

La protección registral al consumidor y la Directiva sobre cláusulas contractuales abusivas de 1993

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA DIRECTIVA 93/13/CEE, DE 5 DE ABRIL DE 1993: 1. Coincidencia con las normas civiles ordinarias. 2. La ampliación del ámbito de aplicación de la Directiva.—III. CONTROL REGISTRAL DE LAS CONDICIONES GENERALES.—IV. ACCIONES JUDICIALES DE TUTELA.

I. INTRODUCCION

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, aún 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 Unica 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 el cual se dispone que la defensa de los consumidores gozará en las normas armonizatorias de «un nivel de protección elevado».

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 en 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. Esta idea, desarrollada doctrinalmente a través de destacados estudios científicos, contrastada en numerosos Congresos y Seminarios internacionales y aplicada en la práctica en la 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. 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, 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, número 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, número 5 LCU relativa a las «cláusulas en que se impongan 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 tengan 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 de enero de 1986).

La fundamentación invocada por la Dirección General de los Registros en apoyo de su tesis en materia de tanta trascendencia resulta 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

dispone, circunscritos al propio documento calificado y a 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 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 de 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 handicap el hecho de que la calificación como abusiva de una cláusula puede 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, n.º 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. 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, n.º 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.

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 por la promulgación de la Directiva del Consejo de la Comunidad n.º 13 de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

II. 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 sólo 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 tutelivos de los consumidores sancionados por la Directiva.

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 proveniente 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 «standard», 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 conservan 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 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 del Código Civil. Actualmente se ha de entroncar el concepto de orden público con el de los llamados «valores superiores del Ordenamiento» de 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 **conmu-**

tatividad 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 del Código Civil, sobre nulidad de la renuncia a la acción para exigir responsabilidad por razón de dolo; el artículo 1.200 del Código Civil, sobre la improcedencia de la compensación por deudas que procedan del depósito; el artículo 1.214 del Código Civil, sobre atribución de la carga de la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento; el artículo 1.172 del Código Civil, sobre atribución de la facultad de imputación de pagos exclusivamente al deudor; el artículo 1.256 del Código Civil, sobre imposibilidad de rescisión unilateral del contrato; el artículo 1.288 del Código Civil, sobre interpretación desfavorable para el causante de la oscuridad del pacto; el artículo 1.476 del Código Civil, sobre nulidad del pacto de exención de responsabilidad del vendedor de mala fe en caso de evicción, y el artículo 1.275 del Código Civil, sobre nulidad del contrato con cláusula ilícita o contraria a la moral, es decir, no equitativa, etc.

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. 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 todavía nasciturus 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 artículo 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 el año 1988, y que está llamado 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 del 31 de diciembre de 1994. Por consiguiente, y a reserva de las modificaciones que se puedan operar sobre el citado Anteproyecto que ya fue redactado, considerando la propuesta de Directiva ahora aprobada, así como la Resolución del Consejo de Europa de 16 de noviembre de 1976, realizaremos un análisis conjunto de ambas normas: la Directiva Comunitaria y el proyecto legislativo previsto para su desarrollo en nuestro Derecho interno.

Pues bien, en mi opinión, de la conjunción de ambos textos resulta un estado normativo que supera las dificultades para su aplicación práctica en el fecundo campo extrajudicial representado por las funciones notarial y registral a que habíamos aludido con anterioridad y que han de producir, sin duda, una modificación en el criterio 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 dicta en materia de consumidores una norma horizontal, esto es, no vertical o sectorializada como las que se habían venido dictando hasta la fecha en materia de créditos al consumo, responsabilidad de proveedores de servicios, 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 prerredactadas 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, 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.

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 incluye 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 es ya la de si interviene o no un consumidor, sino la de si median o no condiciones generales.

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, n.º 2). En base a tal esquema, el anteproyecto de Ley establece 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.

Dado el juego de presunciones establecido por la Directiva y por el anteproyecto de Ley, que 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 calificadorios con que dota al Registrador el artículo 18 de la Ley Hipotecaria.

