

1.3. Derechos reales

EL CONTROL REGISTRAL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

Doctora en Derecho

Profesora de Derecho Civil. Universidad Antonio de Nebrija

I. EL CONTRATO DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO COMO CONTRATO DE ADHESIÓN

El crédito hipotecario, y en concreto el derivado de un contrato de préstamo garantizado con hipoteca suele concertarse, en la mayoría de las ocasiones, entre un particular y una entidad financiera o de crédito. Son precisamente estas entidades financieras —los acreedores hipotecarios—, las que imponen o fijan las condiciones del préstamo garantizado, añadiendo en el contrato una serie de cláusulas generales y comunes a la mayoría de ellos, a las que el particular no tiene más remedio que consentir si quiere obtener la financiación solicitada.

La contratación en masa ha alcanzado los contratos bancarios, y las entidades financieras redactan los contratos introduciendo en los mismos un formulario casi tipo, en el que cabe poca negociación por las partes contratantes, demostrando de este modo su mayor fuerza e inclinando la balanza a su favor.

Por este motivo, podemos considerar que, hoy en día, el préstamo hipotecario es un verdadero contrato de adhesión, en el que el predisponente es el acreedor hipotecario (entidad de crédito), y el adherente es el deudor hipotecante (el particular, cliente del Banco o Caja).

Si el préstamo hipotecario es un contrato de adhesión, pues cumple con sus caracteres (a saber: pre-redactado por una de las partes, clausulado tipo, adhesión o rechazo de la otra; en definitiva, ausencia de negociación, y contratación en masa), podemos decir que esas cláusulas pre-redactadas, generalizadas, que se aplicarán en todos los contratos del mismo tipo, son «condiciones generales de la contratación».

En ese caso, el contrato de préstamo hipotecario debe quedar sometido a la regulación que de las condiciones generales de la contratación hace la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) de 1998. En consecuencia, deberán rechazarse aquellas cláusulas que, según esta Ley, sean consideradas nulas, y son nulas las condiciones que contravengan lo dispuesto en esta Ley y las que se consideren abusivas según el criterio establecido en la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (LGDCU) (1), tal y como establece el artículo 8 LCGC (2).

(1) No se puede olvidar, por otra parte, la plena aplicación de esta LGDCU a los servicios bancarios, por considerar al cliente como consumidor final, tal y como ha declarado la SAP de Valencia, de 17 de octubre de 1990, y tal y como lo considera gran parte de la doctrina, entre otros: REYES LÓPEZ, M. J., *Derecho de consumo*, Editorial General de Derecho, Valencia, 1993, pág. 165; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Calificación de los servicios bancarios como servicios de uso común, ordinario y generalizado a los efectos de la LGDCU», en *RDBB*, enero-marzo de 1991, núm. 41, pág. 222.

(2) Artículo 8 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación: *Nulidad*:

Es decir, habrá que controlar que esas cláusulas predispuestas no sean abusivas, y en el caso de que lo fueran procederá declarar su nulidad y habrá que eliminarlas del contrato en cuestión.

El artículo 10 bis de la LGDCU, introducido a raíz de la LCGC, definía de manera amplia las cláusulas abusivas: «todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la Disposición Adicional de la presente Ley»; y en la Disposición Adicional primera de la misma ley, introducida también por la Ley de Condiciones Generales, se establecía un elenco no taxativo de cláusulas que pueden considerarse abusivas (3).

«1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y Disposición Adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios».

(3) Disposición Adicional Primera de la Ley General en Defensa de Consumidores y Usuarios:

«A los efectos previstos en el artículo 10 bis, tendrán el carácter de abusivas al menos las cláusulas o estipulaciones siguientes:

I. Vinculación del contrato a la voluntad del profesional

1.^a Las cláusulas que reserven al profesional que contrata con el consumidor un plazo excesivamente largo o insuficientemente determinado para aceptar o rechazar una oferta contractual o satisfacer la prestación debida, así como las que prevean la prórroga automática de un contrato de duración determinada si el consumidor no se manifiesta en contra, fijando una fecha límite que no permita de manera efectiva al consumidor manifestar su voluntad de no prorrogarlo.

2.^a La reserva a favor del profesional de facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato sin motivos válidos especificados en el mismo, así como la de resolver anticipadamente un contrato con plazo determinado si al consumidor no se le reconoce la misma facultad o la de resolver en un plazo desproporcionadamente breve o si previa notificación con antelación razonable un contrato por tiempo indefinido, salvo por incumplimiento del contrato o por motivos graves que alteren las circunstancias que motivaron la celebración del mismo.

En los contratos referidos a servicios financieros, lo establecido en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las cláusulas por las que el prestador de servicios se reserve la facultad de modificar sin previo aviso el tipo de interés adeudado por el consumidor o al consumidor, así como el importe de otros gastos relacionados con los servicios financieros, cuando aquéllos se encuentren adaptados a un índice, siempre que se trate de índices legales y se describa el modo de variación del tipo, o en otros casos de razón válida, a condición de que el profesional esté obligado a informar de ello, en el más breve plazo, a los otros contratantes y éstos puedan resolver inmediatamente el contrato. Igualmente podrán modificarse unilateralmente las condiciones de un contrato de duración indeterminada, siempre que el prestador de servicios financieros esté obligado a informar al consumidor con antelación razonable y éste tenga la facultad de resolver el contrato, o, en su caso, rescindir unilateralmente sin previo aviso en el supuesto de razón válida, a condición de que el profesional informe de ello inmediatamente a los demás contratantes.

