

La protección registral al consumidor y la Directiva sobre cláusulas contractuales abusivas de 1993. Situación actual de la cuestión (*)

I. INTRODUCCIÓN

La política de defensa de los consumidores ha ido creciendo ininterrumpidamente en importancia en la consideración de las instituciones comunitarias, que comenzaron a desarrollar su acción en este campo aun antes de que el Tratado de Roma se reformase para abarcar esta competencia por medio de resoluciones políticas, programas operativos y una estructura organizativa *ad hoc*.

Por su parte, el Acta Única de 1986 incorpora por primera vez de manera formal la consideración de la protección al consumidor como uno de los objetivos del mercado interior y cuya materia se incorpora al proceso de armonización legislativa comunitaria en virtud del nuevo artículo 100.A del Tratado de la CEE, de conformidad con lo cual se dispone que la defensa de los consumidores gozará en las normas armonizatorias de «un nivel de protección elevado». Finalmente, el *Tratado de Maastricht* amplía la actuación comunitaria respecto de la protección de los consumidores previendo no sólo la armonización legislativa introducida ya en el Acta Única, sino incluso ejerciendo acciones propias «que complementen la política llevada a cabo por los Estados miembros a fin de proteger... la salud y los intereses económicos de los consumidores (art. 129.A. 1). Como pone de manifiesto la Comisión en su Informe «Del Acta Única al post-Maastricht...»,

(*) El presente estudio tiene su origen en una conferencia pronunciada por su autor sobre el tema aludido en el título en la sede del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España el día 2 de octubre de 1995, en el marco de unas Jornadas sobre Contratación y Derechos de los Consumidores.

el objetivo es doble: «fortalecer el mercado interior y dar garantías a los ciudadanos de una base coherente de protección y mecanismos de recurso».

La función armonizadora de las legislaciones nacionales en materia de protección de los consumidores se ha desarrollado por la Comunidad (hasta la promulgación de la Directiva núm. 13 de 1993) de forma sectorializada, y no con carácter horizontal o general, en atención a la distinta naturaleza de los intereses tutelables en cada caso. La protección de los consumidores ha sido directamente invocada por la Comisión europea para justificar sus iniciativas en los campos de la multipropiedad, la responsabilidad de los prestadores de servicios y de los suministradores de productos, así como en materia de créditos al consumo y de ventas a plazo y a domicilio.

Además de ello, se ha de destacar la elaboración y aplicación del «plan trienal de acción sobre política de los consumidores de la CEE (1990-1992)», en el que, entre otras cosas, se insiste en la necesidad de una política útil para los consumidores, lo cual implica una gestión y *control eficaz*. La jerga comunitaria distingue gráficamente entre los mecanismos de seguridad cautelar y los de mero resarcimiento, hablando de seguridad «río arriba» y «río abajo» respectivamente, tratando, cuando resulta posible, de potenciar el primero de estos mecanismos: es por ello que, desde la perspectiva comunitaria, las soluciones judiciales —«río abajo»— son insuficientes por sí solas.

De ahí la importancia de la actividad que en este terreno desarrollan las instituciones jurídicas extrajudiciales de Derecho preventivo o cautelar, como los Registros de la Propiedad, mediante el control de legalidad previo que por vía de la calificación realizan respecto de los contratos seriados o en masa que pretenden su acceso al mismo. Este criterio ha sido explícitamente subrayado por él «*Segundo plan de Acción Trienal*» (1993-1995), que bajo la denominación «Poner el mercado único al servicio de los consumidores» fue aprobado por la Comisión de las Comunidades Europeas el 23 de julio de 1993, y en el que se señala como una de las prioridades selectivas para aumentar el nivel de protección de los consumidores —más allá de la propia consolidación del acervo comunitario [propuestas de Directiva sobre contratos negociados a distancia, responsabilidad del prestador del servicio y publicidad comparativa]— la simplificación de los procesos de acceso directo a la Justicia, en cuyo orden de cosas, y basándose en las recomendaciones del célebre Informe Sutherland, se postula la adopción de medidas eficaces en la protección de los derechos del consumidor mediante —y subrayo la expresión— *la creación de mecanismos extrajudiciales*, lo que se siente como una necesidad imperiosa especialmente en orden a la prevención de conflictos transfronterizos.

Esta idea, desarrollada doctrinalmente a través de destacados estudios científicos, contrastada en numerosos Congresos y Seminarios internacionales,

les (especialmente explícitas son al respecto las conclusiones de la Primera Ponencia del IX Congreso Internacional del Derecho Registral —Torremolinos, 1992—, que afirma categóricamente que «la calificación del negocio inscribible... debe tener en cuenta las normas imperativas sobre derechos de los consumidores) y aplicada en la práctica en relación con aquellos contratos generadores de derechos reales susceptibles de inscripción registral integrados por condiciones generales o cláusulas tipo como son, principalmente, los préstamos hipotecarios, los *leasing* inmobiliarios y las compraventas de inmuebles con precio aplazado garantizado mediante condiciones resolutorias, dicha actuación registral protectora de los consumidores en los ámbitos mencionados —digo— ha tropezado con el criterio restrictivo que al respecto viene manteniendo la Dirección General de los Registros y del Notariado desde sus famosas Resoluciones de 5, 6 y 7 de febrero de 1990, criterio abundantemente reiterado con posterioridad, desviándose de la línea marcada por los autos de los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia recaídos en vía de recurso gubernativo, e incluso de ciertos pronunciamientos previos de la propia Dirección General como el que tuvo lugar mediante Resolución de 7 de septiembre de 1988. Todo ello según la interpretación que podemos denominar clásica o tradicional que han mantenido hasta la fecha los autores que se han ocupado de la materia, como GARCÍA GARCÍA, VIDAL FRANCÉS, GÓMEZ GÁLLIGO, MANZANO SOLANO, y a la que personalmente me había sumado en trabajos anteriores. Las resoluciones citadas en primer término, al igual que otras posteriores que las confirman como las de 8, 9, 10, 11 y 14 de octubre de 1991; la de 4 de mayo de 1992, y otras de junio y julio de 1992, a las que a continuación analizo desde la perspectiva de la interpretación clásica apuntada, resuelven una serie de supuestos prácticos muy similares entre sí, consistentes básicamente en la celebración de contratos de compraventa realizados en serie por una misma entidad con particulares en que parte del precio se aplaza, garantizándose dicho aplazamiento —que es retribuido mediante la fijación de un interés— por medio de condición resolutoria explícita y de cláusula penal para el caso de incumplimiento. El Registrador consideró abusivas las siguientes cláusulas:

1.^a «El vendedor, al consignar el precio pagado en el momento de ejercitarse la Resolución, podrá deducir directamente dichas cantidades por entender que, en caso de ser aplicable el artículo 1.154 CC, correspondería solicitar judicialmente la moderación de la pena al comprador y no al vendedor perjudicado por su incumplimiento», lo cual, a juicio del Registrador, suponía invertir la posición procesal de las partes y en consecuencia la inversión de la carga de la prueba, con infracción del artículo 10.8 de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984 (LCU).

2.^a Además, la calificación del Registrador consideraba que tal cláusula incurría igualmente en la prohibición del artículo 10.5 LCU relativa a las «cláusulas en que se imponga al consumidor indemnizaciones o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales». No se trata de realizar una valoración cualitativa sobre si la penalización que contiene la escritura es injusta, sino de apreciar la nulidad establecida por la Ley respecto de las cláusulas penales que no sean sustitutivas de una indemnización por daño, sino que tenga mero carácter punitivo y de lucro.

La argumentación parecía bien fundada por cuanto que la propia escritura calificaba la cláusula de «estrictamente penal»; porque —en segundo lugar— concurrentemente con la cláusula penal se pactaba una indemnización por uso durante el período de ocupación del inmueble por el comprador consistente en una cantidad mensual alzada; y porque —por último— se pactaba que en caso de Resolución el vendedor adquiriría en pleno dominio las obras e instalaciones hechas por el comprador en el inmueble restituido.

Frente a ello, y frente a la conveniencia de evitar mediante la denegación de tales cláusulas que respecto de las mismas operen las presunciones de validez derivadas de la legitimación registral, la DGRN arguye la ininvocabilidad del artículo 10 LCU por parte de los Registradores, prescindiendo de su propio criterio contrario sentado en la citada Resolución de 7 de septiembre de 1988 en materia de variabilidad de intereses en préstamos hipotecarios. Asimismo, y en la misma línea, la propia DGRN había defendido la denegación de ciertas renunciaciones abusivas como la de pago y cancelación parcial del crédito hipotecario por ir contra el orden público registral (R. 27 enero 1986).

La fundamentación invocada por la Dirección General de los Registros en apoyo de sus tesis en materia de tanta trascendencia resulta, según el sentir mayoritario de la doctrina, decepcionante tanto por su parquedad como por su falta de análisis. Se limita al respecto a señalar que los Registradores —y, por ende, tampoco los Notarios— no pueden invocar una pretendida vulneración del artículo 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984 para justificar una calificación denegatoria, porque la limitación de medios de calificación de que disponen, circunscritos al propio documento calificado ya los asientos del Registro, le impide apreciar si las concretas estipulaciones debatidas tienen carácter abusivo conforme a dicha Ley.

La argumentación que subyace en tal planteamiento parece ser la de evitar un juicio —por vía de calificación registral—, sin contención entre partes, acerca de la aplicación anticipada de la sanción de nulidad a las cláusulas contractuales debatidas. El problema consistiría, pues, en la falta del principio de *audita parte* en el procedimiento registral.

Más matizada era la postura de parte de la doctrina hipotecaria (representada por autores como GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE O REY PORTÓLES), que apreciando las ventajas del control registral de las cláusulas abusivas en los contratos inscribibles en función de la efectividad y operatividad del mismo advertían, sin embargo, de la existencia de ciertas dificultades formales en el proceso interpretativo de la aplicación de las normas consumeristas en sede registral. Tales dificultades estriban en lo siguiente:

1.º La inseguridad en la determinación concluyente del carácter del consumidor, con arreglo a su noción legal, del contratante que interviene fuera del marco de su actividad empresarial o profesional habitual, lo cual constituye, sin embargo, presupuesto de aplicación de la legislación consumerista.

2.º La indeterminación de ciertos conceptos jurídicos que conducen a la calificación de la cláusula como abusiva, como son los de «desequilibrio importante de las prestaciones» o el de «exigencias de la buena fe».

3.º Por último, se consideraba un difícil hándicap el hecho de que la calificación como abusiva de una cláusula pueda determinar no sólo su ineficacia, sino la de todo el contrato cuando la supresión de aquélla altere el equilibrio equitativo de las prestaciones recíprocas, con ausencia de las partes interesadas en dicho juicio.

