

**ALFONSO CAVALLÉ CRUZ**, notario, Decano del Colegio Notarial de Canarias, Presidente de la Comisión de Consumidores y Usuarios del Consejo General del Notariado

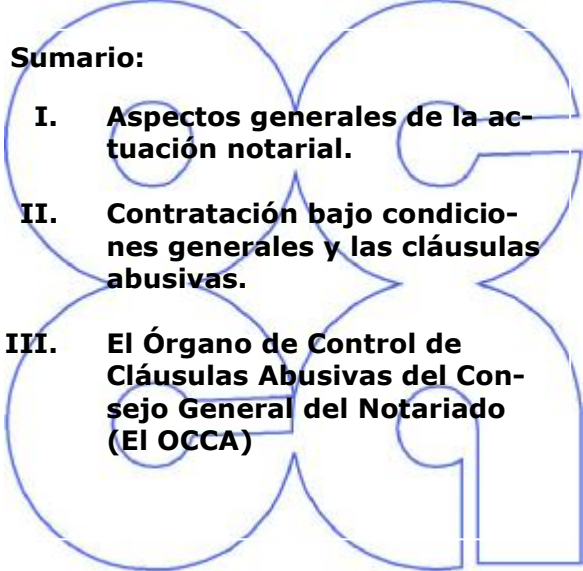
## FUNCIÓN NOTARIAL Y PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

**Resumen:** Exposición detallada de la función notarial y de cómo mediante ella puede ser desarrollado con eficacia un control preventivo de las cláusulas abusivas, siempre y cuando la Ley se modifique en el sentido que se propone. Asimismo se hace referencia detallada al Órgano de Control de Cláusulas abusivas, creado por el Consejo General del Notariado, así como a sus funciones.

---

---

### Sumario:

- I. Aspectos generales de la actuación notarial.
  - II. Contratación bajo condiciones generales y las cláusulas abusivas.
  - III. El Órgano de Control de Cláusulas Abusivas del Consejo General del Notariado (El OCCA)
- 

ALFONSO CAVALLÉ CRUZ, Decano del Colegio Notarial de Canarias,  
Presidente de la Comisión de Consumidores y Usuarios del Consejo General del Notariado

## I.- ASPECTOS GENERALES DE LA ACTUACIÓN NOTARIAL.

El Notario es funcionario público (art. 1 Ley del Notariado), autoridad (art. 61 Reglamento Notarial) y, como señala la Resolución del Parlamento Europeo de 18 de enero de 1994, ejerce una *“delegación parcial de la soberanía del Estado para asegurar el servicio público de la autenticidad de los contratos y de las pruebas”*. A tal fin a los documentos que autoriza se le atribuyen unos efectos privilegiados entre partes y frente a terceros (Art. 1218 Código Civil). Esta atribución de efectos no es caprichosa, en su origen el legislador no hizo sino recoger un convencimiento social que reconocía al documento autorizado por Notario una eficacia preventiva de disputas, olvidos y malos entendidos, que contribuía a la paz social.

De esta valoración social hay reflejo en el antiguo refranero castellano: *“Entre dos amigos, un Notario y dos testigos”*; ya que la seguridad y formalidad en lo que se trata sirve para evitar discrepancias y conservar la amistad. También hay ejemplos en nuestra literatura clásica. Miguel de Cervantes le hacía decir al Licenciado Vidriera, que es *“un oficio el de escribano sin el cual andaría la verdad en el mundo a sombra de tejados corrida y maltratada”* y *“es la gente más necesaria que había en las repúblicas bien ordenadas.”*

Al contemplar los efectos del instrumento público notarial la doctrina suele distinguir entre efectos sustantivos, ejecutivos y probatorios.

1º Efectos sustantivos:

a.- Con carácter general, la legitimación.

La eficacia legitimadora del instrumento público notarial se sustenta en las presunciones *iusuris tantum* de veracidad y legalidad, en España recogido:

- Presunción de veracidad. Los documentos públicos notariales *“gozan de fe pública y su contenido se presume veraz e íntegro de acuerdo con lo dispuesto en esta u otras leyes”* (art. 17, bis L.N.).
- Presunción de legalidad. La legalidad del contenido del documento público notarial está bajo la fe pública del Notario (art. 17 bis LN), es *conforme a las leyes* (art. 1 LN). El Notario, como funcionario, vela por la *“regularidad no sólo formal sino material de los actos o negocios jurídicos que autorice o intervenga”* (art. 24 LN).

b.- Otros efectos sustantivos especiales:

- Es título legitimador del tráfico.
- Es requisito necesario para la existencia de ciertos negocios jurídicos (ej.: donación de inmuebles.)
- En otras ocasiones es requisito para que el negocio produzca determinados efectos, que se limitan a la documentación pública.
- Es título traslativo del dominio y de la posesión.
- Es título necesario para acceder a determinados Registros

ALFONSO CAVALLÉ CRUZ, Decano del Colegio Notarial de Canarias,  
Presidente de la Comisión de Consumidores y Usuarios del Consejo General del Notariado

públicos (Registro Civil, Registro de Fundaciones, Registro Mercantil, Registro de la Propiedad, etc.). Limitándonos al Registro de la Propiedad, su acceso está limitado a títulos que sean fiables y de calidad. Por ello el artículo 3 de la LH cuando exige que puedan ser inscritos deberán “*estar consignados en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico expedido por Autoridad judicial o por el Gobierno o sus Agentes, en la forma que prescriban los reglamentos*”.<sup>1</sup> Como decía claramente la Ley Hipotecaria de 1861 en su Exposición de Motivos: “*no debe recibir el sello de un archivo público más que lo que no deje duda alguna de su legitimidad*”.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> La Comisión de Codificación al exponer los motivos y fundamentos de la Ley Hipotecaria de 1861 señalaba: “*solo han sido hasta aquí objeto de inscripción los títulos cuya autenticidad aparecía desde luego: los documentos privados no solían admitirse en los Registros. Cambiar en este punto y por regla general lo existente, empeoraría en vez de mejorar la condición de la propiedad y del crédito territorial: no deber recibir el sello de un archivo público más que lo que no deje duda de su legitimidad. Por eso la Comisión, siguiendo en parte lo propuesto en el proyecto del Código Civil, propone que sólo puedan ser inscritos los títulos consignados en escritura pública, en ejecutorias o en documentos auténticos, expedidos en forma legal por el Gobierno o sus agentes.*” Así antecedió y, como no podía ser de otro modo, así pasó a la Ley Hipotecaria de 1861 y a las posteriores y es hoy el sistema actual de seguridad jurídica que ha demostrado empíricamente su eficacia. Y es que como se decía en La Nueva Recopilación “*por cuanto las cédulas privadas i conocimientos en que no interviene Escribano, están sujetos á mayores fraudes por las antedatas i posdatas i por otros inconvenientes que en ellos suelen hacer ...*”.

<sup>2</sup> En este punto parece conveniente recordar por su meridiana claridad lo que decía una de las primeras y más clásicas obras de Derecho hipotecario, los “Comentarios a la Legislación Hipotecaria” de J. MORELL Y TERRY, Registrador: “*«Siendo el Registro, dice Aragonés, como institución oficial origen de derechos y fundamento para la conservación de los adquiridos es lógico que a él no vaya más que lo que sea auténtico, indubitable, lo que tenga condiciones de certeza»*

2º.- Eficacia probatoria:

Conforme al artículo 1218 del Código Civil, “*los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste. También harán prueba contra los contratantes y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que en*

---

*El documento privado contiene, o lleva consigo tres graves inconvenientes, como afirmaba Costa y se ha reconocido siempre. Uno de ellos la facilidad de falsificar firmas, y de negar después las verdaderas, o sea la duda sobre la legitimidad del documento. En otro, la facilidad de ante-datar su fecha en perjuicio de tercero. Y constituye el último la falta de copia o de matriz, y la posibilidad, por consiguiente, de que el documento se extravíe, o se destruya, con o sin intención. Y aunque es lo cierto que la buena fe hace que, por regla general, no existan realmente tales inconvenientes, su sola posibilidad es motivo bastante para que no deban ser admitidos en acto tan importante como el de la inscripción.*

*Pero no es esto sólo, ya que los expresados inconvenientes podrían salvarse o atenuarse al menos, exigiendo el reconocimiento por los interesados o legalización de las firmas y justificación de su identidad, presentando el documento en una Oficina pública para hacer constar su existencia en determinada fecha, y aun archivándole y sacando copias. Redactados los documentos privados por personas poca versadas en el derecho, y sin la práctica necesaria para prever todas las cuestiones que pueden presentarse y enseña la experiencia, constituye una fuente abundante de pleitos y de ilegalidades, aun mediando buena fe que no siempre existe.*

Monasterio va aún más allá. Los títulos deben ser públicos dice, por dos consideraciones de orden superior que nacen del doble carácter con que el Estado debe intervenir en los actos jurídicos: 1º Para suministrar la prueba preconstituida de dichos títulos, ya que no puede reconocerse y amparar más que lo que esté conforme con la ley, y cuidando de que a ella se sujeten sus funcionarios, puede en todo tiempo atribuirles el valor probatoria que les imprime su mediación. 2º Como tercer otorgante en el acto o contrato o representante de la masa social, a la que interesa una redacción clara y adecuada que comprenda todas las incidencias, límites y circunstancias de ese acto, para que la sociedad pueda tener perfecto conocimiento de él.” (Cfr. Morell y Terry. Comentarios a la Legislación Hipotecaria. Tomo I. Pág. 551 y 552. Madrid 1916).

ALFONSO CAVALLÉ CRUZ, Decano del Colegio Notarial de Canarias,  
Presidente de la Comisión de Consumidores y Usuarios del Consejo General del Notariado

*ellos hubiesen hecho los primeros". Y según el art. 319. LEC hacen "prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella".*

Con la eficacia probatoria del documento notarial no sólo se evitan los conflictos, sino que, llegado el caso, se presta, como señala RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER<sup>3</sup>, *"un servicio fundamental a la Administración de justicia". Y añade: "la actuación del Notario como fedatario público complementa y apoya la actuación judicial, coadyuvando al mismo fin que ésta: la solución jurídica, previsible y lógica, de las pretensiones a través de las cuales se articulan los intereses sociales".*

### 3º.- Eficacia ejecutiva:

El artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, contempla entre los títulos ejecutivos: las escrituras públicas, con tal que sea primera copia; o si es segunda que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante, o que se expida con la conformidad de todas las partes. Y las pólizas de contratos mercantiles, hoy Notarios<sup>4</sup>, firmadas por las par-

<sup>3</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, MIGUEL. *La fe pública como valor constitucional. LA FE PÚBLICA*. VV.AA., Madrid 1994.

<sup>4</sup> La integración de los Cuerpos de Corredores de Comercio Colegiados y de Notarios en un Cuerpo único de Notarios, tuvo lugar en virtud de lo previsto en la disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, desarrollada en el Real Decreto 1643/2000, de 22 de septiembre, sobre medidas urgentes para la efectividad de la integración en un solo Cuerpo de Notarios y Corredores de Comercio Colegiados.

tes y por corredor de comercio colegiado que las intervenga, con tal que se acompañe certificación en la que dicho corredor acredite la conformidad de la póliza con los asientos de su libro registro y la fecha de éstos<sup>5</sup>.

Estos son en líneas muy generales los efectos del instrumento público notarial, el cual se ajusta a una serie de solemnidades, reglas o principios, en cuya observancia tienen su origen, causa y fundamento

<sup>5</sup> De conformidad con el apartado quinto de la Instrucción de 29 de noviembre de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado: Título ejecutivo a efectos de lo dispuesto en el artículo 517.2.5.º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Expedición de copia autorizada o de testimonio. En virtud de lo dispuesto en el párrafo séptimo del apartado primero del artículo 17 de la Ley del Notariado, según la redacción dada al mismo en la norma de medidas de prevención de fraude fiscal, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 517.2.5.º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se considerará título ejecutivo el testimonio expedido por el Notario del original de la póliza debidamente conservada en su Libro-Registro o la copia autorizada de la misma, acompañadas en ambos casos, si así se hubiera pactado, de la certificación a que se refiere el artículo 572.2 de la citada Ley. Si el original de la póliza se ha conservado en el protocolo, el Notario a efectos de su ejecución, expedirá copia autorizada de la misma, en los términos previstos en la legislación notarial. Si el original de la póliza se hubiera conservado en el Libro-Registro, el Notario a efectos de su ejecución, expedirá testimonio de la misma. Dicho testimonio se extenderán en folios de papel exclusivo para documentos notariales, en el que se hará constar la identificación del solicitante, fecha de expedición, numeración de los folios, su finalidad ejecutiva y la dación de fe pública, debiendo superponerse el sello de seguridad. Si no fuere posible expedir testimonio en folio de papel exclusivo notarial, se podrá extender en papel común, en cuyo caso además de los extremos previstos en el párrafo precedente, se firmarán y sellarán todos y cada uno de los folios empleados. En cualquier caso, expedido testimonio con finalidad ejecutiva, el Notario lo hará constar en la póliza mediante nota. Sin perjuicio de lo anterior, el Notario podrá expedir copia autorizada o testimonio de la póliza con efectos no ejecutivos y con los requisitos expuestos anteriormente, extendiendo nota de ello en la póliza. Asimismo, se podrán expedir traslados de la póliza incorporada al Protocolo o al Libro-Registro de Operaciones con solos efectos informativos, de conformidad con lo previsto para las copias simples.