3.^a La vinculación incondicionada del consumidor al contrato aun cuando el profesional no hubiera cumplido con sus obligaciones, o la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor que no cumpla sus obligaciones.

4.^a La supeditación a una condición cuya realización dependa únicamente de la voluntad del profesional para el cumplimiento de las prestaciones, cuando al consumidor se le haya exigido un compromiso firme.

5.^a La consignación de fechas de entrega meramente indicativas condicionadas a la voluntad del profesional.

6.^a La exclusión o limitación de la obligación del profesional de respetar los acuerdos o compromisos adquiridos por sus mandatarios o representantes o supeditar sus compromisos al cumplimiento de determinadas formalidades.

7.^a La estipulación del precio en el momento de la entrega del bien o servicio, o la facultad del profesional para aumentar el precio final sobre el convenido, sin que en ambos casos existan razones objetivas o sin reconocer al consumidor el derecho a rescindir el contrato si el precio final resultare muy superior al inicialmente estipulado.

Lo establecido en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de la adaptación de precios a un índice, siempre que sean legales y que en ellos se describa explícitamente el modo de variación del precio.

8.^a La concesión al profesional del derecho a determinar si el bien o servicio se ajusta a lo estipulado en el contrato.

II. Privación de derechos básicos del consumidor

9.^a La exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del profesional.

En particular las cláusulas que modifiquen, en perjuicio del consumidor, las normas legales sobre vicios ocultos, salvo que se limiten a reemplazar la obligación de saneamiento por la de reparación o sustitución de la cosa objeto del contrato, siempre que no conlleve dicha reparación o sustitución gasto alguno para el consumidor y no excluyan o limiten los derechos de éste a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por los vicios y al saneamiento conforme a las normas legales en el caso de que la reparación o sustitución no fueran posibles o resultasen insatisfactorias.

10. La exclusión o limitación de responsabilidad del profesional en el cumplimiento del contrato, por los daños o por la muerte o lesiones causados al consumidor debidos a una acción u omisión por parte de aquél, o la liberación de responsabilidad por cesión del contrato a tercero, sin consentimiento del deudor, sí puede engendrar merma de las garantías de éste.

11. La privación o restricción al consumidor de las facultades de compensación de créditos, así como de la de retención o consignación.

12. La limitación o exclusión de forma inadecuada de la facultad del consumidor de resolver el contrato por incumplimiento del profesional.

13. La imposición de renunciaciones a la entrega de documento acreditativo de la operación.

14. La imposición de renunciaciones o limitación de los derechos del consumidor.

III. Falta de reciprocidad

15. La imposición de obligaciones al consumidor para el cumplimiento de todos sus deberes y contraprestaciones, aun cuando el profesional no hubiere cumplido los suyos.

16. La retención de cantidades abonadas por el consumidor por renuncia, sin contemplar indemnización por una cantidad equivalente si renuncia el profesional.

17. La autorización al profesional para rescindir el contrato discrecionalmente, si al consumidor no se le reconoce la misma facultad, o la posibilidad de que aquél se quede con las cantidades abonadas en concepto de prestaciones aún no efectuadas cuando sea él mismo quien rescinda el contrato.

El nuevo texto refundido de la LCDGU, de 16 de noviembre de 2007 (4), en términos muy parecidos a la anterior Ley, define las cláusulas abusivas,

IV. *Sobre garantías*

18. La imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido. Se presumirá que no existe desproporción en los contratos de financiación o de garantías pactadas por entidades financieras que se ajusten a su normativa específica.

19. La imposición de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor en los casos en que debería corresponder a la otra parte contratante.

V. *Otras*

20. Las declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios, y las declaraciones de adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar con cimiento real antes de la celebración del contrato.

21. La transmisión al consumidor de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables.

22. La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por Ley imperativa corresponda al profesional. En particular, en la primera venta de viviendas, la estipulación de que el comprador ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al vendedor (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación).

23. La imposición al consumidor de bienes servicios complementarios o accesorios no solicitados.

24. Los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos por indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresadas con la debida claridad o separación.

25. La negativa expresa al cumplimiento de obligaciones o prestaciones propias del productor o suministrador, con reenvío automático a procedimientos administrativos o judiciales de reclamación.

26. La sumisión a arbitrajes distintos del consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para sector o un supuesto específico.

27. La previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquél en que se encuentre bien si fuera inmueble, así como los de renuncia o transacción respecto al derecho del consumidor a la elección de fedatario competente según la Ley para autorizar el documento público en que inicial o ulteriormente haya de formalizarse el contrato.

28. La sumisión del contrato a un Derecho extranjero con respecto al lugar donde el consumidor emita su declaración negocial o donde el profesional desarrolle la actividad dirigida a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza.