Pese a tales dificultades, el criterio restrictivo mantenido por la Dirección General de los Registros y del Notariado ha recibido duras críticas doctrinales, atendiendo fundamentalmente al dato del tiempo social actual en que tiene lugar la aplicación del Código Civil y la legislación hipotecaria en un contexto de sociedad de masas (art. 3.1 CC). Piénsese que el antiguo concepto de bien inmueble raíz, inmovilizado, ha quedado trasnochado tras la explosión demográfica y el desarrollo del Estado del bienestar, que ha producido la incorporación masiva de la población a la propiedad inmueble, y cuya movilización y masificación ha generado un auténtico «mercado económico» de la propiedad inmobiliaria, mercado, por lo demás, de una gran agilidad y masificación, según se refleja estadísticamente en los Anuarios de la DGRN que ponen de manifiesto la existencia de en torno a tres millones de operaciones por año, que en conjunto alcanzan cifras de varios billones de pesetas. A todo ello se suma el hecho de que siendo el Estado el que recibe el mandato constitucional de protección de los consumidores (art. 51) y el de la organización de la Institución registral (art. 149.1.8), parece obvia la conclusión de que de dicha organización habrán de resultar las facultades suficientes para permitir a los Registradores la defensa del consumidor de viviendas y de servicios financieros referidos al sector inmobiliario.

II. INTERPRETACIÓN MODERNA DE LA JURISPRUDENCIA REGISTRAL EN MATERIA CONSUMERISTA

La conclusión alcanzada en el epígrafe anterior, por lo demás, aparece refrendada por la idea de que si bien no cabe catalogar el derecho a la defensa de los intereses económicos de los consumidores entre los que tienen el carácter de derechos fundamentales que gozan de la protección propia del recurso de amparo —según se encargó de recordar el Tribunal Constitucional en un Auto de 10 febrero 1992—, sin embargo existe un amplio consenso en la doctrina en torno a la idea de que la consagración constitucional del citado derecho (mediante la imposición a los poderes públicos del deber de garantizar la defensa de los intereses económicos de los consumidores) supone su asimilación a un *principio general del Derecho* («favor consumatorios») que ha de inspirar no sólo la legislación que se promulgue, sino también la interpretación y aplicación de todo el ordenamiento jurídico.

Es desde esta perspectiva, y a la vista de la actual situación del Derecho comunitario europeo en la materia, como enseguida veremos, desde la que personalmente postulo una *reinterpretación de la doctrina de la DGRN* en la materia que, tras un cuidadoso examen de las diversas resoluciones en que se han suscitado cuestiones de Derecho consumerista, concluye en la idea de que el criterio de la DG en esta materia no es tan restrictivo que no se había venido creyendo, pudiéndose encontrar en las citadas resoluciones elementos claramente aperturistas al respecto. Es lo que podríamos denominar interpretación moderna o «novísima» de la jurisprudencia registral sobre el Derecho del consumo en sede de calificación registral. Veamos tales resoluciones.

RESOLUCIONES DGRN EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES

1. **Resolución 27 enero 1986:** Se discute si es inscribible el pacto que contiene *la renuncia del derecho que al deudor asigna el artículo 124 LH* de poder elegir, en caso de pago parcial del crédito garantizado sobre varias fincas, el inmueble gravado que ha de quedar libre de hipoteca por no ser inferior al importe de la responsabilidad especial a que la finca está afectada.

— La DG, confirmando el criterio del Registrador e invocando un precedente de 1935, entiende que el derecho a la cancelación conferido al deudor en caso de pago parcial por el artículo 124 «está enlazado directamente con el desarrollo del crédito territorial, con la facultad dispositiva del deudor, con el derecho de los acreedores posteriores y con el legítimo

interés del adquirente de las fincas»; y por ello concluye considerando tal pacto ineficaz hipotecariamente porque va contra el interés público (vid. art. 6.2 CC: «la renuncia de derechos sólo será válida cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros»).

— *Comentario:* La apreciación del carácter contrario al interés público de determinada cláusula contractual requiere un proceso interpretativo de la cláusula concreta en relación con tal concepto jurídico indeterminado, en todo caso no más sencillo y no requirente de menos medios calificadorios que el exigido por la apreciación de la condición abusiva de un determinado pacto contractual incluido en un contrato de adhesión.

2. **Resolución 7 septiembre 1988:** Se discute una *cláusula de una hipoteca* según la cual, pasado el primer año del préstamo, el tipo de interés anual aplicable será el establecido por el Banco prestamista como tipo de interés preferencial para préstamos hipotecarios.

— El Registrador deniega la cláusula por «el defecto insubsanable de dejar su fijación [de los intereses variables] al arbitrio exclusivo de la entidad acreedora por infracción del artículo 1.256 CC».

— La DG confirma la nota por ir la cláusula en contra de la norma de que «la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes», establecida por los artículos 1.256 CC y IO.c).2 de la Ley de Defensa de los Consumidores de 19 julio 1984.

— *Comentario:* Destaca el hecho de que en este primer precedente fue la propia DG la que invocó la Ley de Defensa de los Consumidores, sin que la misma apareciese citada en la argumentación del Registrador.

3. **Resolución 16 febrero 1990:** La nota de calificación cuestionaba cierta estipulación sobre *intereses variables* según la cual se había de aplicar a cada semestre un tipo de interés determinado por la media aritmética de los tipos preferenciales de determinados Bancos, sin precisar cuáles eran los intereses preferenciales y diferenciales vigentes en el momento inicial del préstamo, sin prever la forma y domicilio en que debe comunicarse al tercer poseedor los sucesivos intereses resultantes y, por último, sin prever que los sucesivos intereses comunicados al prestatario habían de ser expresamente aceptados por éste.

— El Registrador consideraba que tal cláusula producía infracción de las Ordenes ministeriales y Circulares del Banco de España que se referían específicamente a la fijación del interés variable y, además, vulneraba la LDCU en cuanto que tales estipulaciones contienen cláusulas abusivas, suponen incrementos que no se corresponden con prestaciones adicionales e infringen el derecho básico de todo prestatario a tener una información correcta.

— La DG revoca la nota porque: a) la autonomía de la voluntad no se puede limitar por disposiciones de rango inferior a la Ley, y b) no es posible, con los datos que se pueden utilizar en la calificación registral, estimar que «esas concretas estipulaciones» sean cláusulas abusivas conforme a la citada LDCU.

— *Comentario:* No se plantea en este caso el tema de la admisibilidad de las cláusulas de interés variable, cuestión abordada por la posterior Resolución de 16 marzo 1990 y que desde la perspectiva del Derecho comunitario queda prejuzgada en sentido afirmativo puesto que la Directiva 93/13 excluye de la prohibición de introducir cláusulas que atribuyan al profesional la facultad de modificar unilateralmente los términos del contrato», las cláusulas por las que el prestador de servicios financieros se reserve el derecho a modificar sin previo aviso, en caso de razón válida, el tipo de interés adecuado por el consumidor...» (cfr. Anexo núm. 2.6), lo cual se justifica por la razonabilidad de introducir cláusulas de estabilización en los contratos de larga duración, como con frecuencia son los contratos de servicios financieros, y en particular los préstamos hipotecarios.

Lo que realmente se cuestionaba en la nota de calificación en el presente supuesto son las condiciones objetivas mínimas bajo las que ha de actuar dicha previsión contractual de variabilidad de intereses; y lo cierto es que, más allá de la concreta Resolución del caso por parte del Centro Directivo en sentido contrario a la posición del Registrador, en la interpretación de este último parecía latir una preocupación consumerista en sentido tuitivo que ha venido a ser ratificada en el ámbito normativo por la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 5 mayo 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, en cuyo artículo 6 se somete a las cláusulas de variabilidad de intereses a la doble condición de que los tipos de referencia utilizados no dependan exclusivamente de la propia entidad de crédito ni sean susceptibles de influencia por ella en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades y de que los datos que sirvan de referencia al índice sean agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo.

4. Resolución 16 marzo 1990: Rechaza la Registradora la inscripción de una cláusula de *intereses variables* en un préstamo hipotecario por considerar que dicha cláusula al ser utilizada en la contratación general con el público «se encuentra bajo la sanción de nulidad del artículo 10 LDCU».

— La DG revoca la nota por considerar que no puede tacharse cualquier cláusula de intereses variables con nulidad *ipso iure* sin invocar otro motivo que el de ser empleada en la contratación con el público. A lo que agrega la idea de que una protección a los consumidores que se tradujese en exclusión de las cláusulas de interés variable produciría inmediatamente,

en la práctica, la exclusión del consumidor en las ventajas del crédito a largo plazo.

— *Comentario:* Ciertamente, la invocación en este caso por la Registradora de la LDCU tenía un carácter, en mi opinión, excesivamente genérico y se empleaba como argumento de acompañamiento a la idea central de la exclusión del pacto por su carácter meramente personal. Con todo, hay dos aspectos positivos en las formulaciones de la DG al refutar tal planteamiento:

1.º La afirmación de que el carácter abusivo de la cláusula examinada no pueda sostenerse «sin invocar otro motivo que el de ser cláusula en la contratación con el público»; por consiguiente, parece admitir *a sensu contrario* que se concluya en el carácter abusivo de ciertas cláusulas si se esgrime una fundamentación más sólida y detallada.

2.º La DG emplea en su argumentación la propia idea de protección al consumidor al poner de manifiesto la paradoja de que la consideración como nulas, por abusivas, de las cláusulas de intereses variables excluiría a los consumidores de las ventajas del crédito a largo plazo.

5. **Resolución 13 noviembre 1990:** En este caso se deniega la inscripción de una cláusula de *interés variable* en la que se fija como criterio de determinación el promedio de los tipos preferenciales de un grupo de seis entidades de crédito, entre ellas tres Cajas de Ahorro, todas ellas distintas de la prestataria, que es una Caja de Ahorros diferente.

— El Registrador sostiene que dicha cláusula viola el artículo 1.256 CC y el artículo 10 LDCU, pues concede a una de las partes la facultad de modificar unilateralmente los intereses pactados, siquiera sea de forma indirecta, dado que la existencia y régimen de la Confederación de Cajas de Ahorro evidencia que entre ellas existe una «indiscutible interacción decisional y una efectiva influencia recíproca».

— La DG revoca la nota con el argumento de que la confluencia de intereses entre distintas personas, cualquiera que sea su naturaleza, aun cuando pertenezcan a asociaciones profesionales o agrupaciones para la satisfacción de tales intereses comunes, no menoscaba su independencia económica y su autonomía empresarial, y, por tanto, no se puede tachar de parcial el sistema de determinación de los intereses variables que hayan de regir en los sucesivos períodos de liquidación por referencia a los intereses que rijan en determinados momentos en cierto sector del mercado del que forman parte diversas Cajas de Ahorro distintas de la prestamista:

— *Comentario:*

1) En esta Resolución la DG no arguye en contra de la posible invocación por parte de los Registradores en sus calificaciones de la LDCU, sino

que, tomando en consideración, entre otros preceptos concordantes de Derecho civil e hipotecario, la propia LDCU concluye, tras el análisis del caso concreto, que no concurren razones para apreciar falta de determinación en la obligación garantizada (arts. 1.447 CC y 12 LH) ni atribución de facultades unilaterales y discrecionales a favor de una de las partes contratantes.

