

El control de las condiciones generales imprecisas y abusivas en el ámbito registral (1)

SUMARIO: I. LA CALIFICACION REGISTRAL COMO ACTIVIDAD DE CONTROL DE LAS CONDICIONES GENERALES.—II. LOS PRINCIPIOS HIPOTECARIOS Y LA PROTECCION DE LOS CONSUMIDORES: 1. EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD O LA DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO DE LOS TÍTULOS INSCRIBIBLES. 2. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD O EL CONTROL DE LA LEGALIDAD INTRÍNSECA DE LOS TÍTULOS INSCRIBIBLES.—III. LA CALIFICACION REGISTRAL Y LA PROTECCION DE LOS CONSUMIDORES EN EL MARCO DE LA CONSTITUCION DE 1978.—IV. LA PROTECCION DE LOS CONSUMIDORES EN EL AMBITO REGISTRAL: 1. LA INFORMACIÓN EN EL ÁMBITO REGISTRAL. 2. EL CONTROL DE LAS CONDICIONES GENERALES IMPRECISAS: *Especial referencia a la Resolución de 23 de octubre de 1987.*—3. EL CONTROL DE LAS CONDICIONES GENERALES ABUSIVAS.—V. LA POSTURA DE LA DGRN ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LGDCU.—VI. LA POSTURA DE LA DGRN ANTE EL ARTICULO 10 DE LA LGDCU: A) APLICACIÓN DIRECTA DEL ARTÍCULO 10. B) EL ARTÍCULO 10 NO SE PUEDE APLICAR «IPSO IURE». C) EL REGISTRADOR NO TIENE MEDIOS PARA APRECIAR SI LAS CLÁUSULAS SON ABUSIVAS.—VII. LA APLICACION DEL ARTICULO 10 EN EL AMBITO REGISTRAL Y SUS DIFICULTADES: 1. Los ÁMBITOS SUBJETIVO Y

(1) Este estudio se presentó como comunicación a las I Jornadas Interdisciplinarias de Derecho de Consumo, celebradas en Málaga los días 9 a 11 de marzo de 1993, siendo seleccionada por el Comité organizador para la ponencia «El control de las condiciones generales abusivas», expuesta magistralmente por el profesor J. M. MIQUEL GONZÁLEZ, catedrático de Derecho civil de la Universidad Autónoma de Madrid. Dada la extensión de la comunicación, he considerado oportuno, y con la autorización del Comité organizador, encabezado por la profesora BLANCA SILLERO CROVETTO, su publicación en otro lugar, agradeciendo a sus organizadores esta posibilidad, felicitándoles públicamente al mismo tiempo no sólo por la magnífica organización, sino por la altura de los temas tratados en estas Jornadas, poniendo con ello de manifiesto que las universidades jóvenes, como la Universidad de Málaga, están poniendo el listón cada vez más alto. Quiero agradecer también a FRANCISCO JAVIER SÁNCHEZ CALERO, catedrático de Derecho civil de la Facultad de Derecho de Granada, y a DIEGO HERMOSO MESA, Registrador de la Propiedad, más de una observación que han hecho al presente estudio, enriqueciendo con ello su contenido.

OBJETIVO. 2. ¿CUALQUIER CLÁUSULA ABUSIVA PUEDE SER OBJETO DE CALIFICACIÓN? 3. ¿ENTRAN EN EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 10 CLÁUSULAS QUE AFECTAN AL RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL? 4. ¿Y LAS CLÁUSULAS QUE AFECTAN TAMBIÉN AL RÉGIMEN DE MULTIPROPIEDAD?—VIII. LOS EFECTOS QUE PRODUCE LA VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 10 EN EL ÁMBITO REGISTRAL.

I. LA CALIFICACIÓN REGISTRAL COMO ACTIVIDAD DE CONTROL DE LAS CONDICIONES GENERALES (2)

En nuestro Ordenamiento jurídico la calificación registral, encaminada también a examinar el título y su contenido, brinda al Registrador la oportunidad de entrar en las cláusulas cuya publicidad es de interés para los terceros. Atrás queda la polémica de si el Registrador sólo puede calificar el negocio de disposición o también su contenido obligacional. Pero sólo

(2) Con motivo de un trabajo menor mío sobre las condiciones generales, negué entonces, sin mayores argumentaciones, la posibilidad de que el Registrador pueda realizar un control sobre la ineficacia de las condiciones generales [«Exposición sucinta de la jurisprudencia alemana sobre la buena fe en las condiciones generales del contrato (art. 9 de la Ley para la Regulación del Derecho de las condiciones generales del contrato —AGBG—)», *ADC*, 1989, pág. 883]. Entre las cláusulas que son objeto de examen hay una cláusula por virtud de la cual el vendedor podía resolver el contrato en el caso de que el comprador dispusiera a favor de terceros la finca adquirida. El «Rechtspfleger», en sustitución del Juez y del «Urkundenbeamter», se negó a la inscripción de esta cláusula por entender que el contenido de la misma iba en contra del apartado 2 del artículo 9 de la AGBG, lo que fue confirmado después por el Tribunal Superior de Justicia de Celle y por el Tribunal Supremo (BGH) en su Sentencia de 27 de febrero de 1980, si bien sobre la base de la infracción del Ordenamiento jurídico civil en general, por lo que no era necesario, a juicio de este último órgano jurisdiccional, invocar la normativa de la Ley de las condiciones generales del contrato. El Tribunal Supremo declina hacer una reflexión sobre si el «Rechtspfleger» tiene funciones para rechazar la inscripción de cláusulas abusivas en el Registro de la Propiedad. Responder a este interrogante es bastante complejo teniendo en cuenta la concurrencia de distintas normativas (Ordenación sobre el Registro —GBO—, Desarrollo de la Ordenación del Registro —AusFVOGBO—, Ley del «Rechtspfleger» —RPFLG—, Ley de Documentación —BeurKG— y Ordenación federal del Notario —BNotO—), aparte de la propia complejidad del sistema alemán de inscripción registral, condicionado por el previo acuerdo real abstracto, lo que dificulta, de alguna manera, el control sobre las cláusulas al formar parte del contrato causal. Por estas razones no he considerado oportuno hacer un estudio más detenido sobre la competencia del que ejerce en el Derecho alemán las funciones de Registrador —en realidad son dos los competentes: el «Urkundenbeamter» y el «Rechtspfleger»— para saber si está legitimado para controlar las cláusulas abusivas. Fue una conferencia organizada por el Ilustre Colegio Notarial de Granada la que finalmente me empujó a analizar el control de las cláusulas en el ámbito registral. La conferencia en cuestión, que tuvo lugar el 12 de junio de 1992, fue «El Registro de la Propiedad y la protección de los consumidores», a cargo de POVEDA DÍAZ, quien analizó tanto la trascendencia que tiene para los consumidores la información que dispensa el Registrador y el Registro, como la posibilidad de poder calificar las cláusulas conforme a lo dispuesto en el artículo 10 de la LGDCU. Sus sugerencias sembraron las primeras semillas, cuyos frutos se recogen ahora en este trabajo que presento.

puede entrar en el contenido obligacional cuando tiene una trascendencia real. Cualquier otro planteamiento requeriría una reforma sustancial del sistema, como reconocen ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL (3). Mientras, la facultad de poder examinar las cláusulas de trascendencia real permite al Registrador ejercer un cierto control sobre el tráfico jurídico no sólo real, sino también obligacional, que con la entrada en vigor de la LGDCU ha adquirido una mayor relevancia cuando las cláusulas forman parte de un contrato de adhesión. Aun cuando previo a este control está el control notarial, puesto que también los Notarios tienen el deber de velar por la correcta utilización del Derecho de las condiciones generales (recordado nuevamente por el RD 1209/1984, de 8 de junio, al insertar en el art. 147 "in fine" la posibilidad de consignar por el Notario si la minuta obedece a condiciones generales).

Con el expreso reconocimiento legal de las condiciones generales como instrumento jurídico distinto de las cláusulas individuales, el Registrador está obligado a tomar postura en su función de calificador, teniendo en cuenta que las condiciones generales tienen su ámbito subjetivo y objetivo propio. Pero, sobre todo, tiene que ser consciente de que una regulación legal expresa de las condiciones generales tiene por objetivo contrarrestar el poder de quienes tienen la predisposición en la contratación. Para ello se utilizan distintas formas de control que recaen directamente sobre las condiciones integradas en los contratos de adhesión; incluso hay una tendencia legislativa, sobre todo a nivel comunitario, de que las formas de control previstas se extiendan a las cláusulas negociadas o llamadas también individuales cuando se pactan junto a las condiciones generales insertadas en el contrato de adhesión para proteger así a los contratantes más débiles (expresamente recogido en la Directiva de la CEE sobre las cláusulas abusivas, recientemente aprobada). Lo dice ALFARO AGUILA-REAL con mucha claridad: «Hablar de las condiciones generales es hablar de control de contenido» (4). La misma LGDCU supone ya un control sobre las condiciones generales, aunque sea sólo un control formal mediante la sanción de nulidad de aquellas condiciones que son imprecisas o abusivas. No basta con la sanción de nulidad para proteger a los contratantes más débiles, ni siquiera cuando se establece, como también en la LGDCU aunque insuficientemente, un listado de cláusulas nulas sin posibilidad de ser valoradas por quienes tienen la facultad. Mientras no exista un control administrativo previo, cualquier control formal, recurriendo incluso a la técnica de las normas imperativas, resulta insuficiente, siendo necesario un control *a posteriori* que normalmente está encomendado a los jueces (5). Por las

(3) *Derecho hipotecario*, 7.^a ed., tomo II, Barcelona, 1979, pág. 258.

(4) *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991, pág. 81.

(5) Sobre los distintos controles, *vid.* el estudio de E. POLO, *Protección del contra-*

propias particularidades del sistema hipotecario español, también el Registrador tiene la facultad de poder ejercer un control, paralelo, independiente, pero no necesariamente coincidente con el control judicial, y posterior al notarial. Este control que ejerce el Registrador no es nuevo. Siempre ha ejercido un control sobre las cláusulas de trascendencia real, obligado además por dos principios hipotecarios de máxima importancia, como son el principio de especialidad y el principio de legalidad. Como también lo han realizado desde siempre, y con más intensidad, los Tribunales de Justicia. Era de esperar que con la entrada en vigor de la LGDCU se iba a acentuar el control por parte de los Registradores. La misma esperanza existía con respecto a los Tribunales. Sin embargo, después de ocho años de vigencia el artículo 10 de la LGDCU sigue siendo un gran desconocido. Esto, quizá, explica la poca aplicación que ha tenido hasta ahora, especialmente por parte de los Tribunales, ante los cuales apenas se invoca el artículo 10. Por las propias características de la contratación, tampoco es frecuente que el Notario ejerza un control, ni directo ni indirecto, sobre las cláusulas abusivas. En el ámbito hipotecario, la DGRN ha optado por una aplicación restrictiva del mencionado precepto, lo que para mí supone un retroceso en el control que ejercía ya antes tanto sobre las cláusulas individuales como de las condiciones generales con base en los principios de especialidad y de legalidad, sin olvidar nunca los principios civiles que rigen en el Derecho contractual, cuando ha realizado en más de una ocasión un control verdaderamente amplio, como tendremos ocasión de analizar después.

Un mayor o menor control por parte del Registrador sobre las cláusulas tiene su relevancia en el ámbito del tráfico jurídico contractual, que, como es lógico, comprende sectores muy concretos: préstamos hipotecarios, adquisición de viviendas, el contrato *leasing* inmobiliario... Un control auténtico por su parte, que supone entrar en la validez de las condiciones generales, y con ello la denegación (o en su caso suspensión) de la inscripción de la cláusula cuando contravenga el artículo 10 de la LGDCU no sólo evitaría que los terceros que confían en el Registro de la Propiedad tengan que soportar cláusulas muchas veces claramente leoninas, ya que no puedan atacarlas precisamente por su condición de terceros, sino, sobre todo, permitiría una mayor protección del consumidor que acepta sin más las condiciones generales que le son impuestas, si bien con una importante matización de la que soy consciente: la calificación denegatoria o de suspensión no afecta para nada a la relación interpartes. La cláusula cuya inscripción ha sido suspendida o denegada por ser abusiva sigue produciendo efectos entre las partes del contrato de adhesión, salvo cuando se trata

tante débil y condiciones generales de los contratos, Madrid, 1990, págs. 52 y sigs., y también págs. 67 y sigs.

de la inscripción constitutiva (el caso de la hipoteca), debiendo ser impugnada por quien se considera perjudicado —normalmente, el contratante débil— ante los Tribunales. Es una consecuencia lógica del propio sistema hipotecario.

La mayor independencia del Registrador le permite ejercer un control verdadero que el Notario muchas veces no puede realizar por la presión a que se ve sometido por parte de los predisponentes (el contrato formalmente se suscribe entre las partes contratantes, si bien su contenido es impuesto por una de las partes sin una intervención directa del Notario, que sólo actúa como fedatario público) (6). Sin embargo, un control estrictamente registral, aunque no supone nunca una total desprotección del consumidor —ya que la inscripción no convalida las cláusulas que sean nulas con arreglo a la Ley (según se deduce del art. 33 LH)—, sí merma sus derechos, como también los derechos de los terceros.

El tipo de control que puede ejercer el Registrador respecto de las cláusulas de trascendencia real depende de la función que se le asigna, como también de cómo se concibe la actividad de la calificación registral. Todo ello en función del sistema inmobiliario, que, a su vez, forma parte y está condicionado por un sistema jurídico aún más complejo, dominado hoy por la Constitución. El control de las condiciones generales como un control más intenso que el que se ejerce sobre las condiciones individuales tiene su principal fundamentación en la Constitución de 1978, que si bien no antepone los derechos de los consumidores, sí concede un papel relevante a su protección. Una protección igualmente más intensa se debe ofrecer en el ámbito inmobiliario registral cuando quien presenta su título para su inscripción o forma parte de la relación jurídico-real tiene al mismo tiempo la condición de consumidor. El artículo 51 de la Constitución obliga claramente al Registrador a proteger a quienes tienen una posición contractual débil. Pero no sólo el mandato constitucional genérico contenido en este precepto obliga al Registrador a ejercer un control para una mayor protec-

(6) En nada afecta al tema que estamos tratando el RD 1558/1992, de 18 de diciembre, que reforma determinados preceptos del RN para intensificar la colaboración entre los Notarios y los Registradores de la Propiedad para la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario, facultando sobre todo al Notario para realizar una «precalificación», previa información del Registro de la Propiedad sobre la descripción de la finca, su titular y las cargas que afecten a la finca registral. Ello no debe suponer, como se ha querido dar a entender por algunos en una lectura rápida de la reforma, una intromisión en las funciones del Registrador, ya que la calificación registral sigue siendo en el actual sistema hipotecario un presupuesto básico para las funciones que cumple el Registro de la Propiedad, subrayado nuevamente por el Registrador LACAL FLUJA en su conferencia «La calificación registral: una necesidad del sistema», organizada por la Academia Granadina del Notariado el 25 de marzo de 1993. Sobre la colaboración entre ambos véase el comentario a la Reforma realizado por MARTÍNEZ PIÑEIRO en el Boletín Informativo del Colegio Notarial de Granada, febrero 1993, págs. 477 y sigs.

ción de los consumidores, sino que los propios principios hipotecarios, como son los de especialidad y de legalidad, constituyen instrumentos jurídicos eficaces para combatir las cláusulas perjudiciales. Cuando las cláusulas objeto de calificación son propiamente condiciones generales, el control pasa necesariamente por la aplicación del artículo 10 de la LGDCU, sin que ello suponga una renuncia a los principios rectores del Derecho contractual, que siguen tan válidos para la protección de aquellos que no tienen poder contractual para influir en la configuración del contenido del contrato. Sin embargo, considero necesario un mayor acercamiento de los principios estrictamente hipotecarios a las particularidades que, sin duda alguna, están contenidas en el Derecho de las condiciones generales si realmente se quiere cumplir con los mandatos que imponen ambos sectores de nuestro Ordenamiento jurídico.

