

EL TRIBUNAL SUPREMO NIEGA QUE EL NOTARIO PUEDA CONTROLAR LA CONFORMIDAD DE LOS CONTRATOS CON LA LEGALIDAD PROTECTORA DEL CONTRATANTE DÉBIL¹

Ángel Carrasco Perera
Catedrático de Derecho civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 11 de marzo de 2016

La STS (Contencioso, Sala Tercera) de 7 marzo 2016 ha anulado la parte del apartado 4 del art. 30 de la Orden EHA/2899/2011 que decía así “derivado de su deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios que autorizan, los notarios denegarán la autorización del préstamo cuando el mismo no cumpla lo previsto en esta orden y la legalidad vigente”. También se anula la parte del apartado 4 que exigía motivación en la negativa del desempeño y creaba una vía de recurso ante la DGRN. La nulidad había sido demandada por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles.

La sentencia anotada es probablemente correcta cuando interpreta el alcance de las normas legales en las que, con más voluntad que convicción, el abogado del Estado y el Consejo Nacional del Notariado postulan como cobertura normativa suficiente para que los dos preceptos impugnados de la Orden EHA puedan superar el juicio de legalidad. Es verdad que las normas alegadas por los recurrentes contienen en ocasiones mandatos de conductas dirigidas al notario, descripción de funciones de asesoramiento o advertencia ancilares y delegaciones normativas para que ciertas instancias normativas puedan proceder a un desarrollo reglamentario, pero en ningún caso cubren materialmente la conducta consistente en la *negativa del desempeño ministerial como consecuencia de un juicio de legalidad negativo* sobre el contenido del contrato que se pretende incorporar al

¹Trabajo realizado en el marco de la Ayuda del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia (Subprograma Estatal de Generación de Conocimiento) del Ministerio de Economía y Competitividad, otorgada al Grupo de investigación y Centro de investigación CESCO, *Mantenimiento y consolidación de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo*, dirigido por el Prof. Ángel Carrasco Perera, de la UCLM, ref. DER2014-56016-P.

documento público. Es también sustancialmente correcta la constatación de que este extremo es *básicamente el mismo* que se discutió y resolvió en la STS de 20 mayo 2008, a saber, si entre las funciones del notariado se encuentra la de controlar y calificar la legalidad material de las cláusulas negociales, como distinta de la legalidad instrumental del otorgamiento como proceso, sobre el que el Notario sí tiene, obviamente, competencia, porque a través de ella administra su propia dispensación de fe pública. Es también casi evidente que el art. 30.3 de la Orden sometida a examen sí pretendía establecer un control de legalidad, y no sólo y simplemente habilitar al Notario para que pueda advertir e informar a los clientes de los riesgos de la operación intervenida.

Según el TS, los arts. 2, 17 bis y 24 de la Ley del Notariado no pueden sustentar una competencia como la discutida, y en este sentido la sentencia se remite a la argumentación que al efecto se hacía en la STS 20 mayo 2008. La norma del código notarial de mayor empeño sería el art. 17 bis de la LN, pero de la misma sólo cabe colegir que el Notario (1) *dará fe de la de identidad* de los contratantes, (2) de que *a su juicio tienen capacidad* (cfr. art. 167 RN) y *suficiencia de legitimación* (cfr. arts. 98 Ley 24/2001 y 164 y 166 RN), (3) *dará fe de que a su juicio ha sido prestado libremente el consentimiento*, (4) de que *el otorgamiento se ajusta a la legalidad y a la voluntad debidamente informada* de los otorgantes.

El legitimado control de legalidad instaurado efectivamente por el art. 18 de la Ley 2/2009 puede ser leído a la vez como un principio que admitiera extensión analógica a otras modalidades de contratación financiera con consumidores o como una clara excepción, que se justifica por las singularidades del supuesto regulado; esto último es lo que sostiene la sentencia del TS, y probablemente con razón. Lo mismo ocurre con el control de abusividad que se contiene en el art. 129 f) LH. Pero, sobre todo, es decisivo el art. 84 de la Ley de Consumidores y Usuarios. En efecto, si la norma ordena a Notarios y Registradores que no autoricen ni inscriban cláusulas declaradas judicialmente nulas por abusivas e inscritas en tal condición en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, se impone necesariamente un argumento de exclusión: no se puede ejercer control de contenido sobre otras cláusulas que el funcionario pueda por su propia cuenta considerar que son abusivas.