2) En cuanto a esta última cuestión de fondo, sin embargo, cabe significar cierto contraste entre el contenido de la comentada Resolución y el texto de la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación según el cual en unas Condiciones Generales no se podrá reservar al que las utilice el derecho de modificar unilateralmente por sí o «por medio de las personas u órganos vinculados a su círculo de influencia» la prestación convenida sin una razón objetivamente justificada.

6. Resolución 26 noviembre 1990: En el caso resuelto por esta Resolución se cuestiona sobre la validez de una operación por la cual un colectivo de acreedores concederá *espera a una serie de obligaciones* de un mismo deudor, y, por su parte, el deudor constituye en garantía de ellas hipoteca y consiente que sea cada acreedor por su cuota de hipoteca el que unilateralmente determine qué obligaciones son las contraídas, cuál es su cuantía y condiciones, pudiendo tratarse de obligaciones ya existentes, vencidas o no, o de las futuras que resulten en el plazo de unos meses, sin más límite que el de provenir de operaciones «propias del tráfico de los Bancos» y siempre que en cierto plazo hayan sido incorporadas por el Banco en la cuenta, cuyo saldo será el garantizado y en cuya cuenta el deudor podrá verificar ingresos, «pero no tendrá derecho a disponer de cantidad alguna».

— La DG confirma en este caso el criterio denegatorio del Registrador, sosteniendo —al margen de otras fundamentales cuestiones de técnica hipotecaria y por lo que respecta al tema objeto de este estudio— que «la indeterminación de las obligaciones (existentes, vencidas o no, y futuras) y la atribución de su determinación a una sola de las partes con efectos hipotecarios y por tanto procedimentales, infringe las normas que sustraen la materia de prueba, y en particular la carga de la prueba a la autonomía de la voluntad, sobre todo para asegurar que la necesaria determinación del objeto del contrato (art. 1.273 CC) no quede al arbitrio de uno de los contratantes y para dar fijeza al contenido de un derecho, el de hipoteca, que por su carácter real tiene eficacia frente a todos (incluidos los demás acreedores del deudor).

— *Comentario:* Resulta impecable, a mi juicio, el razonamiento empleado por el Centro Directivo en la Resolución de este caso, siendo muy significativo que en los «vistos» de la Resolución se cite expresamente, no ya de forma genérica la LDCU, sino en concreto su artículo 10.8, según el

cual, como se sabe, se declara contrario a la buena fe y al justo equilibrio de las contraprestaciones «la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor o usuario»; precepto que se aplica no por aceptación de la posición argumentativa del Registrador —quien no elude a la citada disposición ni en su nota ni en su informe—, sino *ex officio*.

7. **Resolución 26 diciembre 1990:** Idéntica, en cuanto a los extremos que nos interesan, a la Resolución 16 marzo 1990.

8. **Resolución 14 enero 1991:** Idéntica a la Resolución 26 diciembre 1990.

9. **Resolución 24 abril 1991:** Idéntica, en los extremos que nos interesan, a la de 14 enero 1991.

10. **Resolución 8 octubre 1991:** Comentada por extenso anteriormente. A lo anterior me interesa añadir, desde la propuesta perspectiva de reinterpretación de la jurisprudencia registral en esta materia, lo siguiente:

— *Comentarios:* Esta Resolución aborda la cuestión afirmando que procede recordar la doctrina sentada por el propio Centro Directivo conforme a la cual los medios de calificación de que dispone el Registrador le impiden apreciar «si las concretas estipulaciones debatidas tienen carácter abusivo conforme a la LDCU». Por tanto: a) Pretende reiterar —no innovar— la doctrina propia anterior, en cuyos antecedentes, como vimos, hay casos de aplicación de la LDCU tanto por el Registrador como por la propia DG, así como otros en los que se excluye no tanto la posibilidad de invocar en la calificación la LDCU, al igual que cualquier otra norma del ordenamiento jurídico, como su aplicación al concreto caso debatido (*vid.* R. 16 marzo 1990); b) Esta matización de que la no susceptibilidad de apreciación del carácter abusivo lo es respecto de «las concretas estipulaciones debatidas» (entrecomillo la expresión), que comúnmente ha pasado inadvertida a los comentaristas, se reitera en la citada Resolución de 8 octubre 1991, y desde esa perspectiva relativiza el valor de la doctrina que sienta, por lo que invita a una reinterpretación del sentido excluyente y restrictivo que le han venido atribuyendo todos sus exégetas.

Este valor doctrinal, circunscrito al caso concreto, es lo que justifica que la DG abunde en la cuestión con argumentos adicionales al de la propia insusceptibilidad de apreciación del carácter abusivo de la cláusula debatida, afirmando que no cabe identificar, como parece hacer el Registrador, la facultad discrecional de Resolución —proscrita por el art. 10.c).2 de la LDCU y por el art. 1.256 CC— con la Resolución por impago al amparo del artículo

1.504 CC, que responde no a un criterio de mera discrecionalidad, sino de estricta objetividad y conmutatividad efectiva de las prestaciones. Por lo demás, este criterio de la DG aparece confirmado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 febrero 1991, según la cual es evidente que la LDCU al proscribir las cláusulas que otorgan a una de las partes la facultad de resolver discrecionalmente, el contrato no deroga las prescripciones de los artículos 1.124 y 1.504 CC, cuyo desconocimiento supondría una dislocación del tráfico inmobiliario cuando el vendedor ha cumplido sus obligaciones y el comprador desconoce su elemental obligación de pago del precio, lo que produciría infracción de los artículos 38, 128 y 139 de la Constitución, a cuyo marco económico, basado en el principio de libre ejercicio de las actividades económicas, ha de ajustarse la aplicación de la LDCU.

En cualquier caso, parece que puede haber contribuido de forma importante a esta situación generalizada de confusión el hecho de que a pesar de tratarse de una cuestión material idéntica, planteada entre el mismo Notario y el mismo Registrador, los expedientes gubernativos que dieron lugar a las Resoluciones de 8, 9, 10, 11 y 14 de octubre de 1991 no se acumulasen en uno solo—especialmente considerando que dicha acumulación se obtuvo ya en la primera instancia del recurso ante el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña—, lo que parece connotar un énfasis especial por parte de la DG que subraya más el aspecto excluyente que la idea de concreción al caso particular debatido.

Por último, esta Resolución tiene su antecedente en las Resoluciones de 5, 6 y 7 de febrero de 1990 que plantean por primera vez la cuestión de la posible cobertura de los intereses pactados de la parte de precio aplazado por la condición resolutoria explícita del artículo 1.504 CC—que el Registrador negaba por el carácter excepcional y de interpretación restrictiva con que se autoriza el pacto comisorio respecto de sólo el precio en dicho artículo—, y la inscribibilidad de la cláusula penal que se incluía en el contrato—y que el Registrador igualmente negaba por el carácter personal y no real del mismo—. La particularidad de Resoluciones de febrero de 1990 estriba en que la alegación de la LDCU no la hizo el Registrador, sino el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña al conocer del recurso en primera instancia. La DG, por su parte, al revocar el auto presidencial y la nota del Registrador no refuta expresamente tal alegación, a la que no hace ninguna referencia expresa.

11. **Resoluciones 9, 10, 11 y 14 octubre 1991:** Reiteran la doctrina de la de 8 octubre 1991.

12. **Resolución 24 abril 1992:** Reitera la doctrina de la Resolución 16 marzo 1990 en materia de intereses variables.

13. Resolución 4 mayo 1992: Reitera la doctrina de la Resolución 8 octubre 1991. En este caso el Registrador había ampliado sus alegaciones sobre la vulneración del artículo 10 LDCU, indicando que se trataba de un conjunto de escrituras redactadas con el mismo modelo y otorgadas en masa, que al actuar extrajudicialmente la condición resolutoria, incluso respecto de los intereses, ello equivale a conceder al vendedor la facultad de resolver discrecionalmente el contrato, y que al poner al comprador en posición de demandante al tener que solicitar la moderación de la pena se produce una inversión de la carga de la prueba cuyos ambos aspectos son repudiados expresamente por la LDCU.

14. Resolución 1 junio 1992 (4, 5 y 29 junio 1992; 6, 9, 10, 11, 13, 14, 16 y 17 julio 1992): Reiteran la doctrina de la Resolución anterior.

15. Resolución 4 marzo 1993 (multipropiedad): Se cuestiona en el caso resuelto por esta Resolución la inscribibilidad de una estructura de transmisión de determinada participación indivisa sobre un apartamento durante una determinada semana de cada año, sin que previamente se haya inscrito el régimen de multipropiedad y subordinando la plena efectividad de las facultades esenciales del derecho adquirido, no ya al pago del precio estipulado, sino al pago sucesivo de cierta cantidad indeterminada a una compañía a la que no se identifica como sociedad de servicios de mantenimiento del inmueble, sin siquiera excluir que su determinación no haya de quedar a la arbitrariedad del futuro acreedor.

— El Registrador cuestiona la inscribibilidad de tal escritura por diversas consideraciones de orden registral (falta de tracto sucesivo, falta de consentimiento de la Junta de Propietarios para alterar el régimen de propiedad horizontal, etc.). No entra en apreciaciones de defensa de la posición contractual del consumidor. Y sin embargo es la propia DG la que implícitamente se apoya en la LDCU para excluir la inscripción de ciertas cláusulas al citar la misma en los «vistos» y subrayar la idea apuntada de arbitrariedad de alguna de las facultades atribuidas al vendedor (por ejemplo, la atribución de la acción de desahucio por impago de cuotas a la compañía vendedora y no a la comunidad de los interesados).

— *Comentario:* Esta Resolución evidencia la tesis sostenida de que la DG no postula una pretendida ininvocabilidad de la LDCU por los Registradores, sino que sopesa su aplicación a cada caso concreto, siendo así que en esta Resolución hace una aplicación decidida de la misma. Además, esta Resolución contiene la interesante afirmación de que «el Registro ha de ser instrumento de seguridad y no debe socavarse su prestigio haciéndolo cobijo de fantasías y fraudes».

16. Resolución 17 marzo 1994: Se vuelve a plantear el tema de la inscribibilidad de intereses variables, y la DG reitera su doctrina acerca de que:

- a) Dicha cláusula es admisible siempre que los intereses puedan ser determinados en su día por un factor objetivo y se señale un límite máximo de responsabilidad hipotecaria.
- b) Que dicha cláusula no puede ser tachada sin más motivo con nulidad *ipso iure* por el Registrador en aplicación del artículo 10 LDCU.
- c) Que cabe la cláusula, que engloba mensualmente cuotas de amortización e intereses, siempre que se exprese la fórmula matemática convenida que permita calcular el desglose de cantidades correspondientes a cada concepto. Con ello se entiende cumplido el principio de determinación hipotecaria, que es el correlato del principio consumerista que exige concreción y claridad en la redacción de las cláusulas de los contratos.