ALFONSO CAVALLÉ CRUZ, Decano del Colegio Notarial de Canarias,  
Presidente de la Comisión de Consumidores y Usuarios del Consejo General del Notariado

aquellos efectos. Seguidamente pasamos a comentar algunas de estas solemnidades:

### 1º INMEDIACION

Una relevante solemnidad del instrumento público notarial es la intermediación. El principio de intermediación implica la presencia, el contacto personal y directo entre el Notario y los comparecientes. La intermediación, además de las personas, también alcanza a los documentos que son aportados o facilitados al Notario para la redacción del documento y autorización del negocio y, en general, a las cosas, acontecimientos o hechos que el Notario ve, oye y percibe por los sentidos, y de los que deba de dar fe. A través de la presencia o intermediación con las personas, cosas y hechos que rodean el otorgamiento, el Notario debe formarse una idea de la *verdad material*, a fin de que ésta coincida con la *verdad formal* que quedará reflejada en el instrumento.

El Notario trabaja con hechos presentes, que tienen lugar en su presencia, de los que quedará recuerdo para el futuro en el documento. En esto se diferencia del Juez que opera sobre hechos pasados, que necesitan ser alegados y probados en el procedimiento.<sup>6</sup> En el instrumento público notarial queda recuerdo de circunstancias de hecho existentes en el momento de celebración del negocio jurídico, a fin de

<sup>6</sup> Como señala DIEZ PICAZO, “el jurisconsulto y el Juez no operan nunca sobre unos hechos como reales. No han presenciado nunca el acontecer de tales hechos, sino que éstos pertenecen al pasado... los hechos no constituyen una experiencia personal, sino una serie de afirmaciones (o de negaciones), de las que son receptores por vía de una comunicación” y, añade, “así como el control de la legalidad del fallo es relativamente sencillo, el control de la facticidad es siempre muy difícil y, a veces, rigurosamente imposible” DIEZ PICAZO, LUIS. *Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho*. Pág. 226 y 230. Barcelona 1993 (reimpresión 1999).

evitar discrepancias, de las que nazcan disputas o, caso de surgir, facilitar la prueba en el proceso.

La intermediación precisa el diálogo con los comparecientes, el examen de la documentación aportada, la percepción de las circunstancias que rodean el acto, pues incluso un gesto, una simple expresión o modo de comportarse, le dará la pista al Notario de cómo ha de actuar. La intermediación es necesaria a fin de que el Notario pueda hacer su apreciación personalísima de las circunstancias de las personas y de otros relevantes aspectos que rodean al negocio; y ha de llevarle a la formación de los juicios que ha de emitir, capacidad, identidad, adecuación a la voluntad informada y legalidad, o, en general, a su convencimiento personal de que se puede o no se puede autorizar el instrumento.

De la intermediación, como solemnidad, queda constancia formal al comienzo del documento con la fórmula *ante mí*, seguida de la mención al Notario y al nombre y circunstancias personales de los comparecientes.

### 2º ASESORAMIENTO

El instrumento público notarial es un documento en el que un funcionario con su presencia no sólo ha de poner coto a abusos o engaños, sino también ha de procurar evitar el error, la ignorancia o la impremeditación. “El Notario como profesional del Derecho tiene la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles de los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquellos se proponen alcanzar” (art. 1 RN). El asesoramiento es un



ALFONSO CAVALLÉ CRUZ, Decano del Colegio Notarial de Canarias,  
Presidente de la Comisión de Consumidores y Usuarios del Consejo General del Notariado

deber, una labor personalísima del Notario.

Por parte de los comparecientes, también exige un mínimo de diligencia, que se traduce en una actitud de prudente escucha, atención e interés a fin de que, antes de prestar su consentimiento, puedan solventar cualquier duda o cuestión y tener un conocimiento cabal de los aspectos relevantes del acto o negocio jurídico, que les permita hacer una *“reflexión suficiente y con pleno conocimiento de su alcance jurídico”* (art. 93, i. TR LGDCU). Al igual que el médico necesita la colaboración del enfermo para diagnosticar y aconsejar, el Notario también necesita de la colaboración activa y leal de los otorgantes. Por tal razón *“la falsedad o inexactitud de las manifestaciones verbales de los interesados serán de la responsabilidad de los que las formulen y nunca del Notario autorizante”* (art. 172 R.N.).

El deber de asesoramiento e información que incumbe al Notario se traduce en la realización de valores en la contratación:

- a) De un lado la protección a la libertad, ya que el consentimiento prestado a un acto o negocio jurídico, será más libre si la voluntad está formada e informada<sup>7</sup>.
- b) De otro, como mecanismo reequilibrador, que facilita un mínimo de igualdad entre los otorgantes, pues el asesoramiento del Notario debe ser equilibrador<sup>8</sup>. La libertad cuando no se ejerce entre iguales se convierte en opresión y se presta a fáciles abu-

<sup>7</sup> Art. 17 bis Ley del Notariado.

<sup>8</sup> Art. 147 R.N.

sos. La igualdad, que es una exigencia constitucional<sup>9</sup>, también ha de procurarse en el tráfico jurídico. Su relevancia en el ámbito contractual queda reflejada en la Exposición de Motivos de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación cuando afirma que *“la protección de la igualdad de los contratantes es presupuesto necesario de la justicia de los contenidos contractuales y constituye uno de los imperativos de la política jurídica en el ámbito de la actividad económica”*. El asesoramiento debe ser adecuado a la persona al que se dirige y al acto o negocio jurídico, lo que determinará que sea un asesoramiento mínimo o máximo dependiendo de la realidad de las circunstancias de las personas y la naturaleza del negocio.

- c) Otro valor es la verdad. Este valor es inherente a la función notarial como así reza su lema: *Nihil prius fide*. El asesoramiento del Notario ha de ser activo, no puede desentenderse de la búsqueda de la verdad, consecuencia necesaria de su deber de *“indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico la voluntad de los otorgantes”* (art. 147 RN). Como enseña RODRÍGUEZ ADRADOS<sup>10</sup>, *“para lograr la veracidad del documento el Notario debe emplear su experiencia, sus conocimientos jurídicos y su auctoritas, jurídica y moral, pero no una potestas sobre los otorgantes que no tiene, ni podía tener, porque lo que*

<sup>9</sup> El art. 14 C.E. En la contratación también hay que evitar toda desigualdad o discriminación que pueda derivar de la condición o circunstancia personal o social los contratantes.

<sup>10</sup> RODRÍGUEZ ADRADOS, ANTONIO. “Principios Notariales. El Principio de Veracidad”. El Notario del Siglo XXI. (septiembre-octubre de 2006, número 9).

ALFONSO CAVALLÉ CRUZ, Decano del Colegio Notarial de Canarias,  
Presidente de la Comisión de Consumidores y Usuarios del Consejo General del Notariado

*cumenta es un acto de autonomía privada. La ley, la jurisprudencia y la doctrina deben a su vez proporcionar al Notario el status y los argumentos que le permitan desarrollar esa función.”*

El asesoramiento del Notario abarca múltiples aspectos, por ejemplo: buscar la figura jurídica adecuada al caso; la fijación del contenido negocial; hacer saber sobre el cumplimiento de los requisitos previos o simultáneos al otorgamiento; informar sobre obligaciones y otros trámites posteriores a la autorización del instrumento para que el negocio despliegue toda su eficacia (aspectos fiscales, registrales, administrativos, requisitos a cumplir para que el documento produzca efectos en otros países, etc.).

El asesoramiento, aunque incluya ciertos trámites posteriores, tiene un límite temporal fundamental: el momento del otorgamiento, que tiene lugar con la prestación del consentimiento y autorización del Notario, transcurrido el cual pierde su significado. La voluntad de los otorgantes ha de estar formada e informada precisamente en tiempo oportuno, es decir, en el instante en que consienten y se obligan. En ese momento el Notario tiene que amparar bajo su fe que *“el consentimiento ha sido libremente prestado, que se adecua a la legalidad y a la voluntad informada de los otorgantes”* (art 17 bis LN). El asesoramiento, previo y simultáneo a la prestación de consentimiento, no puede ser suplido por una información a posteriori. Después del otorgamiento ya no puede hablarse de seguridad preventiva.

El asesoramiento del Notario tiene como singularidades:

a) Ha de ser imparcial. Este aspecto es consustancial a su naturaleza funcional o de fedatario público, por lo que *“asesorará con imparcialidad a las partes”* (art. 147 R.N.). Por tal razón el Notario, como tal fedatario público, en la contratación con consumidores debe actuar de forma *“independiente e imparcial y a garantizar, mediante el suministro de una información jurídica comprensible, que el consumidor y usuario celebra el contrato únicamente previa reflexión suficiente y con pleno conocimiento de su alcance jurídico”* (art. 93 i) del TR de LGDCU)

b) Y ha de ser equilibrador ya, que sin mengua de su imparcialidad, ha de prestar asistencia especial al otorgante necesitado de ella (147 R.N.).

Estas características le apartan de la actividad de asesoramiento de otros profesionales, como el Abogado que es asesor de parte.

El Notario es un profesional del derecho, no es un economista o un consejero económico, por lo que el estudio o consejo sobre la conveniencia económica de la inversión que se documenta no entra en sus funciones asesoras. Será el otorgante, en su caso, *“el consumidor el que ponderando sus intereses, en el ejercicio de su libertad de contratar, deberá decidir si contrata o no.”* (STS 9 de mayo de 2013)

### 3º IMPARCIALIDAD.

El instrumento notarial es un documento cuyo autor es un funcionario público que, como tal, es imparcial e independiente de los

ALFONSO CAVALLÉ CRUZ, Decano del Colegio Notarial de Canarias,  
Presidente de la Comisión de Consumidores y Usuarios del Consejo General del Notariado

otorgantes.<sup>11</sup> La imparcialidad es una cualidad que va más allá del asesoramiento, abarca toda la función notarial por su naturaleza pública, y la Constitución española, en su artículo 103.3, exige que sea garantizada la imparcialidad en el ejercicio de toda función pública.

Contribuye a ella una serie de mecanismos, como la obligación de prestación de funciones, que evita trabajar en exclusiva para algunos otorgantes; el sistema arancelario, que evita la dependencia económica de algún otorgante; y la libertad de elección de Notario a favor de otorgante más necesitado de protección, con la que se evitan dependencias de otorgantes poderosos. Señala el artículo 142 del R.N., *“los Notarios, en aras de su deber de imparcialidad cuidarán que se respete el derecho de libre elección de Notario”*.

#### 4º CONTROLES Y COMPROBACIONES DEL NOTARIO

Los juicios, comprobaciones y controles que debe efectuar el Notario, tienen entre sus fines garantizar la autonomía de la voluntad de los otorgantes del instrumento público. Estas actuaciones del Notario tienen además una función preventiva: evitar que entren en el tráfico jurídico actos o negocios contrarios a la ley, que no cumplen con sus exigencias o les falta alguno de los elementos esenciales para su validez.

<sup>11</sup> Contribuye a ella una serie de mecanismos, como la obligación de prestación de funciones, que evita trabajar en exclusiva para algunos otorgantes; el sistema arancelario, que evita la dependencia económica de algún otorgante; y la libertad de elección de Notario a favor de otorgante más necesitado de protección, con lo que se evitan dependencias de otorgantes fuertes. Señala el artículo 142 del R.N., *“los Notarios, en aras de su deber de imparcialidad cuidarán que se respete el derecho de libre elección de Notario”*

Desde el punto de vista del sujeto:

- Destacan los juicios sobre las cualidades de las personas que comparecen ante el Notario: juicio de identidad, de capacidad, de las facultades representativas y el juicio sobre la libre y consciente prestación del consentimiento. Dice el Tribunal Supremo (STS. 18 de marzo de 1988), en orden al juicio de capacidad, que dado el prestigio y seriedad de la institución notarial adquieren una especial relevancia, constituyendo una enérgica presunción *“iuris tantum”* de aptitud, que sólo puede destruirse mediante una completa prueba en contrario.

Desde el punto de vista del objeto:

- Comprobaciones y obtención de información sobre: titulación; estado de cargas de los bienes; datos catastrales; medios de pago; licencias y autorizaciones administrativas; certificados; seguros; entre otros.

Desde el punto de vista de la causa y licitud del acto:

- El juicio o control de legalidad.

Por medio de estos controles el Notario ha de desempeñar un papel activo, cuya meta es el convencimiento personal de que se puede autorizar un determinado acto o negocio jurídico por reunir el mínimo de requisitos exigibles que los haga merecedores de beneficiarse



ALFONSO CAVALLÉ CRUZ, Decano del Colegio Notarial de Canarias,  
Presidente de la Comisión de Consumidores y Usuarios del Consejo General del Notariado

de los efectos que el Estado reserva para los instrumentos públicos.