29. La imposición de condiciones de crédito que para los descubiertos en cuenta corriente superen los límites que se contienen en el artículo 19.4 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo.

Las cláusulas abusivas referidas a la modificación unilateral de los contratos y resolución anticipada de los de duración indefinida, y al incremento del precio de bienes y servicios, no se aplicarán a los contratos relativos a valores, con independencia de su forma de representación, instrumentos financieros y otros productos y servicios cuyo precio está vinculado a una cotización, índice bursátil, o un tipo del mercado financiero que el profesional no controle, ni a los contratos de compraventa de divisas, cheques de viaje, o giros postales internacionales en divisas.

Se entenderá por profesional, a los efectos de esta Disposición Adicional, la persona física o jurídica que actúa dentro de su actividad profesional, ya sea pública o privada».

(4) La publicación del Texto Refundido de la Ley General en Defensa de Consumidores y Usuarios, de 16 de noviembre de 2007, ha coincidido en el tiempo con la

en el artículo 82, de la siguiente forma: «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». A continuación, en los artículos 85 a 91 LGDCU se establece una relación de aquellas cláusulas que pueden ser abusivas, agrupándolas en seis grandes grupos: 1. Las que vinculan el contrato a la voluntad del empresario (art. 85); 2. Las que limitan los derechos básicos del consumidor (art. 86); 3. Las que carecen de reciprocidad (art. 87); 4. Las que suponen una sobre-garantía (art. 88); 5. Las cláusulas abusivas que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato; y 6. Las cláusulas abusivas sobre competencia y derecho aplicable.

La relación de cláusulas que establece la nueva Ley, se encuentran agrupadas en los cuatro mismos sectores que lo hacía la antigua, si bien, añade como tipos especiales las cláusulas que afectan al perfeccionamiento y ejecución de los contratos y las que vulneren la competencia y derecho aplicable, asimismo, elimina el apartado de «Otras». En general, la lista de cláusulas abusivas es muy similar a la de la anterior Ley.

Entre todas esas cláusulas consideradas abusivas, podemos destacar las que hacen referencia a los contratos bancarios en particular, como son las contempladas para servicios financieros (párrafo 2.º de la antigua Ley, actual art. 85.3); las que establecen garantías desproporcionadas (párrafo 18 antigua LGDCU, y actual art. 88), o las de falta de reciprocidad entre las obligaciones de los contratantes (los párrafos 15, 16 y 17 antiguos, actual art. 87), y muchas de las contenidas en el actual artículo 89 sobre la ejecución y perfeccionamiento del contrato (5).

redacción de este artículo, por lo que me he visto obligada a introducir la nueva normativa de forma rápida, sin casi tiempo a examinarla, limitándome a dejar constancia de la misma. Por eso, todas las referencias jurisprudenciales y los comentarios sobre la LGDCU que aparecen en ese análisis son anteriores a la publicación del texto refundido.

(5) Véanse los artículos 85 a 90 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, de 16 de noviembre de 2007:

Artículo 85. Cláusulas abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario

Las cláusulas que vinculen cualquier aspecto del contrato a la voluntad del empresario serán abusivas y, en todo caso, las siguientes:

1. Las cláusulas que reserven al empresario que contrata con el consumidor y usuario un plazo excesivamente largo o insuficientemente determinado para aceptar o rechazar una oferta contractual o satisfacer la prestación debida.

2. Las cláusulas que prevean la prórroga automática de un contrato de duración determinada si el consumidor y usuario no se manifiesta en contra, fijando una fecha límite que no permita de manera efectiva al consumidor y usuario manifestar su voluntad de no prorrogarlo.

3. Las cláusulas que reserven a favor del empresario facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato, salvo, en este último caso, que concurran motivos válidos especificados en el contrato.

En los contratos referidos a servicios financieros, lo establecido en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las cláusulas por las que el empresario se reserve la facultad de modificar, sin previo aviso, el tipo de interés adeudado por el consumidor o al consumidor, así como el importe de otros gastos relacionados con los servicios financieros, cuando aquéllos se encuentren adaptados a un índice, siempre que se trate

¿Cuáles de todas las cláusulas del préstamo o crédito hipotecario pueden ser abusivas?

de índices legales y se describa el modo de variación del tipo, o en otros casos de razón válida, a condición de que el empresario esté obligado a informar de ello en el más breve plazo a los otros contratantes y éstos puedan resolver inmediatamente el contrato sin penalización alguna.

Igualmente podrán modificarse unilateralmente las condiciones de un contrato de servicios financieros de duración indeterminada por los motivos válidos expresados en él, siempre que el empresario esté obligado a informar al consumidor y usuario con antelación razonable y éste tenga la facultad de resolver el contrato, o, en su caso, rescindir unilateralmente, sin previo aviso en el supuesto de razón válida, a condición de que el empresario informe de ello inmediatamente a los demás contratantes.

4. Las cláusulas que autoricen al empresario a resolver anticipadamente un contrato de duración determinada, si al consumidor y usuario no se le reconoce la misma facultad, o las que le faculen a resolver los contratos de duración indefinida en un plazo desproporcionadamente breve o sin previa notificación con antelación razonable.