17. Resolución 11 mayo 1990: Cabe igualmente traer aquí a colación otras dos Resoluciones que sin abordar ninguna cuestión directamente relativa a la legislación sectorial de los consumidores, sin embargo, dejan apuntado el criterio del Centro Directivo en torno a dos temas que están estrechamente relacionados a dos de las dificultades que se apuntaban por la doctrina para lograr la plena aplicación de la legislación consumerista en sede registral. La primera Resolución a que quiero referirme es la de 11 mayo 1990, que relativiza las consecuencias de la carencia del principio de *audita parte* en el procedimiento registral. En efecto, en torno a una compleja cuestión de un fideicomiso sujeto al Derecho foral catalán, la DG confirma el criterio suspensivo del Registrador por entender necesarias ciertas renunciaciones no acreditadas y a reserva de las acciones judiciales que en la vía jurisdiccional ordinaria se puedan suscitar entre las partes, afirmando que: «Naturalmente, la interpretación aquí propuesta se entiende limitada a efectos de extender o no la inscripción, y ni impece ni prejuzga el procedimiento que pueda seguirse ante los Tribunales con la amplitud de alegaciones, pruebas y recursos que regulan la Ley procesal, y principalmente con la intervención de los interesados, cuya defensa [en casos como el de que se trata] resulta, de hecho, confiada indirectamente al Registrador. Este criterio que atribuye, como no puede ser de otra forma, facultad al Registrador —facultad que implica al tiempo un deber— de apreciar la concurrencia de una posible causa de nulidad civil de un determinado negocio jurídico a los efectos de denegar su inscripción, a lo que no empece la falta de intervención directa de los interesados en el procedimiento registral, entiendo que es plenamente traspolable

al ámbito de las causas de nulidad que sanciona nuestra legislación —igual actual que proyectada— de protección a los consumidores.

17. **Resolución 18 abril 1994:** Esta resolución aborda el tema de la *inscripción parcial de los documentos* sujetos a calificación, conforme al artículo 434 del Reglamento Hipotecario, respecto de cuyos supuestos sostiene que tanto si la inscripción parcial resulta de la expresada exclusión de ciertas cláusulas o pactos formulada por los interesados en su solicitud de expresión, como si resulta de la calificación de ciertos pactos como nulos, abusivos, oscuros o personales, el Registrador habrá de denegar o suspender la inscripción *total* del título cuando, como consecuencia de dicha amputación, quede alterado o afectado sustancialmente el contenido del título o el total contexto pactado por las partes. Desde esta perspectiva de jurisprudencia registral no cabe defender que al Registrador le esté vetado entrar a apreciar el carácter abusivo de ciertas cláusulas porque de ello se pueda derivar una ineficacia total del contrato por producir la supresión de tal cláusula una alteración en el equilibrio de las prestaciones recíprocas.

Por último, la referencia de las Resoluciones comentadas a la «*limitación de los medios de calificación*» se refiere, como es obvio, no a los límites de su extensión material desde el punto de vista de las normas que ha de tomar en consideración —y que en propiedad abarca al conjunto del ordenamiento jurídico—, sino a los elementos formales de que se sirve, integrados por el propio título calificado y por lo que resulta de los asientos del propio Registro. Desde esta óptica, es cierto que puede escapar al control del Registrador la apreciación del carácter abusivo de ciertas cláusulas por la imposibilidad de ponderar el contexto y las circunstancias coetáneas a la celebración del contrato que no queden reflejadas formalmente en el mismo (art. 4 Directiva), de la misma forma que escapan, por igual motivo, a su apreciación ciertas causas de ineficacia sancionadas por la legislación civil común, como ocurre con las causas de anulabilidad consistentes en los vicios del consentimiento (error, violencia, intimidación o dolo), o con las causas de rescisión derivadas de los perjuicios producidos a los acreedores, o con los supuestos de inoficiosidad de las donaciones que perjudiquen las legítimas, o con los de rescisión por lesión, en cuyos casos se requieren elementos probatorios del valor de los bienes o derechos; pero dicho proceso de valoración y ponderación de elementos extrínsecos al contrato mismo, con respecto a las cláusulas abusivas, únicamente se requiere respecto de las cláusulas no incluidas expresamente entre las prohibidas por la Directiva del 93 y por nuestra Ley de Consumidores —actual y proyectada— a que más adelante me referiré, y en cuyo caso es preciso elaborar un proceso interpretativo basado en conceptos jurídicos indeterminados, como el de vulneración a las exigencias de la buena fe o desequilibrio no equitativo de las prestaciones recíprocas, y que son

lo suficientemente genéricas como para requerir la concurrencia de elementos interpretativos contextuales que han de operar en vía judicial. Pero en la práctica estos supuestos, y ante la *amplitud del elenco* de cláusulas excluidas expresamente, no constituyen sino situaciones de excepción.

Con esta reinterpretación de la doctrina de la DG en la materia, en mi opinión, se produce una reconciliación entre el verdadero alcance y extensión de la calificación registral, según resulta del artículo 18 de la Ley Hipotecaria y sus concordantes del Reglamento Hipotecario, y su trascendental función preventiva de conflictos en nuestro sistema registral-inmobiliario, que si bien no es judicial (como el alemán, en que la inscripción constitutiva equivale a una sentencia firme enjuicio declarativo con valor de cosa juzgada), tampoco es de mera transcripción, como el sistema francés.

Ahora bien, lo que en este momento nos planteamos es la forma y medida en que la situación descrita anteriormente se haya podido ver alterada, en el sentido de consolidar el criterio de apertura apuntado, por la promulgación de la Directiva del Consejo de la Comunidad número 13, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

III. LA DIRECTIVA 93/13/CEE, DE 5 DE ABRIL DE 1993

Pues bien, no procede, dado el limitado objeto del presente estudio, realizar en esta sede un análisis exhaustivo sobre el contenido de la Directiva, su ámbito de aplicación, las reglas interpretativas que contiene sobre las condiciones generales de la contratación, los sistemas de control que arbitra frente a las cláusulas abusivas, etc. Por el contrario, las referencias subsiguientes a la Directiva mencionada pretenden tan solo poner de relieve aquellos aspectos prácticos de la misma que determinan un nuevo *statu quo* de las relaciones entre la calificación registral y los contratos de adhesión, así como subrayar la coincidencia entre ciertos criterios interpretativos extraídos de la legislación civil e hipotecaria común y los preceptos tuitivos de los consumidores sancionados por la Directiva.

2.1. COINCIDENCIA CON LAS NORMAS CIVILES ORDINARIAS

Por lo que se refiere a la coincidencia de las normas del moderno Derecho del Consumo con numerosos principios institucionales del Derecho contractual tradicional provenientes de los Códigos decimonónicos, se ha de subrayar, a los efectos que nos interesan de delimitar el ámbito de la calificación registral, la importancia de este dato por cuanto que la propia Dirección General de los Registros ha admitido la invocación por los Registradores en

apoyo de sus calificaciones de la Ley de Consumidores, cuando se trata de argumentos legales coincidentes con otros emanados del Código Civil.

En este sentido hemos de destacar el hecho de que desde mediados de siglo se constata el fenómeno de la masificación del tráfico jurídico y económico, para cuya fluida canalización las empresas oferentes de bienes y servicios elaboran las denominadas condiciones generales de la contratación que imponen a sus clientes en forma de contratos de adhesión. He ahí las dos notas caracterizadoras de tal fenómeno: la prerredacción unilateral de las cláusulas y su rígida imposición.

Este fenómeno se trata de justificar desde el punto de vista económico por razón de la necesaria rapidez de las operaciones y en atención a la denominada «calculabilidad del riesgo». Desde el punto de vista jurídico, a su vez, los contratos de adhesión se tratan de justificar en base al dogma de la autonomía de la voluntad, que ve en el contrato, como autocomposición de intereses, la realización intrínseca de la Justicia («qui dit contractual, dit juste», según la célebre frase de FOUILLÉ). Sin embargo, en la práctica tales justificaciones venían a encubrir irritantes situaciones de desigualdad entre las partes contratantes, que se erigía en fuente de cláusulas y prácticas abusivas en perjuicio del consumidor o parte débil de la relación contractual. Por ello, ya antes de que se produjese la reacción legislativa frente a tales situaciones (Ley israelí de 1964 sobre contratos *standart*, Ley sueca de 1971 sobre prohibición de cláusulas contractuales impropias o excesivas, Ley alemana de 1976, Ley inglesa de 1977, etc., incluyendo nuestra Ley de 1984, elaborada presurosamente por razón de las gravísimas consecuencias sociales derivadas del consumo humano de aceite de colza), antes de la reacción legislativa —digo— la doctrina y la jurisprudencia de los distintos países salieron al paso de tales abusos, luchando contra ellos en base a la axiología contractualista que emanaba de los Códigos decimonónicos.

En nuestro país fue pionero en esta tarea el profesor FEDERICO DE CASTRO, quien abordó el estudio de las condiciones generales de la contratación en su discurso de ingreso en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia en el año 1960. Tres eran los cauces que el ordenamiento ofrecía en la lucha contra las cláusulas y condiciones abusivas, a juicio del profesor DE CASTRO, cuyo análisis premonitorio conserva aún gran parte de su valor:

1.º La Ley imperativa. A pesar del carácter liberal e individualista que presidía el espíritu de los Códigos del siglo xix, desde un principio quedó claro que uno de los límites inmanentes e infranqueables del principio de la autonomía de la voluntad era el respeto a la Ley imperativa por residual que fueran las normas de tal carácter en la regulación del Derecho contractual («pas de nullité sans loi»). Pero es claro que el *esquema imperativo* de

las figuras contractuales típicas fueron reglamentadas con un exquisito respeto a la reciprocidad y equivalencia de las obligaciones.

2.º El orden público. Es un límite, junto a la propia Ley y a la moral, al principio de libertad de pacto recogido en el artículo 1.255 CC. Actualmente se ha de entroncar el concepto de orden público con el de los llamados «valores superiores del ordenamiento» del que habla el artículo 1.º de nuestra Constitución, y que están llamados a informar permanentemente todas las instituciones jurídicas. Y siendo ello así, es obvio que los pactos leoninos o vejatorios, por inicuos y contrarios a la conmutatividad propia de los contratos onerosos son repudiados por el orden público.

3.º Pero mayor importancia a los efectos de la protección de los consumidores presenta la nueva interpretación de la naturaleza de las «normas dispositivas», es decir, de todas aquellas normas configuradoras de las relaciones contractuales típicas no definitorias de los requisitos de existencia y perfección de los contratos y no sancionatorias de su nulidad, que en principio son meramente supletorias de la voluntad de las partes. Así, se considera que las partes contratantes, si bien se pueden apartar del marco legal definido por las normas dispositivas, ello habrá de ir acompañado, para ser eficaz, de una adecuada justificación causal, permitiendo al contrato seguir cumpliendo la finalidad económica amparada por el ordenamiento.