Igualmente el límite temporal para la realización de estos controles es el otorgamiento y autorización, que suele coincidir con la prestación de consentimiento y ejecución de las principales prestaciones (entrega la cosa, pago del precio, etc.).

La concurrencia favorable de los controles realizados por el Notario se funden en un único juicio, a modo de *nihil obstat*, en virtud del cual el Notario concluye que el acto o negocio jurídico, reúne todos los requisitos. Este juicio favorable tiene como consecuencia para el Notario que su autorización “*tiene carácter obligatorio*” (art. 3 NR.N). En sentido contrario, la apreciación negativa de alguno de los requisitos necesarios se convierte en causa que le impide prestar su función y dará lugar a la negativa a la autorización por parte del Notario.

Veamos dos de ellos:

#### A.- *Juicios sobre las cualidades de los sujetos*

Los juicios que emite el Notario sobre las personas no guardan relación con el concepto de juicio, como acción de juzgar, que corresponde a los Jueces, sino que son *juicios lógicos con valor jurídico*; son actos de pensamiento por medio de los cuales se llega a una conclusión de la que derivarán ciertos efectos jurídicos. Desde el punto de vista de la lógica el juicio del Notario, es afirmativo o negativo, singular, categórico y asertórico:

- Sólo si son afirmativos (tiene capacidad, legitimación, libertad, información) podrá autorizar el instrumento. Sí fueran negativos (no tiene capacidad) ha de negar la prestación de su función.

- Son juicios singulares, pues se refieren a personas determinadas (el otorgante tiene capacidad).

- Son juicios categóricos (Juan tiene capacidad), sin que puedan introducir condicionantes -- juicios hipotéticos -- o alternativas -- juicios disyuntivos--.

- Son juicios asertóricos, se afirma una cosa, (el otorgante tiene capacidad) a diferencia de los juicios problemáticos, en los que se afirma una probabilidad (el otorgante probablemente tiene capacidad) y de los juicios apodícticos o juicios demostrativos (como el otorgante responde a todas mis preguntas con acierto, tiene capacidad).

Los juicios del Notario sobre ciertas calidades de las personas que ante el comparecen, como todo juicio, tienen tres elementos: sujeto, sobre el que recae el juicio; el predicado, que es lo que se dice del sujeto; y el nexos entre sujeto y predicado. *El compareciente* (sujeto) *tiene* (nexo) *capacidad* (predicado). Estos juicios tienen carácter obligatorio para el Notario; son de su exclusiva competencia y responsabilidad, sin que puedan ser suplidos por juicios de otras personas o de otros profesionales. Una vez emitidos, y autorizado el instrumento, están amparados por la fe pública del Notario, por lo que de ellos deriva una fuerte presunción “*iuris tantum*” de validez que será plenamente eficaz mientras no se revise judicialmente.

ALFONSO CAVALLÉ CRUZ, Decano del Colegio Notarial de Canarias,  
Presidente de la Comisión de Consumidores y Usuarios del Consejo General del Notariado

Estos juicios tienen un alto contenido moral o deontológico pues con ellos se está protegiendo derechos de la persona: la libertad, la justicia o la propiedad. En ciertas circunstancias –como son la enfermedad, avanzada edad, dependencia o discapacidad– el Notario ha de proteger a la persona frente a aquellos que pretendan manipularla o impedir el ejercicio libre de la voluntad o, intenten imponerse por la fuerza o el engaño. El Notario, como funcionario independiente e imparcial, debe tener como norte la defensa de los derechos del más necesitado de protección, sin que pueda adoptar la fácil y cómoda postura de rechazar sin más al compareciente enfermo o de avanzada edad, ni tampoco, en sentido contrario, adoptar posturas ingenuas o laxas.

De todos estos juicios el más propio a la naturaleza del Notariado latino-germánico, es el recogido en España en el art. 17 bis) de la Ley del Notariado, cuando exige al Notario que, de forma expresa, de fe de que *“el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes”*. Este juicio supone el convencimiento del Notario de que el consentimiento prestado por los comparecientes es fiel reflejo de lo querido y que se enmarca dentro de los linderos, que como límites al principio de autonomía voluntad, establece el ordenamiento jurídico. En este juicio implica una previa labor conformadora y asesora del Notario, *“obligado por ley a ser independiente e imparcial y a garantizar, mediante el suministro de una información jurídica comprensible, que el consumidor y usuario – y, en general, cualquier otorgante, merezca o no el calificativo de consumidor – celebra el contrato únicamente previa reflexión suficiente y con*

*pleno conocimiento de su alcance jurídico”* (art. 93 i) TR LGDCU).Y, aunque este juicio es global y unitario, puede al menos teóricamente subdividirse en dos juicios:

a. El Juicio de que el consentimiento ha sido libremente prestado. La autodeterminación exige, desde el punto de vista externo, ausencia de coacción y, desde el punto de vista interno, libertad de elección. La libertad de concluir negocios jurídicos puede contemplarse desde dos puntos de vista: uno positivo como derecho de la persona a concluir actos o negocios jurídicos; y otro negativo, como el derecho a que en contra de su voluntad no se le imponga por el otro o por un tercero un acto o negocio no querido.

b.- El Juicio de que el otorgamiento se ajusta a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes. A la hora de emitir este juicio el Notario no sólo realiza una labor fiscalizadora, además ha de adoptar una postura activa, didáctica y solucionadora, tendente a buscar la adecuación entre la voluntad y la legalidad. Para ello es necesaria una previa labor de escucha, con la que averiguar lo verdaderamente querido por los otorgantes –no lo aparentemente querido, o lo querido por impremeditación, desinformación o ignorancia–, y, en base esa indagación, desplegar la labor de consejo sobre cuales son *“medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquellos se proponen alcanzar”* (art. 1 RN).

#### B. Control de legalidad, o juicio de legalidad.

Como dice el Tribunal Constitucional (STC 207/1999) *“a los Notarios, en cuanto fedatarios públicos, les incumbe en el desempeño de la*

ALFONSO CAVALLÉ CRUZ, Decano del Colegio Notarial de Canarias,  
Presidente de la Comisión de Consumidores y Usuarios del Consejo General del Notariado

*función notarial el juicio de legalidad*'. Otro de los requisitos y solemnidades del documento público es el juicio del funcionario autorizante de que su contenido no es contrario a las leyes. El Notario latino-germánico es un *órgano* del Estado de *control y supervisión* de la legalidad del acto o negocio jurídico, por lo que el documento por él autorizado tiene el sello de ser acorde con las normas. Así lo ordena, como no puede ser de otro modo, el artículo 1 de la Ley del Notariado, que exige que el documento autorizado por Notario ha de ser "*conforme a las leyes*" o como reitera en el artículo 17 bis) que "*se adecua a la legalidad*". Por ello el artículo 24 de la Ley del Notariado, que exige a los Notarios que "*en su consideración de funcionarios públicos velen por la regularidad no sólo formal sino material de los actos o negocios jurídicos que autoricen o intervengan*". Y el artículo 43 de la Ley 14/2000, en referencia al régimen disciplinario de los Notarios, considera infracción grave la conducta "*que impida prestar con imparcialidad, dedicación y objetividad las obligaciones de asistencia, asesoramiento y control de legalidad que la vigente legislación atribuye a los Notarios*".

El control de legalidad es una de las características más primigenias del notariado. En Roma el *tabellio* (Cfr. Cod. Iustiniani. 1.2. 14.6; 4.42.2; 11.54.1), debía conocer, aceptar y cumplir la ley. En el siglo XIII, Salatiel Bonaniense (1210-1280), maestro de Rolandino, en la primera gran obra de Derecho Notarial *Ars Notariae* decía: "*abstinere vero debet notarius ne conscribat illicita instrumeta*" (*debe abstenerse el Notario de escribir documentos ilícitos*). Además de una realidad histórica y legislativa, el control de legalidad es, sobre todo, una realidad sociológica: el convencimiento de la sociedad, que confía en que el Notario no autorizaría nada que sea ilegal.

En los sistemas de notariado latino germánico, como el europeo continental, el ordenamiento jurídico le dota de mecanismos o herramientas, como es el control de legalidad, a fin de compatibilizar la libertad individual y el bien común. El ejercicio de la libertad individual tiene que estar garantizado para todas y cada una de las personas, pero como puede afectar a la libertad y los derechos de los demás o al bien común, es necesario que el Ordenamiento jurídico regule e incluso limite su ejercicio. Por ello en materia contractual el Código Civil señala como límites a la autonomía de la voluntad la ley, la moral y el orden público (art. 1255). La relevancia en materia contractual del control de legalidad del Notario es para las partes garantía de la plena eficacia del contrato, para la Administración, y la sociedad en general, es garantía del respeto y cumplimiento del Ordenamiento jurídico.

El control de legalidad notarial se distingue de otras autorizaciones, calificaciones y controles. En ocasiones con carácter previo a la autorización del instrumento público ha de contarse con autorizaciones judiciales o administrativas previas (ejm: autorización a un tutor; licencia de segregación; autorizaciones en materia de viviendas protegidas; autorizaciones en materia de Ley de Zonas para la defensa; certificados de nombres de sociedades; etc.). Se trata de requisitos previos para la realización del acto, contrato o negocio jurídico que, incluso, una vez obtenidos, podrá llevarse a efecto o no. Estas licencias o autorizaciones se limitan a valorar aspectos singulares y concretos, sin entrar en el contenido negocial ni en otros requisitos o elementos fundamentales para el nacimiento, eficacia y validez del acto o negocio jurídico.

También se distingue de otras calificaciones posteriores, como es

ALFONSO CAVALLÉ CRUZ, Decano del Colegio Notarial de Canarias,  
Presidente de la Comisión de Consumidores y Usuarios del Consejo General del Notariado

la registral a los efectos de su inscripción que tiene lugar tiempo después, a veces incluso transcurridos meses o años de la realización del acto o negocio jurídico, incluso después del fallecimiento de los otorgantes, por lo que su contenido es más limitado y ha de desenvolverse dentro de los márgenes del artículo 18 de la Ley Hipotecaria. El control de legalidad del Notario va dirigido a armonizar la voluntad de los otorgantes y el respeto al ordenamiento jurídico, a fin de que nazca el acto o contrato y sea eficaz, lo que va íntimamente ligado a la inmediatez, al asesoramiento y a la autoría del documento, las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración y como ya hemos indicado, culmina en el momento decisivo del otorgamiento. De ahí que tenga distinta intensidad y alcance que la calificación del Registrador, en la que no existe inmediatez, por lo que no tiene posibilidades de conocer las circunstancias concurrentes en el momento de celebración del acto o contrato, y que se encuentra a posteriori con un negocio conformado, consumado, cristalizado. El control de legalidad del Notario es preventivo a diferencia de la calificación del Registrador, que se produce a posteriori. Como señala MARTINEZ DEL MORAL, la calificación registral del documento, que se realiza posteriormente al acto, es parcial (limitado a las cláusulas inscribibles), sucesiva, extrínseca y accidental del negocio, a los solos efectos de la publicidad del título<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> MARTINEZ DEL MORAL, JAVIER. Tomado de notas de este autor. Omnicompreensivo: el Notario redacta el documento o revisa la legalidad de las cláusulas predispuestas y, simultáneamente, audita legal o jurídicamente el *status quo* del que se parte. Como asesor adquiere y procesa la información que considera oportuna (con plena libertad en cuanto a medios) y como auditor verifica esa información.

En este sentido el artículo 101 del RH, cuando establece que “*la calificación de los documentos presentados en el Registro se entenderá*

Simultáneo: el Notario por la inmediatez desarrolla su función en el momento clave del intercambio transaccional.

Intrínseco: el Notario conforma la voluntad y el acto o contrato. Controla la legalidad del hecho objeto de la escritura o acta. Siendo responsable del error en el control de legalidad.

Esencial: en cuanto recae sobre la forma y el fondo del negocio<sup>12</sup>. El control de legalidad notarial va íntimamente unido y de forma inseparable al nacimiento del título de legitimación para el tráfico. La autenticidad formal generadora de confianza deriva de la actuación notarial. Y el control de legalidad es pleno y absoluto.

Calificación registral:

Parcial: el Registrador sólo tiene dos elementos de enjuiciamiento: el título y los asientos de ese registro relativos al objeto o comerciante documentado.

Sucesiva: es posterior al acto o contrato y, por tanto, posterior a la calificación notarial, normalmente también es posterior a la consumación del contrato y a su ejecución total o parcial. En este sentido puede presentarse un título al Registro años después de su otorgamiento, incluso después de la posterior incapacitación o fallecimiento de todos sus otorgantes.

Extrínseca: lo que se califica no es el acto o contrato, sino la escritura o documento. Al Registrador le llega el documento ya cristalizado, por lo que no le compete calificar, como al Notario, el hecho objeto de la escritura, sino la escritura objeto de la inscripción, con la consiguiente variabilidad de la legalidad considerable en uno y otro caso (RDGRN 14 diciembre 2005)

Accidental. La calificación registral no es un juicio de legalidad de un acto o contrato sino de la inscribibilidad o no del título auténtico que lo comprende.