Lo previsto en este párrafo no afecta a las cláusulas en las que se prevea la resolución del contrato por incumplimiento o por motivos graves, ajenos a la voluntad de las partes, que alteren las circunstancias que motivaron la celebración del contrato.

5. Las cláusulas que determinen la vinculación incondicionada del consumidor y usuario al contrato aún cuando el empresario no hubiera cumplido con sus obligaciones.

6. Las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones.

7. Las cláusulas que supongan la supeditación a una condición cuya realización dependa únicamente de la voluntad del empresario para el cumplimiento de las prestaciones, cuando al consumidor y usuario se le haya exigido un compromiso firme.

8. Las cláusulas que supongan la consignación de fechas de entrega meramente indicativas condicionadas a la voluntad del empresario.

9. Las cláusulas que determinen la exclusión o limitación de la obligación del empresario de respetar los acuerdos o compromisos adquiridos por sus mandatarios o representantes o supeditar sus compromisos al cumplimiento de determinadas formalidades.

10. Las cláusulas que prevean la estipulación del precio en el momento de la entrega del bien o servicio o las que otorguen al empresario la facultad de aumentar el precio final sobre el convenido, sin que en ambos casos existan razones objetivas y sin reconocer al consumidor y usuario el derecho a resolver el contrato si el precio final resulta muy superior al inicialmente estipulado.

Lo establecido en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de la adaptación de precios a un índice, siempre que tales índices sean legales y que en el contrato se describa explícitamente el modo de variación del precio.

11. Las cláusulas que supongan la concesión al empresario del derecho a determinar si el bien o servicio se ajusta a lo estipulado en el contrato.

Artículo 86. Cláusulas abusivas por limitar los derechos básicos del consumidor y usuario

En cualquier caso serán abusivas las cláusulas que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas y, en particular, aquellas estipulaciones que prevean:

1. La exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor y usuario por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del empresario.

En particular las cláusulas que modifiquen, en perjuicio del consumidor y usuario, las normas legales sobre conformidad con el contrato de los bienes o servicios puestos a su disposición o limiten el derecho del consumidor y usuario a la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por dicha falta de conformidad.

Vamos a realizar, a continuación, un breve examen de aquellas cláusulas que hasta ahora han sido consideradas como abusivas en el préstamo hipotecario, o al menos las más llamativas o importantes.

2. La exclusión o limitación de la responsabilidad del empresario en el cumplimiento del contrato, por los daños o por la muerte o por las lesiones causadas al consumidor y usuario por una acción u omisión de aquél.

3. La liberación de responsabilidad del empresario por cesión del contrato a tercero, sin consentimiento del deudor, si puede engendrar merma de las garantías de éste.

4. La privación o restricción al consumidor y usuario de las facultades de compensación de créditos, retención o consignación.

5. La limitación o exclusión de la facultad del consumidor y usuario de resolver el contrato por incumplimiento del empresario.

6. La imposición de renunciaciones a la entrega de documento acreditativo de la operación.

7. La imposición de cualquier otra renuncia o limitación de los derechos del consumidor y usuario.

Artículo 87. Cláusulas abusivas por falta de reciprocidad

Son abusivas las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario y, en particular:

1. La imposición de obligaciones al consumidor y usuario para el cumplimiento de todos sus deberes y contraprestaciones, aun cuando el empresario no hubiere cumplido los suyos.

2. La retención de cantidades abonadas por el consumidor y usuario por renuncia, sin contemplar la indemnización por una cantidad equivalente si renuncia el empresario.

3. La autorización al empresario para resolver el contrato discrecionalmente, si al consumidor y usuario no se le reconoce la misma facultad.

4. La posibilidad de que el empresario se quede con las cantidades abonadas en concepto de prestaciones, aún no efectuadas, cuando sea él mismo quien resuelva el contrato.

5. Las estipulaciones que prevean el redondeo al alza en el tiempo consumido o en el precio de los bienes o servicios o cualquier otra estipulación que prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva.

En aquellos sectores en los que el inicio del servicio conlleve indisolublemente unido un coste para las empresas o los profesionales no repercutido en el precio, no se considerará abusiva la facturación por separado de tales costes, cuando se adecúen al servicio efectivamente prestado.

6. Las estipulaciones que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en el contrato, en particular en los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado, la imposición de plazos de duración excesiva, la renuncia o el establecimiento de limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor a poner fin a estos contratos, así como la obstaculización al ejercicio de este derecho a través del procedimiento pactado, cual es el caso de las que prevean la imposición de formalidades distintas de las previstas para contratar o la pérdida de las cantidades abonadas por adelantado, el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente, la atribución al profesional de la facultad de ejecución unilateral de las cláusulas penales que se hubieran fijado contractualmente o la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados.

Artículo 88. Cláusulas abusivas sobre garantías

En todo caso, se consideraran abusivas las cláusulas que supongan:

1. La imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido.

II. LAS POSIBLES CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL CONTRATO DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO

Dentro del elenco que recogía la Disposición Adicional primera de la LGDCU y los artículos 85-90 del nuevo texto refundido, existen varias cláusulas que podrían encontrarse en el contrato de préstamo hipotecario y que podrían resultar abusivas.