De todo ello resulta que los principios consumeristas se localizaban ya en estado gestante en los clásicos principios e instituciones del Derecho contractual, tales como el deber de comportarse de buena fe, la equivalencia de las prestaciones, la prohibición de enriquecimiento injusto, el sistema de la atribución objetiva de la carga de la prueba, etc. Y ello no sólo como valores abstractos inmanentes en el ordenamiento, sino incluso bajo una clara formulación positiva. Así, podemos citar el artículo 1.102 CC sobre nulidad de la renuncia a la acción para exigir responsabilidad por razón de dolo; el artículo 1.200 CC sobre la improcedencia de la compensación por deudas que procedan del depósito; el artículo 1.214 CC sobre atribución de la carga de la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento; el artículo 1.172 CC sobre atribución de la facultad de imputación de pagos exclusivamente al deudor; el artículo 1.256 CC sobre imposibilidad de rescisión unilateral del contrato; el artículo 1.288 CC sobre interpretación desfavorable para el causante de la oscuridad del pacto; el artículo 1.476 CC sobre nulidad del pacto de exención de responsabilidad del vendedor de mala fe en caso de evicción; el artículo 1.275 CC sobre nulidad del contrato con cláusula ilícita o contraria a la moral, es decir, no equitativa; etc.

Esta coincidencia o superposición entre normas consumeristas y normas de Derecho civil ha sido destacada a través de diversas resoluciones judi-

ciales. Así, la *Sentencia del Tribunal Supremo* de 2 octubre 1992 sostiene, ante una cláusula por la que se pretende limitar la responsabilidad del constructor exclusivamente a los defectos ocultos de la vivienda, que ello comporta, además de una violación de los derechos que como consumidor corresponden al comprador, hacer posible la renuncia a la acción por dolo (art. 1.102 CC) e impedir que la negligencia sea exigible en toda clase de obligación (art. 1.103 CC). La *Sentencia del Tribunal Supremo* de 23 julio 1993 rechaza en base a la LDCU la validez de una cláusula de sumisión a fuero por figurar en un contrato de adhesión mediante formulario que impide que la parte suscriptora influya en su contenido. Igualmente, la *Sentencia del Tribunal Supremo* de 8 abril 1994 estima que determinada cláusula de un préstamo relativa a los intereses devengables resultaba ambigua, por lo que en base a la norma coincidente de la Ley de Consumidores y del artículo 1.288 CC entiende que se ha de interpretar en el sentido más beneficioso o menos oneroso para el prestatario.

2.2. COINCIDENCIA CON LAS NORMAS HIPOTECARIAS

La coincidencia señalada se produce igualmente entre ciertas normas consumeristas y determinadas normas y principios hipotecarios. Así, sumariamente podemos señalar las claras concomitancias existentes entre:

1. El principio hipotecario de determinación (arts. 9 y 12 LH) y la exigencia consumerista de concreción y claridad en la redacción de los contratos.
2. Entre la regla hipotecaria de libertad de tráfico, con su consiguiente proscripción de las prohibiciones de disponer (art. 27 LH) y la interdicción consumerista de la sobregarantía.
3. Entre el principio hipotecario de tracto sucesivo, con el criterio consumerista de lograr la prestación de un consentimiento contractual efectivo y consciente.
4. Entre el principio hipotecario de legitimación y el criterio de política consumerista de proporcionar seguridad —incluida la jurídica— al consumidor.
5. Entre la publicidad formal emitida previo tratamiento profesional por el Registrador del contenido de los asientos del Registro en sus diversas variantes, incluyendo en su elaboración los más modernos procedimientos informáticos y telemáticos, con la aspiración consumerista de proporcionar al consumidor una información veraz a través de procedimientos eficaces. En este punto cabe destacar la importancia del Real Decreto 2537/94 de coordinación entre Notarías y Registros de la Propiedad en materia de

seguridad del tráfico jurídico inmobiliario de 29 de diciembre de 1994 que, ampliando el contenido de su antecedente representado por el RD 1558/1992 y con la finalidad de prevenir al máximo cualquier posibilidad de fraude inmobiliario, establece un sistema generalizado de información continuada de los asientos del Registro respecto de la descripción, titularidad y cargas del inmueble o derecho real objeto de la transacción con carácter previo a la autorización de la correspondiente escritura pública por parte del Notario, remitida por vía telefax, así como un sistema de representación en el Libro Diario del Registro de la comunicación de haberse otorgado la escritura que el Notario ha de remitir al Registrador igualmente por telefax o por cualquier otro medio el mismo día del otorgamiento.

Este Real Decreto, que reforma parcialmente los Reglamentos Hipotecario y Notarial, responde a la preocupación comunitaria de salvaguardar los derechos de los consumidores en el ámbito de las transacciones inmobiliarias transfronterizas y da cumplimiento a las recomendaciones que al respecto se contienen en la Resolución del Parlamento Europeo de 14 septiembre 1989 (la Unión Europea no puede dictar propiamente disposiciones civiles de carácter inmobiliario: art. 222 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea).

6. Igualmente, se percibe el latido de la preocupación por la salvaguardia de los derechos de los consumidores y de su seguridad jurídica en un amplísimo elenco de disposiciones de carácter registral y de las que, por razones de espacio, apunto escuetamente algunas referencias:

- a) Así, el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 26 de junio de 1992 atribuye al Registrador la facultad de control de la legalidad de diversos actos urbanísticos, con carácter previo a la inscripción de la mutación jurídico-real que produzcan, mediante la exigencia de acreditación de las oportunas licencia administrativas y certificaciones técnicas, como sucede señaladamente en los casos de parcelaciones de fincas o de declaraciones de obras nuevas;
- b) En sede de procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria, tras la reciente reforma introducida en su regulación contenida en los artículos 234-236 del Reglamento Hipotecario mediante RD de 27 marzo 1992, se exige la constancia en la escritura de constitución de hipoteca —para que ésta se pueda ejecutar por vía extrajudicial— de una estipulación especial pactando el procedimiento formalizado separadamente de las demás estipulaciones, y ello sobre la idea de que el pacto es del suficiente alcance y trascendencia como para que la Ley procure que el deudor logre una plena coincidencia sobre su significado (realización de la finca por ante Notario en caso de incumplimiento), de forma que con la constancia

separada se procura que en el acto de la lectura de la escritura el Notario le dé un énfasis especial, evitando que pueda pasarle inadvertido al deudor. Desde el punto de vista de la calificación registral, la propia DGRN en Resolución 16 junio 1992 (recaída en expediente de consulta formulada por un Notario sobre la inteligencia y aplicación del art. 234.2 del Reglamento Hipotecario) ha precisado el alcance de tal exigencia de constancia separada de tal estipulación de sujeción al procedimiento extrajudicial al señalar que si la misma está redactada sin la concreción, claridad y sencillez que impone el artículo 10 de la LDCU DE 1984, le será de aplicación la grave consecuencia sustantiva de nulidad del mismo, que establece el apartado 4.º de dicho precepto;

- c) En materia de multipropiedad, y a reserva del texto definitivo que resulte aprobado de la futura Ley de Conjuntos Inmobiliarios a través de la cual se incorporará la Directiva sobre derechos de disfrute de bienes inmuebles a tiempo compartido de 1994, la DGRN en su conocida Resolución de 4 marzo 1993 cierra el paso a la posibilidad que sobre la base del actual vacío legislativo en la materia puedan generarse situaciones arbitrarias que lesionen los intereses de los consumidores, exigiendo que en la constitución negocial de un régimen de propiedad por períodos las unidades económicas resultantes susceptibles de ser objeto de derechos reales reúnan los requisitos de perfecta determinación jurídica y viabilidad económica propia, pues, afirma, «el Registro ha de ser instrumento de seguridad y no debe socavarse su prestigio haciéndolo cobijo de fantasías y fraudes»;
- d) Para cerrar este apartado, y siendo el autor de estas líneas Registrador de Barcelona, me permito una referencia a una disposición propia de la legislación autonómica catalana y que, posiblemente, se llegue a extrapolar a todo el ámbito nacional a través de una futura Ley de Ordenación de la Edificación. Me refiero, en concreto, a la Ley de l'Habitatge (o Ley de la Vivienda) de Cataluña de 29 de noviembre de 1991 que atendiendo a las orientaciones de la Propuesta de Directiva del Consejo sobre la responsabilidad del prestador de servicios de 20 diciembre 1990 y en la perspectiva de primar la protección preventiva sobre la de mera reparación, establece los requisitos que registralmente son exigibles para la inscripción de las escrituras de transmisión de viviendas, disponiendo al efecto en su artículo 15 que los Registradores de la Propiedad exigirán para inscribir escrituras de transmisión de viviendas de nueva contribución que vayan acompañadas del testimonio de la carta de garantía que el promotor ha de otorgar a favor de los

adquirentes y que ha de ser suficiente para cubrir los defectos de construcción. Por su parte, la disposición final 3.^a de la Ley dispone que el tipo de garantías, sus plazos y cuantías «serán fijados de acuerdo con lo que disponga la normativa comunitaria sobre la materia». El desarrollo reglamentario se subordina, pues, a la definitiva aprobación y contenido de la actual Propuesta de Directiva.

2.3. INTEGRACIÓN DEL DERECHO CONSUMERISTA EN EL RESTO DEL ORDENAMIENTO

Estas coincidencias entre el Derecho civil e hipotecario y el Derecho de consumo no son en absoluto casuales. Pensemos, en efecto, que el Derecho de consumo no constituye una disciplina autónoma, por lo que la potenciación de la figura del consumidor no implica extraerlo de las relaciones jurídicas en que se halla inmerso. Su posición en el Derecho de los contratos no ha variado: sigue siendo el comprador, el prestatario o el usuario de un arrendamiento financiero, etc. Y por ello se le ha de proteger desde el propio Derecho civil, mercantil e hipotecario. Esta idea se pone de manifiesto en el 2.º Programa de Acción Trienal (1993-1995) de la Comisión Europea, que afirma en sus conclusiones que «los progresos en la aplicación de una política comunitaria del consumo no se limitan a las actuaciones llevadas a cabo exclusivamente en el marco de la protección de los consumidores... Por este motivo la Comisión seguirá haciendo un esfuerzo de integración de la política de los consumidores en las demás políticas comunes».