A lo largo de estas páginas analizaré precisamente cómo inciden las particularidades del Derecho de las condiciones generales en el Derecho inmobiliario registral, con una especial atención a la jurisprudencia elaborada por la DGRN que se ha pronunciado en algunas ocasiones sobre el alcance de las cláusulas de trascendencia real cuando son imprecisas o abusivas.

II. LOS PRINCIPIOS HIPOTECARIOS Y LA PROTECCION DE LOS CONSUMIDORES

La calificación registral implica una comprobación, o mejor dicho, un acto de juicio con arreglo a los datos que suministra la escritura pública que se presenta para su inscripción. Cuando el Registrador interviene realiza en múltiples aspectos, como señala LACRUZ BERDEJO, una función de aplicación del Derecho, previo examen de la trascendencia real o personal. Ello supone el examen de todos los datos jurídicos del acto que aparecen en la escritura pública: forma, capacidad de los otorgantes, personalidad y legitimación, posibilidad y licitud del contenido, identificabilidad del objeto, etc. (7). Esta amplitud de la calificación registral permite entrar también en las cláusulas individuales y condiciones generales cuando tienen una relevancia para el Registro de la Propiedad, cuyo control —la calificación es, al fin y al cabo, un acto de control— se realiza a través de dos principios hipotecarios importantes, como son el de especialidad y el de legalidad, los cuales han adquirido una dimensión nueva desde la aparición de la LGDCU cuando las condiciones de trascendencia real son generales.

(7) «Dictamen sobre la naturaleza de la función registral y la figura del Registrador», *RCDI*, 1979, pág. 130.

1. EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD O LA DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO
DE LOS TÍTULOS INSCRIBIBLES

De acuerdo con el principio de especialidad, corolario del principio de publicidad, llamado también el principio de determinación en el ámbito de la hipoteca, exige la determinación de las circunstancias descriptivas de la finca, la naturaleza del derecho, la extensión, las cargas y limitaciones que afectan a la finca... JERÓNIMO GONZÁLEZ, que hace ya más de un lustro afirmaba que «el ámbito abarcado por el principio de especialidad es cada vez más extenso, mejor dicho, las sencillas reglas han evolucionado y ya no se concretan en la exigencia de una mayor precisión de describir la finca hipotecada, el contenido de la hipoteca o el rango registral, sino que trasciende al sistema entero y se infiltra en todos sus elementos orgánicos» (8). Hoy puede decirse, como señala CANO TELLO, que domina todo el campo registral (9). Este principio surgió para la concreción del derecho real de hipoteca y se fue extendiendo con el tiempo a los demás derechos reales sobre bienes inmuebles.

El principio de especialidad está contenido específicamente en el artículo 12 de la LH, según el cual es necesario que se exprese el importe de la obligación asegurada y el de los intereses pactados en la hipoteca objeto de inscripción. La concreción que se exige para la hipoteca se exige para cualquier derecho real que se quiere inscribir. El artículo 9 de la LH exige, entre otras circunstancias, que se exprese el derecho sobre el cual se constituya el que sea objeto de inscripción (*vid.* regla sexta del art. 51 RH). Con ello se trata de cumplir uno de los objetivos básicos de cualquier sistema registral: la concordancia de la realidad registral con la realidad extrarregistral (sobre todo, en cuanto a la realidad jurídica). Cuanto mayor sea la concreción mayor es la protección que dispensa el Registro de la Propiedad a los que confían en él.

Esta concreción también es necesaria para las cláusulas de trascendencia real al estar sometidas igualmente a este principio hipotecario. Con la entrada en vigor de la LGDCU, la concreción de las cláusulas ha adquirido una mayor relevancia, puesto que se sanciona con la nulidad aquellas cláusulas en las que falta la concreción, claridad y sencillez [art. 10, ap. 1, letra a), en relación con el ap. 4]. Al menos es esta la interpretación mayoritaria de la doctrina, dado el tenor literal del apartado 4. Pero también cuando se entiende que no se integra en el contrato de adhesión la cláusula por su oscuridad o imprecisión no tiene lugar la inscripción de la misma (10). Por

(8) «El principio de especialidad», *RCDI*, 1926, pág. 82.

(9) *Iniciación al estudio del Derecho hipotecario*, Madrid, 1982, pág. 110.

(10) *Vid.* COCA PAYERAS y CLAVERÍA GOSÁLBEZ en sus respectivos comentarios al apartado 1, letra a), y apartado 4 del artículo 10, en *Comentarios a la Ley para la*

lo tanto, cuando el título que se pretende inscribir tiene por base un contrato de adhesión, no sólo está obligado el Registrador a examinar la concreción de las cláusulas con trascendencia real por razón del principio de especialidad, sino por las consecuencias que se derivan de la sanción de la nulidad imperante en la LGDCU o de la no integración en el contrato de adhesión, con lo cual el Registrador tiene que entrar necesariamente en las propias particularidades del Derecho de las condiciones generales. Ello exige por parte del Registrador una toma de postura distinta de la protección, que al mismo tiempo debe dispensar al sujeto protegido por excelencia por la LGDCU que es el consumidor. Sólo de esta manera el artículo 10 de la LGDCU se integrará plenamente en el Derecho inmobiliario registral, es decir, cuando el principio de especialidad es interpretado al mismo tiempo de acuerdo con los postulados que imperan en el Derecho de las condiciones generales.

2. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD O EL CONTROL DE LA LEGALIDAD INTRÍNSECA DE LOS TÍTULOS INSCRIBIBLES

Otro de los principios fundamentales que inspira nuestro sistema registral inmobiliario es el principio de legalidad, el cual no sólo requiere la validez formal del título que se presenta para su inscripción, sino que incide en otros requisitos que ha de cumplir el título en el ámbito registral, como se desprende claramente del artículo 18 de la LH. Este precepto permite un control amplio respecto de los títulos inscribibles, especialmente de las escrituras públicas. Este control se realiza mediante la tarea de la calificación cuya extensión viene dada por el mencionado precepto. En concreto, abarca la legalidad extrínseca de los documentos objetos de inscripción (notariales, judiciales y administrativos), la capacidad de los otorgantes y la legalidad intrínseca de estos documentos, atendiendo tanto a su contenido como a los asientos ya existentes en el Registro de la Propiedad.

El deber del Registrador de comprobar la validez de los actos, principalmente los actos dispositivos, contenidos en los documentos públicos le otorga un papel especialmente relevante en el ámbito del tráfico jurídico inmobiliario, siendo un eslabón más para lograr un sistema jurídico lo más perfecto posible, sobre todo desde un punto de vista técnico-jurídico. El examen de la legalidad intrínseca del título obliga al Registrador a entrar en el contenido del mismo, es decir, en el fondo, debiendo examinar, por tanto, el contrato que sirve de base para la constitución, modificación o

Defensa de los Consumidores y Usuarios, dirigidos por R. BERCOVITZ y J. SALAS, Madrid, 1992, en especial las págs. 236 y sigs. y 339 y sigs.

extinción de un derecho susceptible de inscripción en el Registro de la Propiedad. No sólo debe prestar atención cuando entra en el fondo del título a los elementos esenciales, como son el consentimiento, el objeto y la causa, así como la capacidad de los otorgantes, sino también deben ser objeto de examen todas aquellas cláusulas o condiciones del título que son de trascendencia real (11). En la calificación de la legalidad intrínseca del título el objeto sobre el que se centra básicamente el Registrador es la obligación principal del contrato, mas también debe tener en consideración los demás derechos y obligaciones que estén en función de la obligación principal, siempre y cuando existan razones o intereses que justifiquen que haya una constancia registral de estos dererechos y obligaciones.

La trascendencia de esta amplitud de control, no ya sólo con respecto al título, sino al contenido del mismo, es evidente, como lo demuestra la amplia y rica jurisprudencia registral sobre cuestiones íntimamente ligadas al Derecho contractual. A su vez, el Registrador no puede estar ajeno a la evolución constante (o involución en su caso) en la que está inmerso el Derecho contractual. La aparición de nuevos contratos, la cada vez mayor estandarización de contratos, la irrupción de las condiciones generales del contrato... no pueden ser ignoradas por el Registrador en el ejercicio del control de la legalidad intrínseca de los títulos inscribibles. Una mayor conciencia de los nuevos postulados del Derecho contractual supone una mayor garantía de la legalidad que defiende el Registrador cuando califica, debiendo reforzarla en bien de la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario, lo que, en definitiva, es también una garantía para el propio sistema jurídico. Pocos han sido tan claros como GÓMEZ GALLIGO cuando, en relación con la LGDCU, afirma que el artículo 18 de la LH sirve de base para dar coherencia al establecimiento de un sistema de protección al consumidor inmobiliario (12). No comparto del todo su opinión, ya que el sistema registral inmobiliario no está pensado en y para el consumidor, sino que tiene por objeto la protección de los titulares registrales y terceros, confiando ambos precisamente en la seguridad jurídica que les ofrece la publicidad

(11) Lo ha subrayado AMORÓS GUARDIOLA en «El "leasing" inmobiliario y su inscripción registral», *RCDI*, 1985, págs. 922-923, precisamente cuando analiza las cláusulas más usuales en este contrato financiero, subrayando su carácter abusivo en más de una ocasión, cuya sanción ha encontrado un enérgico apoyo legal a la declaración de nulidad en la LGDCU. Con la consecuencia de que se debe proceder a su exclusión en el ámbito registral al amparo del artículo 18 de la LH, en relación con el artículo 434 del RH. Idénticas consideraciones hace cuando estudia las cláusulas en los préstamos hipotecarios en *La causa del crédito hipotecario*, Madrid, 1990, págs. 19-20, 134-135, 141... Con carácter general también lo defiende CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, en *La seguridad del consumidor en la adquisición de inmuebles*, 1.ª edición, 1990, pág. 54 (así como en la 2.ª ed., 1993).

(12) *Distinción entre faltas subsanables e insubsanables en la calificación registral*, Madrid, 1989, pág. 98.

de los derechos en un Registro público. Pero tiene el enorme mérito de hacernos reflexionar sobre el papel que debe desarrollar, a todos los niveles, el Derecho inmobiliario **registral**, teniendo en cuenta que el consumidor, cuando es parte del procedimiento de inscripción registral, merece la misma protección que el resto del Ordenamiento jurídico quiere dispensarle.

III. LA CALIFICACION REGISTRAL Y LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES EN EL MARCO DE LA CONSTITUCION DE 1978 (13)

La calificación registral como actividad de control por un órgano del Estado que, en definitiva, son los Registradores de Propiedad, en el marco

(13) En nada han cambiado, al menos sustancialmente, las funciones del Registrador con la entrada en vigor de la Constitución de 1978. El Registrador ocupa un lugar muy específico en la organización del Estado de Derecho, pero que apenas se ha visto alterado por la aparición del nuevo Estado constitucional. Las numerosas discusiones sobre cuál es la verdadera función de un Registrador no han quedado trastocadas con la Constitución de 1978. El Registrador sigue teniendo una función específica cuyo análisis pasa necesariamente por las normas reguladoras de la organización jurídica, si bien habrá que estar ante todo a la legislación hipotecaria, de la cual se deduce que la función que ejerce se aproxima más a un Juez por cuanto el Registrador puede entrar en aspectos sustantivos, como es la validez de los actos dispositivos. La pregunta clave, a mi modo de ver, es la siguiente: ¿Cuál es el límite para no realizar funciones que competen a los Tribunales de Justicia? Cuestión muy delicada a la que no es fácil encontrar una respuesta y en la que tampoco queremos entrar directamente. Quizá ha sido el profesor LACRUZ BERDEJO quien con más profundidad ha tratado estas cuestiones (aparte de la obra ya clásica de LÓPEZ MEDEL, *Teoría del Registro de la Propiedad como servicio público*, 3.^a ed., reimp., Madrid, 1991, aunque se echa de menos una reflexión suya sobre la incidencia de la Constitución de 1978 sobre el Registro de la Propiedad en esta última edición, ya que las anteriores datan de 1958 y 1959). Desde una perspectiva además hipotecaria, como debe ser, LACRUZ BERDEJO analiza las funciones del Registrador con motivo de su dictamen realizado por encargo del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, que planteó dos cuestiones: si la función registral es y debe ser independiente tanto de la jurisdicción como de la Administración, y, en caso afirmativo, si el concepto de funcionario administrativo no es aplicable a la figura del Registrador, todo ello de acuerdo en el marco de la Constitución de 1978 (publicado en la *RCDI*, 1979, págs. 75 y sigs.). De sus reflexiones se obtiene una serie de conclusiones importantes: pretender una función distinta de la que ha tenido el Registrador con anterioridad no concuerda en absoluto con la legislación hipotecaria vigente, en la que, como él señala, «la actuación del Registrador consiste en una aplicación del Derecho —esencialmente del Derecho privado— semejante a la del Juez, necesitada de igual o mayor especialización, en igual posición de independencia jerárquica y alienidad al asunto y hasta con la misma obligación de juzgar (aquí, a efectos registrales)» (pág. 175). «Si la decisión judicial se basa en la existencia de un poder o jurisdicción que emana del Estado, la función calificadora responde igualmente a un poder (o si se quiere, jurisdicción) que, en principio, podríamos considerar especial» (pág. 107). Como él mismo subraya, «en nuestro Derecho positivo la organización de la publicidad registral viene ordenada por el Estado, que asume como propios los fines a realizar» (pág. 111). Para él es evidente que «el Registro constituye manifestación de una función

además de un Estado de Derecho, al que se le atribuye las características de social y democrático, ha sido, si no reforzada, sí confirmada por la Constitución de 1978 sobre la base de un principio fundamental de cualquier Estado que pretende ser de Derecho: el principio de legalidad consagrado en los artículos 9.3 y 103. El sometimiento a la Ley como máxima expresión de una organización jurídica democrática, al menos desde un punto de vista formal, irradia todo el sistema jurídico y, por tanto, con la misma intensidad, el sistema registral inmobiliario. Bajo esta piedra angular cualquier acto jurídico debe estar revestido de los requisitos necesarios que exige cada sector del Ordenamiento jurídico. Lo mismo se puede decir de cualquier título que pretende acceder al Registro de la Propiedad. Debe cumplir con los requisitos legales, fundamentalmente los impuestos por la legislación hipotecaria, la cual, en definitiva, determina el ámbito de extensión de legalidad, pero ahora siempre bajo la mirada atenta de la Constitución. Desde este punto de vista, me pregunto en qué medida la Constitución aumenta la protección del consumidor en el ámbito registral o es más bien ajena, proviniendo la protección, como antes, sustancialmente del Derecho inmobiliario registral, y ahora, además, de la LGDCU.