En este mismo orden de cosas, hay que significar que en relación con la situación definida por el artículo 10, n.º 2 LCU, el nuevo esquema normativo integrado por la Directiva y el Anteproyecto de Ley, 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 predisponente en todos sus contratos de forma idéntica, siendo suficiente con que sean generalmente empleadas de forma que sin ser igual, sea sustancialmente parecida, y
- 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.

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-autenticadora**, 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.

III. 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: primero, la de facilitar el acceso al contenido del contrato, y segundo, que este contenido resulte comprensible, por estar redactado de una forma clara, precisa y sin remisión a otros textos (art. 5 Directiva). En caso de oscuridad rige la regla interpretativa «contra **proferentem**». En esta categoría cabría incluir las denominadas «cláusulas sorprendentes», es decir, aquellas que resultan alejadas de la naturaleza del contrato y respecto de las que el artículo 5 del Anteproyecto sanciona su ineficacia por presumir su desconocimiento por el contratante adherente.

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, 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 sienta una serie de presunciones sobre concurrencia de los citados requisitos que califican la cláusula como abusiva.

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, n.º 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, n.º 4). Con ello se opta por la solución de la nulidad parcial del contrato, frente a la de nulidad total, que había 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 C.C.), 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 (art. 27 del anteproyecto).

Pero decíamos que junto a la cláusula general de control de contenido, existía en la Directiva y en el Anteproyecto una enumeración de cláusulas a las que de forma automática se les aplica el calificativo de abusivas y 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.

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 declararlas subsumidas entre los supuestos de cláusulas prohibidas por el Derecho del Consumo comunitario y nacional. En parte, la enumeración es coincidente con la del artículo 10 LCU, pero ya vimos que esta última tropezó en su aplicación registral con una adversa doctrina de la DGRN. Esquemáticamente expuestas las cláusulas abusivas prohibidas de forma directa son las siguientes:

1.º Reserva de la facultad de interpretar los términos del contrato por el predisponente (art. 9).

2.º Reserva de la facultad de modificar unilateralmente la prestación convenida sin causa objetiva (art. 10).

3.º Reserva de la facultad de resolver unilateralmente el contrato (art. 11).

4.º Limitar al consumidor el ejercicio de la facultad resolutoria del artículo 1.124 del Código Civil y de las acciones civiles por mora del empresario (art. 12).

5.º Prohibición de compensar los créditos del consumidor con los del predisponente (art. 13).

6.º La obligación de adquirir bienes o servicios complementarios no solicitados expresamente por el consumidor (art. 15).

7.º Prohibición de ventas a plazos en que no se expresen todas las condiciones de intereses, plazos y formas de pago (art. 16).

8.º En las cláusulas de concesión de crédito no se pueden exigir garantías que carezcan de proporcionalidad con los riesgos asumidos (art. 17).

9.º Privación del derecho del consumidor a desistir del contrato en caso de vicios o defectos ocultos (art. 18).

10.º Las cláusulas en que se imponga al comprador de una vivienda el pago de los gastos de titulación previa (art. 19).

11.º La exclusión de la responsabilidad por dolo o culpa grave del contratante que impone las condiciones generales (art. 20).

12.º La cláusula penal deberá consistir en una indemnización de daños y perjuicios razonables. No cabe la cláusula penal meramente punitiva (art. 21).

13.º Pacto de sumisión a fuero distinto del domicilio del consumidor (art. 22).

14.º Pactos de alteración de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor (art. 23).

15.º Imputación al consumidor de errores de terceros (art. 24).

16.º Obligatoriedad a efectos de notificaciones del domicilio consignado en el contrato (art. 25).

IV. 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, n.º 2).

Este último tipo de control consiste en la atribución de legitimación a ciertas organizaciones (Cámaras de Comercio, Asociaciones de Consumido-

res, 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 contienen previsiones al respecto en el anteproyecto de Ley, 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 (*Idem.* art. 3 de la Ley del Contrato del Seguro de 1980).

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

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

2) Se prevé 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.

JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE
Registrador de la Propiedad