Se presumirá que no existe desproporción en los contratos de financiación o de garantías pactadas por entidades financieras que se ajusten a su normativa específica.

2. La imposición de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor y usuario en los casos en que debería corresponder a la otra parte contratante.

3. La imposición al consumidor de la carga de la prueba sobre el incumplimiento, total o parcial, del empresario proveedor a distancia de servicios financieros de las obligaciones impuestas por la normativa específica sobre la materia.

Artículo 89. *Cláusulas abusivas que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato*

En todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas:

1. Las declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios, y las declaraciones de adhesión del consumidor y usuario a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato.

2. La transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables.

3. La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario.

En particular, en la compraventa de viviendas:

a) La estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación).

b) La estipulación que obligue al consumidor a subrogarse en la hipoteca del empresario o imponga penalizaciones en los supuestos de no subrogación.

c) La estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario.

d) La estipulación que imponga al consumidor los gastos derivados del establecimiento de los accesos a los suministros generales de la vivienda, cuando ésta deba ser entregada en condiciones de habitabilidad.

4. La imposición al consumidor y usuario de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados.

5. Los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación.

6. La negativa expresa al cumplimiento de las obligaciones o prestaciones propias del empresario, con reenvío automático a procedimientos administrativos o judiciales de reclamación.

7. La imposición de condiciones de crédito que para los descubiertos en cuenta corriente superen los límites que se contienen en el artículo 19.4 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo.

8. La previsión de pactos de renuncia o transacción respecto al derecho del consumidor y usuario a la elección de fedatario competente según la ley para autorizar el documento público en que inicial o ulteriormente haya de formalizarse el contrato.

Entre ellas, y escogiendo entre la enumeración que de las cláusulas abusivas, en general, recoge GÓMEZ GALLIGO (6), podríamos destacar que son cláusulas abusivas propias de un préstamo hipotecario:

- Las que supongan un desequilibrio contractual entre las partes; como por ejemplo: la modificación unilateral del contrato por la entidad bancaria; supeditación del contrato a una condición que dependa de la voluntad del profesional; cláusulas de redondeo al alza en los intereses. En este sentido, la DGRN, en la Resolución de 7 de septiembre de 1988, considera que hay que excluir de un contrato de préstamo hipotecario, por abusiva, la cláusula que permitía a la entidad crediticia fijar la variación del interés variable conforme al interés preferencial de la propia entidad. Del mismo modo, la RDGRN, de 26 de noviembre de 1990, excluía de una hipoteca la cláusula por la que se fijaba unilateralmente por el acreedor hipotecario, las obligaciones debidas y garantizadas.
- Las que supongan privación de los derechos básicos del consumidor: imposición al consumidor de la renuncia al derecho a recibir la finca libre de cargas, o a elegir la entidad financiera, o al obligarle a la subrogación en la hipoteca constituida por el promotor en el edificio.
- Las que consistan en sobregarantías: la imposición al consumidor de establecer, además de la garantía hipotecaria, otras como una condición resolutoria y una letra de cambio.
- En el apartado de otras, podemos destacar: la necesidad de añadir al préstamo hipotecario un contrato de seguro de vida, o de desempleo con una compañía vinculada al acreedor hipotecario; la imposición de subrogación en el préstamo hipotecario concertado con el promotor; la imposición de un notario determinado, o arbitrajes distintos de los de consumo, etc.

a) LA CLÁUSULA DEL REDONDEO AL ALZA DE LOS INTERESES VARIABLES

Atención especial merece la cláusula por la que se establece el redondeo al alza de los intereses pactados en un contrato bancario, y en general en el de préstamo hipotecario, por eso nos detenemos en el análisis de su evolución doctrinal y jurisprudencial.

Artículo 90. *Cláusulas abusivas sobre competencia y derecho aplicable*

Son, asimismo, abusivas las cláusulas que establezcan:

1. La sumisión a arbitrajes distintos del arbitraje de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico.

2. La previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor y usuario, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquél en que se encuentre el bien si éste fuera inmueble.

3. La sumisión del contrato a un Derecho extranjero con respecto al lugar donde el consumidor y usuario emita su declaración negocial o donde el empresario desarrolle la actividad dirigida a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza.

(6) GÓMEZ GALLIGO, F. J., «Las condiciones generales de la contratación en los contratos bancarios. El Registro de condiciones generales de la contratación y la eficacia de la inscripción», en AA.VV., *Los contratos bancarios*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2007, págs. 241-276.

La posibilidad de establecer intereses variables en el contrato de préstamo hipotecario y la inscripción de dicha cláusula en el Registro es admitida sin problemas desde la Ley 19/1986, de 14 de mayo, y es una realidad cotidiana desde la aprobación de la Ley de Subrogación de Préstamos Hipotecarios de 1994, aunque no siempre fue así.