La razón de ser de nuestro sistema registral inmobiliario es la protección del tercer adquirente de buena fe y facilitar el crédito territorial, de conformidad con el orden público inmobiliario existente en cada momento. Sobre estos pilares —protección del tercer adquirente de buena fe, fomento del crédito territorial y el orden público inmobiliario— se ha ido perfeccionando el sistema registral, bien por la vía de la legislación o bien por la vía de la aplicación del Derecho, con el fin de lograr una mayor protección de quienes acuden y confían en el Registro de la Propiedad. Quien confía es el adquirente de un bien inmueble o de un derecho que recae sobre este bien, cuyo título pretende que tenga la máxima publicidad. Es precisamente la publicidad que ofrece el Registro de la Propiedad la que hace que los derechos inscritos adquieran una especial fuerza frente a terceros. La publicidad es también base esencial para el fomento del crédito territorial. La regulación expresa de la hipoteca de máximo, la sanción legal de las cláu-

del Estado distinta, por igual, de la jurisdicción y Administración» (pág. 121). Las particularidades, sin embargo, provienen de las funciones que se le han asignado al Registro de la Propiedad y al Registrador para llevar a cabo la publicación de aquellos datos que interesan al tráfico y a la seguridad jurídica. Conforme a nuestro sistema hipotecario, «El Registrador realiza un juicio "para la publicación", con examen de circunstancias de hecho, de los antecedentes registrales y de los preceptos legales aplicables a la figura jurídica de que trata el negocio, sin cuya resolución favorable el documento no tiene acceso al Registro» (pág. 115). En definitiva, el Registrador está en una doble postura, «como órgano de una función parajudicial y como burócrata al servicio de la Administración» (pág. 131).

sulas de estabilización, la acogida favorable de la jurisprudencia registral de la cláusula de interés variable... son muestras claras de la necesidad de ofrecer nuevas instituciones jurídicas para fomentar el crédito territorial. Pero resulta irrelevante para la perfección del sistema registral inmobiliario, al menos en principio, una especial protección de los sujetos cuando tienen al mismo tiempo la condición de consumidor. En un primer momento de la evolución histórica del Derecho hipotecario, nos recuerda Díez-Picazo, se quiso responder ante todo a las exigencias de los acreedores hipotecarios. Sólo después el sistema se completa con una más rigurosa protección de los adquirentes del dominio sobre inmuebles (14). Jamás se ha pensado que esta protección adquiere una dimensión distinta cuando los sujetos interesados en el Registro de la Propiedad tienen la condición de consumidores. Además, no podía ser de otro modo, ya que la entrada en escena del consumidor como sujeto del Derecho es bastante reciente. Distinto es que por razones de orden público tenga también entrada en el Derecho inmobiliario registral la figura del consumidor. Pensar que la protección del tercer adquirente de buena fe, a partir de la LGDCU, ha de responder ante todo a la defensa del consumidor es un planteamiento erróneo. La figura del tercer adquirente de buena fe cumple un cometido muy específico en nuestro sistema registral. Distinto es que el tercer adquirente tenga además la condición de consumidor. Una mayor protección no sólo es deseable, sino que es un deber impuesto por el artículo 51 de la Constitución. La base lo da además el orden público, que también está permanentemente presente en la aplicación y desarrollo del Derecho inmobiliario registral. El orden público inmobiliario registral, en el que tantas veces se ha apoyado la DGRN, debe estar imbuido necesariamente por un principio que tiene rango constitucional. El principio *favor consummatoris* puede y debe jugar un papel importante en la comprensión del orden público inmobiliario registral, como lo han hecho tantos otros principios generales del Derecho, especialmente del Derecho contractual (la autonomía privada, la buena fe, la equivalencia de las prestaciones...) (15). Cualquier aplicador del Derecho, y por tanto también el

(14) Es interesante el esbozo histórico que hace Díez-Picazo del Derecho hipotecario en su magnífica obra *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, Madrid, 1986, págs. 258 y sigs.

(15) Son interesantes las reflexiones de Torres Lana sobre la *Protección del consumidor como principio general del Derecho* en su comunicación, presentada al Congreso Nacional de Derecho de Consumo, celebrado en Oviedo del 7 al 10 de marzo de 1989. En ella analiza la función informadora, que como todo principio general del Derecho cumple también el principio *favor consummatoris*, cuestionándose igualmente la aplicación directa de este principio, si bien admite su dificultad. También trata de encontrar una respuesta a interrogantes como los siguientes: ¿Hasta qué punto el principio puede obstaculizar una reforma legislativa *in peius*? ¿Y podría invocarse para configurar el propio concepto de consumidor? Sus reflexiones sobre este particular las

Registrador, debe tener presente este principio general, al menos como principio político —que no está dirigido exclusivamente al poder ejecutivo y al poder legislativo— y que está contenido en la misma Constitución. Precisamente en virtud de este principio, y también por la legalidad a que está obligado defender, el Registrador también debe asumir el papel de defensor del consumidor, como todas las demás instancias y órganos que integran el Estado de Derecho.

Con la importancia, además, de que la protección del consumidor en el ámbito registral tiene también un alcance para los terceros, sean éstos consumidores o no. Así lo entiende también la Resolución de 7 de septiembre de 1988, que, compartiendo la calificación registral de que la cláusula atenta contra los derechos de los consumidores, precisa: «con grave detrimento no sólo de los intereses del deudor, sino también del tercer poseedor y, por ende, del tráfico inmobiliario».

Aparte de estas funciones estrictamente registrales, cabe atribuir al Registrador otras funciones para proteger así específicamente a los consumidores, como la Ley catalana de 29 de noviembre de 1991, reguladora de las viviendas de primera construcción y de rehabilitación, disponiendo en el apartado 5 del artículo 15 que el Registrador deberá exigir el testimonio de la carta de garantía como requisito complementario para inscribir una escritura de transmisión de vivienda. Con ello los adquirentes de las viviendas tienen en el Registrador un colaborador más para que efectivamente se les concedan las garantías a que están obligados los vendedores/promotores por imperativo legal.

IV. LA PROTECCION DE LOS CONSUMIDORES EN EL AMBITO REGISTRAL

El Derecho inmobiliario registral puede y debe ofrecer vías para una mayor protección de los consumidores. Una vía previa puede ser la información registral dirigida específicamente a los consumidores. Otra vía, ya posterior, es el control que puede ejercer el Registrador sobre las cláusulas imprecisas y abusivas. Aunque los instrumentos legales que tienen a su alcance el Registrador no están pensados específicamente para los consumidores, sí pueden coadyuvar a una mayor protección de ellos. Quizá en el futuro una política legislativa pudiera orientarse para reformar la legislación hipotecaria en la medida en que es necesario ofrecer una protección específica a los consumidores, aunque existen vías, como veremos; sólo que son insuficientes para cumplir con el mandato del artículo 51 de la Constitución.

expone nuevamente en «Derecho civil y protección de los consumidores», publicado en *Cuadernos Jurídicos*, núm. 4, 1993, págs. 6 y sigs.

1. LA INFORMACIÓN EN EL ÁMBITO REGISTRAL (16)

Por parte de algunos hipotecaristas se ha querido ver en los Reales Decretos 3503/1983, de 21 de diciembre, 1935/1983, de 25 de mayo, y 3215/1982, de 12 de noviembre, una mayor protección de los consumidores para facilitar y mejorar la información que debe ofrecer el Registrador a los que acuden al Registro de la Propiedad. Sin embargo, no existe ninguna base para creer que estas reformas están pensadas específicamente en el consumidor. Con independencia del acierto de estas reformas parciales, la pretensión del legislador va más bien por otros caminos. En concreto, lo que se trata es, como se subraya expresamente en el Real Decreto de 21 de diciembre de 1983, «potenciar la función del Registrador en un doble sentido: por un lado, adoptando sistemas en los que la publicidad registral traiga consigo una actuación activa de información por parte del Registrador, lo que indudablemente supone una mayor comodidad para el destinatario de la publicidad registral, y, por otro, aprovechando el carácter profesional del Derecho del Registrador para la emisión de informes explicativos de la situación registral de las fincas o derechos inscritos». Concebido el Registro de la Propiedad también como una oficina, cuya función consiste precisamente en informar al público, debiendo ofrecer una información amplia y sin trabas burocráticas, lo que redundaría en beneficio de cualquiera que se quiera servir del Registro de la Propiedad, aunque a veces existe el peligro de que puede ser utilizada para fines que no tienen que ver nada con la protección que dispensa. Sobre estas premisas deben contemplarse estas reformas hechas con el fin de potenciar la información registral, siendo irrelevante, desde este punto de vista, la figura del consumidor. No es la condición de consumidor la que permite tener un mayor acceso a la información registral. Simplemente, el legislador ha considerado conveniente acercar el Registro de la Propiedad al ciudadano, sea o no consumidor, dentro de la política generalizada de que la Administración debe estar al servicio de todos. La novedad más importante por lo que respecta a la información registral es la información continuada, introducida por la Reforma de 21 de diciembre de 1983, que, como señala el apartado 1 del artículo 354 del RH, se refirirá a los asientos de presentación que afecten a la finca de que se trate, no pudiendo comprender, como matiza el apartado 2, más de una finca o derecho ni tener por objeto una finca no inmatriculada. Además, esta certificación sólo podrá ser pedida por los

(16) Para una mayor seguridad del tráfico inmobiliario se están introduciendo fórmulas para una mayor colaboración entre los Notarios y los Registradores que benefician al mismo tiempo a los contratantes, quienes pueden obtener indirectamente así una mayor información sobre ciertos datos de la finca registral. *Vid.* RD 1552/1992, de 18 de diciembre; RD 1368/1992, de 13 de noviembre, y OM de 24 de febrero de 1993.

titulares registrales de derechos sobre la finca a que la certificación se refiere, sus cónyuges o sus legítimos representantes (ap. 3). Para nada se refiere este precepto al consumidor. Tampoco el destinatario de la Reforma de 12 de noviembre de 1982 es el consumidor cuando se establece en el párrafo cuarto del artículo 434 del RH que «cuando la suspensión o denegación afecte solamente a algún pacto o estipulación..., en la nota deberá expresarse la causa o motivo de suspensión o denegación, salvo que el representante o el interesado hayan manifestado su conformidad en que se despache el documento sin esa estipulación o pacto...». En esta reforma ni siquiera se distingue entre pactos o estipulaciones individuales y generales, no necesario por otra parte, ya que, en principio, es indistinto para suspender o denegar la inscripción que la cláusula de trascendencia real sea individual o general. Cuestiones muy diferentes son, como tendremos ocasión de comentar después, las consecuencias que pueden darse en cuanto a la inscripción según las cláusulas sean individuales o generales.

Me parecen muy acertadas las afirmaciones que en la Resolución de 16 de marzo de 1990 se hacen por la Registradora en su informe. Aunque referidas al alcance que tiene la nota de despacho, recogen perfectamente el significado que tiene la información en el ámbito registral. Según ella, «toda persona que solicita un servicio público tiene derecho a la información veraz, eficaz y suficiente de las características esenciales del servicio que solicita y, en su caso, a la comprobación de la naturaleza, característica, condiciones y utilidad de la prestación realizada». Incluso va más lejos todavía cuando afirma que «éste es el espíritu y la letra de los artículos 7, 11 y concordantes de la LGDCU, si bien estos principios ya estaban en la legislación hipotecaria y en la normativa reglamentaria sobre el modo de llevar el Registro» (*sic*).

Aparte de la minuta que puede exigir el interesado en obtener datos registrales, con base en el artículo 258 de la LH, puede solicitar del Registrador un informe no vinculante —el art. 355 RH dice *breve informe*— sobre la situación jurídico-registral de la finca o derecho e, igualmente, sobre las cláusulas de trascendencia real. Al interesado le puede preocupar especialmente el carácter abusivo o no de las cláusulas, lo que obliga al Registrador a pronunciarse. Sin embargo, atendiendo a la doctrina jurisprudencial registral imperante últimamente, resulta absurdo que emita el Registrador un informe cuando se le impide entrar en las cláusulas abusivas (según las Resoluciones de 8, 9 y 10 de octubre de 1991 y 4 de junio de 1992, el Registrador no tiene medios para apreciar si las cláusulas son abusivas; y las Resoluciones de 16 de marzo de 1990 y 24 de abril de 1992 declaran que no se puede aplicar el art. 10 de la LGDCU *ipso iure*).

Igualmente tiene el Registrador la obligación de informar cuando emite la nota de despacho, dado que expresa el contenido y alcance de la operación

registral realizada. Cuando el título contiene un contrato con condiciones generales, como se precisa en el informe realizado por la Registradora en la citada Resolución de 16 de marzo de 1990, «la información sobre el contenido estricto del asiento practicado es mucho más necesaria para evitar que el contenido de la nota de despacho pueda prestarse a confusión sobre las cláusulas que han tenido acceso o no a la protección del Registro». En definitiva, como ella señala, «el derecho y el deber de informar sobre la naturaleza del derecho real que se ha inscrito, su régimen y sus límites es un claro reflejo de la depuración del título en el asiento registral practicado». Y esto rige también para las cláusulas de trascendencia real. Precisamente la nota de despacho constituye un instrumento idóneo para apreciar de oficio cláusulas de trascendencia real que contravienen la LGDCU, por mucho que niegue la DGRN que el artículo 10 se pueda aplicar *ipso iure* y que el Registrador tenga medios para apreciar si las cláusulas son abusivas.