ALFONSO CAVALLÉ CRUZ, Decano del Colegio Notarial de Canarias,  
Presidente de la Comisión de Consumidores y Usuarios del Consejo General del Notariado

*limitada a los efectos de extender, suspender o denegar la inscripción*". Y el artículo 33 LH, como no podía ser de otro modo, reconoce que *"la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes"*. Esto es así porque el asiento registral es una transcripción del título (art. 9.8 de la LH).

#### 5º. REDACCIÓN DEL DOCUMENTO.

Otra característica del instrumento público notarial es su autor. De ello derivan consecuencias:

a) La redacción dada por el Notario al instrumento público ha de ser *"conforme a la voluntad común de los otorgantes"* que han de ser informados del *"valor y alcance de la redacción"* (art. 147 RN).

b) El texto ha de ser resultado de la interpretación realizada por el Notario, que ha de expresar por escrito el significado que ha de darse a las declaraciones emitidas y a las conductas seguidas por los otorgantes, que debió *"indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico"* (art. 147 RN) La interpretación notarial, que es la primera, al ser previa y simultánea a la perfección del contrato, debe dar claridad y transparencia al texto del documento de modo que evite en lo posible las dudas interpretativas, que hagan necesaria una posterior interpretación. Como decía CASTÁN<sup>13</sup>, *"la interpretación de los actos y documentos que figuren como antecedentes de la relación que se trata de crear, y la interpretación de la voluntad de las partes, informadora de esa nueva relación, supone ya una valoración y una operación jurí-*

*dicas, en la cual el Notario deberá utilizar, en cuanto sea necesario y pertinente, por aplicación directa o analógica, los criterios rectos que el Código Civil marca para la interpretación de los contratos en los arts. 1.281 a 1.289."*

c) Como impone el Reglamento Notarial, el documento ha de ser redactado con *"estilo claro, puro, preciso, sin frases ni término alguno oscuros ni ambiguos, y observando, de acuerdo con la Ley, como reglas imprescindibles, la verdad en el concepto, la propiedad en el lenguaje y la severidad en la forma"* (art. 148 RN).

d) Corresponde al Notario la calificación del contrato asignándole *"el nombre conocido que en derecho tenga, salvo que no lo tuviera especial"* (art. 159. 9º RN).

e) Cuando *"se pretenda un otorgamiento según minuta o la elevación a escritura pública de un documento privado el Notario deberá indagar la voluntad común de los otorgantes, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e informará a aquéllos del valor y alcance de su redacción"* (art. 147 RN). Además en el texto del documento, el Notario consignará, en su caso, que aquél *"ha sido redactado conforme a minuta y si le constare, la parte de quien procede ésta, lo que es relevante para su posterior interpretación, y si la misma obedece a condiciones generales de su contratación. Y 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 y prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella"* (art. 147).

<sup>13</sup> CASTÁN TOBEÑAS, José. *Función Notarial y Elaboración Notarial del Derecho*. Pág. 100-102. Madrid 1946.



ALFONSO CAVALLÉ CRUZ, Decano del Colegio Notarial de Canarias,  
Presidente de la Comisión de Consumidores y Usuarios del Consejo General del Notariado

También, establece el deber de *“asesorar con imparcialidad a las partes y velará por el respeto de los derechos básicos de los consumidores y usuarios”* (art. 147 RN), como luego tendremos ocasión de desarrollar.

Por su parte el artículo 23. 2 de la LCGC, ordena que *“los Notarios, en el ejercicio profesional de su función pública, velarán por el cumplimiento, en los documentos que autoricen, de los requisitos de incorporación a que se refieren los artículos 5 y 7 de esta Ley”*. Desde el punto de vista de la redacción, el art. 5 señala que *“la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez”* y el art. 7 establece que *“no quedarán incorporadas al contrato”* las condiciones generales *“que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles”*.

#### 6º. CONSERVACIÓN DEL INSTRUMENTO PÚBLICO Y LA EXPEDICIÓN DE COPIAS

Establece el artículo 36 de la L.N. *“los protocolos pertenecen al Estado. Los Notarios los conservarán, con arreglo a las leyes, como archiveros de los mismos y bajo su responsabilidad”*. Esta conservación del original o la matriz, por el Notario, añade una serie de garantías:

- Se evita la pérdida o extravío del documento, y por tanto las consecuencias dañosas que derivarían para los titulares de los derechos en ellos reconocidos.
- Aquéllos que tengan derecho a pedir copia, tienen la garantía de acceder a ello, por muchos años, incluso siglos, que hayan transcurrido.

- Se evita la manipulación de la matriz u original, al excluirla del tráfico.
- Se garantiza la duración y conservación del mismo en el tiempo.
- Y, por medio de las notas en la matriz, queda constancia de las copias expedidas, y para quién se expiden, y de otras vicisitudes del acto o negocio jurídico en ellas contenido, tales como ratificaciones, revocaciones, modificaciones, etc.

#### 7º. COLABORACIÓN CON LAS DISTINTAS ADMINISTRACIONES

*“Los Notarios en su consideración de funcionarios públicos deberán velar por la regularidad no sólo formal sino material de los actos o negocios jurídicos que autorice o intervenga, por lo que están sujetos a un deber especial de colaboración con las autoridades judiciales u administrativas”* (art. 24 LN). El instrumento público notarial, al ser autorizado por un funcionario público, no pasa inadvertido para la Administración, a diferencia del documento privado.

La aplicación de las nuevas tecnologías en el tratamiento de la información contenida en la documentación notarial hace que gane en eficacia la colaboración del Notariado con las autoridades judiciales y administrativas en orden a la realización de las libertades y derechos fundamentales, la garantía del orden económico constitucional y la seguridad ciudadana. En la última década ha aumentado la eficacia de esta información en la prevención y lucha contra actuaciones delictivas y lacras sociales como la delincuencia organizada, el blanqueo de capitales o el fraude fiscal. La principal fuente de información son los índi-

ALFONSO CAVALLÉ CRUZ, Decano del Colegio Notarial de Canarias,  
Presidente de la Comisión de Consumidores y Usuarios del Consejo General del Notariado

ces remitidos por los Notarios a distintas Administraciones públicas. Estos índices fueron unificados en el *índice único informatizado*, creado por el artículo 7 del Real Decreto 1643/2000, de 22 de septiembre, hoy regulado por la Ley 36/2006. La trascendencia de esta información es evidente. Así en materia fiscal, por ejemplo:

- Los Ayuntamientos reciben información para el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana.
- Las Comunidades Autónomas, para el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y Operaciones Societarias o el Impuesto de Sucesiones y Donaciones.
- El Estado recibe importante información relativa a los cambios catastrales, que se realizan desde las Notarías.
- El Estado tiene un importante medio en la lucha contra el blanqueo de capitales, el fraude fiscal y otras formas de delincuencia.

En materia de prevención y lucha contra el blanqueo de capitales es relevante la información recibida desde las notarías. A fin de ganar en eficacia en el tratamiento de esta información, la Orden de 20 de septiembre de 2005 creó en el seno del Consejo General del Notariado el Órgano Centralizado de Prevención de Blanqueo de Capitales.

Otro paso importante ha sido el Órgano de Colaboración Tributaria (OCT) del Consejo General del Notariado que comenzó a funcionar en enero de 2007, organismo que colabora con la Agencia Tributaria (AEAT) en la lucha contra el fraude fiscal, facilitando información sobre todas las operaciones con trascendencia tributaria.

## II CONTRATACIÓN BAJO CONDICIONES GENERALES Y LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS.

### A.- CONTRATOS DE ADHESIÓN

Tradicionalmente el contenido de los contratos ha venido fijado por la confluencia de las voluntades de las partes en base al juego del principio de autonomía de la voluntad. Pero esta idea quiebra en la contratación en masa, basada en contratos de adhesión bajo condiciones generales, en la que el contenido del contrato es predispuesto por una de las partes, el empresario, y respecto del cual a la otra parte contratante, el consumidor o usuario, sólo le cabe aceptar el clausulado que se le impone o no celebrar el contrato.

Esta modalidad de contratación tiene su cara y su cruz, sus ventajas y sus inconvenientes. Para su justificación se han dado argumentos práctico-económicos:

- Desde un punto de vista económico y de eficacia organizativa se argumenta que, cuando las empresas realizan una multitud de contratos con un gran número de clientes, no es viable negociar individualmente con cada uno todas las cláusulas del contrato.
- La simplificación y uniformidad permite al empresario reducir costes y disminuir los riesgos, al tiempo que podrá ampliar la oferta a un menor precio.

ALFONSO CAVALLÉ CRUZ, Decano del Colegio Notarial de Canarias,  
Presidente de la Comisión de Consumidores y Usuarios del Consejo General del Notariado

- La ampliación en la oferta y la bajada en los precios hacen asequibles los bienes y servicios a un mayor número de personas.

Frente a estas ventajas, se perciben claramente los inconvenientes que lleva aparejada la contratación en masa bajo condiciones generales:

- Al escapar la fijación del contenido contractual de la autonomía de una de las partes (el consumidor) se darán más fácilmente situaciones de ventaja para el contratante que lo ha predispuesto (el empresario) y, en suma, situaciones de desequilibrio contractual.
- Puede resultar para los consumidores de difícil comprensión el contenido y alcance del clausulado propuesto.
- La no aceptación de alguna cláusula predispuesta le supondrá al consumidor verse privado del bien o servicio que demanda, por lo que se presta a fáciles abusos que aunque sean advertidos por el consumidor, las más de las veces, no le quedará otra posibilidad que someterse a ellos.

Por todo ello, la justificación económica de la contratación en masa bajo condiciones generales no es suficiente si al mismo tiempo no se preserva la buena fe y la moralidad en la contratación. Los desequilibrios de la contratación bajo condiciones generales deben ser compensados con normas y mecanismos que protejan a la parte contratante más débil y hagan efectivos los postulados de la buena fe y la ética en las relaciones contractuales. Esta necesidad fue reconocida

expresamente en la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores: *“Los adquirentes de bienes y servicios deben estar protegidos contra el abuso de poder del vendedor o del prestador de servicios, en especial contra los contratos de adhesión y la exclusión abusiva de derechos esenciales en los contratos”*. Igualmente el preámbulo de la Ley 7/1998, sobre Condiciones Generales de la Contratación, cuando afirma que *“la protección de la igualdad de los contratantes es presupuesto necesario de la justicia de los contenidos contractuales y constituye uno de los imperativos de la política jurídica en el ámbito de la actividad económica.”*

#### B.- CONDICIONES GENERALES Y CLAUSULAS ABUSIVAS

La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación nació con un doble objetivo: de un lado, la trasposición al ordenamiento interno español de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores; y de otro, la regulación de las condiciones generales de la contratación. Esta norma modificó el marco jurídico preexistente de protección al consumidor, constituido por la Ley 26/1984, de 19 de julio, y hoy es regulada en 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 y otras leyes complementarias, recientemente modificado por Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, a fin de transponer al dere-

ALFONSO CAVALLÉ CRUZ, Decano del Colegio Notarial de Canarias,  
Presidente de la Comisión de Consumidores y Usuarios del Consejo General del Notariado

cho interno la Directiva 2011/83/UE y dar cumplimiento a la sentencia de 14 de junio de 2012, en el asunto C-618 Banco Español de Crédito.

Condiciones generales y cláusulas abusivas son conceptos diferentes:

*“Una cláusula es condición general cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, y no tiene por qué ser abusiva”.*

*“Cláusula abusiva es la que, en contra de las exigencias de la buena fe, causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales, y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión de particulares.” (Preámbulo Ley 7/1998).*

El artículo 1.º de la LCGC, al referirse al ámbito objetivo de aplicación de la ley, nos ofrece en su apartado 1 el concepto legal de condiciones generales de la contratación:

*“Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”.*

De esta definición se desprenden los siguientes elementos o requisitos objetivos para la aplicación de la ley:

1º. Predisposición. Es característico de los contratos de adhesión que una de las partes del contrato, el predisponente, ofrezca un clausulado previamente redactado a la otra parte para su aceptación.

La redacción material de las condiciones generales procederá normalmente del círculo del predisponente, sus empleados o asesores, pero, incluso, también puede proceder de terceras personas o de formularios usados por otros profesionales en la misma actividad. Independientemente de su autor material, el predisponente hace suya la fórmula para todos los contratos que se propone realizar en su ámbito de actuación profesional o empresarial. Lo que importa es que el predisponente asume como propio un determinado clausulado, independientemente de quién sea el autor material del mismo.

2º. Imposición. Esta nota es esencial para calificar que un contrato contenga condiciones generales de contratación. El predisponente impone un clausulado previamente redactado y a la otra parte sólo le cabe adherirse o no celebrar el contrato.

Caso de que haya existido negociación individual respecto de algunas de las cláusulas, éstas dejarán de considerarse condiciones generales, sin perjuicio de que sí lo sea el resto del clausulado, ya que, como señala el artículo 1.2. LCGC, *“el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si*

ALFONSO CAVALLÉ CRUZ, Decano del Colegio Notarial de Canarias,  
Presidente de la Comisión de Consumidores y Usuarios del Consejo General del Notariado

*la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión*".<sup>14</sup>

3º. Uniformidad. Una cláusula sólo puede ser calificada como condición general cuando ha sido prevista para ser aplicada con carácter general y uniforme a una pluralidad de contratos. Esta es otra nota esencial de las condiciones generales, ya que si faltase nos encontraríamos ante un simple contrato de adhesión, pero no podría hablarse de condiciones generales de la contratación.<sup>15</sup>

Al hablar de los elementos subjetivos se distingue entre el predisponente y el adherente.