Sin embargo, y a pesar de su admisión, ésta ha ocasionado problemas a la hora de calcular y aplicar el cobro de esos intereses variables. En concreto, era frecuente que las entidades financieras o crediticias, redondearan al alza el índice de referencia para el cálculo de los intereses, para «favorecer» su cobro, con el consiguiente enriquecimiento injusto que ello les suponía, pues cobraban más que los servicios prestados (7).

Esta práctica habitual por parte de las entidades crediticias, que así lo plasmaban y recogían en las estipulaciones de los préstamos hipotecarios, provocó que AUSBANC demandara, mediante una acción colectiva de cesación de condiciones generales de la contratación a Caja Madrid, por incluir una cláusula de este tipo en sus contratos de préstamo hipotecario.

La sentencia de 11 de septiembre de 2001 del Juzgado de Primera instancia, da la razón al demandante, y declara nula dicha cláusula por entender que era abusiva, ya que, en aras a la buena fe objetiva, era imposible admitir tales condiciones que sólo favorecían a una de las partes contratantes, generando un desequilibrio contractual. Sin embargo, no hubiera existido ningún problema si el redondeo se hubiera establecido tanto al alza como a la baja.

Apelada la sentencia por Caja Madrid, la Audiencia Provincial, en sentencia de 10 octubre de 2002, volvió a dar la razón a AUSBANC, y confirmo el carácter de abusiva de la cláusula de redondeo, porque: «a) es contraria a la buena fe... b) porque se causa un perjuicio objetivo, incuestionable y cualitativo al consumidor, de carácter patrimonial..., y c) lo que implica una clara situación de desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes contratantes. Por todo ello, la SAP determina la nulidad de la cláusula por aplicación del artículo 10 bis de la LGDCU, en relación con el 12.2 LCGC y la Directiva 13/93/CEE.

Con posterioridad a estas sentencias, entró en vigor la Ley Financiera de 2002: Ley 44/2002, de 22 de noviembre. En su Disposición Adicional duodécima se establece lo siguiente: «Régimen del redondeo en determinadas operaciones de crédito. En los créditos y préstamos garantizados mediante hipoteca, caución, prenda u otra garantía equivalente que, a partir de la entrada en vigor de esta Ley, se formalicen a tipo de interés variable, podrá acordarse el redondeo de dicho tipo. En el supuesto anterior, el redondeo del tipo de interés habrá de efectuarse al extremo del intervalo pactado más próximo, sin que éste pueda sobrepasar al octavo punto».

Es decir, esta Ley permite el redondeo del tipo de los intereses variables, pero siempre que éste pueda ser tanto al alza como a la baja; de esta forma, no hay desequilibrio contractual, pues tanto el acreedor hipotecario como el deudor hipotecante pueden verse favorecidos por ese redondeo. Se confirma, en cierto modo, la doctrina de las sentencias expuestas, y se clarifica y dibuja el contorno del carácter abusivo de esa cláusula: sólo cuando sea al alza.

(7) Sobre la cláusula de redondeo en los préstamos hipotecarios, véase LASARTE ÁLVAREZ, C., «Protección de los consumidores y cláusula de redondeo de los intereses en los préstamos hipotecarios», en *Noticias de la Unión Europea*.

En este sentido, la SAP de Barcelona, de 23 marzo de 2006, afirma exactamente que el «redondeo en sí no es abusivo, pues su impacto financiero podría ser neutro si se prevé al intervalo más próximo, al alza o a la baja; no obstante, cuando solamente se prevé al alza, el resultado que se consigue es el incremento sin causa del tipo de interés durante la vigencia del préstamo, en perjuicio de los intereses del consumidor y con el correlativo beneficio para el Banco», por todo ello concluye que el carácter abusivo del redondeo es únicamente al alza (8).

Por último y sobre este tema, la reciente Ley de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios (Ley 44/2006, de 29 de diciembre), con un carácter más general, y no sólo pensando en contratos bancarios, prohíbe los redondeos al alza, y añade una nueva cláusula abusiva a la lista de la Disposición Adicional primera de la LGDCU, en concreto la 7 bis, en la que se recoge como abusiva la estipulación que establezca el redondeo al alza, tanto del tiempo consumido (contratos de telecomunicaciones), como del precio, como el cobro de cualquier servicio, no utilizado efectivamente. El nuevo texto refundido LGDCU lo recoge en el artículo 87.5.

III. EL CONTROL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

a) CONTROL JUDICIAL

Hemos visto qué cláusulas pueden ser abusivas, pero corresponde que analicemos, a continuación, a quién corresponde determinar que son abusivas, y las consecuencias que dicha declaración conlleva.

Cuando una cláusula incorporada en un contrato celebrado con un consumidor es abusiva, es una cláusula nula, tal y como asegura el artículo 8 LCGC.

Los artículos 9 y 10 LCGC, actual artículo 83 LGDCU, atribuyen a los Tribunales la declaración de esa nulidad. Por lo tanto, la nulidad de una determinada cláusula abusiva, o su no incorporación a un contrato, ha de declararse siempre mediante una sentencia judicial; sentencia estimatoria obtenida del proceso consecuente de la incoación de las acciones individuales (de nulidad), o colectivas (de cesación, retractación y declarativa) (art. 9.2 LCGC).