Pero en cualquier caso, la actual legislación hipotecaria no dispensa una protección distinta al consumidor por lo que respecta a la información que deben prestar los Registradores. Hasta ahora no ha habido una voluntad legislativa de querer armonizar la normativa hipotecaria con la protección del consumidor. En realidad, no se ha planteado a fondo cómo se puede armonizar y articular la protección del consumidor con los principios hipotecarios, ni siquiera cuando se trata de la información registral. No obstante, el Registrador debe ser consciente de que la información es especialmente necesaria para quienes tienen una posición jurídica débil en la relación contractual. Con la actual legislación hipotecaria tiene el Registrador suficientes instrumentos a su alcance para prestar a ellos un verdadero servicio, al que está obligado además por formar parte de la organización jurídica del Estado.

2. EL CONTROL DE LAS CONDICIONES GENERALES IMPRECISAS

Dada su función de calificador, el Registrador debe ejercer un control directo sobre las cláusulas de trascendencia real (*vid.* art. 51, regla sexta del RH). Antes de comprobar la validez de las cláusulas, debe comprobar si las cláusulas son lo suficientemente claras y precisas para poder ser inscritas. Responde a las exigencias que impone el principio hipotecario de especialidad (o determinación cuando lo que se inscribe es una hipoteca y las cláusulas que son accesorias a ella).

Este control es aún más necesario cuando las cláusulas son condiciones generales. De ello es consciente la DGRN cuando en las Resoluciones de 20 de mayo y 5 de junio de 1987 afirma que «debe tenerse en cuenta que la creciente importancia del crédito territorial, así como el deseo de asegu-

rar la plena efectividad de la cobertura hipotecaria estipulada, han desembocado en una excesiva complejidad, cuando no ininteligibilidad, del mecanismo negocial instrumentado, en contra de la exigencia legal de claridad y precisión en la constitución de los derechos reales, con el consiguiente detrimento para el tráfico y el crédito territorial».

La LGDCU exige en el artículo 10.1.a) «concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual». Por consiguiente, cualquier condición general sujeta a esta Ley y con trascendencia real ha de cumplir los requisitos que se señalan, estando obligado el Registrador, por tanto, a examinar el cumplimiento de tales requisitos, no ya sólo por razón del principio de especialidad, recogido en numerosos preceptos de la legislación hipotecaria, sino por su sometimiento directo al artículo 10. Además, con la entrada en vigor de la LGDCU el principio de especialidad ha tomado otro cariz, otra dimensión, no siempre apreciado correctamente por la DGRN, aparte de obsecarse, a veces, excesivamente con el carácter abusivo de las condiciones generales cuando en muchas ocasiones la infracción apreciada por el Registrador procede más bien de la falta de claridad y precisión de la condición general objeto de calificación (véanse las Resoluciones de 8, 9 y 10 de octubre de 1991 y 4 de junio de 1992). La sanción de nulidad de las condiciones que contravienen el apartado 1.a) del artículo 10 provoca un efecto distinto en el ámbito registral que el incumplimiento de las exigencias que impone en cada caso el principio de especialidad. El incumplimiento de los artículos 9, 10 y 12 de la LH, por citar algunos ejemplos, puede dar lugar a la suspensión de la inscripción. Pero cuando al mismo tiempo se infringe el artículo 10 de la LGDCU, la consecuencia registral debe ser la denegación de la inscripción, ya que ninguna cláusula nula puede tener acceso al Registro de la Propiedad, como tampoco las cláusulas que no se integran en el contrato de adhesión. Al menos ésta es la consecuencia que se deriva de una aplicación estricta del artículo 10. No obstante, en ocasiones, quizá sea más aconsejable la suspensión de la inscripción, incluso de la escritura en su totalidad, sobre todo cuando no se quiere desvirtuar la voluntad contractual, aunque impuesta, del contrato de adhesión. En este sentido, son interesantes los pronunciamientos de la Resolución de la DGRN de 24 de abril de 1992 que defiende, según los casos, la suspensión o denegación de la inscripción de todo el documento si las cláusulas, entre ellas se había establecido una de interés variable, inciden en el total contexto «pactado por las partes» (17).

(17) El entrecomillado es nuestro.

La necesaria concreción de una cláusula puede venir predeterminada por una norma específica. Así, por Decreto de 17 de marzo de 1959, no sólo se despejó cualquier duda respecto de la admisibilidad de las cláusulas de estabilización, al menos en el ámbito estrictamente registral (así las Resoluciones de 3 y 4 de marzo de 1952), sino que en el artículo 219.3 del RH se fijaron las bases para poder ser inscritas. Pensadas para los préstamos hipotecarios, la fijación de unos módulos objetivos, aparte de evitar un posible desequilibrio entre las prestaciones, permite esa concreción y claridad que ahora exige específicamente, con carácter general para cualquier condición general, la LGDCU.

El artículo 219.3 del RH es una buena referencia para plantearse la conveniencia de una protección sectorial de los derechos de los consumidores mediante reformas legislativas parciales para regular así los problemas específicos que aparecen en cada sector del tráfico jurídico, en este caso hipotecario, sin perjuicio de la LGDCU como Ley general.

En ocasiones, la falta de claridad, concreción y sencillez de una cláusula puede desembocar en una situación que puede ser aprovechada abusivamente por quien la ha redactado. Estas cláusulas pueden ser denominadas cláusulas potencialmente abusivas. En sí mismas no son abusivas, pero cuando llega el momento de su utilización pueden servir para imponer exclusivamente la voluntad del predisponente, a su arbitrio, con lo que se puede crear una situación de desequilibrio en perjuicio del contratante débil, lo que se puede evitar mediante la exigencia de la necesaria claridad, concreción y sencillez de las cláusulas. Precisamente sobre la base de la especialidad o determinación que rige para los títulos que son objeto de inscripción, el Registrador puede evitar así situaciones de abuso mediante la suspensión o denegación de la inscripción de cláusulas potencialmente abusivas.

Especial referencia a la Resolución de 23 de octubre de 1987

[Cláusula de interés variable, cláusula de extensión hipotecaria indistinta a los intereses remuneratorios y moratorios y cláusula de extensión hipotecaria a los gastos (18)]

1) *La cláusula de interés variable.*—Un ejemplo claro de cómo opera el principio de especialidad en el ámbito de las condiciones generales son las cláusulas de interés variable. En virtud de ellas, cabe la posibilidad de variar durante la vida del préstamo hipotecario el interés inicialmente pactado, pudiendo ser ajustado al coste real del precio del dinero puesto a disposición del prestatario por el prestamista. Su trascendencia real no se cuestiona cuando la hipoteca se extiende también como garantía al pago de los intereses y

(18) De idéntico contenido es la Resolución de 26 de octubre de 1987.

a su variación dentro de unos parámetros objetivos. Ello exige, en beneficio del prestatario y también de los terceros que se subrogan, especialmente los que se subrogan como terceros poseedores, la máxima transparencia, «muy necesaria —como precisa la Circular 13/1981, de 24 de febrero, del Banco de España—, dadas las características del contrato de adhesión que revisten comúnmente las relaciones de público en general con las entidades crediticias». Esta exigencia aún es mayor cuando el prestatario tiene la condición de consumidor, a favor del cual se declara la nulidad de las condiciones generales que contravengan los mandatos de la LGDCU de concreción, claridad y sencillez, lo que no está reñida con la complejidad cuando el contrato, por sus propias características, necesariamente es complejo. O según otras interpretaciones, al menos no llegan a integrarse en el contrato de adhesión, con lo cual tampoco tienen acceso al Registro de la Propiedad. Incluso pueden ser abusivas cuando la entidad prestamista pretenda que prevalezca como módulo de variabilidad el interés de la propia entidad acreedora (así la Resolución de la DGRN de 7 de septiembre de 1988).

Ya con anterioridad a la LGDCU, GARCÍA GARCÍA propugnaba por la necesidad de dar claridad a los términos en que se redacta la cláusula de interés variable, ya que lo impone el principio de especialidad, para lo cual señalaba como requisitos imprescindibles la objetividad del tipo de referencia y la configuración de la hipoteca como máximo, para evitar así situaciones de abuso (19). La realidad diaria demuestra que, en la práctica, las cláusulas de interés variable contienen una complejidad, sobre todo económica, incluso para quienes están familiarizados con el Derecho. Por ello es más necesaria aún la máxima concreción y claridad en este tipo de cláusulas, que al mismo tiempo son imprescindibles para el fomento del crédito territorial, como ha subrayado la Resolución de 16 de marzo de 1990: «Una protección que excluyera la posibilidad de interés variable se traduciría inmediatamente, en la práctica, en la exclusión del consumidor en las ventas de crédito a largo plazo» (subyace la idea de un orden público determinado).

Desde la entrada en vigor de la LGDCU, varias resoluciones se han ocupado de la cláusula de interés variable. Pero sólo dos resoluciones, de forma explícita, tuvieron su origen en la falta de claridad de la cláusula a juicio del Registrador (Resoluciones de 23 y 27 de octubre de 1987). Y en otra, ante la falta de concreción de la infracción del artículo 10 de la LGDCU por el Registrador, al denegar la inscripción de una cláusula de interés variable, el recurrente contra la calificación alega, entre otros extremos, que «puede formularse la hipótesis de que es el epígrafe a) del punto 1 del repetido artículo el que se considera en conflicto con la cláusula de variación del tipo de interés» (Resolución de 16 de marzo de 1990).

(19) *RCDI*, 1984, págs. 48-49.

Merece alguna reflexión la Resolución de 23 de octubre de 1987. En su informe, el Registrador parte de la licitud de la cláusula de interés variable, «al amparo del principio de autonomía de la voluntad (art. 1.255 CC), siempre que responda a módulos plenamente objetivos, no unilaterales (art. 1.256 CC) y respete los límites que imponen la buena fe, el no abuso del derecho y el no perjuicio a terceros (arts. 7 y 6 CC), o los más específicos de la Ley de Represión de la Usura de 1908 (no derogada, aunque poco invocada), o los más modernos impuestos para los contratos tipo, en masa y de adhesión, por la LGDCU, que en su amplio artículo 10 sanciona con pena de nulidad de pleno derecho las cláusulas, condiciones o estipulaciones que carezcan de “concreción, claridad y sencillez en la redacción” o que contradigan el “justo equilibrio de las contraprestaciones”, como las “condiciones abusivas de crédito o los incrementos de precio por servicios... que no correspondan a prestaciones adicionales”».

Aunque el Registrador entendió que los criterios para la fluctuación del interés no estaban muy fehacientemente acreditados, fueron razones estrictamente hipotecarias las que motivaron su calificación al no establecerse en la misma cláusula una cifra máxima de responsabilidad; por tanto, no se cumple con el principio de determinación. Consideró que es un perjuicio para el propio deudor hipotecante, que no puede calcular de antemano las responsabilidades máximas que asume; también lo es para el posible tercero hipotecario, que tampoco podrá cuantificar, en su caso, el gravamen, aparte de si se cumple o no el tope legal de cinco anualidades marcado por los artículos 114 de la Ley y 220 de su Reglamento; finalmente, puede ir en detrimento de la publicidad registral al ser imposible facilitar puntualmente una información exacta sobre la responsabilidad hipotecaria.

Ciertamente, cuando el crédito que se concede y la obligación accesoria de intereses sean garantizados hipotecariamente, como señala la DGRN, el principio de especialidad y la trascendencia *erga omnes* del gravamen establecido impondrá la fijación de topes de responsabilidad. Pero cuando la cláusula de interés variable se desenvuelve en un plano puramente personal, no tienen —recuerda la DGRN— por qué circunscribirse los intereses a un límite máximo. En unas «apostillas» a la Resolución de 23 de octubre de 1987 se insiste que la principal aspiración era la claridad de redacción de las estipulaciones..., para provocar así una más amplia meditación del artículo 10. De este modo, «la claridad institucional permanente de la publicidad inmobiliaria, sin duda, saldría ganando...» (20) (21).

(20) CÉSAR GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA —que fue el autor de la calificación que motivó el recurso— amplía la información de esta importante resolución, efectuando al mismo tiempo algunas consideraciones para una mejor interpretación de la misma en la *RCDI*, 1988, págs. 497 y sigs.

(21) *Idem*, pág. 504.

En realidad, la calificación estaba provocada más por la cláusula octava que por la cláusula segunda, en la cual sólo se fija el contenido de la cláusula de interés variable, que no es cuestionada propiamente por el Registrador, cumpliendo con el requisito de la objetividad al establecerse criterios objetivos para la determinación del tipo de interés referencial (22). La DGRN sintetiza perfectamente la cuestión que suscita el Registrador. En la cláusula segunda se estipula un interés inicial anual del 14,50 por 100 y, a la vez, se estipula la variabilidad del interés en función de determinados tipos de intereses preferenciales. Ya en la cláusula octava se establece que la hipoteca se constituye en garantía del capital prestado, de 810.000 pesetas de sus intereses de tres años al tipo de 18 enteros por 100 (el tipo es anual). Comparte la DRGN la objeción del Registrador de que no está claro si en la garantía hipotecaria están comprendidos los intereses ordinarios que se devengasen al tipo de interés variable durante los dos últimos años transcurridos y la parte de la anualidad corriente, que son objeto de *ministerio legis*, de la cobertura prevista en el artículo 114 de la LH. Tiene razón el Registrador cuando señala que debe resultar con claridad de la escritura que los intereses que la hipoteca garantiza —haya pasado o no la finca a un tercer poseedor— no son otros intereses que los variables que procedan según el contrato de préstamo, y que las cifras fijas —810.000 pesetas, 18 por 100— sólo tienen el valor de cifras máximas de responsabilidad.

2) *Otras cláusulas.*—A juicio de la DGRN, también se debió especificar que la hipoteca garantiza los intereses moratorios, cuando, sin embargo, se engloban tanto los intereses convenidos en retribución del préstamo como los intereses producidos por no cumplirse a su tiempo la obligación de devolver la cantidad prestada, contraviniendo, por tanto, totalmente el principio de determinación que rige para la necesaria especificación de la extensión de la hipoteca.