1. Predisponente. Señala el artículo 2.1 de la LCGC que "la presente Ley será de aplicación a los contratos que contengan condiciones generales celebrados entre un profesional –predisponente– y cualquier persona física o jurídica –adherente–".

Por tanto, para calificar un contrato de adhesión como hecho con condiciones generales de la contratación, la LCGC sólo tiene en

<sup>14</sup> Circular 1/98 del Consejo General del Notariado: una cláusula no tendrá la consideración de condición general "si la cláusula en cuestión ha sido objeto de una negociación individual, incluso cuando habiendo sido pre-redactada 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".

<sup>15</sup> Circular 1/98 del Consejo General del Notariado: "El que la cláusula sea redactada e impuesta por una de las partes como requisito sine qua non para la celebración del contrato, no supone que haya condiciones generales si la cláusula en cuestión ha sido específicamente elaborada para un contrato específico y falta el requisito de la generalidad o uniformidad".

consideración las cualidades del predisponente, que ha de ser un profesional. "A los efectos de esta ley –señala el artículo 2.2 LCGC– se entiende por profesional a toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial, ya sea pública o privada".

2. Adherente. En cuanto al adherente, no se exige ninguna cualidad especial, ya que la LCGC es aplicable no sólo a los contratos celebrados con un adherente consumidor, sino a también a los celebrados con cualquier otro adherente, personas físicas o jurídicas, aunque no merezca el calificativo de consumidor. Incluso, como dispone el artículo 2.3. LCGC, "el adherente podrá ser también un profesional, sin necesidad de que actúe en el marco de su actividad" (art. 2.3 LCGC). En consecuencia, a diferencia de la Directiva 93/13/CEE, la LCGC, amplía el ámbito subjetivo respecto del adherente, que puede ser tanto un profesional como un consumidor.<sup>16</sup>

Por su parte el TR de la LDCU, tras su redacción dada por la Ley 3/2014 de 27 de marzo, da los siguientes conceptos de consumidor y usuario y de empresario:

*«Artículo 3. Concepto general de consumidor y de usuario. A*

<sup>16</sup> Circular 1/98 del Consejo General del Notariado: "La aplicación de la Ley de Condiciones Generales no exige que el adherente sea un consumidor. Si el adherente tiene tal cualidad se aplicará además todo el elenco de normas que le protegen, especialmente la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y, en consecuencia, toda la normativa sobre condiciones abusivas; es decir, existe una doble protección pero en ningún caso es requisito imprescindible la condición de consumidor en el adherente para que se aplique la normativa sobre condiciones generales"



ALFONSO CAVALLÉ CRUZ, Decano del Colegio Notarial de Canarias,  
Presidente de la Comisión de Consumidores y Usuarios del Consejo General del Notariado

*efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.»*

*«Artículo 4. Concepto de empresario. A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.»*

#### C.- DERECHO A LA INFORMACIÓN.

Uno de los principales derechos de los consumidores es la información. El conocimiento de la situación fáctica del objeto y las circunstancias que rodean al negocio permite al consumidor valorar con precisión si lo que se le ofrece responde a sus necesidades, sus previsiones y si podrá satisfacerlas adecuadamente. El consumidor necesita información y formación. Como dice el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema “La educación de los consumidores” (2003/C 133/01): *“La información sólo aprovecha verdaderamente al ciudadano si éste, gracias a la educación, es capaz de comprenderla y si está motivado para utilizarla en su toma de decisiones de forma razonablemente atenta y perspicaz”*. Puede afirmarse que los consumidores tienen derecho a conocer la verdad sobre lo que se le

ofrece, lo cual muchas veces será un reto dada *“la mayor complejidad y sofisticación de las ofertas”*, de ahí que además de información necesite de *“habilidades y conocimientos que les permitan actuar adecuadamente en un mercado cada vez más complejo, convergente y sofisticado”* (Dictamen). Con una adecuada información y educación, se logra una voluntad informada y formada, que permitirá al consumidor, antes de actuar y quedar vinculado, discernir sobre las distintas opciones a fin de tomar la decisión verdaderamente querida. Dentro de esos conocimientos también ha de incluirse *“la dimensión ética y social del consumo, los modelos de consumo sostenible, la solidaridad, la cohesión y la integración, los derechos y deberes como consumidor, etc.”* (Dictamen). Por el contrario cuando por falta información y educación, las necesidades son ficticias, las previsiones erróneas, o los medios que se van a aplicar para satisfacer las necesidades son inadecuados, se tomarán decisiones equivocadas, aunque aparentemente queridas. La ignorancia o, lo que aún es peor, la mentira, la manipulación o cualquier forma de engaño atenta contra la dignidad del consumidor, a quien se le priva de su derecho a conocer la verdad y ejercer plenamente su libertad.

En contratos con consumidores el conocimiento de las características y cualidades del bien o servicio, de las condiciones en que se adquieren, y otros aspectos relevantes, es un derecho que le permitirá valorar si responde a las expectativas y al fin al que se pretende destinar, incluso si atiende a sus parámetros éticos y sociales. El artículo 8 d) LGDCU reconoce, entre los derechos básicos de los consumidores y usuarios, la información correcta sobre los diferentes productos o servicios y la educación y divulgación para facilitar el cono-

ALFONSO CAVALLÉ CRUZ, Decano del Colegio Notarial de Canarias,  
Presidente de la Comisión de Consumidores y Usuarios del Consejo General del Notariado

cimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute. Estos derechos se desarrollan en el Capítulo IV del Título I de la LGDCU. En el art. 17, impone obligaciones a los poderes públicos y a los medios de comunicación social de titularidad pública, dirigidos a hacer efectiva la información, formación y educación de los consumidores y usuarios<sup>17</sup>.

Para que el consumidor pueda ejercer sus derechos con libertad, y exista un mínimo de equilibrio, es necesario que el conocimiento de los aspectos fácticos se complemente además con conocimiento mínimo del marco jurídico, que compense las ventajas de información del predisponente frente a situaciones de indigencia informativa del consumidor.

En ámbitos de contratación bajo condiciones generales de gran trascendencia económica para los consumidores, dado el valor de los bienes, las obligaciones y responsabilidades que asumen, el estado pone como herramienta la intervención del Notario, *“fedatario público, obligado por ley a ser independiente e imparcial y a garantizar, mediante el suministro de una información jurídica comprensible, que el consumidor*

<sup>17</sup>Artículo 17. Información, formación y educación de los consumidores y usuarios.

1. Los poderes públicos, en el ámbito de sus respectivas competencias, fomentarán la formación y educación de los consumidores y usuarios, asegurarán que estos dispongan de la información precisa para el eficaz ejercicio de sus derechos y velarán para que se les preste la información comprensible sobre el adecuado uso y consumo de los bienes y servicios puestos a su disposición en el mercado.

2. Los medios de comunicación social de titularidad pública estatal dedicarán espacios y programas, no publicitarios, a la información y educación de los consumidores y usuarios. En tales espacios y programas, de acuerdo con su contenido y finalidad, se facilitará el acceso o participación de las asociaciones de consumidores y usuarios representativas y los demás grupos o sectores interesados, en la forma que se acuerde con dichos medios.

*y usuario celebra el contrato únicamente previa reflexión suficiente y con pleno conocimiento de su alcance jurídico”* (art. 93,i. TR de la LDCU, en su redacción dada por Ley /2014 de 27 de marzo). La actuación del Notario, además de informativa, ha de ser equilibradora, para lo que *“prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella”* (art. 147 R.N.). El buen funcionamiento de este mecanismo de formación y reequilibrador se apoya en el *“derecho de libre elección de Notario”* (art. 3 RN), que corresponde al consumidor, *“constituyéndose dicho derecho en elemento esencial para una adecuada concurrencia entre Notarios”* (art. 126 RN).

#### D.- LOS MECANISMOS DE CONTROL

Como solución de equilibrio, entre las ventajas e inconvenientes de la contratación bajo condiciones generales, el legislador ha de implementar una serie de mecanismos con la finalidad de garantizar un estándar mínimo de justicia, libertad e igualdad o equilibrio en esta clase de contratación, a fin de que una supuesta eficiencia económica no suponga una *patente de corso* que permita al contratante fuerte abusar o atentar contra los derechos e intereses del contratante débil.

##### 1.- Fijación del contenido.

Algunos de estos mecanismos están constituidos por normas que tratan de acotar el contenido del contrato bajo condiciones generales:

- control de incorporación;
- control de interpretación;

ALFONSO CAVALLÉ CRUZ, Decano del Colegio Notarial de Canarias,  
Presidente de la Comisión de Consumidores y Usuarios del Consejo General del Notariado

- control del contenido;
- e integración del contrato.

a) El control de incorporación

Para que las condiciones generales se consideren incorporadas al contrato, es decir, pasen a formar parte de su contenido, es necesario que el adherente haya tenido la oportunidad de conocerlas, entenderlas, y, en su caso, de aceptar su incorporación.

No deben entrar a formar parte del contenido del contrato las condiciones generales respecto de las cuales el predisponente no ha obrado de forma leal. Falta a la buena fe el predisponente cuando no pone los medios para que el contenido de las condiciones generales pueda ser conocido y entendido con normalidad por el adherente. El adherente, al menos, ha de tener la posibilidad real de saber cuáles son y qué significan las condiciones generales que van a integrar el contenido del contrato. Es indiferente que el adherente, por falta de interés, incluso por negligencia, o por razones semejantes, no llegue de hecho a leer o interesarse por su contenido y por lo tanto lo ignore. Lo esencial es que haya tenido la oportunidad cierta de hacerlo, independientemente de que haya hecho uso o haya despreciado la ocasión de leerlas y entenderlas. Si habiendo tenido esa posibilidad real acepta su incorporación al contrato, las condiciones generales pasan a formar parte de su contenido.

Por lo anterior, para que las condiciones generales queden incorporadas al contrato, el legislador establece unos requisitos mínimos, cuyo incumplimiento implica la no incorporación de las condicio-

nes generales predispuestas, y la laguna se completará acudiendo a las reglas ordinarias de integración del contrato. Los requisitos de incorporación se desprenden de los artículos 5 y 7 LCGC<sup>18</sup>. Estos artículos fijan unos requisitos mínimos para que puedan quedar incorporadas al contenido del contrato:

Que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa las condiciones generales al tiempo de la celebración del contrato [art. 7 a) LCGC]. En este sentido es necesario que el predisponente haya facilitado al adherente la posibilidad de conocer la existencia y contenido de las mismas. Que se acepte por el adherente su incorporación al contrato. Que las condiciones generales respondan al principio de transparencia. *“La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y*

<sup>18</sup> Artículo 80 del TR LGDCU (en su redacción por Ley 3/2014). Requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente.

1. En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, aquellas deberán cumplir los siguientes requisitos:

a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.

b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. En ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior al milímetro y medio o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura.

c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.

2. Cuando se ejerciten acciones individuales, en caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable al consumidor.

ALFONSO CAVALLÉ CRUZ, Decano del Colegio Notarial de Canarias,  
Presidente de la Comisión de Consumidores y Usuarios del Consejo General del Notariado

sencillez.” (art. 5.5 LCGC). Es decir, no podrán ser ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles [art. 7 c) LCGC]. Señala la norma, además, una serie de requisitos, que varían en función de la forma empleada, y que buscan hacer efectiva la posibilidad de conocimiento y aceptación. El incumplimiento de los requisitos fijados por la LCGC para que las condiciones generales formen parte del contenido del contrato, implicará su no incorporación al mismo.

La necesidad de que se redacten con claridad, concreción y sencillez, deriva del deber de buena fe que ha de observar el predisponente en la redacción material de las condiciones generales, que se traduce en un deber de transparencia. Cuando las condiciones generales están redactadas de forma ilegible, ambigua, oscura o incomprensible, se priva al adherente de la posibilidad real de conocimiento del contenido y d-cance del clausulado.

