado entonces mucho más claro reiterar sin más esa doctrina?

- (10) No puede obviarse que la posibilidad misma de un control de contenido ha sido discutida por muchos juristas, y que para algunos lo que el TS señala como falta de transparencia no es más que suministro de información deficiente al consumidor, en el sentido de los arts. 60 LGDCU o 7.1 de la Ley de Competencia Desleal, supuesto que no se puede gestionar con una norma de control de contenido de la cláusula, sino a través de los mecanismos ordina-

rios —no susceptibles de un control abstracto de abusividad— de las acciones de nulidad por defectos de consentimiento (CARRASCO PERERA, Ángel, en *El Notario del Siglo XXI*, n.º 50, Jul. 2013).

- (11) En el mismo sentido, resulta interesante la idea expuesta por José Ignacio NAVAS OLORIZ en el artículo comentado *ut supra*: «Debería de crearse un órgano consultivo de consumidores financieros que tuviese entre sus cometidos el extender un visado, una especie de nihil obstat respecto de las minutas que la entidades de crédito utilizan en todas sus operaciones financieras, sean o no hipotecarias. Esta precaución moralizaría el sector y evitaría, preventivamente, conflictividad, al menos en cuanto a la abusividad de ciertas cláusulas. Ese órgano consultivo debería de estar constituido por representantes del Notariado, del cuerpo registral y del Consejo General de Consumidores».