También fue objeto de calificación una cláusula frecuente en los préstamos hipotecarios: la inclusión en la responsabilidad hipotecaria de las costas y gastos que causa la hipoteca con carácter general, abarcando no sólo a las costas judiciales y de ejecución, sino también a toda clase de gastos accesorios, anticipos, impuestos y otros conceptos ajenos a la hipoteca, con imprecisión tan absoluta, según la nota de calificación, que imposibilitaría además en tiempo y forma legal la oportuna tasación judicial de costas. El Registrador, en su informe, insiste en que el concepto de gastos es tan desmesurado que «lo convierte en un auténtico “cajón de

(22) La extensión de la cláusula impide su transcripción, perfectamente recogida en la *RCDI*, 1988, pág. 498.

sastre", absoluta indeterminación de sus componentes». En respuesta a esta postura adoptada por muchos Registradores se pretende por las entidades prestamistas, ahora, constituir hipotecas mínimas, pero máximas al mismo tiempo, sobre cada uno de los conceptos de gastos, y del mismo rango que la hipoteca que garantiza la cantidad principal.

3) *Conclusión final.*—Son criterios estrictamente hipotecarios los que sirven de base para la calificación registral y su enjuiciamiento posterior. La necesaria determinación de la responsabilidad hipotecaria al amparo de los artículos 9.2, 12 y 114 de la LH justifican plenamente estos argumentos.

Pero no se puede pasar por alto que el contrato que sirve de base no sólo es un préstamo hipotecario, sino al mismo tiempo de adhesión, por lo que hay que tener en cuenta el artículo 10 de la LGDCU, aparte por razones de aplicación técnica, por la necesaria protección del consumidor cuando el prestatario tiene esta condición. Por lo tanto, junto a los principios hipotecarios han de ser tenidos en cuenta los principios propios del Derecho de las condiciones generales. Es más, cualquier cuestión que concierne específicamente a la posición jurídica del consumidor debe ser resuelta preferentemente a favor de él una vez calificada la cláusula como real, es decir, cuando el Registrador considera que la cláusula debe inscribirse en el Registro de la Propiedad. De este modo, los principios del Derecho de las condiciones generales tienen cabida en este otro Derecho que es el Derecho hipotecario. La falta de claridad, bien por imprecisión en la fijación de la responsabilidad hipotecaria, bien por posible contradicción entre una cláusula y otra, o bien por no precisar bien el concepto de gastos cuando con ello se dificulta la determinación de la extensión hipotecaria, no sólo encuentra su respuesta en el principio de especialidad o determinación, sino también en el mismo artículo 10 de la LGDCU cuando las cláusulas en cuestión son condiciones generales. Aparte de las consecuencias estrictamente jurídicas —la falta de claridad es causa de nulidad de las condiciones generales o al menos éstas no llegan a integrarse en el contrato de adhesión, y con ello se impide su entrada en el Registro de la Propiedad por la denegación de las mismas (o en su caso la suspensión)—, la tutela de los contratantes débiles obliga a un replanteamiento de los principios hipotecarios cuando afectan a condiciones generales. Se echa de menos en esta resolución una clara referencia al repetido artículo 10 y su incardinación en el Derecho inmobiliario registral y en cada uno de los problemas planteados, en especial por lo que respecta a la claridad de las cláusulas, más cuando no se cuestiona siquiera si lo procedente es la suspensión o la denegación de la inscripción, optando, sin más, por la suspensión.

2. EL CONTROL DE LAS CONDICIONES GENERALES ABUSIVAS

Un eslabón más en la protección del contratante débil, el último en el ámbito registral, es el control de las cláusulas abusivas. El deber de controlar también la legalidad intrínseca, lo que supone entrar en el fondo del título que se presenta para su inscripción, tiene su base legal en el artículo 18 de la LH. Los Registradores, dice el precepto, «calificarán... la validez de los actos dispositivos...» La exigencia de la validez de un acto jurídico implica la conformidad del acto jurídico con el Ordenamiento jurídico. De la propia lectura del precepto se deduce claramente que esta calificación abarca la legalidad intrínseca del título inscribible cuando previamente establece que los Registradores «calificarán la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes...» El enjuiciamiento de la validez de los actos jurídicos comprende también la de las cláusulas de trascendencia real. Como es obvio, la validez de las cláusulas viene dada sobre todo por su carácter no abusivo, teniendo en cuenta lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 10 de la LGDCU. Aunque las cláusulas también pueden ser en sí mismas ilícitas (no se debe confundir ilicitud con abusivo), lo que dará lugar igualmente a la denegación de su inscripción.

Las cláusulas abusivas constituyen en la actualidad uno de los temas fundamentales del Derecho de las condiciones generales. Es más, las leyes que se ocupan de regular las condiciones generales giran necesariamente en torno a las cláusulas abusivas. El objetivo básico de las mismas consiste precisamente en combatir las cláusulas abusivas para poder frenar, en la medida de lo posible, la situación de prepotencia contractual de las grandes empresas, sobre todo cuando los consumidores no tienen ninguna posibilidad de intervenir en la configuración del contenido de las relaciones jurídicas (aunque a veces, con el comportamiento que adoptan en el mercado, pueden provocar un cambio más favorable en la actitud de los que predisponen el contenido de los contratos, sobre todo en épocas de crisis económica).

No resulta siempre fácil determinar cuándo una cláusula es abusiva. Las leyes de las condiciones generales contienen verdaderos listados de cláusulas abusivas que facilitan la tarea de los que aplican el Derecho, sobre todo en una primera etapa de vigencia legal. Pero después, con la lógica adaptación de los contratos de adhesión a estos listados para evitar conflictos, hay que recurrir nuevamente a la cláusula general que cada ley inserta, la cual establece los rasgos definidores de las condiciones generales para que no sean abusivas. La determinación del carácter abusivo de una condición general, sobre la base de estas cláusulas generales, obliga a los aplicadores del Derecho a realizar un análisis interpretativo de todo el contrato de adhesión y la posición jurídica que ocupa cada una de las partes.

El concepto de cláusula abusiva no se puede reducir a un concepto único. Una censura de las condiciones generales, por ser abusivas, puede hacerse, como subraya recientemente DÍEZ PICAZO, a partir de algunas de las ideas siguientes: a) la validez y el cumplimiento de las obligaciones no puede dejarse nunca al arbitrio de una de las partes contratantes; b) cualquier desviación, especialmente si ésta se produce de modo notorio respecto de los principios y reglas de la obligación legal del tipo contractual, requiere una especial causa de justificación a riesgo de determinar, en otro caso, el carácter inequitativo de la ordenación establecida por las condiciones generales, y c) por último, está la utilización de los criterios de buena fe y de equivalencia o justo equilibrio de las prestaciones (23). En cuanto a la exigencia de la buena fe, MIQUEL GONZÁLEZ afirma que «los contratos con condiciones generales representan típicamente un peligro muy serio para la buena fe y el equilibrio de las prestaciones al sustituir las fuentes de integración del contrato por una reglamentación predispuesta por un solo contratante». Por ello, «el control de validez de las condiciones generales debe consistir precisamente en velar porque esta sustitución no se haga, en lo más mínimo, en contra de la buena fe y el equilibrio de las prestaciones». Para concluir que «en los contratos con condiciones generales debe reinar la buena fe del modo más exigente a cambio de las ventajas que proporcionan al predisponente» (23 bis).

No es pretensión mía hacer un estudio de cláusulas de trascendencia real que pueden ser abusivas. Falta para ello un cuerpo doctrinal, y sobre todo jurisprudencial, también a nivel registral (nos ha privado de ello la DGRN, dada su postura contraria a la aplicación del art. 10 LGDCU). Además de la dificultad que siempre existe si las cláusulas tienen realmente trascendencia real, como lo demuestra el extenso estudio registral realizado por AVILA HERRERO sobre las cláusulas en las hipotecas (24).

A lo largo de nuestro estudio haremos algunas referencias a la cláusula de fijación unilateral del interés variable, que en determinadas ocasiones puede ser claramente abusiva por el poder arbitrario que se atribuye a sí misma la entidad acreedora. Según la Resolución de la DGRN de 24 de abril de 1992, la suspensión o denegación debería extenderse a toda la escritura. Me pregunto si un interés usurario contenido en un contrato de préstamo hipotecario puede tener acceso al Registro de la Propiedad, bien

(23) *Fundamentos de Derecho civil patrimonial. Teoría general. Contrato*, tomo I, 4.^a ed., Madrid, 1993, págs. 352-353.

(23 bis) *Op. cit.*, trabajo inédito, págs. 22-23 del manuscrito que se me ha facilitado amablemente.

(24) *La hipoteca (Estudio registral de sus cláusulas)*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1991.

por aplicación de la Ley de Usura de 1908 (25), o bien por aplicación del número 4 de la letra c) del apartado 1 del artículo 10 de la LGDCU (26). En cualquier caso afectaría al contrato mismo, por lo que procedería la suspensión o denegación de la total escritura presentada al Registro. Es claramente abusiva la cláusula en virtud de la cual la entidad prestamista, cuando se estipula la amortización anticipada, puede cobrar una comisión o un incremento por la cantidad que se debe devolver [va en contra del núm. 5, letra c), del ap. 1 del art. 10 LGDCU] (27). A veces las cláusulas resolutorias a favor del predisponente son claramente discrecionales y, por tanto, abusivas según el número 2 de la letra c) del apartado 1 del artículo 10. O la cláusula, tan frecuente en el *leasing* inmobiliario, según la cual la falta de pago puntual de alguna mensualidad justifica la resolución del contrato, la devolución de los bienes y el pago inmediato de la totalidad o parte importante de las mensualidades aún no vencidas (28). Al haber dado carta de naturaleza real la DGRN a la cláusula penal, la misma, a veces, contiene una pena que excede sustancialmente de los daños y perjuicios que previsiblemente pueden ocasionarse [iría contra el núm. 3 de la letra c) del ap. 1 del art. 10].

Los Registradores no pueden ser ajenos a las cláusulas abusivas. Antes por razones sobre todo hipotecarias. Y ahora también por razones constitucionales y por la aparición de una regulación legal expresa de las condiciones generales que necesariamente se ocupa de las cláusulas abusivas.

Algunos hipotecaristas consideran que el control de las cláusulas abusivas puede realizarse a través del control de la causa (29). Es más, la razón no justificada de una cláusula —una cláusula abusiva— es una cláusula sin causa jurídica. La expresión «razón justificativa» a veces se utiliza también para fundamentar que una cláusula de carácter personal tiene trascendencia real, es decir, que hay una razón para su inscripción (30).

Para AMORÓS GUARDIOLA, «el pacto que impone al deudor un sacrificio desproporcionado es injustificado, carece de causa y resulta inválido» (31).

(25) Se refieren sólo incidentalmente a «cláusulas usurarias» las Resoluciones de 12 de septiembre de 1972 y 5 de junio de 1991.

(26) Cuando se dan los condicionantes de la LGDCU, deberá prevalecer esta Ley y, en su defecto, la Ley de Usura.

(27) También la considera abusiva SÁNCHEZ FRUTOS, «La hipoteca y la legislación en defensa de los consumidores», en *Hipotecas y seguridad jurídica*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1991, pág. 206.

(28) Vid. AMORÓS GUARDIOLA, «El *leasing* inmobiliario...», *op. cit.*, pág. 911, quien analiza otras cláusulas de este contrato de financiación.

(29) Así, últimamente, POVEDA DÍAZ en su conferencia sobre «El Registro de la Propiedad y la protección de los consumidores», *op. cit.*

(30) Así AVILA NAVARRO, *op. cit.*, pág. 259.

(31) «La causa del crédito hipotecario», *op. cit.*, pág. 141.

«Esa inexistencia de causa produce como consecuencia no sólo que no son inscribibles los pactos, sino que también son inválidos» (32). Refiriéndose en particular a la hipoteca, denuncia la falta de examen de las distintas modalidades de causas y de la complejidad de problemas con ellas relacionadas, así como la omisión de la significación causal de las reglas pactadas, con lo cual además se facilita la presión ejercida por las entidades de crédito y las cláusulas abusivas (33). Esto no es sólo predicable, según él, del contrato de préstamo, sino de cualquier contrato que tenga acceso al Registro de la Propiedad. Sólo que el préstamo hipotecario es, junto con el *leasing* inmobiliario, el contrato de adhesión por excelencia en el Derecho inmobiliario registral. Considera ineficaz las cláusulas por falta de causa como las que siguen: prohibición de celebrar ciertos contratos inscribibles; vencimiento anticipado cuando no están cubiertas todas las contribuciones o por suspensión o por quiebra del deudor hipotecario; vencimiento anticipado por no estar en constante cuidado, conservación y cultivo la finca hipotecada o por embargo de la finca hipotecada; vencimiento anticipado por incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contraídas por el deudor hipotecario; renuncia al derecho de solicitar la cancelación parcial de cualquiera de las hipotecas constituidas; prohibición de enajenar; facultad unilateral de inspección y de determinación del abandono o derribo de la finca hipotecada... En todas estas cláusulas, entiende AMORÓS GUARDIOLA, falta lo que él llama «justificación suficiente» (34). Estas cláusulas suponen un perjuicio injustificado para el deudor hipotecante sin un beneficio correlativo para el acreedor garantizado. Son, en definitiva, pactos abusivos y, por tanto, sin causa jurídica (35) (36).

A la causa se refiere el Registrador, como elemento de calificación que se debe tener en cuenta, en la Resolución de 24 de abril de 1992, en la cual él entiende que es preciso examinar, en el orden obligacional, la causa del pacto adherido al contrato de préstamo. Se trataba de una cláusula de interés variable. Su causa, según el Registrador, está constituida por un suceso futuro e incierto que en el ínterin contractual hace depender el contenido de la contraprestación del deudor de sus vicisitudes. Ello implicaría, según el Registrador, «la configuración de la contraprestación no como conmutativa, sino como aleatoria, y los intereses no como variables, sino como

(32) *Idem*, pág. 141.

(33) *Ibidem*, págs. 19-20.

(34) *Ibidem*, págs. 134-135.

(35) *Ibidem*, pág. 135.

(36) Esta tesis ya la defendió cuando analizó las cláusulas abusivas en «El *leasing* inmobiliario...», *op. cit.*, en concreto cuando dictamina la cláusula por virtud de la cual la sociedad *leasing* se exonera de responsabilidad si no encuentra el inmueble a disposición del arrendatario en la fecha convenida, pág. 909.

aleatorios si se les denomina según su causa (arts. 1.261, 1.274 y 1.275 CC). Lo que es incompatible con la LGDCU, que impone el carácter estrictamente conmutativo del contrato, siendo nulos los pactos que alteran su causa». Insiste en que es una cláusula nula porque mediante ella «se trasladan los riesgos de las fluctuaciones económicas del mercado del prestamista al prestatario sin paliativos ni ponderación posible». Ello, lógicamente, tiene también una trascendencia real por lo que no cabe inscribir una cláusula que es ilícita por «falta de autoridad y competencia de la entidad prestamista para fijar el módulo y por falta de causa» del pacto adherido al contrato de préstamo.