- Por cláusulas *ilegibles* deben entenderse no solamente aquellas que no sea posible leer, sino en general todas las que estén redactadas de tal forma que no puedan leerse con normalidad, por ejemplo, en caracteres mínimos o en lugares del documento difíciles de leer o de advertir.
- Son cláusulas *ambiguas* las que pueden entenderse de distintos modos o admitir distintas interpretaciones y dar, por consiguiente, motivos de duda, incertidumbre o confusión.
- Cláusulas *oscuras* son las confusas, ininteligibles o *incomprensibles* para una persona normal.
- Otro tipo de cláusulas que, sobre la base del principio de buena fe, no deben quedar incorporadas al contrato, son las *cláu-*

*sulas sorprendentes*. ALFARO<sup>19</sup> define las *cláusulas sorprendentes* como “aquellas que sean tan insólitas que el adherente no hubiera podido contar razonablemente con su existencia”. Ofrece ALFARO<sup>20</sup> los siguientes ejemplos: aquellas cuyo contenido contradice las expectativas que razonablemente se hubiera podido hacer el adherente atendiendo al tipo de contrato celebrado o a la publicidad; las cláusulas de renuncia contenidas en recibos; y las cláusulas de solidaridad del representante por incumplimiento del representado. Aunque la prohibición de cláusulas sorprendentes no se encuentre expresamente recogida en la LCGC, como hace ver ALFARO<sup>21</sup>, “no obstante, la aplicación de las reglas generales sobre consentimiento contractual y la correcta interpretación del artículo 10.1 c) LCU [hoy 80.1c. del TR LDCU] conduce a afirmar la vigencia de dicha prohibición en nuestro Derecho, ya que no puede afirmarse de modo alguno que, cuando el adherente suscribe el formulario contractual, esté aceptando cláusulas que contradicen las mínimas expectativas que, sobre el contenido del contrato, se ha podido hacer atendiendo a todas las circunstancias que han rodeado su celebración.”

<sup>19</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: “El Derecho de las Condiciones Generales y las Cláusulas predispuestas”. P. 19. Número 1. RJC. 2000.

<sup>20</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: *Op. et loc. cit.*.

<sup>21</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: *Op. cit.* p. 20.

ALFONSO CAVALLÉ CRUZ, Decano del Colegio Notarial de Canarias,  
Presidente de la Comisión de Consumidores y Usuarios del Consejo General del Notariado

## 2.- Interpretación.

La regla de interpretación contenida en el artículo 6.2 –según la cual las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente– debe ser puesta en relación con la no incorporación de las cláusulas oscuras conforme al artículo 5.5 y 7 b) de la LCGC. Concluye el artículo 6.2 que en los contratos con consumidores esta norma de interpretación sólo será aplicable cuando se ejerciten acciones individuales.

La interpretación favorable al adherente de las cláusulas oscuras ha sido uno de los principales mecanismos a los que ha acudido tradicionalmente la doctrina y la jurisprudencia, a fin de proteger al contratante débil frente a los abusos a que se presta la contratación en masa bajo condiciones generales. El artículo 6 de la LCGC, bajo la rúbrica “*reglas de interpretación*”, recoge de forma expresa una serie de reglas hermenéuticas que ya son tradicionales en esta materia: la regla de la prevalencia de la condición particular sobre la general; la regla de la preferencia de la condición más beneficiosa; y la regla *interpretatio contra proferentem*. A estas tres reglas la doctrina y la jurisprudencia añaden otra: la prevalencia de la condición más relevante.

El artículo 6.2 LCGC recoge la regla *interpretatio contra proferentem* al establecer que “*las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente. En los contratos con consumidores esta norma de interpretación sólo será aplicable cuando se ejerciten acciones individuales*”. La regla resultaba del artículo 1288 del Código Civil (“*la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasio-*

*nado la oscuridad*”), que se aplica a todo tipo de contratos, tengan o no condiciones generales.

## 3.- El control del contenido: la nulidad y las cláusulas abusivas

Una vez las condiciones generales han pasado a formar parte del contenido del contrato, por cumplir los requisitos de incorporación (arts. 5 y 7 LCGC), pueden ser objeto de un control de su contenido a fin de determinar si alguna de las cláusulas adolece de nulidad. Este control del contenido tendrá un mayor o menor alcance dependiendo de si el adherente es consumidor o no lo es.

### — *Cláusulas contrarias a normas imperativas o prohibitivas*

Con carácter general, son nulas de pleno derecho cualquier cláusula, o parte del contenido de un contrato, contraria a una norma imperativa o prohibitiva, salvo que el ordenamiento jurídico establezca un efecto distinto para el caso de contravención. Esta norma que recoge el Código Civil en su artículo 6.3 para toda clase de actos o negocios jurídicos, es la que reitera el artículo 8.1 de la LCGC cuando sostiene: “*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.*”

### — *Cláusulas abusivas*

El control del contenido se extiende además a las denominadas cláusulas abusivas, y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no



ALFONSO CAVALLÉ CRUZ, Decano del Colegio Notarial de Canarias,  
Presidente de la Comisión de Consumidores y Usuarios del Consejo General del Notariado

existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión de particulares cuando el adherente es un consumidor. El artículo 82 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 y otras leyes complementarias, nos ofrece el concepto legal de cláusulas abusivas. Dice este precepto:

*“1. 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.*

*2. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato.*

*El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba.*

*3. 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 éste dependa.*

*4. No obstante lo previsto en los apartados precedentes, en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los*

*artículos 85 a 90, ambos inclusive:*

- a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario,*
- b) limiten los derechos del consumidor y usuario,*
- c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato,*
- d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba,*
- e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o*
- f) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable”.*

El catálogo de cláusulas abusivas se recoge en los artículos 85 a 91 (TR LGDCU), que las clasifica en los siguientes grupos:

- Vinculación del contrato a la voluntad del profesional (art. 85).
- Privación de derechos básicos del consumidor (art. 86).
- Falta de reciprocidad (art. 87).
- Sobre garantías (art. 88).
- Sobre perfeccionamiento y ejecución del contrato (art. 89).
- Sobre competencia y derecho aplicable (art. 90).
- De contratos sobre valores, instrumentos financieros y divisas (art. 91).

#### 4.- Integración del contrato

La no incorporación al contrato, o la declaración de nulidad de

ALFONSO CAVALLÉ CRUZ, Decano del Colegio Notarial de Canarias,  
Presidente de la Comisión de Consumidores y Usuarios del Consejo General del Notariado

las condiciones generales, plantea la cuestión de en qué medida afectarán a la eficacia del contrato. A esta cuestión responde el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, en su nueva redacción dada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo:

*“Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas”*

2.- Mecanismos contenciosos de protección del adherente. Las acciones individuales y colectivas

Sin perjuicio de los mecanismos preventivos de protección del adherente que contrata bajo condiciones generales, la LCGC prevé dos tipos de acciones, que constituyen mecanismos de protección contenciosa: la acción individual, que podrá ejercitarse al amparo de lo dispuesto en el artículo 9, y las acciones colectivas *de cesación, retractación y declarativa de condiciones generales*.

Están legitimados activamente, conforme al artículo 16 de la LCGC, para ejercitar las acciones de cesación, de retractación o declarativa, pudiendo incluso personarse las unas en los procesos promovidos por las otras:

- Las asociaciones o corporaciones de empresarios, profesionales y agricultores que estatutariamente tengan encomendadas

la defensa de sus miembros.

- Las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación.
- Las Asociaciones de Consumidores y Usuarios que reúnan los requisitos establecidos en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores.
- El Instituto Nacional de Consumo y los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores.
- Los colegios profesionales legalmente constituidos.
- El Ministerio fiscal.
- Las entidades de otros Estados miembros de la Comunidad Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores que estén habilitados mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas.

En cuanto a la prescripción, las acciones colectivas de cesación y retractación son, con carácter general, imprescriptibles. No obstante, si las condiciones generales se hubieran depositado en el Registro de Condiciones Generales, prescribirán a los cinco años, computados desde el depósito, siempre que dichas condiciones generales hayan sido objeto de utilización efectiva. Tales acciones podrán ejercitarse en todo caso durante los cinco años siguientes a la declaración judicial firme de nulidad o no incorporación que pueda dictarse con posterioridad como

ALFONSO CAVALLÉ CRUZ, Decano del Colegio Notarial de Canarias,  
Presidente de la Comisión de Consumidores y Usuarios del Consejo General del Notariado

consecuencia de la acción individual (artículo 19,1, 2 y 3 LCGC).

La acción declarativa es imprescriptible (artículo 19,4 LCGC).

— *Publicidad de las sentencias*

La publicidad de las sentencias se lleva a efecto a través de su inscripción en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación. Esta publicidad se podrá ver ampliada, por decisión judicial, para el caso de las sentencias derivadas del ejercicio de una acción colectiva, mediante su publicación en el BORME o en un periódico de gran difusión. Así, podemos distinguir dos medios de publicidad:

a) Inscripción. La publicidad de las sentencias estimatorias de alguna de las acciones, tanto colectivas como individuales, vistas anteriormente, tendrá lugar de forma principal mediante su inscripción en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, que tiene carácter obligatorio. *“En todo caso en que hubiere prosperado una acción colectiva o una acción individual de nulidad o no incorporación relativa a condiciones generales, el Secretario judicial dirigirá mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción de la sentencia en el mismo”*. (artículo 22 LCGC).

La inscripción de las sentencias, además de ser medio de publicidad general, servirá de fundamento para el ejercicio de las acciones colectivas.

b) BORME y/o periódico. A diferencia de la inscripción, que siempre tendrá carácter obligatorio, por decisión judicial podrán publicarse en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* o en un periódico de los de

mayor circulación de la provincia, o en ambos, únicamente las sentencias dictadas en el ejercicio de una acción colectiva, una vez firme junto con el texto de la cláusula afectada (artículo 21 LCGC).

3.- Mecanismos de control preventivo

Los mecanismos de control preventivos, en sede de condiciones generales de la contratación, están constituidos principalmente por el derecho a la información que la Ley garantiza al adherente que contrae en documento público, sin perjuicio de las otras garantías propias de esta forma documental. En este sentido la Ley impone al Notario la obligación de advertir de la aplicabilidad de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, tanto en sus aspectos generales como en cada caso concreto sometido a su intervención. Igual obligación impone el legislador a los Registradores de la propiedad y mercantiles en el ámbito de sus respectivas competencias (art. 23.1 LCGC).

También deberán los Notarios velar por el cumplimiento, en los documentos que autoricen, de los requisitos de incorporación a que se refieren los artículos 5 y 7 de esta Ley. Igualmente advertirán de la obligatoriedad de la inscripción de las condiciones generales en los casos legalmente establecidos (art. 23.2 LCGC).

El Notario hará constar en el contrato el carácter de condiciones generales de las cláusulas que tengan esta naturaleza y que figuren previamente inscritas en el Registro de Condiciones Generales de la contratación, o la manifestación en contrario de los contratantes (art. 23.3 LCGC).

ALFONSO CAVALLÉ CRUZ, Decano del Colegio Notarial de Canarias,  
Presidente de la Comisión de Consumidores y Usuarios del Consejo General del Notariado

*“Los Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus funciones públicas, informarán a los consumidores y usuarios en los asuntos propios de su especialidad y competencia” (art. 81.2 LGDCU).*

Tratándose de cláusulas contrarias a normas imperativas o prohibitivas, sean o no abusivas, el Notario deberá denegar la autorización (art 1, 17 y 24 LN), y el Registrador, la inscripción (art. 18 LH).

Ahora bien, lo que no podrán el Notario ni el Registrador es declarar abusiva una cláusula –función encomendada a los Jueces–, sin perjuicio de su deber de información al respecto, que facilitará, en su caso, al adherente, el ejercicio de sus derechos. Sólo negarán su actuación cuando se trate de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales (art. 84 TR LGDCU).

Artículo 84 TR LGDCU: *“Los Notarios y los Registradores de la propiedad y mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación”.*

A Notarios y Registradores no les corresponde este control de validez, que está reservado a Jueces y tribunales (sentencia TS 16 de noviembre de 2009). La Dirección General de los Registros y del Notariado, en resoluciones de 19 de abril de 2006, decía, refiriéndose en este caso a la actuación del Registrador:

*“El Registrador no puede erigirse en una suerte de Juez que declare la nulidad de determinadas cláusulas por contravenir dicha normativa sin que previamente exista la pertinente declaración judicial de tal nulidad. Dicha posibilidad, como veremos, está vedada al citado funcionario.” De donde concluye la DGRN: “En consecuencia, habrá de estarse a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio, según la redacción dada por la Ley 7/1998, de 13 de abril; tal apartado lo único que hace es atribuir al Juez que conozca de las pertinentes acciones la posibilidad de declarar nulas las condiciones generales de la contratación insertas en un contrato cuando las mismas sean abusivas, añadiendo la Disposición Adicional primera de esa Ley 26/1984, de 19 de julio, también incorporada por la Ley 7/1998, de 13 de abril, un elenco de cláusulas que pueden ser consideradas abusivas; enumeración que basta apreciar su inciso inicial es ad exemplum. Tercera, lo anterior, esto es la necesidad de que un Juez declare la nulidad de la cláusula que es condición general de la contratación por abusiva, como requisito sine qua non para que el Registrador deniegue el acceso al registro de esa cláusula abusiva, previa la determinación de su trascendencia jurídico real inmobiliaria, se deduce de la simple lectura de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación y las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2002, por las que se anularon diversos preceptos del Real Decreto 1828/1999, de 3 diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación. Así, en el apartado IV del preámbulo de la Ley 7/1998, de 13 de*

ALFONSO CAVALLÉ CRUZ, Decano del Colegio Notarial de Canarias,  
Presidente de la Comisión de Consumidores y Usuarios del Consejo General del Notariado

*abril, se afirma que «la Ley parte de que el control de la validez de las cláusulas generales tan sólo corresponde a Jueces y Tribunales». Tal afirmación, obvia por otra parte, se reitera en las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2002, donde se sostiene que «la calificación como abusivas de las cláusulas corresponde, en exclusiva, a los Jueces y tribunales». En consecuencia, el procedimiento registral, por sus particulares caracteres, y la calificación, por su ámbito objetivo y medios de llevarse a cabo, no puede sustituir a la declaración judicial de nulidad de las cláusulas de un contrato que son condiciones generales de la contratación, por entender que las mismas son nulas de pleno derecho, al contravenir el artículo 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio.»*

Por su parte, la Nota del Consejo General del Notariado Español, circulada con ocasión de la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009, entre otras cosas indicaba:

*“Ni al Notario, ni al Registrador, le compete la declaración de nulidad de una cláusula por razón de ser abusiva la misma, de donde la intervención del Notario en este ámbito, como de nuevo también sucede con el Registrador, se residencia en lo que se denomina «deber de colaboración de los profesionales ejercientes de funciones públicas» (párrafo segundo del apartado IV de la Exposición de Motivos)”.*

Dicho deber de colaboración se explicita en el artículo 23 de la LCGC, del que podemos concluir:

1.º) El Notario tiene un especial deber de información para con el consumidor acerca de la existencia de la misma LCGC.