Corresponderá igualmente al Juez integrar el contrato en el que se encontraba esa condición general, y determinar, por tanto, o bien la ineficacia total del mismo, o bien, su subsistencia y eficacia parcial del contrato sin dicha cláusula (art. 10 LCGC y art. 83 nueva LGDCU).

Además, el artículo 11 LCGC recoge la creación del Registro de Condiciones Generales. En este Registro se pueden inscribir las cláusulas que tengan la consideración de condiciones generales de la contratación, y asimismo, las sentencias firmes estimatorias de cualquiera de las acciones individuales o colectivas en las que se solicite la nulidad de una determinada cláusula por abusiva. Queda claro, por tanto, que el control de las cláusulas abusivas corresponde a los jueces, y que son ellos quienes deben declarar si aquellas condiciones generales de la contratación que se ponen en entredicho por cumplir o contradecir lo dispuesto en el artículo 10 bis LGDCU (nuevo 82 LGDCU), o en la Disposi-

(8) Otras sentencias que recogen la doctrina de que la cláusula que establece el redondeo al alza es abusiva son: SAP de Valencia, de 19 de octubre de 2002; SJPI de Barcelona, de 17 de octubre de 2003; SAP de Baleares 146/2003; SAP de Barcelona 175/2005.

ción Adicional primera LGDCU (arts. 85-90 nueva LGDCU), son cláusulas abusivas o no.

b) CONTROL REGISTRAL

¿Pueden los Registradores llevar a cabo un control sobre las cláusulas abusivas de un contrato que se presenta a inscripción en el Registro, como consecuencia de su propia función calificadora?

En principio, el artículo 258.2 LH, junto con el antiguo 10.6 LGDCU (actual 84), no dejan margen a esa cuestión. En estos artículos se dice claramente que: «los Registradores denegarán la inscripción de aquellas cláusulas declaradas nulas de conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 10 bis LGDCU»; luego si sólo pueden denegar las cláusulas declaradas nulas, y sólo los Tribunales pueden llevar a cabo tal declaración, el Registrador sólo puede calificar y por tanto rechazar aquello que previamente ha sido declarado nulo por los Tribunales. En el mismo sentido, el antiguo artículo 10.6 LGDCU, actual 84, coincide con éste, afirmando que los Notarios y Registradores «no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inscripción de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación». Por lo tanto, y al igual que el 258 LH, el Registrador sólo puede rechazar la inscripción de aquellas cláusulas declaradas previamente nulas por los Tribunales.

El control parece corresponder únicamente a éstos, dejando sin margen de maniobra a los Registradores, que sólo pueden confirmar y reiterar lo que ya ha sido declarado previamente como nulo.

En el mismo sentido, la RDGRN, de 19 de abril de 2006, confirma esta idea al decir que: «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...», y señala como causas que deniegan tal posibilidad, primero, y como ya se ha dicho, que el Registrador no es juez, y por tanto no puede declarar la nulidad de una cláusula; segundo, porque por tratarse de condiciones generales de la contratación, hay que estar a lo dispuesto en el artículo 258.2 LH, que remite al artículo 10 bis.2.º, que atribuye tal competencia a los jueces; y tercero, que esta misma exigencia se deduce de la lectura de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, que en el apartado IV de su preámbulo afirma que «la Ley parte de que el control de la validez de las cláusulas generales tan sólo corresponde a jueces y tribunales»; y de la STS de 12 de febrero de 2002 donde se afirma que «la calificación como abusivas de las cláusulas corresponde, en exclusiva, a los jueces y tribunales».

Siguiendo esta tesis, el Registrador, ante una condición general que sea abusiva, podrá únicamente, tal y como señala GÓMEZ GÁLLIGO (9):

- a) rechazar su inscripción si ha sido declarada abusiva y nula por los Tribunales, e inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación;

(9) GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «Las condiciones generales de la contratación en los contratos bancarios. El Registro de condiciones generales de la contratación y la eficacia de la inscripción», en AA.VV., *Los contratos bancarios, ob. cit.*, pág. 266.

- b) rechazar su inscripción si es nula por contradecir una disposición imperativa.

Pero ¿podrá rechazar una cláusula que objetivamente coincida con alguna de las abusivas descritas en el elenco de la Ley General en Defensa de Consumidores y Usuarios, aunque no haya sido declarada como tal por los Tribunales y no haya sido inscrita en el Registro de Condiciones Generales? O por el contrario, ¿se verá obligado a inscribir dicha cláusula nula por abusiva?

Si el Registrador se limita a hacer las dos primeras cosas estará desempeñando, lo que CALVO GONZÁLEZ-VALLINAS (10) denomina un mero «control formal», es decir, reitera y rechaza lo que previamente ha sido declarado nulo en sentencia e inscrito en el Registro de Condiciones Generales. Pero, creemos, como este autor, que la función calificador del Registrador no se agota en ese «control formal», sino que puede ir un poco más allá. El Registrador puede ejercer cierto control material de las condiciones generales incluidas en un contrato de préstamo hipotecario, cuando correspondan a alguna de las que la LGDCU considera abusivas.