Este planteamiento, el querer llevar el control de las cláusulas abusivas a la causa, merece alguna meditación por el eco que ha encontrado entre los hipotecaristas. Y también por la trascendencia jurídica que tiene al identificar la falta o ilicitud de la causa con las cláusulas abusivas. Sin embargo, considero erróneo este planteamiento, a no ser que la cláusula en cuestión altera todo el contrato, pudiendo afectar también a la causa del mismo, con lo que el contrato en sí mismo puede ser contrario a los derechos del consumidor. Pero normalmente no sucede esto. Es algo excepcional, lo que explica que la nulidad a que dan lugar las cláusulas abusivas es, por norma general, parcial.

La causa es un elemento estructural básico del contrato, cuyo control es bien distinto a las cláusulas abusivas. Mediante la causa se trata de controlar un elemento básico del contrato de acuerdo con criterios tales como la legalidad, el orden público (actualmente, sobre todo, el orden público económico) e, incluso, la moral (en su concepción social más que individual). Las cláusulas abusivas cuando se dan son, por el contrario, resultado de una situación jurídica en la que hay una clara desproporción entre las prestaciones desde el momento de la celebración del contrato, en perjuicio para el contratante que no ha tenido ningún poder de decisión contractual, limitándose su intervención a la mera aceptación del clausulado impuesto para obtener, así, el bien de consumo, que es su principal interés.

La causa por ser un elemento estructural del contrato afecta a la misma esencia del contrato. Esta cualidad no es predicable de las cláusulas abusivas, a no ser que tienen por objeto la regulación de la obligación principal del contrato. En este caso no son, según ALFARO AGUILA-REAL, condiciones generales (37). Incluso cuando son condiciones generales, de ser abusivas, la nulidad vendrá dada por aplicación pura y simple del artículo 1.261 del CC y no por el juego del Derecho de las condiciones generales (38). Esta solución puede argumentarse, según este mercantilista, «desde una interpretación

(37) *Op. cit.*, pág. 138.

(38) *Idem*, pág. 140.

de la LGDCU, conforme con la Constitución, dado que en los países de economía (social de mercado) la fijación de los precios y de las ofertas de bienes y servicios viene encomendada al mecanismo del mercado por medio de la competencia y sólo excepcionalmente (bienes en régimen de monopolio o en general intervenciones del Estado eliminadoras del mercado) los determina imperativamente el Estado» (39). No obstante, algunas matizaciones deben hacerse. Normalmente, los elementos esenciales son producto de un acuerdo individual (los objetos siempre están individualizados...), con la inclusión de unas cláusulas que pueden estar no negociadas, sino impuestas. En estos casos el control es doble. Por una parte, los elementos esenciales están sujetos a la normativa del Código Civil. Por otra, las condiciones generales están sometidas al artículo 10 de la LGDCU. En ambos casos la anomalía en los elementos esenciales (ilicitud de la causa o ilicitud del objeto) y en las cláusulas (su carácter abusivo) tiene como resultado la nulidad, que es total cuando proviene de los elementos esenciales y es parcial —por norma general— cuando tiene su origen en una cláusula abusiva. Pero la nulidad de las cláusulas abusivas, normalmente, no procedería si no hubiese una sanción legal prevista como ahora en el apartado cuarto del artículo 10 (en estos casos, cuando es viable, los Tribunales tratarían normalmente de corregir la desproporción existente entre una prestación y otra). No se debe confundir situaciones ilícitas con situaciones abusivas, aunque ambas, en la esfera de la contratación en masa, necesitan de una misma protección que se traduce, entre otras medidas, en la declaración de nulidad absoluta (total o parcial). En definitiva, los mecanismos correctores, diferentes antes de la aparición del Derecho de las condiciones generales, se aproximan en la actualidad. La inexistencia, la invalidez, la simulación absoluta..., provocadas por la anomalía en la causa, destruyen el contrato en su totalidad. Sin embargo, cuando el contrato contiene cláusulas abusivas individuales, se tratará ante todo corregir el posible desequilibrio causado por la cláusula abusiva o no se da por puesta en el contrato. Sólo últimamente se opta por sancionar por ley con la nulidad la cláusula que es abusiva cuando es una condición general, pero sin destruir el contrato que une a las partes contratantes. A nivel comunitario se va más lejos todavía, proponiendo que la nulidad se extienda, en determinados casos, a las cláusulas individuales o negociadas que forman parte de un contrato de adhesión.

Lo que ha variado también es el centro de atención. En los contratos individuales la causa sigue siendo un elemento tenido en cuenta. En los contratos de adhesión lo decisivo son las cláusulas abusivas. De ahí que se hayan acentuado en los sistemas jurídicos avanzados los mecanismos de control de las cláusulas abusivas.

(39) *Ibidem*, op. cit., págs. 140-141.

Por otra parte, por lo que se refiere a los préstamos hipotecarios, junto a la causa está la accesoriedad de la hipoteca, lo que obliga a los Registradores a comprobar la validez del título constitutivo, la existencia y validez de la obligación y de la garantía constituida. Si bien muchas cláusulas tendrán un carácter exclusivamente personal, ya que, como señala AVILA NAVARRO, «la posibilidad de asegurar con garantía real el cumplimiento de obligaciones personales está limitada por la consideración de que el estatuto de la propiedad inmobiliaria no puede quedar al arbitrio de uno de los interesados, la exigencia de una razón justificativa y el principio de libre circulación de los bienes» (40). No obstante, cada vez más, tienen acceso al Registro de la Propiedad cláusulas, especialmente cuando están recogidas en préstamos hipotecarios, que en realidad son de naturaleza personal, quizá porque, como dicen las Resoluciones de 5 y 20 de junio de 1987, «junto al contenido típico del derecho de la hipoteca se establece todo un conglomerado de deberes a cargo del deudor e hipotecante y correlativas facultades en favor del acreedor, con pretensión de constituir una situación jurídica unitaria de naturaleza real que reclama la inscripción en su totalidad» (prima el principio de accesoriedad sobre la distinción real o personal de los derechos...). Precisan las Resoluciones de 5, 6 y 7 de febrero de 1990 que «la plasmación registral del negocio no puede realizarse exclusivamente en función de la naturaleza básica, real u obligacional de cada una de sus estipulaciones, sino que, junto a este criterio, ha de procurar la no desnaturalización de la autornomación de los intereses particulares efectuada por los otorgantes dentro de los límites legales». Parece que se le quiere dar más relevancia a los intereses, obviamente patrimoniales, pero que son, sobre todo, los intereses del acreedor y, con ello, los intereses que subyacen en la política de fomento del crédito territorial.

Después de estas reflexiones, considero que el control de las cláusulas abusivas —aparte de ser necesario— no pasa por el control de la causa del contrato, sea individual o sea de adhesión. Es, en realidad, mucho más complejo, especialmente cuando se trata de préstamos hipotecarios. Por otra parte, como he explicado antes, son controles distintos, aunque pueden tener el mismo efecto jurídico. El control de la cláusula abusiva es también mucho más complejo, por cuanto hay que hacer una valoración de la cláusula si no está comprendida entre las cláusulas señaladas por el legislador ya de antemano como abusivas. Ello, sin embargo, no debe constituir, al menos en principio, un obstáculo para que este control también sea ejercido por el Registrador por su deber de controlar también la legalidad intrínseca de los títulos inscribibles. La cuestión, entonces, es si los Registradores pueden entrar en valorar una cláusula como abusiva, lo que supondría un

(40) *Op. cit.*, pág. 259.

control amplio, o si la calificación es sólo factible cuando la cláusula viene previamente descrita como abusiva, con lo que el control será más bien exiguo (especialmente con la LGDCU, que sólo predetermina algunas cláusulas como abusivas). Esta cuestión está íntimamente relacionada con la función que ejerce el Registrador cuando realiza la actividad calificadora.

V. LA POSTURA DE LA DGRN ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LGDCU

Apoyándose en la necesaria validez de los contratos, la DGRN ha permitido a los Registradores, en numerosas ocasiones, ejercer un verdadero control tanto sobre los elementos esenciales del contrato que sirve de base para la inscripción de un derecho real como de sus cláusulas de trascendencia real, adentrando, por tanto, en la esencia del contrato mismo y de su estructura. Sobre esta base, la DGRN ha asumido como propio cuestiones de tanta envergadura como las siguientes:

- la autonomía privada y la libertad de contratación,
- la buena fe,
- la causa del contrato (41),
- el orden público, en especial el orden público económico,
- la licitud de las cláusulas...

La razón por la que la DGRN ha apostado en muchas ocasiones por una interpretación amplia del artículo 18 de la LH hay que buscarla en la función cuasijudicial o parajudicial que se ha asignado a sí misma. Una función que va más allá de un mero control formal, que se extiende también sobre aspectos sustantivos, como es la validez de los actos dispositivos, para lo cual está perfectamente facultado el Registrador en virtud del artículo 18 de la LH, con la consiguiente consecuencia de que la DGRN ha hecho igualmente valoraciones sobre aspectos fundamentales para la existencia y validez de los títulos en su doble contenido real y obligacional. Sin embargo, la doctrina registral no ha reflexionado especialmente sobre el alcance y el significado que tiene el término «validez» utilizado por este precepto, seguramente porque tiene claro que todo acto que no cumpla con los requisitos esenciales que impone el Ordenamiento jurídico implica invalidez, identificando la invalidez con la nulidad del contrato. La validez sustantiva de los actos no depende exclusivamente del cumplimiento de las normas

(41) A título de ejemplo, en la reciente Resolución de 5 de junio de 1991 se invocan, entre otros preceptos, los artículos 1.261.3 y 1.274 del CC para denegar la inscripción de la compraventa en garantía.

imperativas —es un planteamiento excesivamente legalista—, sino que está condicionada por la concepción que se tenga en cada momento histórico de los principios que configuran el sistema jurídico. De ello ha sido consciente la DGRN cuando ha compartido la denegación de la inscripción de una cláusula contraria al Derecho contractual, apoyándose en más de una ocasión en la autonomía privada (Res. de 25 de noviembre de 1935, 4 de noviembre de 1968 y 12 de septiembre de 1972, a título de ejemplo), en el orden público (Res. de 25 de noviembre de 1935) o más concretamente en el orden público económico (Res. de 18 de enero de 1971) como principios que se vulneran con una cláusula impuesta o arbitraria, aparte de tener en consideración las normas y los principios del Derecho hipotecario (como también en la esfera registral mercantil en la que se ejerce un control muy directo sobre el contenido de las escrituras de constitución de sociedades mercantiles, controlando igualmente la legalidad intrínseca de las normas estatutarias).

De acuerdo con el artículo 18 de la LH, es objeto de calificación registral la nulidad absoluta en cuanto el acto que lo padece carece *ipso iure* de efectos jurídicos. GÓMEZ GALLIGO incluso va más lejos, incluyendo también los actos meramente anulables por entender que, «de lo contrario, el Registro publicaría situaciones jurídicas de eficacia efímera o claudicante en contra del principio básico a que responde el sistema hipotecario, que es la seguridad del tercero que contrata en el ámbito inmobiliario» (42).

El deber de entrar en la validez también sustantiva de los actos dispositivos concede al Registrador un amplio control de los elementos esenciales de aquellos contratos que sirven de base para la realización de actos dispositivos sobre bienes inmuebles y de sus respectivas cláusulas —éstas cuando son de trascendencia real—, lo que nadie puede discutir mientras el sistema registral no sea un sistema meramente tabular. Por ello, resulta un tanto difícil comprender la postura que ha tomado recientemente la DGRN en cuanto a las cláusulas abusivas contenidas en los contratos de adhesión, negando que el Registrador pueda entrar a calificarlas como tales por no tener medios para ello. No ha sido ésta su postura cuando no existía el artículo 10 de la LGDCU. Ni siquiera lo llegó a cuestionar. Basta recordar algunas resoluciones de la DGRN.

En la Resolución de 25 de noviembre de 1935, la DGRN comparte la calificación registral de denegación de la inscripción de determinadas cláusulas. Entre otras razones, basa su decisión en que son pactos que contravienen el principio de libertad contractual al limitar hipotecariamente el derecho del dueño a disponer de sus bienes y constituye una sanción para el caso de que el deudor ejercite sus facultades dispositivas. Otra cláusula

(42) *Op. cit.*, págs. 107-108.

cuya inscripción se deniega —se había impuesto la renuncia del derecho a pedir la cancelación parcial a la otra parte **contractual**— es porque es contraria al interés público y porque puede perjudicar a terceros. La DGRN va mucho más lejos que el Registrador, quien había denegado su inscripción por razones estrictamente hipotecarias. Rechaza las cláusulas, además, por ir en contra de principios que son fundamentales para el Derecho contractual y que vienen perfectamente recogidos en el artículo 1.255 del CC. La DGRN no puede ser ajena a estos principios y por ello, cuando es necesario, apoya sus decisiones en estos principios, además de los principios hipotecarios, como en el presente caso. Una cláusula limitativa que no tiene razón de ser es una cláusula abusiva, como pueden ser determinadas cláusulas de operaciones de descuento garantizadas mediante una hipoteca. En el mismo sentido, la Resolución de 18 de enero de 1979, que declara que no son admisibles los pactos limitativos del poder de disposición del hipotecante, argumentando, además, que tales limitaciones son contrarias al fomento del crédito territorial. El Registrador, cuando se encuentra con estas cláusulas, debe denegar su inscripción. Entonces, fundamentalmente sobre la base de los artículos 1.255, 1.256 y 1.258 del CC. En la actualidad, cuando se dan los requisitos de los ámbitos subjetivo y objetivo, sobre la base del artículo 10 de la LGDCU. No existe ninguna razón para cambiar de criterio. Los mismos medios para calificar una cláusula como abusiva los tiene el Registrador tanto antes como ahora.

Las Resoluciones de 5 de febrero y 27 de abril de 1945 analizan la validez de la siguiente cláusula para el caso de que haya de ejercitarse la acción hipotecaria: «Se puede acreditar el saldo deudor por certificación de los datos obrantes en los libros de contabilidad de la entidad acreedora». El Registrador entendió que este pacto iba en contra de los artículos 1.255 y 1.256 del CC, ya que se puede acreditar el saldo sin intervención o consentimiento del deudor. De lo contrario, la inversión de la carga de la prueba puede resultar excesivamente gravosa para el deudor. Dio la casualidad que ya entonces se había aprobado una reforma del artículo 153 de la LH, el cual expresamente concede a los bancos, Cajas de Ahorro y las sociedades de crédito debidamente autorizadas la potestad expresa de certificar el saldo, pero con la posibilidad de oponerse el deudor hipotecario cuando hay error o falsedad, ofreciendo la norma el cauce procesal para ello. Aunque la Reforma no había entrado en vigor, las dudas sobre las consecuencias jurídicas de este derecho —argumenta la DGRN— quedarán desvanecidas, en su día, cuando ya se pueda aplicar. Además, la DGRN en la Resolución de 16 de junio de 1936 se había pronunciado ya sobre la licitud de este pacto. Entre otras razones, esgrimió la seriedad de los bancos y la posibilidad del deudor de poder ejercer siempre las acciones en los juicios correspondientes. No era tan clara la posición del deudor cuando el legislador

tuvo que intervenir para darle la posibilidad de poder oponerse directamente, sin tener que acudir a los juicios declarativos correspondientes, limitando además esta potestad sólo a las entidades crediticias debidamente autorizadas. Estas resoluciones constituyen un claro ejemplo de cómo el Registrador y también la DGRN entran a analizar la estructura y la esencia de las cláusulas en relación con el contrato del que forman parte.