Este criterio de integración es algo más que un buen propósito o una idea abstracta, ya que se encuentra positivado en nuestro Derecho interno, y así el artículo 7.º LDCU declara que «los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores y usuarios deberán ser respetados en los términos establecidos en esta Ley, aplicándose además —sigue diciendo— lo previsto en las normas civiles y mercantiles...» En definitiva, este criterio de integración supone que la legislación de consumo se ha de interpretar coordinadamente con otras conexas, como ha destacado recientemente el Tribunal Supremo en su Sentencia de 17 junio 1994, según la cual «la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios, como Ley especial, reconoce expresamente que no excluye ni suplanta otras actuaciones y desarrollos normativos derivados en ámbitos competenciales ééercanos o conexas como la legislación civil». En el mismo sentido se pronuncia, por último, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 marzo 1995, que a propósito de una cuestión suscitada en torno a un contrato de hostelería sienta la doctrina de que la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984 no es exclu-

siva ni acaparadora en la protección de los derechos de éstos, y así la primacía de los preceptos sustantivos se mantiene y debe ser declarada por no estar impedida por el artículo 7 de la misma. Como vemos, en este último pronunciamiento se habla no sólo de compatibilidad y no exclusión, sino incluso de primacía de las normas civiles o mercantiles sustantivas.

Pues bien, todo ello es susceptible de calificación registral directa. Pero veamos, además, la influencia en este terreno de la Directiva de 5 de abril de 1993.

2.4. LA AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA

Con carácter previo hay que observar que la Directiva que comentamos es una Directiva de mínimos, en el sentido de contener una armonización legislativa que representa el mínimo común denominador de las respectivas legislaciones consumeristas de los países miembros, y ello con objeto de permitir en buena parte la subsistencia de las normas nacionales que cuentan con un importante grado de desarrollo (muy especialmente en Alemania). A ello se une el dato de la nueva redacción dada al artículo 129.A del Tratado constitutivo de la CEE por el Tratado de Maastricht, según el cual las acciones adoptadas por la Comunidad en materia de consumidores no impedirán el mantenimiento por parte de los Estados miembros de medidas de mayor protección.

Precisamente porque nos encontramos ante una Directiva de mínimos que tan sólo contempla una armonización parcial de la materia es por lo que su aprobación —y con objeto de alcanzar el elevado nivel de protección demandado por el art. 100.A del Tratado— debe traer como consecuencia una aceleración del proceso abierto de reforma de nuestro Derecho de condiciones generales, actualmente contenido en el artículo 10 LCU, para lo que se cuenta con importantes trabajos prelegislativos como es la propuesta de Anteproyecto de Ley de condiciones generales de la contratación publicado en el *Boletín Oficial del Ministerio de Justicia* en 1991 y que estaba llamada a convertirse en la norma de incorporación a nuestro Derecho interno de la Directiva antes de concluir el plazo señalado por ésta al efecto en su artículo 10, de 31 de diciembre de 1994. Digo que estaba llamada a convertirse en la norma de incorporación porque aun cuando ya fue redactado considerando la Propuesta de Directiva ahora aprobada, así como la Resolución del Consejo de Europa sobre la materia de 16 de noviembre de 1976, en la actualidad parece haberse abandonado por las instancias prelegislativas dicha vía de incorporación, habiendo sido sustituida por un *Borrador de Ante-*

proyecto de modificación de la actual LDCU de 1984. Ahora bien, este texto (1) constituye un mero documento de trabajo, que oficialmente no es todavía con propiedad un Borrador de Anteproyecto, ni es un texto oficial de la Comisión General de Codificación, ni como tal se encuentra publicado todavía en el Boletín Informativo del Ministerio de Justicia e Interior, y en la actualidad, al parecer, está sometido a consulta preliminar al Ministerio de Sanidad por razón de las competencias de este último en materia de consumo. En conclusión, se trata, hoy por hoy, de una mera hipótesis de trabajo.

Por consiguiente, y a reserva de las modificaciones que se puedan operar sobre los citados Borrador y Propuesta de Anteproyecto, realizaremos un análisis conjunto de los tres textos normativos o prenormativos citados: la Directiva comunitaria y los dos proyectos prelegislativos que han sido previstos sucesivamente para su desarrollo en nuestro Derecho interno.

Una última consideración previa que resulta necesaria realizar en este punto es la de que habiéndose rebasado la fecha límite establecida en el artículo 10 de la Directiva para su desarrollo en el Derecho interno de los Estados miembros de 31 de diciembre de 1994 sin que hasta la fecha se haya cumplido tal previsión por el Estado español, entra en juego la doctrina *del efecto directo*, en virtud del cual la Directiva no desarrollada, como parte integrante del acervo comunitario que es, determina el nacimiento de derechos y obligaciones que entran en el patrimonio jurídico de los ciudadanos de los Estados miembros y son directamente invocables ante sus jurisdicciones nacionales (STJCE de 5 febrero 1963: Van Gend en Loos; ídem, STJ 1978: Simmenthal), siendo así que la vinculatoriedad jurídica de las Directivas no desarrolladas no generan tan solo derechos de reclamación de responsabilidades pecuniarias frente al Estado infractor (S. Francovicht) —efecto directo vertical—, sino que constituyen directamente textos de los que emanan mandatos jurídicos llamados a normar las relaciones jurídicas entre particulares en su ámbito de aplicación. Es decir, la Directiva no desarrollada se erige en norma directamente invocable en el ámbito de las relaciones jurídicas que constituyen su objeto (2).

(1) Texto del que dispongo gracias a la amabilidad del Subdirector General de legislación de la Dirección General de Codificación y Cooperación Jurídica Internacional, don Luis VILLAMERIL, al que aprovecho estas líneas para reiterar mi agradecimiento por ello.

(2) Esta es, al menos, la tendencia marcada por Sentencias del Tribunal de Luxemburgo como la de 13 noviembre 1990, que en torno a una cuestión suscitada entre particulares relativa a las causas de nulidad de las sociedades mercantiles previstas por el artículo 11 de la Directiva 68/151 (1.^a Directiva de Sociedades) declara que «el Estado es destinatario de las Directivas; forman parte del Estado todas las autoridades públicas, incluidas las judiciales. Estas deberán admitir las imposiciones de la Directiva si se cumplen los requisitos que determinan su efecto directo, luego se va a imponer a las autoridades judiciales la obligación de aplicar lo dispuesto por la Directiva con primacía

Pues bien, en mi opinión, de la conjunción de los citados textos —Directiva y anteproyectos legislativos— resulta un estado normativo que supera las dificultades para su aplicación práctica en el fecundo campo extrajudicial representado por las funciones registral y notarial a que habíamos aludido con anterioridad y que han de producir, sin duda, una modificación en el criterio, aún con todo, parcialmente restrictivo expuesto de la Dirección General en atención a la ampliación que opera de su ámbito de aplicación respecto de la actual LCU.

1. Por lo que se refiere al *ámbito material* de aplicación de la Directiva, destaca el hecho de que por primera vez la Comunidad Europea (actualmente, como se sabe, Unión Europea) dicta en materia de consumidores una norma horizontal, esto es, no vertical o sectorializada como la que se habían venido dictando hasta la fecha en materia de créditos al consumo, responsabilidad de proveedores de servicios o la más reciente sobre multipropiedad de 26 octubre 1994, etc., sino aplicable con carácter general a toda la contratación, incluyendo de forma directa la contratación inmobiliaria y de servicios financieros hipotecarios. Tan sólo quedan excluidos los contratos en que no resultan comunes las cláusulas tipo, citando la Directiva en su Preámbulo entre el grupo de los excluidos los contratos de trabajo, los relativos a derechos sucesorios y al estatuto familiar, así como los relativos a la constitución y estatutos de sociedades, razón por la que la Directiva resultará difícilmente invocable en las calificaciones de los Registradores mercantiles.

2. De otro lado, en relación con el *ámbito subjetivo*, se prevé una importante novedad en relación con la situación actual definida por el concepto restringido de consumidor del que parte el artículo 1.º de nuestra LCU, englobando en el mismo tan sólo al destinatario final de los bienes o servicios, quedando excluido de su protección el pequeño y mediano empresario que, a su vez, se enfrenta a las condiciones generales preredactadas por sus respectivos proveedores. Entre otros efectos negativos dicha concepción restringida, desde el punto de vista subjetivo de las personas y entidades susceptibles de protección consumerista, produce el de excluir del ámbito de protección de la Ley de Consumidores al usuario-arrendatario en un contrato de *leasing* o arrendamiento financiero sobre inmuebles, puesto que conforme a la disposición adicional 7.^a de la Ley 26/1988 sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, se exige que el bien objeto del contrato se destine por el usuario a una explotación agrícola,

sobre lo que establezca la norma nacional, con independencia del rango que ésta tenga y de la consideración de si es o no posterior a la Directiva». No obstante, es forzoso reconocer que esta cuestión del «efecto horizontal» no está todavía definitivamente decantado en sentido afirmativo. Puede verse en sentido contrario en nuestro Derecho, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 marzo 1995.

ganadera, industrial o comercial, dado que en tal caso el usuario por definición no es consumidor final al integrar el inmueble, a su vez, en un proceso de producción o comercialización. Y ello al margen del meritorio esfuerzo doctrinal realizado por MANZANO SOLANO argumentando la aplicabilidad de la LDCU al arrendatario financiero de inmuebles, en base a la idea de que el consumidor no es sólo el que adquiere, sino también el que «utiliza o disfruta bienes muebles e inmuebles», cuya condición en concepto de destinatario final no está reñida con la integración en procesos productivos del bien sujeto al arrendamiento que realiza su usuario, dada su titularidad de una opción de compra sobre el mismo, mediante cuyo ejercicio el contrato se consuma, ya que tanto el uso como la opción son prestaciones sucesivas esenciales de una causa contractual única.

Pues bien, la novedad surge porque, a pesar de que la Directiva restringe todavía más el concepto de consumidor tutelable al excluir del mismo a las personas jurídicas incluso siendo destinatarios finales del producto o servicio [art. 2.b)], por el contrario el Anteproyecto de Ley de CGC incluía en su ámbito de protección a la parte débil del contrato, sea ésta un consumidor en sentido estricto o una PYME (art. 1.º). Por tanto, la cuestión no era ya la de si interviene o no un consumidor, sino la de si median o no condiciones generales. Ahora, de nuevo, el Borrador de Anteproyecto de modificación de la LDCU vuelve a la versión clásica del texto vigente de esta última, y si por un lado, admite la compatibilidad entre persona jurídica y consumidor, por otro exige que en todo caso actúen como «destinatarios finales». Con todo, en mi opinión, en la redacción final de este concreto aspecto del Borrador de Anteproyecto se habrá de dejar sentir la influencia de los criterios más recientes de la Unión Europea en la materia reflejados en el Segundo Plan Trienal, en el que se contiene la siguiente afirmación introductoria: «La interdependencia existente entre la política de consumidores y las demás políticas comunitarias pone de manifiesto la complejidad de la noción misma de consumidor. Los consumidores son personas físicas o jurídicas —aquí se supera a la Directiva del 93—, con un poder adquisitivo más o menos elevado, que se proveen o hacen uso de bienes o servicios para su uso no profesional». De nuevo nos acercamos, pues, al concepto de consumidor como equivalente al que ostenta la posición contractual más débil, ya se trate de personas físicas, asociaciones, cooperativas o sociedades, sean civiles, laborales o mercantiles.