En este sentido, son esclarecedoras las palabras de CALVO GONZÁLEZ-VALLINAS (11): «Cabe la calificación negativa —denegación— basada en las cláusulas abusivas enumeradas —no exhaustivamente— en la «lista negra» de la DA 1.^a de la Ley General en Defensa de Consumidores y Usuarios, de acuerdo con una interpretación amplia y sistemática del artículo 258.2 LH, en relación con el artículo 18 LH». Continúa diciendo que las cláusulas declaradas nulas son las abusivas así inscritas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, pero que las cláusulas abusivas no inscritas en el mismo, «no por ello son válidas —no cabe una interpretación a *contrario sensu*—, pues el Registro de Condiciones no tiene presunción de legalidad, ni de legitimación, ni de fe pública, ni de integridad, sino sólo posibilidad de impugnación y de constancia de sentencias firmes de nulidad de cláusulas para poder generalizarlas a otros casos. La obligada denegación registral de las cláusulas abusivas declaradas nulas no significa la necesaria inscripción de las cláusulas no declaradas nulas. Una cosa es que deba denegarse la inscripción de las cláusulas declaradas nulas y otra distinta es que deban inscribirse todas las demás cláusulas. Así debe interpretarse el artículo 258.2 LH».

A continuación, el mismo autor argumenta que el principio de legalidad exige la calificación sobre cualquier contenido que quiera acceder al Registro, y que basándonos en los principios de buena fe y del equilibrio de las prestaciones que rigen el Derecho de Consumidores, que conectan directamente con el artículo 1.256 del Código Civil, que impide que el contenido o cumplimiento de un contrato quede al arbitrio de una sola de las partes contratantes, el Registrador, puede, según el ámbito de calificación registral que le confiere el artículo 18 LH, entrar a examinar la «validez de los actos dispositivos» que se pretendan inscribir, y que por tanto, debe poder calificar y rechazar, con base en ese desequilibrio de las prestaciones, todo el contenido que pretenda acceder al Registro que lo vulnere.

Luego, el Registrador, y siempre según mi opinión, sí que puede o incluso, debe, rechazar aquellas condiciones generales incluidas en un contrato de

(10) CALVO GÓMEZ-VALLINAS, R., *Las cláusulas de la hipoteca*, CER, Madrid, 2006, págs. 74-75.

(11) CALVO GÓMEZ-VALLINAS, R., «Las cláusulas de la hipoteca», *ob. cit.*, págs. 75-79.

préstamo hipotecario, que sean objetivamente abusivas por coincidir con algunas de las enumeradas en la lista de la LGDCU, aunque no hayan sido declaradas nulas en sentencia firme, ni inscritas en el Registro de Condiciones Generales, cuando, por ser abusivas, supongan una vulneración de la buena fe objetiva y del equilibrio de las prestaciones (12).

RESUMEN

CLÁUSULAS ABUSIVAS. CALIFICACIÓN REGISTRAL

En este artículo se ha pretendido analizar, aunque sea someramente, el alcance de la calificación registral sobre las cláusulas abusivas de un préstamo hipotecario. En principio, el control de las cláusulas abusivas está reservado a los Tribunales, tal y como establece la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y confirma el propio artículo 258.2 LH. No obstante, se plantea desde estas líneas si la calificación del Registrador puede extenderse a determinadas cláusulas, que aunque no han sido declaradas nulas, pueden considerarse nulas o abusivas por el Registrador, y rechazar, en consecuencia, su inscripción. Es decir, se pretende dilucidar si puede o no existir un control registral de las cláusulas abusivas por los Registradores, al margen del que establecen los Tribunales, analizándolo dentro del préstamo hipotecario.

ABSTRACT

ABUSIVE CLAUSES. PRE-REGISTRATION SCRUTINY

This article endeavours to analyse, albeit briefly, the scope of pre-registration scrutiny of abusive mortgage loan clauses. In theory the examination of abusive clauses is a matter reserved for the courts; the act on general contract conditions so states, and article 258.2 of the Mortgage Act confirms this. Nevertheless, the question is posed of whether a registrar's pre-registration scrutiny may be extended to certain clauses that the registrar may consider null or abusive, even though they have not been declared so, and whether the registrar may accordingly refuse registration. In other words, the point here is to clear up whether or not there can be an examination of abusive clauses by registrars, separately from the examination established by the courts, and this question is analysed within the mortgage loan.

(12) En el mismo sentido se pronuncia GÓMEZ GÁLLIGO al decir que discrepa totalmente en que «no puedan calificarse por el Registrador (y el notario denegar su inscripción) aunque no haya declaración judicial alguna, en el caso de que el predisponente inserte condiciones generales claramente encuadrables en la lista negra de la Disposición Adicional primera de la LGDCU». Véase: GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «Las condiciones generales de la contratación en los contratos bancarios. El Registro de condiciones generales de la contratación y la eficacia de la inscripción», en AA.VV.: «Los contratos bancarios», *ob. cit.*, pág. 268. Igualmente, comparte la misma opinión, José Manuel GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Tomo III, Madrid, 2002, págs. 458 y sigs.