En las Resoluciones de 3 y 4 de marzo de 1952 se declara inadmisibles el pacto consignado en una escritura de reconocimiento de deuda e hipoteca, expresivo de «aceptar el valor del trigo, tasa oficial media como regulador del capital a reintegrar en caso de depreciación de la moneda». Aparte de la falta de claridad imputada a esta cláusula e indeterminación de la responsabilidad real, cuestiones ante todo hipotecarias, también la ilicitud de la misma impide, a juicio de la DGRN, su inscripción. Al menos lo es para la DGRN cuando forma parte de un contrato de préstamo sujeto al criterio nominalista, como lo es para un sector de la doctrina —al menos en aquella época—, para la cual es exorbitante, oponiéndose, por tanto, a la moral; beneficia, además, sólo al acreedor; y es contraria al orden público, en cuanto es incompatible con el interés de la comunidad (aunque el Tribunal Supremo, en Sentencia de 4 de enero de 1951, ya había abierto una brecha a favor de la validez de la cláusula de estabilización). En realidad, el tema central de este tipo de cláusulas es la claridad de las mismas y la predeterminación de unos criterios objetivos, como así lo entendió el legislador, acertadamente, en virtud del Decreto de 17 de marzo de 1959, dando con ello entrada a las cláusulas de estabilización en el Derecho registral (admitidas y reguladas en el núm. 3 del art. 219 RH). No obstante, basándose sobre todo en el artículo 1.255 del CC, la DGRN cuestionó hasta la licitud de las mismas por ser contrarias a la moral y al orden público (43), lo que pone de manifiesto claramente el control tan amplio que ha ejercido sobre la validez de los actos dispositivos. En la Resolución de 12 de septiembre de 1972 se determina claramente que la cláusula de estabilización es claramente incompatible cuando se inserta en préstamos hipotecarios destinados a la financiación de la adquisición de viviendas de protección oficial sujeta a la Orden ministerial de 17 de octubre de 1966, al entrar dentro de la prohibición del artículo 1.255 del CC. Aunque no estaba prohibida expresamente en la citada Orden ministerial, la DGRN dedujo de

(43) También niega la validez de estas cláusulas, por ser contrarias a la moral y al orden público económico, VALERIANO TENA en su estudio «Las fluctuaciones en el valor de la moneda y el Registro de la Propiedad», *RCDI*, 1950, págs. 705 y sigs. En contra, sin embargo, ROCA SASTRE, para quien estas cláusulas no suponen usura ni explotación de ninguna clase, y la utilidad económica también se da en ellas al constituir un freno contra el abuso de la inflación («Eficacia de la cláusula "valor oro"», *RDP*, 1950, págs. 1 y sigs.).

su contenido, atendiendo a la protección social que dispensa, que esta cláusula no podía tener acceso al Registro de la Propiedad, compartiendo la denegación de su inscripción por el Registrador.

VI. LA POSTURA DE LA DGRN ANTE EL ARTICULO 10 DE LA LGDCU

No se puede decir que la DGRN haya tenido una línea uniforme ante el artículo 10 de la LGDCU. Pero, sobre todo, no ha sabido delimitar las cuestiones realmente relevantes del Derecho de las condiciones generales en el ámbito estrictamente registral, lo que ha provocado una jurisprudencia registral poco explícita, sin grandes pronunciamientos, y tampoco ha ahondado —quizá por prudencia— en qué medida incumbe al Registrador entrar en el carácter abusivo de las condiciones generales, especialmente importante por las últimas resoluciones que niegan esta posibilidad. Y tampoco ha matizado el alcance que tienen en el ámbito registral las cláusulas imprecisas.

Resulta muy poco explicativa la afirmación de las Resoluciones de 8, 9 y 10 de octubre de 1987 que «el Registrador no tiene medios para apreciar si las cláusulas son abusivas». Estas Resoluciones parecen dar a entender que el control de las condiciones generales abusivas no está incluido en el deber de calificar «la validez de los actos dispositivos», según establece expresamente el artículo 18 de la LH. Ni siquiera precisa si del control quedan excluidas las condiciones generales que en el artículo 10 de la LGDCU son descritas como abusivas.

Hubiera sido interesante, ya que ocasiones ha tenido la DGRN, que se hubiera planteado cómo se pueden incardinar los principios de especialidad y de legalidad, que tanta importancia tienen para el control de las condiciones generales, en el Derecho de las condiciones generales. Y viceversa, en qué medida el Derecho de las condiciones generales condiciona el Derecho inmobiliario registral.

En realidad, la DGRN se ha contentado con el principio de especialidad cuando las cláusulas carecen de la necesaria determinación, olvidando, sin embargo, que cuando son condiciones generales están sometidas a los requisitos que señala la letra a) del apartado primero del artículo 10, cuya vulneración se sanciona con la nulidad, por lo que debe denegarse la inscripción y no procede, por tanto, la simple suspensión como en los demás casos cuando se falta al principio de especialidad. O simplemente no procede su inscripción porque no llegan a integrarse las cláusulas imprecisas en el contrato de adhesión. Aunque, como ya se ha precisado, es conveniente en ocasiones la suspensión de la inscripción, incluso de la escritura para

no desvirtuar la voluntad contenida en el contrato de adhesión (así la Res. de la DGRN de 24 de abril de 1992). El mismo criterio ha de ser tenido en cuenta cuando se trata de cláusulas de trascendencia real que son calificadas como abusivas.

Ha faltado también una mayor explicación del artículo 10, sobre todo por parte de los Registradores cuando suspenden o deniegan la inscripción de una cláusula con base en este precepto. Sorprende, además, al menos desde el punto de vista de la estricta técnica jurídica, que muy pocas veces se cuestione el cumplimiento de los requisitos en cuanto al ámbito subjetivo y objetivo para la aplicación de la LGDCU (sólo mínimamente en la Res. de 7 de septiembre de 1988 cuando el Registrador nuevamente informa después del auto presidencial; se lo cuestiona, sin embargo, si se cumple con el requisito del ámbito objetivo, el Registrador en su nota de calificación que después provocó la Res. de 1 de junio de 1992 y las que la siguen). Como igualmente no se plantea, por razones que se derivan principalmente del principio de especialidad, que cuando dictamina el Registrador una cláusula imprecisa está dispensando, al mismo tiempo, una protección al consumidor. Sin embargo, este control —que es amplio— está vedado para las cláusulas abusivas, a pesar del principio de legalidad, lo que no deja de ser sorprendente teniendo en cuenta que la jurisprudencia registral anterior a la LGDCU defendía una postura mucho más favorable respecto de las cláusulas abusivas (bajo el manto de la ilicitud). Tampoco se comprende muy bien por qué la vulneración del artículo 10, en ocasiones, es causa de suspensión y, en otras, causa de denegación de la inscripción.

Tiene uno la impresión de que la LGDCU o está fuera del Registro de la Propiedad o es sólo una ley complementaria, cuando el artículo 10 constituye una norma central del Derecho contractual, como lo han sido, incluso en la actualidad, además con el mismo peso, los artículos 1.255, 1.256, 1.258 y 1.288 del CC. Y, por tanto, lo debe ser también para el Derecho inmobiliario registral. La frecuente relegación a un segundo plano del artículo 10 se comprueba en muchas Resoluciones en los que, en algún momento de su tramitación, se invoca expresamente la LGDCU, sin que después sea tenida en cuenta en la parte dispositiva de la resolución (por ejemplo, las Resoluciones de 5, 6 y 7 de febrero de 1990, en las que se hace expresa referencia en la fundamentación jurídica a los principios de determinación y legalidad, pero sin mencionar el art. 10 LGDCU, aplicado, sin embargo, en el auto del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña). O se cita entre las normas que sirven de «fundamentos de Derecho» a la Resolución, pero sin ninguna alusión y desarrollo en la misma. El caso más claro, al menos para mí, es la Resolución de 26 de noviembre de 1990 en la que se menciona expresamente el número 8 de la letra c) del apartado 1 del artículo 10 como fundamentación jurídica, pero después,

cuando se dictamina por la DGRN la decisión del Registrador —que ni siquiera en ningún momento había hecho alusión al art. 10—, es totalmente silenciado (quizá porque en realidad no se daban los requisitos para la aplicación del art. 10) (44).

(44) El Registrador había optado por la suspensión de la inscripción del documento que fue objeto de calificación, en unión de la escritura subsanada, por una serie de defectos (se trataba de una hipoteca de máximo en garantía de una cuenta corriente de crédito): *a)* inconcreción de las obligaciones garantizadas por la hipoteca de máximo; *b)* extensión de la hipoteca a los intereses devengados por el saldo una vez cerrada la cuenta; *c)* tampoco se puede extender a los impuestos, como tampoco puede englobar costas y gastos; y *d)* el vencimiento anticipado no puede darse cuando el deudor hipotecario cae en suspensión de pagos o concurso de acreedores.

En el presente caso, como explica la resolución, una pluralidad de personas constituyen sobre una pluralidad de fincas una única hipoteca unilateral de máximo en favor de una pluralidad de bancos. No se pretende garantizar con ella un único crédito, presente o futuro, del que los bancos sean cotitulares mancomunados o solidarios. Por el contrario, se asigna a cada Banco en la única hipoteca una cuota de máximo —las cuotas son desiguales— con la cual quedarán garantizadas las obligaciones, presentes o futuras, que el único deudor, una sociedad anónima, tenga con la entidad bancada respectiva.

No se cuestiona la posibilidad de tan singular figura de hipoteca única, sino la indeterminación de la cláusula por la cual «las obligaciones garantizadas pueden ser cualesquiera que tenga su causa en negocios u operaciones propias del tráfico de bancos de cualquier tipo, sin excepción alguna». También se pacta que «los bancos incluirán las obligaciones a cargos en la cuenta, cuyo saldo en determinado día será garantizado, sin tener en cuenta la forma de determinación de las obligaciones futuras que establece el artículo 238 del RH». Finalmente, «la parte acreditada no tendrá derecho a disponer de cantidad alguna con cargo a la cuenta».

Por la DGRN se argumenta, en cuanto al primer defecto, 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 el contrato modificativo de las obligaciones que la escritura supone, las normas que sustraen, como principio, la materia de la 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 (cfr. art. 1.273) 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».

Llama la atención que se cite expresamente el número 8 de la letra *c)* del apartado 1 del artículo 10 como norma aplicable cuando después ninguna alusión se hace a continuación. La referencia expresa, por el contrario, al principio hipotecario de especialidad y a principios propios del Derecho contractual del Código Civil puede explicarse por dos circunstancias bastante evidentes: *a)* difícilmente la sociedad mercantil tiene la condición de consumidor, dado que la amplitud de operaciones que se garantiza hace pensar que son para sus propias operaciones mercantiles, y *b)* dada la singularidad del contenido de la escritura, las cláusulas pactadas no pueden ser calificadas como condiciones generales. ¿Cómo, entonces, se recurre a la LGDCU?

Por otra parte, la invocación del principio de especialidad y los propios principios que inspiran la contratación individual, y por tanto conforme a los criterios del CC, ponen una vez más de manifiesto que la DGRN realiza en numerosas ocasiones un control amplio de las cláusulas que son imprecisas o abusivas. Cuando rechaza que «la carga de la prueba pueda sustraerse de la autonomía de la voluntad» y que «la necesaria

Para una mayor comprensión de la jurisprudencia registral respecto de la LGDCU, analizaremos algunas Resoluciones en las que el artículo 10 es tenido en cuenta, agrupándolas en razón de la viabilidad de la protección del consumidor en el ámbito registral:

- a) aplicación directa del artículo 10,
- b) el artículo 10 no se puede aplicar *ipso iure*, y
- c) el Registrador no tiene medios para apreciar si las cláusulas son abusivas.

a) *Aplicación directa del artículo 10*

Entre todas las Resoluciones que en algún momento se refieren al artículo 10, sólo he encontrado una que de forma clara aplica directamente este precepto, que es la Resolución de 7 de septiembre de 1988. Antes de entrar en su comentario, quizá sería conveniente destacar algunas particularidades. El Registrador sólo invoca la LGDCU después de que dictase auto el Presidente de la extinta Audiencia Territorial de Valladolid, en virtud del cual se revocó la nota registral que denegó la inscripción de una cláusula de interés variable, en la cual se facultaba a la entidad prestamista para la fijación del interés preferencial sobre criterios no objetivos, de forma unilateral y sin intervención del deudor. No hay, sin embargo, ninguna alusión a la LGDCU en el momento de la denegación de inscripción y tampoco después del recurso interpuesto por el Banco cuando defiende el Registrador nuevamente su postura. El Registrador, cuando invoca la LGDCU, considera que se dan las bases para su aplicación a tenor de los artículos 1.2 y 10.2, sin entrar en más valoraciones en cuanto al ámbito subjetivo y objetivo de la referida Ley. Cita igualmente sin ninguna otra consideración los números 2 y 5 de la letra c) del apartado 1 del artículo 10, en relación con el artículo 1.256 del CC.

La cláusula en cuestión (45), por la que se establece que el tipo de interés anual será el mismo que rija en el Banco prestamista como tipo de

determinación del objeto del contrato quede al arbitrio de uno de los contratantes», está haciendo valoraciones sobre el carácter abusivo de las cláusulas». Por lo tanto, en el presente caso no sólo le preocupa la indeterminación de las obligaciones que son objeto de garantía hipotecaria, con lo cual está cumpliendo con el principio de especialidad o de determinación, sino el contenido abusivo de algunas cláusulas, lo que me parece totalmente acertado, ya que es un deber suyo como venimos defendiendo.