3. Pero la modificación de mayor importancia sobreviene precisamente en relación con el *elemento objetivo* de las condiciones generales. En este punto la Directiva dota al sistema de una gran flexibilidad al sustituir el concepto tradicional de condición general y de contrato de adhesión por el de condición o cláusula no individualmente negociada —que al igual que aquéllas son cláusulas predispuestas e impuestas—, pero que no impiden, en

caso de que alguna de ellas haya sido efectivamente negociada, la calificación global del contrato como un contrato de adhesión.

En relación con tales cláusulas tipo se sienta la importante presunción de que no han sido individualmente negociadas, correspondiendo la carga de la prueba en sentido contrario al profesional o empresario predisponente (art. 3.º 2). En base a tal esquema el Anteproyecto de Ley de CGC establecía en su artículo 8 que las cláusulas de las condiciones generales serán ineficaces cuando perjudiquen, en contra de las exigencias de la buena fe, los intereses del contratante sometido a esas condiciones generales. Hasta aquí el enunciado del artículo viene a coincidir con lo dispuesto sobre cláusulas abusivas por el 10 LCU de 1984. Sin embargo, a continuación y con el propósito deliberado, expresado en el Preámbulo del Anteproyecto, de evitar la necesidad de una explícita declaración judicial al respecto, se sienta la *presunción* de que tal perjuicio existe cuando se produzca en favor del predisponente una situación injustificada o desproporcionadamente ventajosa atendiendo el tipo contractual de que se trate o cuando el contenido de las cláusulas impida que el contrato alcance el fin económico protegido por el ordenamiento jurídico. Actualmente el Borrador de Anteproyecto de modificación de la LDCU mantiene la regulación en lo relativo a las exigencias de la buena fe y a la ineficacia de las cláusulas que no atiendan a tales exigencias, pero suprime la presunción citada y en su lugar, ciñéndose estrechamente al tenor de la Directiva (art. 3.2 *in fine*), establece la presunción de que las cláusulas generales de los contratos de adhesión no han sido individualmente negociables salvo que, *prima facie*, presenten elementos que exterioricen dicha negociación, ya que establece que «corresponderá al profesional la carga de la prueba cuando existan dudas sobre la negociación individual de una cláusula».

Dado el juego de presunciones establecido por la Directiva y por el Anteproyecto de Ley, qué vienen a excusar mayores pruebas al respecto y a excusar igualmente la necesidad de un juicio valorativo judicial, no cabrá ya invocar la limitación de medios calificatorios con que dota al Registrador el artículo 18 de la Ley Hipotecaria. Tal afirmación ha de reafirmarse, además, a la vista de la técnica de «lista negra» empleada por el Borrador del Anteproyecto actual —que en la terminología consumerista comunitaria es equivalente a «lista de cláusulas prohibidas»—. En efecto, frente al tenor literal más tibio de la Directiva, que en su artículo 3.º, tras definir la noción general de cláusula abusiva y tras establecer que las cláusulas tipo, salvo prueba en contrario, no han sido individualmente negociadas, añade que su Anexo contiene una lista «de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas», el Borrador de Anteproyecto, por contra, declara con mayor vigor que la buena fe y el justo equilibrio de las prestaciones «excluyen los supuestos que se relacionan en la disposición adicional de la presente Ley».

En este mismo orden de cosas, hay que significar que en relación con la situación definida por el artículo 10.2 LCU, el nuevo esquema normativo integrado por la Directiva y el Anteproyecto de Ley de CGC flexibiliza sus requisitos de aplicación, y así:

- a) No es preciso que las cláusulas hayan sido redactadas por quien las imponga, pudiendo haberlo sido por un tercero.
- b) Desaparece el requisito de que las cláusulas se utilicen por el pre-disponente en todos sus contratos de forma idéntica, siendo suficiente con que sean generalmente empleadas de forma que sin ser igual sea sustancialmente parecida.
- c) Se exige exclusivamente que el consumidor no haya podido influir en el contenido, no que carezca de la posibilidad de obtener el bien o servicio en caso de rechazar el contrato, lo que podía excluir la protección en caso de estar disponible el mismo por parte de un competidor del oferente.

Estos tres novedosos aspectos de la definición de la noción de «condiciones generales de la contratación» desaparecen, sin embargo, en la actual versión del Borrador de Anteproyecto de modificación de la LDCU, que viene prácticamente a calcar la definición de la actual Ley de 1984 en lo que constituye, a mi modo de ver, el punto débil más importante del citado Borrador. En efecto, por un lado, define las condiciones generales de los contratos en su artículo 10.2, para posteriormente en el artículo 10 bis referir la condición de abusivas a las cláusulas «no negociadas individualmente» que incumplan los requisitos del artículo 10.1, dejando huérfano de definición el concepto acuñado para reglar la materia por la Comunidad Europea de «cláusula no individualmente negociada». Pero aun cuando asumamos el estrecho parentesco, si no sinonimia, de los dos conceptos citados, lo que resulta censurable es la imposición en la definición apuntada de mayores exigencias para la calificación de una cláusula como condición general o no individualmente negociada que las establecidas por la Directiva, que se limita al doble elemento clásico de la prerredacción y la imposición. Dado que, en todo caso, el Derecho interno puede establecer un sistema de mayor protección, pero no uno de menor protección, y dado el principio de primacía del Derecho comunitario sobre el nacional (STJ de Luxemburgo: Costa contra ENEL), en mi opinión, en este punto ha de prevalecer la Directiva, y bastará, pues, la imposición y la prerredacción para calificar una cláusula como tipo, general o no individualmente negociada.

Por otra parte, desde el punto de vista de los documentos inscribibles y dado el principio de titulación auténtica que establece el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, es preciso despejar la duda que con frecuencia se plantea

respecto de los documentos intervenidos notarialmente, ya que su función indagadora de la voluntad de los otorgantes, previa a la autorización del documento, puede crear la apariencia de contrato negociado, que como tal quedaría fuera de la protección dispensada por la Directiva. Para evitar este efecto contraproducente, y atendiendo a la realidad de la formalización del documento cuando responde a un clausulado tipo, y puesto que en tales casos la función notarial se limita a la faceta documentadora-autentificadora, el Notario en cumplimiento del artículo 147 del Reglamento Notarial debe hacer constar que redacta la escritura bajo minuta, indicando de quién proceden las condiciones generales.

IV. CONTROL REGISTRAL DE LAS CONDICIONES GENERALES

Como es sabido, la Directiva, al igual que el Anteproyecto de Ley, diversifica el control de las condiciones generales en dos planos: por un lado, el *control de inclusión*, y por otro, el *control de contenido*.

A) El primero, partiendo del carácter contractualista y no normativista de las condiciones generales, pretende hacer posible el conocimiento real del contenido del contrato por el adherente mediante la imposición al predisponente de una doble carga u obligación: 1.º la de facilitar el acceso al contenido del contrato; y 2.º que este contenido resulte comprensible por estar redactado de una forma clara, precisa y sin remisión a otros textos (art. 5 Direct.). En caso de oscuridad rige la regla interpretativa *contra proferentem*. En esta categoría cabría incluir las denominadas «cláusulas sorpresivas», es decir, aquellas que resultan alejadas de la naturaleza del contrato y respecto de las que el artículo 5 del Anteproyecto de Ley CGC sancionaba su ineficacia por presumir su desconocimiento por el contratante adherente. Actualmente, sin embargo, ha desaparecido toda referencia a las cláusulas sorpresivas en el Borrador de Anteproyecto de modificación de la Ley DCU.

B) Pero desde el punto de vista de la calificación registral, el control que presenta mayor interés es el de *contenido*, que tanto en la Directiva como en el Anteproyecto de LCGC y el actual Borrador, al igual que sucede en la actual LCU de 1984, se articula mediante una cláusula de carácter general y una enumeración casuística de supuestos ejemplificadores no cerrada, sino abierta a su ampliación jurisprudencial. Es decir, ha prevalecido el sistema alemán de *numerus apertus*, frente al británico de *numerus clausus*.

Ya hemos visto anteriormente cómo los conceptos centrales de la cláusula general —en los tres textos legislativos citados— son los de falta de

buena fe y desequilibrio importante o desproporcionado de las prestaciones recíprocas. Sobre tales conceptos generales y al objeto de que su aplicación no requiera expresa declaración judicial, el artículo 8 del Anteproyecto de LCGC sentaba una serie de presunciones sobre concurrencia de los citados requisitos que califican la cláusula como abusiva. Ya vimos cómo tal presunción desaparece del actual Borrador de Anteproyecto, pero tal supresión no ha de entenderse necesariamente en la práctica como una a modo de *reformatio in peius* prelegislativa, ya que, por un lado, se puede entender sustituida por la presunción de cláusula no individualmente negociada que se introduce por la conjunción de tal presunción con el sistema de «lista negra» anteriormente apuntado, y por otro lado, porque aquella presunción no representaba, desde el punto de vista operativo, más que la sustitución de unos conceptos jurídicos indeterminados por otros; en concreto, se presumía que una cláusula es perjudicial al consumidor por contraria a las exigencias de la buena fe cuando produzcan una situación injustificada o desproporcionadamente ventajosa para el oferente, con lo que, en definitiva, la cláusula general de definición del abuso no llegaba a adquirir un carácter lo suficientemente específico como para conseguir eludir el proceso valorativo judicial, que era lo realmente pretendido.

El efecto derivado de la calificación de una cláusula como abusiva es el de verse privada de su fuerza vinculante, pero el resto del contrato seguirá siendo obligatorio para las partes si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas, según el artículo 6.1 de la Directiva. Nuestra actual Ley de Consumidores nos aclara que la subsistencia requiere que la parte subsistente del contrato no comporte una situación no equitativa para las partes (art. 10.4; ídem art. 10 bis.2.B.A). Con ello se opta por la solución de la nulidad parcial del contrato, frente a la nulidad total, que habría sido aplicada por la jurisprudencia alemana con anterioridad a su Ley sobre condiciones generales de 1976 y que despertó numerosas críticas. Se sigue con ello la máxima «utile per inutile non vitiatur».

El problema generado por la nulidad parcial es que la norma sancionadora origina una laguna en la autorregulación contractual que ha de ser suplida mediante la interpretación integradora con arreglo al resto del clausulado del contrato o incluso mediante la integración normativa, aplicando el derecho dispositivo propio de la figura contractual típica de que se trate a las lagunas producidas. En tales casos el Registrador ha de verificar que el supuesto de hecho no deriva hacia una nulidad total por imposibilidad de integración interpretativa del contrato (art. 1.289 CC), ya que en este supuesto, y afectando la laguna o duda interpretativa a alguno de los elementos principales del contrato, habría de denegar la inscripción completa del documento, y no sólo de las cláusulas abusivas. El artículo 27 del Anteproyecto de LCGC explicitaba la cuestión afirmando, tras establecer la nulidad

parcial del contrato, que «el resto del mismo conservará su validez, integrándose con las disposiciones legales, si existiesen, siempre que su aplicación no conduzca a resultados distintos de los que las partes hubieran perseguido al celebrar el contrato».