En este sentido, dicho artículo 23 reconoce la tarea del Notario sobre el que pesa un específico deber de asesoramiento imparcial y equilibrador cuando en la contratación existe desproporción entre las partes contratantes. Recuérdese, a tal fin, el artículo 147 del RN, *“Sin mengua de su imparcialidad, el Notario insistirá en informar a una de las partes respecto de las cláusulas propuestas por la otra y prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella”.*

2.º) Los Notarios deben velar especialmente por el requisito de la incorporación a que se refieren los artículos 5 y 7. Con relación a esta remisión, cabe recordar que según el artículo 7 b) el Notario no deberá incorporar aquellas cláusulas que sean ilegibles, ambiguas, oscuras o incomprensibles *“salvo [que] en cuanto a estas últimas hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato”.*

Debe recordarse que el concepto “ilegibilidad” ha sido interpretado por el Tribunal Supremo en un sentido material. Así, la STS de 12 de febrero de 2002, por la que se declaran nulos gran parte de los artículos del Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Registro de Condiciones Generales de la Contratación (en lo sucesivo, RGC), da a tal concepto el sentido vulgar, esto es, ilegible, será aquello de imposi-



ALFONSO CAVALLÉ CRUZ, Decano del Colegio Notarial de Canarias,  
Presidente de la Comisión de Consumidores y Usuarios del Consejo General del Notariado

ble lectura.

3.º) La obligación de que el Notario haga expresamente constar en el contrato el carácter de condiciones generales de la contratación de aquellas cláusulas que lo tengan.

A tal deber de colaboración, no obstante, debe añadirse uno, igualmente importante, como es el de verificación que en el concreto negocio jurídico que se autoriza en instrumento público no existe una cláusula declarada judicialmente nula.

A tal fin, hemos de partir del artículo 147 del Reglamento Notarial, que en su párrafo final afirma que *“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 y prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella. También asesorará con imparcialidad a las partes y velará por el respeto de los derechos básicos de los consumidores y usuarios”*.

Este precepto, como se expuso, introduce en sus incisos inicial y final el deber de información a que se refiere el artículo 23 de la LCGC imponiendo, asimismo, al Notario un deber de velar porque se respeten los derechos básicos de los consumidores y usuarios.

A tal concreción se incorpora otra, como es la de compro-

bación de que, en las escrituras o pólizas que autoriza o interviene, no se incorpora como cláusula condición general declarada nula por sentencia firme e inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

Con relación a este segundo deber, y descendiendo al supuesto analizado, es preciso hacer las siguientes precisiones en aras de su debida aplicación:

1.º) De conformidad con el artículo 12.2 de la LCGC, cuando se insta una acción de cesación colectiva, como ha ocurrido en el supuesto concluido por la STS de 16 de diciembre de 2009, se pretende una sentencia de condena cuyo objeto es triple: a) que el demandado elimine esas cláusulas de sus contratos, porque b) las mismas son nulas al ser abusivas y, a que c) se abstenga el demandado de utilizarlas en lo sucesivo.

A esa triple pretensión, que da contenido a la acción de cesación, se añade la posibilidad de que el tribunal que enjuicia la demanda pueda aclarar, cuando sea necesario, el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz.

2.º) Una vez firme la sentencia, cuando ha tenido por objeto una acción colectiva, su fallo junto con el texto de la cláusula afectada puede ser publicado a instancias del Tribunal en el BORME o en un periódico de los de mayor circulación de los de la provincia (art. 21 de la LCGC).

3.º) En todo caso, el Juez, una vez firme la sentencia, y tra-

ALFONSO CAVALLÉ CRUZ, Decano del Colegio Notarial de Canarias,  
Presidente de la Comisión de Consumidores y Usuarios del Consejo General del Notariado

tándose de una acción colectiva, como es la de cesación, remitirá la misma para su publicación en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación (artículo 22 de la LCGC).

La anterior circunstancia debe entenderse complementada con lo dispuesto en el artículo 11.4 de la misma LCGC, que impone la inscripción de las ejecutorias en las que se recojan las sentencias firmes estimatorias de las acciones previstas en el apartado anterior, entre las que destaca la colectiva de cesación.

4.º) La precedente obligación (inscripción de la ejecutoria) se explicita en el artículo 17.3 del RGCG, que afirma que *“Los Notarios y los Registradores de la propiedad y mercantiles no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretendan contener o se incluyan cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales.”*

### El Registro de Condiciones Generales

El Registro de Condiciones Generales está a cargo de un Registrador de la propiedad y mercantil (artículo 11.1 LCGC).

Desarrollando esta norma se ha publicado el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación, aprobado por el RD 1828/1999, de 3 de diciembre.<sup>22</sup>

<sup>22</sup> El Reglamento del Registro de Condiciones Generales se ha visto afectado por la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2002, en la que se decretó la nulidad de gran parte de su articulado, y por la de 19 de febrero de 2002.

Podrán inscribirse en el Registro de Condiciones Generales las cláusulas contractuales que tengan el carácter de condiciones generales de la contratación<sup>23</sup>; la inscripción se realiza mediante el depósito de las condiciones generales y tiene carácter voluntario, salvo que por el Gobierno se imponga la inscripción obligatoria para un sector específico (artículo 11.2 LCGC). También podrán inscribirse, con carácter obligatorio, las sentencias firmes estimatorias que declaren la no incorporación o la nulidad de las condiciones generales, las acciones colectivas o de cesación, de retractación y declarativas, así como las resoluciones judiciales que acuerden la suspensión cautelar de la eficacia de una condición general (artículos 11.3 y 11.4 LCGC). Serán también objeto de inscripción, cuando se acrediten suficientemente al Registrador, la persistencia en la utilización de cláusulas declaradas judicialmente nulas. Las demandas serán objeto de anotación preventiva (artículo 11.3).

El Registro de Condiciones Generales tiene carácter público (art.

<sup>23</sup> Como indica MARTÍNEZ DEL MORAL, “el RCGC no controla el contenido de las CGC que se depositan, por muy ilegales y abusivas que pudieran parecer, incluso aunque resulten incomprensibles o no se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato”, y añade, “nadie piense que por estar inscritas en dicho RCG, las cláusulas han pasado por algún filtro que asegure su legalidad. El registrador de CGC no tiene facultades para denegar el depósito de los contratos en los que se contengan condiciones generales que se estimen nulas. La declaración de nulidad de las mismas es competencia exclusivamente judicial”. *Las Condiciones Generales de la Contratación y la protección del Consumidor frente a las Cláusulas Abusivas*. Dret Civil II. OUC, febrero-julio 2003.

ALFONSO CAVALLÉ CRUZ, Decano del Colegio Notarial de Canarias,  
Presidente de la Comisión de Consumidores y Usuarios del Consejo General del Notariado

11.5, 6 y 7).

La existencia y la regulación del Registro de Condiciones Generales no han estado exentas de polémica, habiendo sido objeto de muy duras críticas por un importante sector de la doctrina.<sup>24</sup> Esta figura no encuentra parangón en el Derecho comparado, salvo en su variante de Registro de Sentencias, respecto al cual sí existen antecedentes en Alemania y Portugal, y que puede tener la utilidad de dar a conocer la jurisprudencia que sobre la materia se vaya produciendo.

Como señala MARTÍNEZ DEL MORAL<sup>25</sup>, “la finalidad que desempeña el Registro es la siguiente:

- 1.º Posibilitar el ejercicio de acciones colectivas.
- 2.º Coordinar la actuación judicial.
- 3.º Viabilizar los mecanismos de control preventivo (la facilidad de consulta permite imponer a Notarios y Registradores la obligación de no autorizar ni inscribir contratos en los que se pretenda la inclusión de una cláusula declarada nula por abusiva en sentencia inscrita en el RCGC).
- 4.º Excitar la actuación sancionadora de la Administración (art. 24 LCGC)”.

<sup>24</sup> Entre otros, ALFARO ÁGUILA-REAL: “El Derecho de las Condiciones Generales y las Cláusulas predispuestas”, p. 30. RJC, 2000.

<sup>25</sup> MARTÍNEZ DEL MORAL, Javier: *Las Condiciones Generales de la Contratación y la protección del Consumidor frente a las Cláusulas Abusivas*. Dret Civil II. OUC, febrero-julio 2003.

### III EL ORGANISMO DE CONTROL DE CLÁUSULAS ABUSIVAS DEL CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO (EI OCCA)

Los poderes públicos tienen el deber de garantizar la defensa de los derechos y sus legítimos intereses de los consumidores y usuarios, mediante procedimientos eficaces, y promover la información y educación, (art. 51 Constitución). Entre los órganos e instituciones del Estado, que tienen el encargo expreso de hacer realidad este mandato, se encuentra el Notariado, integrado por funcionarios, entre cuyos deberes está el de “*velar por el respeto de los derechos básicos de los consumidores y usuarios*” (art. 147 RN) y “*garantizar, mediante el suministro de una información jurídica comprensible, que el consumidor y usuario celebra el contrato únicamente previa reflexión suficiente y con pleno conocimiento de su alcance jurídico*” (art. 93, i. TR LGDCU).

Como ya adelantamos, el Notario es el *funcionario público* (art. 1 LN), y, una vez toma posesión de su Notaría, “*tiene en su distrito el carácter de autoridad en todo cuanto afecte al servicio de la función notarial*” (Artículo 60 RN) y “*los documentos públicos autorizados por Notario gozan de fe pública y su contenido se presume veraz e íntegro*” (art. 17 bis LN). Precisamente por la naturaleza pública de su función “*su estudio tiene la categoría y consideración de oficina pública*” (Artículo 69 RN). El Notario “*no podrá actuar nunca sin previa rogación de sujeto interesado, excepto en casos especiales legalmente fijados*” (Artículo 3 RN) y, una vez requerido, “*la prestación del ministerio notarial tiene carácter obligatorio siempre que no exista causa legal o imposibilidad física que lo impida*” (Art. 3 RN). Así “*el Notario que requerido*

ALFONSO CAVALLÉ CRUZ, Decano del Colegio Notarial de Canarias,  
Presidente de la Comisión de Consumidores y Usuarios del Consejo General del Notariado

*para dar fe de cualquier acto público o particular extrajudicial negare sin justa causa la intervención de su oficio, incurrirá en la responsabilidad*” (art. 2 LN). Como tales funcionarios, los Notarios tienen un especial deber de *“imparcialidad”* en el ejercicio de sus funciones (art. 103 CE, art. 93, i TR LGDCU y arts. 134, 147 y 349 RN ) y *“han de velar por la regularidad no sólo formal sino material de los actos o negocios jurídicos que autorice o intervenga”* (Artículo 24). Son infracciones graves las conductas que impidan al Notario *“prestar con imparcialidad, dedicación y objetividad las obligaciones de asistencia, asesoramiento y control de legalidad que la vigente legislación atribuya a los Notarios o que pongan en peligro los deberes de honradez e independencia necesarios para el ejercicio público de su función”* (art. 349, c).

Son muchas las normas, como hemos visto, que imponen deberes concretos al Notario en defensa de los derechos e intereses de los consumidores usuarios:

- Con carácter general, artículo 147 del RN, exige que el Notario redacte el instrumento público *“conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico”*.
- También, le exige, que *“informe a los otorgantes del valor y alcance de su redacción”* (art. 147 RN).
- Además el Notario *“consignará, en su caso, que aquél ha sido redactado conforme a minuta y si le constare, la parte de quien procede ésta y si la misma obedece a condiciones generales de su contratación”* (art. 147 RN).