Dicho lo anterior y despachada la sustancia normativa del asunto, lo que procede ahora es una reflexión de fondo relativa al ejercicio perverso de legitimaciones procesales y al escalofriante espectáculo de lucha corporativa desatada por el Colegio de Registradores. Un español laico del Derecho, un ciudadano ordinario al que se ilustrara someramente de la controversia, seguramente se preguntaría *qué instancia pública* o *cuál instancia en la que se suponen delegados poderes públicos* puede tener interés en anular normas reglamentarias que tienen por objeto investir a un funcionario público con la competencia

de no despachar el otorgamiento de documentos públicos que contengan cláusulas contrarias a la legalidad, y especialmente si se trata de una legalidad de protección de la parte más débil de la contratación. La victoria de los impugnantes es pírrica, porque se obtiene a costa de un severo desgaste institucional y de pérdida de reputación que es la base de la legitimación social de las instituciones empleadas en el ejercicio de la tutela preventiva de derechos de los particulares. Al ciudadano de a pie habría que explicarle que la sustancia del asunto no es que haya algún colectivo que esté malignamente interesado en que no se apliquen las normas de tutela de consumidores, sino que ese colectivo pretende sólo que dicha competencia *permanezca retenida en su propia gente*, no, ciertamente, porque ellos lo puedan hacer mejor que otros, sino porque merced a esa retención competencial ellos sostienen un monopolio que constituye la razón misma de las rentas también monopolistas que se aseguran.

Más allá de las disputas miserables sobre las fricciones de cuerpos funcionariales conteniendo por el *quítate tú que me pongo yo*, en mi opinión, el TS, aunque no ha sido ése su propósito, ha acertado materialmente con la decisión. Con independencia de si las normas impugnadas tenían o no una cobertura legal suficiente, lo cierto es que desde el punto de vista de Derecho material, la solución socialmente más eficiente e inhibidora de groseros abusos institucionales es negar a los funcionarios dispensadores de fe pública y a los funcionarios encargados del Registro la competencia para el ejercicio del control de legalidad sobre las cláusulas contractuales desde la perspectiva del control de abusividad. Pero aquí el problema grave no se encuentra en el colectivo notarial, sino en el registral. Casi se podría tolerar que el notariado dispusiera de una competencia de control de legalidad de esta naturaleza, porque el natural *self restraint* que impondría a cada Notario la más simple consideración de cuáles son sus propios intereses neutralizaría en gran medida el peligro de la discrecionalidad y del abuso. Como entre los Registradores no existe competencia libre en la prestación de servicios, no sólo se evapora el *self restraint* correlativo, sino que se exacerban los estímulos para el ejercicio abusivo, *in terrorem*, de la competencia de calificación. Con el resultado tan penoso como el que puede apreciarse cada día en las notas de calificación expedidas por los funcionarios del ramo en que justifican la no inscripción de cláusulas cuya nulidad no tiene otro apoyo que el criterio discrecional de quien firma la nota. Con grande daño al tráfico y a la seguridad jurídica y con poco provecho de quien pretendidamente era el sujeto tutelado por esta exacerbada actuación.

Volviendo al objeto de la sentencia, es necesario ahora proceder a la introducción de matices en la doctrina aparente absoluta que sienta el TS. La corrección de la tesis que desapodera a los Notarios del control de legalidad es correcta si la legalidad oportuna es la norma o normas que prohíben el empleo de cláusulas abusivas. También es procedente

el desapoderamiento si las cláusulas contractuales a debate se introducen en un contrato respecto del cual la función notarial se ciñe a la elevación a público de un contenido contractual totalmente preformado por los otorgantes en negocios jurídicos que son la materia de escrituras públicas y de pólizas. Pero el Notario ostenta irrecusablemente un control de legalidad si el contenido de la escritura o del acta incorpora un *procedimiento construido por el Notario*, procedimiento que es el productor del acto de relevancia jurídica que es objeto de la intervención funcionarial. No sólo ocurre así con los – cada vez mayores en número- procedimientos de jurisdicción voluntaria en el que el Notario es protagonista en la producción del resultado material, sino también en los procedimientos de venta judicial, como ocurre en la ejecución de prendas e hipotecas y en la realización, en general, de subastas extrajudiciales. En todos estos casos, el control de legalidad es procedente, porque el resultado jurídicamente significativo es producido por el Notario, por lo que la competencia de control corresponde al desempeño del *acto de otorgamiento*, no a la sustancia del negocio jurídico elevado a acto público.