Pero decíamos que junto a la cláusula general de control de contenido existía en la Directiva y en el Anteproyecto de modificación de la LDCU una enumeración de cláusulas a las que de forma automática se les aplica el calificativo de abusivas que, por consiguiente, de forma directa sin juicio valorativo previo alguno, conforme declara ser expresamente su intención el legislador del Anteproyecto en su Preámbulo, han de ser consideradas ineficaces y, por tanto, no podrán acceder al Registro de la Propiedad. Ya vimos cómo en este punto la técnica del Borrador del Anteproyecto supera los niveles de protección de la Directiva.

La Directiva contiene un elenco de supuestos relativamente reducido, si bien abierto a su ampliación jurisprudencial, pero que en su condición de norma de mínimos se ve superada por la norma proyectada para su recepción en nuestro Derecho interno, muchas de cuyas cláusulas proscritas tienen una constante presencia en escrituras de préstamo hipotecario o de *leasing* inmobiliario y que podrán ser combatidas por el expeditivo procedimiento de declarar subsumidas entre los supuestos de cláusulas prohibidas por el Derecho de consumo comunitario y nacional. En parte, la enumeración es coincidente con la del artículo 10 LCU. Esquemáticamente expuestas, las cláusulas abusivas prohibidas de forma directa, según la disposición adicional del Borrador de Anteproyecto, son las siguientes:

1.^a Reserva de la facultad de interpretar los términos del contrato por el predisponente (art. 5.º).

2.^a Reserva de la facultad de modificar unilateralmente la prestación convenida «sin causa objetiva» (art. 5.º). Esta última mención que contemplaba la regla clásica *rebus sic stantibus* figuraba en el Anteproyecto LCGV, pero ha desaparecido del Borrador del Anteproyecto actual.

3.^a Reserva de la facultad de resolver unilateral y anticipadamente contrato (art. 5.º).

4.^a Limitar al consumidor el ejercicio de la facultad resolutoria del artículo 1.124 CC y de las acciones civiles por mora del empresario (art. 2.º).

5.^a Prohibición de compensar los créditos del consumidor con los del predisponente (art. 4.º), así como privarle de las facultades de retención y consignación.

6.^a La obligación de adquirir bienes o servicios complementarios no solicitados expresamente por el consumidor (art. 14).

7.^a Prohibición de ventas a plazos en que no se expresen todas las condiciones de intereses, plazos y formas de pago (art. 10).

8.^a La imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido o de indemnización desproporcionada por incumplimiento, resolución o disenso (8.^a).

9.^a Privación del derecho del consumidor a desistir del contrato en caso de vicios o defectos ocultos (arts. 2.º y 7.º).

10. La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que correspondan al profesional (14.^a).

11. La exclusión de la responsabilidad por dolo o culpa grave del contratante que impone las condiciones generales (art. 3.º).

12. La cláusula penal deberá consistir en una indemnización de daños y perjuicios razonables. No cabe la cláusula penal meramente punitiva (art. 21). Esta previsión ha desaparecido del actual Borrador de Anteproyecto, pero debe entenderse subsumida en la regla 8.^a de su disposición adicional.

13. Pacto de sumisión a fuero distinto del domicilio del consumidor (art. 24).

14. Pactos de alteración de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor (art. 22).

15. Imputación al consumidor de errores de terceros (art. 13).

Nuevas cláusulas de la lista negra (introducidas novedosamente por el actual Borrador de Anteproyecto)

16. La supeditación a una condición cuya realización dependa de la voluntad del profesional para el cumplimiento de las prestaciones cuando al consumidor se le haya exigido un compromiso en firme (9.^a).

17. Las declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos insuficientes o ficticios (por ejemplo, entrega ficticia del importe de un crédito) (12.^a).

18. La imposición de condiciones abusivas de crédito, de acuerdo con su legislación específica (16.^a). [Cláusula de remisión en blanco].

19. La consignación de fechas de entrega meramente indicativas o condicionadas a la voluntad del profesional (18.^a).

20. 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. Este epígrafe, que constituye mera trasposición de la regla de Derecho Internacional Privado contenida en el artículo 6.2 de la Directiva, tendrá sin embargo escasa incidencia en el ámbito de los Registros de la Propiedad dada la extensión en el Derecho conflictual comparado

de la máxima *lex rei sitae* como punto de conexión determinante de la Ley aplicable en materia de bienes inmuebles y de derechos reales constituidos sobre los mismos (art. 10.1 CC) y cuyo criterio ha sido igualmente adoptado por el Convenio de Roma de 1980 sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales, ratificados por España en 1992 (art. 9.4).

Por otra parte, y en cualquier caso, ante una concreta estipulación contractual incluida en un contrato de adhesión se habrá de tener en consideración la llamada «cláusula de supletoriedad» incluida en el Borrador del Anteproyecto, según la cual «los preceptos de la presente Ley sólo serán de aplicación en defecto de norma específica prevista en la legislación sectorial sobre consumo». Esta cláusula da entrada en el ámbito registral con carácter preferente, a pesar de su menor rango normativo, al RD 515/1989, de 21 de abril, en materia de compraventa y arrendamiento de viviendas, y a la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 5 mayo 1994 en materia de préstamos hipotecarios (reformada por la de 27 octubre 1995). Ambos textos tratan de potenciar al máximo el principio consumerista de información en la fase precontractual, no obstante lo cual inciden igualmente en la fase de elaboración efectiva de los contratos.

- a) Así, el RD de 1989 establece en su artículo 10 una serie de requisitos a los documentos contractuales de transmisión de viviendas como son los de claridad y sencillez en su redacción, y hacen aplicación en este ámbito de los principios de buena fe y justo equilibrio de las prestaciones, con *prohibición* expresa de inclusión de diversas cláusulas (precio diferido mal especificado, incrementos de precio que no respondan a prestaciones adicionales, imputación al comprador de errores de terceros o imposición al comprador de los gastos derivados de la preparación de la titulación previa) que vienen a coincidir en parte con las cláusulas excluidas por el artículo 10 LCU. El citado precepto se declara, por otra parte, de aplicación en todo el Estado en base al artículo 149.1, regla 8.^a, y no ser, por tanto, materia estatutaria propia de las Comunidades Autónomas, que, como se sabe, gozan de importantes competencias en materia de consumo.
- b) La Orden Ministerial de 5 mayo 1994, por su parte, responde igualmente al principio tuitivo de protección de los consumidores y, sin perjuicio de una prolija regulación de ciertos aspectos precontractuales de los préstamos hipotecarios, viene a establecer de forma absolutamente precisa y detallada los requisitos a que se deberán someter para su validez las cláusulas de intereses variable de forma coincidente con los criterios que al respecto ya habían adelantado

en el tiempo los Registradores en sus calificaciones. Así, se establece en su artículo 6.º que únicamente se podrán utilizar en tales cláusulas como índices o tipos de referencia aquellos que cumplan las siguientes condiciones: 1.^a que no dependan exclusivamente de la propia entidad de crédito ni sean susceptibles de influencia por ella en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas en otras entidades, y 2.^a que los datos que sirvan de base al índice sean agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo.

Además, la Orden obliga a los Notarios en el acto de la lectura de la escritura a advertir al prestatario —en caso de intereses variables— de que se han establecido límites a la variación del tipo de interés, y en particular cuando no sean semejantes al alza y a la baja, así como que el tipo de interés aplicable durante el período inicial sea inferior al que resultaría teóricamente de aplicar en dicho período inicial el tipo de interés variable pactado para períodos posteriores. Como vemos, aspectos todos ellos presentes en la calificación registral de las escrituras de préstamos hipotecarios que haciendo aplicación de normas civiles, hipotecarias y consumeristas ya extrajeron en su interpretación los criterios tuitivos que hoy refleja formalmente la Orden comentada.

V. ACCIONES JUDICIALES DE TUTELA

Por último, en relación con las acciones judiciales de tutela de los derechos del consumidor, hay que destacar que la Directiva, siguiendo el Derecho alemán, ha arbitrado dos tipos de controles judiciales, uno de tipo individual y accidental —que consiste en la potestad que corresponde al consumidor afectado de impugnar las cláusulas abusivas de su contrato—, y el control de tipo general o abstracto, que es el que representa la novedad en esta materia (art. 7.2).

Este último tipo de control consiste en la atribución de legitimación a ciertas organizaciones (Cámaras de Comercio, Asociaciones de Consumidores, etc.) para el ejercicio de la acción de cesación en la utilización de cláusulas abusivas, incluso de manera preventiva. No añade nada la Directiva respecto de la eficacia inhibitoria de la sentencia estimatoria —consistente en la prohibición de la utilización de estas cláusulas en el futuro— ni sobre la eficacia *ultra partes* de aquélla. Sin embargo, sí que se contenían previsiones al respecto en el Anteproyecto de Ley CGC, de forma que con arreglo al artículo 36 del mismo la obligación de eliminar la cláusula declarada abusiva de las condiciones generales de la empresa demandada

afectará también a las demás empresas del mismo sector (ídem art. 3 Ley Contrato del Seguro de 1980). Por su parte, el nuevo artículo 20 bis del Borrador de Anteproyecto actual, apartado 3.º, recoge indirectamente este efecto *ultra partes* al disponer que el consumidor que ejercite acciones judiciales para instar la declaración de nulidad de las cláusulas que entienda abusivas podrá invocar la sentencia estimatoria recaída en cualquier proceso general promovido por las asociaciones de consumidores.

Dos últimas observaciones relativas al procedimiento judicial de control abstracto o general, visto desde la perspectiva registral:

1.^a Obviamente, serán de aplicación y control registral no sólo las cláusulas abusivas incluidas en el listado casuístico incorporado a la Directiva y al Borrador de Anteproyecto español, sino también aquellas otras que vayan enriqueciendo tal elenco por consecuencia de los pronunciamientos jurisprudenciales recaídos en tales procedimientos.

2.^a Se preveía en el Anteproyecto de LCGC la publicidad cuasi-registral, a través del Boletín Oficial del Registro Mercantil, tanto de la interposición de la demanda como de la sentencia firme recaída en el citado procedimiento, lo que se justifica en atención a la eficacia *ultra partes* de aquélla, que, por tanto, puede afectar a empresas no personadas en el procedimiento. Esta previsión se omite en el actual Borrador de Anteproyecto. En mi opinión, este es uno de los aspectos en que el Anteproyecto LCGC superaba al actual Borrador de Anteproyecto, sin perjuicio de que las posteriores revisiones del texto de este último en el proceso legislativo pueda rescatar, yo al menos así lo estimo deseable, aquella interesante previsión de publicidad «cuasi-registral».

JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE
Registrador de la Propiedad de Barcelona
Letrado de la Comisión de la Dirección General
de los Registros y del Notariado