- Con carácter habitual, *“velará por el respeto de los derechos básicos de los consumidores y usuarios”* (art. 147 RN).
- Por su parte el art. 84 TR LGDCU, establece un especial *“deber de información del Notario para con los consumidores y usuarios en los asuntos propios de su especialidad y competencia”* y como recuerda el art. 93, i TR LGDCU ha de suministrar a los consumidores y usuarios *“información jurídica comprensible”*.
- El art. 23 de la LCGC previene que *“advertirán en el ámbito de sus respectivas competencias de la aplicabilidad de esta Ley, tanto en sus aspectos generales como en cada caso concreto sometido a su intervención”*, y añade que *“los Notarios, en el ejercicio profesional de su función pública, velarán por el cumplimiento, en los documentos que autoricen, de los requisitos de incorporación a que se refieren los artículos 5 y 7 de la LCGC y hará constar el carácter de condiciones generales de las cláusulas que tengan esta naturaleza y que figuren previamente inscritas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, o la manifestación en contrario de los contratantes”*.
- En general Notario tiene un deber de especial protección frente al otorgante más necesitado de ella, que en muchas ocasiones será un consumidor. Esta protección se encauza a través de su función equilibradora, por lo que 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”* (art. 147 RN).
- Si las hubiese no podrá autorizar el contrato o negocio jurídi-

ALFONSO CAVALLÉ CRUZ, Decano del Colegio Notarial de Canarias,  
Presidente de la Comisión de Consumidores y Usuarios del Consejo General del Notariado

cos en los que se pretenda su inclusión (artículo 84 de la LGDCU). Recordaba la Nota del Consejo General del Notariado Español, con ocasión de la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009, que *en caso de Sentencias pendientes de inscripción, según la Nota del Consejo General del Notariado antes citada, cuidar muy especialmente el deber de asesoramiento respecto de aquellas cláusulas que estén afectadas de nulidad en Sentencia firme, aun cuando la sentencia no esté inscrita, pues es patente que aun siendo desde la fecha de la inscripción en el Registro el dies a quo respecto del que surge la obligación de no autorizar o intervenir escrituras o pólizas que contengan esas cláusulas, sin embargo, la sentencia no puede desconocerse, máxime si se trata de Sentencias del Tribunal Supremo. En espera de dicha inscripción, indicaba la citada Nota del Consejo que, el Notario deberá advertir acerca de la existencia de las precitadas cláusulas en el negocio jurídico que se someta a su autorización o intervención, indicando expresamente que han sido declaradas abusivas, y de las consecuencias de dicha declaración, estando pendiente la sentencia de su inscripción en el Registro General de Condiciones Generales de la Contratación, de todo lo cual deberá dejar constancia en el documento público (artículo 194 del Reglamento Notarial). Por último, en aras del mismo especial deber impuesto al Notario ex artículos 23 de la LCGC y 147 del Reglamento Notarial, y aun partiendo de la base indiscutida de que el Notario carece de potestad jurisdiccional, dados los taxativos términos de la normativa de condiciones generales de la contratación, resulta aconsejable que el Notario ejerza con especial atención su función*

*pública en esta materia, examinando con particular detenimiento el clausulado, y actuando en el sentido indicado en los apartados anteriores, antes y después de la inscripción de la sentencia, tanto respecto de las cláusulas expresamente anuladas, como de aquellas otras que, sin corresponderse literalmente con la redacción de la anulada, sin embargo guarden identidad sustancial con aquélla, entendiendo por ésta que produzca identidad de efectos jurídicos respecto de la condición anulada.*

- *“Cuando el Notario considerase que alguna de las cláusulas del préstamo hipotecario que constituya el fundamento de la venta extrajudicial o que hubiese determinado la cantidad exigible pudiera tener carácter abusivo, lo pondrá en conocimiento de deudor, acreedor y en su caso, avalista e hipotecante no deudor, a los efectos oportunos” (art. 129.2 f) de la LH).*
- En materia de contratación bancaria la O.M. EHA/2899/2011, 28 octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, impone a los Notarios obligaciones dirigidas a lograr un adecuado nivel de protección de los clientes de las entidades de crédito. Estas obligaciones se encuadran dentro de la finalidad de la O.M. de lograr, en beneficio de dichos clientes, que se les proporcione una información unificada tanto de carácter precontractual como contractual.

El Consejo General del Notariado, que forma parte de la estructura jerárquica del Notariado institucional (art. 307 RN), tiene entre sus funciones la de *“velar por la correcta práctica de la función notarial y el respeto debido a los derechos de los particulares”* (art 344 RN), entre los que merecen especial atención los derechos de los consumi-



ALFONSO CAVALLÉ CRUZ, Decano del Colegio Notarial de Canarias,  
Presidente de la Comisión de Consumidores y Usuarios del Consejo General del Notariado

dores y usuarios, dadas las obligaciones que al respecto se imponen a los Notarios. También compete al CGN “organizar actividades y servicios comunes de interés para los Notarios” y, en general, “por propia iniciativa”, tiene capacidad para asumir “actividades relacionadas con sus fines” (art. 344 RN).

Una eficaz defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios exige coordinación y colaboración con otras instituciones, tribunales y entidades, que también desempeñan un importante papel para la realización efectiva de estos derechos, función que corresponde al Consejo General del Notariado, toda vez que entre sus competencias está “ostentar la representación unitaria del Notariado español” (art. 344).

Todos estos deberes enunciados han de ponerse en relación con la obligación que el art. 51.1 de la C.E. impone a los poderes públicos de garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, los legítimos intereses económicos de los mismos. Por tal razón, para facilitar el cumplimiento y hacer más eficaces las obligaciones que competen a los Notarios en relación con la defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, el Consejo General del Notariado en uso de sus competencias decidió crear el Órgano de Control de Cláusulas Abusivas, en el pleno del día 27 de Abril de 2013, que aprobó «la constitución del OCCA, Órgano de Control de las Cláusulas Abusivas (OCCA), cuya gestión corresponderá a la Comisión de Consumidores del Consejo. EL OCCA es un órgano que actuará de forma preventiva y cuya finalidad es evitar que se introduzcan cláusulas abusivas en los contratos con condiciones ge-

nerales de la contratación celebrados entre empresarios o profesionales y consumidores. Esta función preventiva es inherente a la función notarial, que actúa en el momento anterior y simultáneo a la celebración del contrato, momento, por tanto, en el que el consumidor puede recibir con eficacia la protección de sus derechos».

En la Sesión de 25 de mayo de 2013 del Pleno del Consejo General del Notariado se fijaron las siguientes funciones para el OCCA:

«1.- CENTRALIZAR LAS SOLICITUDES DE INFORMACIÓN DE LOS NOTARIOS SOBRE EL POSIBLE CARÁCTER ABUSIVO DE UNA CLÁUSULA O PRÁCTICA INCLUIDA EN CONTRATOS BANCARIOS O CONTRATOS SUSCRITOS CON CONSUMIDORES EN QUE INTERVENGA NOTARIO.

2.- ESTUDIO Y ANALISIS DE DICHAS CLAUSULAS CON LA FINALIDAD DE:

-Prestar información a los Notarios a los efectos del deber de información y advertencias que los mismos tienen que realizar con ocasión de los actos y contratos en que intervengan.

- Comunicar al Ministerio Fiscal aquellas cláusulas que a juicio del OCCA pudieran ser abusivas para el ejercicio por su parte de la correspondiente acción.

- Comunicar asimismo al órgano correspondiente de la Comunidad Autónoma y al organismo nacional encargado de la protección y defensa de consumidores las cláusulas antedichas para el ejercicio también de las acciones para las que están legi-

ALFONSO CAVALLÉ CRUZ, Decano del Colegio Notarial de Canarias,  
Presidente de la Comisión de Consumidores y Usuarios del Consejo General del Notariado

*timados.*

*3.- EXAMEN DE MINUTAS BANCARIAS Y CONTRATOS DE ADHESIÓN en los que intervenga Notario con la finalidad de informar activamente acerca de aquellas cláusulas que pudieran estar afectadas de abusividad.*

*4.- COMUNICACIÓN CON ORGANOS JUDICIALES A EFECTOS DE RECIBIR INFORMACIÓN DE LAS CLAUSULAS ABUSIVAS DECLARADAS NULAS POR SENTENCIA.*

*5. INFORMAR EN PROPUESTAS LEGISLATIVAS RELATIVAS A MATERIAS RELACIONADAS CON CLAUSULAS ABUSIVAS Y SU CONTROL NOTARIAL, de conformidad con los planteamientos del Consejo General del Notariado.*

*6.- FOMENTAR Y PROMOVER JORNADAS, CURSOS Y FORMACIÓN SOBRE LA MATERIA PROPIA DEL OCCA.*

*7.- COLABORAR CON LOS ORGANISMOS PÚBLICOS RELACIONADOS CON LA DEFENSA DE CONSUMIDORES Y USUARIO»*

El OCCA busca hacer más eficaces los servicios que los Notarios prestan a los consumidores y usuarios que contratan en documento público notarial. La implementación de medidas prácticas en el ámbito de la contratación inmobiliaria y financiera que contribuyan a potenciar el deber de asesoramiento, información, el control de legalidad, la función equilibradora, la protección especial al otorgante más débil y la defensa de los derechos de los consumidores, justifican mecanismos como el OCCA.

#### COLABORACIÓN CON LOS NOTARIOS:

El OCCA debe tener un primer campo natural de actuación: facilitar el cumplimiento de sus deberes a los casi 3.000 Notarios, que ganarán en eficacia, dotándoles de herramientas de información ágil y oportuna que les ayude al cumplimiento de sus deberes, especialmente los de asesoramiento y control de legalidad. También se les ha de facilitar criterios de actuación que unifiquen la práctica y la interpretación. La uniformidad en los criterios de actuación, en el asesoramiento y el control de legalidad notarial da seguridad, facilita la contratación en masa y protege al consumidor. Como ya indicamos, son muchas las obligaciones que la legislación de defensa de consumidores y usuarios impone al Notario, y su cumplimiento debe ser facilitado por el OCCA, que además podrá coordinar la labor profesional diaria de los Notarios en materia de consumo.

También a través del OCCA se les facilitará a cada Notario información por medio de la base de datos a la que se tendrá acceso a través de la intranet notarial o SIC, que estará nutrida por la legislación aplicable, la jurisprudencia que en esta materia vaya surgiendo, doctrina administrativa, circulares o notas que el Consejo emita, y facilitará que esté al día de todo lo que pueda tener relevancia en materia de consumo para dar un adecuado cumplimiento a sus obligaciones.

#### COLABORACIÓN CON OTRAS INSTITUCIONES.

Una de las actividades principales del OCCA va dirigida a la cola-

ALFONSO CAVALLÉ CRUZ, Decano del Colegio Notarial de Canarias,  
Presidente de la Comisión de Consumidores y Usuarios del Consejo General del Notariado

boración y cooperación con instituciones relacionadas con los derechos de los consumidores y usuarios.

-Consumidores y usuarios. Las Asociaciones de Consumidores y Usuarios tienen por finalidad la defensa de los derechos e intereses legítimos de los consumidores, incluyendo su información, formación y educación, bien sea con carácter general, bien en relación con bienes o servicios determinados. La posibilidad de celebrar convenios o acuerdos de colaboración, de duración temporal o indefinida, está prevista en el artículo 30 TR LGDCU.

-Entidades de Crédito. El establecimiento de cauces de comunicación y relación desde el Consejo es lógica, dada la propia naturaleza de la contratación en masa bajo condiciones generales, que limita las posibilidades del Notario individual de contactar con las asesorías y centrales de las entidades de crédito (que son las productoras de las pólizas y minutas). El contacto del Notario individual con la entidad de crédito se limita en el mejor de los casos a la correspondiente oficina o sus apoderados que carecen de facultades para fijar la redacción de los clausulados. Razones de eficacia y eficiencia justifican que esta colaboración se realice a través del OCCA. Este servicio ha de entenderse incluido en el deber genérico de asesorar, que incluye también las entidades que contratan bajo condiciones generales. La transparencia e inexistencia de cláusulas abusivas beneficia al consumidor y también a las entidades de crédito, ya que la declaración de abusividad, que implica la nulidad, con su coste económico y reputacional.

-Otras instituciones relacionadas con este tipo de contratación y con las que el OCCA buscará colaboración son: Poder Judicial, Banco de España, Las Consejerías de Economía y Hacienda, Direcciones Generales de Consumo Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

#### INFORMACIÓN A LOS CONSUMIDORES

Otro de los objetivos del OCCA es facilitar a los consumidores y usuarios educación e información comprensible en materia de consumo, que les permita el conocimiento y ejercicio eficaz de sus derechos, y darles a conocer la función del notarial en el ámbito de la protección de sus derechos e intereses. También le corresponde difundir las iniciativas que en sede corporativa puedan surgir en esta materia de consumo, ya sea por la coordinación de seminarios con otros operadores jurídicos especialmente relacionados con la materia, la elaboración de revistas y trabajos o la difusión de los derechos que asisten a los consumidores en todas las actuaciones en las que intervenga un Notario. Para que esta tarea resulte exitosa se va a contar con una web que se lanza esta primavera dentro del dominio *notariado.org*, abierta para que cualquier ciudadano la pueda consultar y encontrar fácilmente lo más relevante en materia de consumo, sobre todo normativa y jurisprudencia, preguntas frecuentes, novedades relevantes, enlaces, etc.

El OCCA aspira a acometer una actuación coordinada en materia de consumo, interna y externamente, dando respuesta a una demanda social y corporativa.