(45) Se da por supuesto la trascendencia real de esta cláusula. Se pactó que la cláusula «sólo afectará a terceros en la medida en que la cuantía de los intereses reclamados esté cubierta por la cifra máxima de responsabilidad que para responder de los intereses devengados y no satisfechos se establece en la cláusula quinta» (se fijó como límite máximo en perjuicio de terceros la cantidad de 4.075.000 pesetas).

interés preferencial, más que dejar al arbitrio de una parte la fijación del interés (ya que los intereses están muy condicionados por el mercado financiero como razona el recurrente, que impide la fijación de cualquier tipo de interés), carece de la suficiente objetividad que permita conocer al prestatario los criterios de cómo se fija este interés variable (por ejemplo, mediante la referencia a tipos interbancarios como los de MIBOR o LIBOR). Esta falta de objetividad puede desembocar en situaciones de desequilibrio, por lo que, como prevención y beneficio de los consumidores, exige el artículo 10 en el apartado 1, letra a), la concreción, claridad y sencillez en las cláusulas. No es de aplicación el número 5 de la letra c) de este apartado, ya que el interés preferencial, como los intereses que cobra el Banco por la concesión de los préstamos, son prestaciones adicionales.

La falta de objetividad, que puede permitir un uso abusivo de la cláusula pone en relación el principio de especialidad con el principio de legalidad, por cuanto las cláusulas imprecisas, y por tanto abusivas potencialmente, no deben tener acceso al Registro de la Propiedad, debiendo dar lugar a la denegación de su inscripción, más ahora por ser cláusulas radicalmente nulas según el apartado 4 del artículo 10 —cuando son condiciones generales—. O no llegan a inscribirse porque no llegan a integrarse. De este modo se pueden evitar abusos posteriores. No obstante, si se considera que con ello se desvirtúa la voluntad contractual, especialmente la de la entidad prestamista, quizá sería mejor la denegación o suspensión de la escritura en su totalidad, como nos lo recuerda la Resolución de 24 de abril de 1992.

La DGRN pone especial acento en el carácter abusivo de la cláusula sobre la base de los artículos 1.256 del CC y 10.1.c).2 de la LGDCU. «Es evidente —señala— que la estipulación va contra la norma que establece que la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes». Es frecuente poner en relación el artículo 1.256 del CC, como otros preceptos claves del Derecho contractual (así, por ejemplo, los arts. 1.255, 1.258 y 1.288), con el artículo 10 de la LGDCU. Sin embargo, este precepto estaba pensado, como los demás, para los contratos individuales, en los que los contratantes se suponía que estaban en una situación de igualdad al menos formal. De esta premisa parte todo Código Civil decimonónico. Por el contrario, el artículo 10 de la LGDCU, como cualquier Ley de condiciones generales, parte de postulados más bien opuestos: contratos de adhesión, predisposición de una de las partes, especial protección del contratante más débil... Lo que ha sucedido es que las normas generales del contrato son interpretadas conforme a la evolución que se está produciendo desde hace ya bastante tiempo en el ámbito de la contratación (sobre la base del art. 3.1 CC). También el artículo 1.256 del CC se invoca para combatir las cláusulas que permitan a una de las partes utilizar arbitrariamente los derechos que le son confe-

ridos. Pero todavía se discute en torno al significado y sentido general de este precepto, pensando más en los contratos unilaterales, según apunta nuevamente Díez-Picazo (46). No obstante, tienen en común el efecto de la nulidad, que puede ser también parcial, cuando se aplica el artículo 1.256.

Facultar al predisponente para que pueda a su arbitrio determinar, en su interés, el desarrollo de la relación contractual viene sancionado, con carácter general, en el número 3, y más específicamente en el número 4 de la letra c) del apartado 1 del artículo 10. No existe ninguna razón para invocar, como hace la DGRN, el número 2, que declara como cláusula abusiva aquellas que «otorguen a una de las partes la facultad de resolver discrecionalmente el contrato» (47).

La DGRN entiende que la cláusula por la que se faculta a la misma entidad prestamista a utilizar sus propios tipos preferenciales permite que «el contrato quede al arbitrio del Banco, que podría ponerle fin, al término de cada año, por la vía práctica de aumentar a su capricho los intereses, con grave detrimento no sólo de los intereses del deudor, sino también del tercer poseedor y, por ende, del tráfico inmobiliario». Tanto como utilizar esta facultad de forma caprichosa es desconocer la realidad del mercado bancario. Pero en el momento en que puede haber una posibilidad de que una de las partes pueda utilizar un derecho o una facultad de forma arbitraria, se debe evitar que la cláusula produzca sus efectos recurriendo incluso a la nulidad, como lo hace la LGDCU. En el caso presente la posible arbitrariedad viene dada, por una parte, por la falta de objetividad, y por otra, pero en menor medida, por la utilización de la entidad prestamista de sus propios tipos preferenciales.

Sin embargo, ninguna alusión se hace por parte del Registrador en su calificación y, por tanto, tampoco por la DGRN, del resto del contenido de la cláusula que comprende el deber de comunicación por parte de la entidad prestamista de la modificación en el tipo de referencia y la concesión al prestatario del derecho de desistir del contrato de préstamo hipotecario. El silencio, probablemente, se debe a que estas cláusulas normalmente no tienen trascendencia real, aunque en ocasiones puede ser que a la entidad prestamista le interese su inscripción registral. Por lo que respecta al deber

(46) *Comentario al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, tomo II, págs. 432-433.

(47) Para DÍAZ ALABART la cláusula discutida va contra varios apartados del artículo 10.1.c), «pues no sólo encontraría acomodo en las cláusulas abusivas recogidas en los apartados 2.º y 5.º del precepto como menciona el Registrador, sino que también lo tendría en el amplísimo apartado 4.º (condiciones abusivas de crédito)», en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, dirigidos por R. BERCOVITZ y J. SALAS, Madrid, 1992, págs. 282. También para los Registradores ALVAREZ PÉREZ y GARCÍA GARCÍA es una cláusula abusiva en sus *Notas prácticas y casos del seminario de Cataluña* [vid. Bol. del Col. Nac. de Reg., 1992, pág. 2608].

de comunicación mediante carta certificada al domicilio que figura en el contrato de préstamo, el plazo es excesivamente breve —un día hábil respecto del comienzo de un nuevo período—. Igualmente es muy reducido el plazo para el caso de que los prestatarios no aceptaran el nuevo tipo preferencial —antes de las nueve de la mañana del día en que se inicie el período de interés, entendiéndose, en caso contrario, que aceptan el tipo propuesto—. Más razonable es el plazo, en caso de no aceptación, para reembolsar el principal del préstamo y los intereses devengados con arreglo al último tipo aplicado —un mes—. Por último, ninguna consideración recibe por parte del Registrador el derecho del Banco de poder rescindir el contrato de préstamo y dar por vencido el préstamo al término del mencionado plazo de reembolso [si bien en el informe el Registrador invoca el núm. 2 de la letra c) del ap. 1 del art. 10, como también la DGRN, que se refiere expresamente a las cláusulas de resolución unilateral de los contratos cuando son discrecionales] (48).

Aunque la DGRN se centra exclusivamente en la arbitrariedad de la cláusula de interés variable, realiza un control amplio sobre la base del principio de legalidad, en este caso intrínseco, que subyace en el artículo 18 de la LH, el cual requiere, entre otras exigencias, la validez del acto objeto de inscripción, en este caso la cláusula de trascendencia real.

b) *El artículo 10 no se puede aplicar «ipso iure»*

Varias Resoluciones (16 de marzo y 26 de diciembre de 1990 y 24 de abril de 1992), ante la falta de concreción por parte del Registrador en su calificación denegatoria por vulneración del artículo 10, niegan que las cláusulas pueden ser tachadas de nulidad *ipso iure*. Desde un punto de vista de técnica jurídica no le falta razón a la DGRN, dado que la calificación, como cualquier actividad jurídica de interpretación y aplicación del Derecho, más cuando tiende a ser «cuasi o parajudicial» como en este caso, debe estar fundamentada jurídicamente, más cuando el artículo 10 contiene una expresa regulación legal de las condiciones generales. Pero por la trascendencia que tiene la aplicación del artículo 10 —nada menos que la protección del consumidor—, su invocación para denegar la inscripción de una cláusula debe ser suficiente para que la DGRN entre en valorar la cláusula. ¿Acaso no entraría si se invoca un apartado de este precepto que no corresponde a una cláusula apreciada como abusiva para mantener, no obstante, la calificación denegatoria?

(48) Consideran claramente abusiva esta cláusula los Registradores ALVAREZ PÉREZ y GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pág. 2607.

El Registrador (49), en su calificación de las escrituras que dieron lugar a las Resoluciones de 26 de marzo y 26 de diciembre de 1990, da a entender que no es necesaria la concreción de la vulneración del artículo 10, ya que puede ser apreciada de oficio. En estas Resoluciones, como en la de 24 de abril de 1992, la cláusula cuya inscripción se deniega es la cláusula de interés variable. Esta cláusula no necesariamente tiene que ser abusiva y su licitud no ofrece dudas por razones sobre todo económicas. Para la DGRN «es claro que no puede cualquier cláusula de variación de interés ser tachada con nulidad *ipso iure* sin invocar otro motivo que el de "ser cláusula de variación de intereses en la contratación con el público"». Pero puede suceder que los criterios objetivos no son lo suficientemente claros. En este caso procede la aplicación de lo dispuesto en la letra *a*) del apartado 1 del artículo 10, cuya infracción igualmente debe dar lugar a la denegación de la inscripción.

Entre las Resoluciones señaladas, la última contiene un fundamento jurídico enormemente interesante, favorable a mi tesis. Cuando el documento contiene cláusulas que a juicio del Registrador no deben tener acceso al Registro, debe suspender o denegar íntegramente el documento si entiende que estas cláusulas inciden en el total contexto del contrato. Este pronunciamiento da a entender que los Registradores pueden realizar una función «cuasi o parajudicial» cuando está admitiendo la DGRN que pueden suspender o denegar todo el documento si consideran que la cláusula es de vital importancia para el contrato, de tal manera que el predisponente no hubiera otorgado la escritura pública. Si esta función es de la incumbencia de los Registradores, ¿por qué negarles entonces la función de calificar el carácter abusivo de las condiciones generales conforme al artículo 10 de la LGDCU?

Resolución de 26 de marzo de 1990

Precisamente el recurrente en esta Resolución formula la hipótesis de que la vulneración apreciada por el Registrador deberá referirse al apartado 1, letra *a*), del artículo 10. Ninguna apreciación hace, sin embargo, en este sentido la DGRN, que opta por no hacer ninguna valoración de la cláusula en cuestión. Como he señalado antes, una vez calificada la cláusula, entendiendo el Registrador que vulnera el artículo 10, la DGRN pudo haber entrado en el análisis de la cláusula para dictaminar si la cláusula carece de la objetividad necesaria, incluso si es abusiva. No creo que con ello se

(49) Había denegado su inscripción también por el carácter personal de la cláusula de interés variable, lo que, en absoluto, es compatible si la responsabilidad hipotecaria se extiende también a los intereses y a su variación.

cause una indefensión a las partes (art. 24 de la Constitución), teniendo en cuenta que la infracción del artículo 10 es materia de orden público que recibe la sanción de nulidad absoluta, aunque normalmente afecte sólo parcialmente al contrato. Con su postura la DGRN implícitamente comparte las posiciones esgrimidas por el recurrente, que en su defensa no sólo invoca la licitud de esta cláusula, sino su cabal cumplimiento del principio de especialidad o determinación (en la escritura estaba cuantificada la responsabilidad hipotecaria máxima). Así ya lo entendió la DGRN en las Resoluciones de 12 de septiembre de 1972, 26 y 31 de octubre de 1984, según las cuales es válida la cláusula siempre que se fije una cifra máxima de responsabilidad y no quede al arbitrio del acreedor. No es suficiente el cumplimiento de estos requisitos, que son requisitos mínimos de cualquier cláusula de interés variable. Al mismo tiempo, se debe analizar en su totalidad la cláusula para dictaminar si se ajusta al artículo 10. Tendría además la ventaja de que se elaboraría una doctrina registral todavía más precisa sobre cuál deber ser el contenido de este tipo de cláusulas. Como no lo hizo el Registrador (50), tampoco lo hicieron el Banco recurrente, el Notario, el Presidente de la Audiencia Territorial y la propia DGRN.

Resolución de 26 de diciembre de 1990

También en esta Resolución el Registrador observa que la cláusula de variación de intereses en la contratación con el público se encuentra bajo la sanción del artículo 10, que es susceptible de apreciación de oficio, pero sin hacer ninguna otra precisión sobre qué extremo ha vulnerado la cláusula el señalado precepto. La respuesta de la DGRN es idéntica a la Resolución precedente. Aparte de recordar el requisito 4.º de la regla 3.ª del artículo 131 LH, que sirve de apoyatura legal a la cláusula, una vez más recurre al orden público económico: la no admisión de la cláusula de interés variable «se traduciría inmediatamente, en la práctica, en la exclusión del consumidor de las ventajas del crédito a largo plazo». Da por sentado, por tanto, su admisibilidad, lo que nadie niega actualmente en la doctrina. Pero implícitamente niega que se puede entrar de oficio para dictaminar si la cláusula es abusiva, aun cuando el Registrador ha invocado genéricamente el artículo 10. Con esta postura pueden entrar en el Registro de la Propiedad cláusulas que atenían contra el artículo 10; en definitiva, contra los derechos de los consumidores. Pienso que una vez suscitado por el Registrador la vulnera-

(50) Sorprende que en el informe el Registrador hiciera un amplio estudio sobre el alcance de la nota de despacho y nota de calificación y la importancia que tiene para la información que presta todo Registrador, sin hacer, sin embargo, ninguna nueva precisión sobre qué extremo del artículo 10 ha sido conculcado.

ción del artículo 10, y con ello los derechos de los que están protegidos por la LGDCU, no debería existir obstáculo para que la DGRN se pronuncie sobre este extremo, de enorme trascendencia para todo el tráfico jurídico. En definitiva, la denegación de la inscripción de una cláusula al amparo del artículo 10 es base suficiente para que la DGRN pueda examinar de fondo la cláusula en cuestión.

En la actualidad, cualquier cláusula de interés variable trata de cumplir con la especificación y el diseño de unas cláusulas de rescisión de las operaciones en función de la alteración de los tipos de interés. El posible abuso puede venir precisamente de cómo se diseña el contenido de estas cláusulas, de por sí muy complejas para el ciudadano de a pie.

Así, por ejemplo, en la cláusula de interés variable de la Resolución que estoy comentando se señaló, entre otros extremos, que «si en la publicación de los respectivos tipos preferenciales las entidades de referencia —especificadas con anterioridad— distinguiesen entre el aplicable a particulares (familias) y el aplicable a empresas, se tomará en consideración a efectos del cálculo del tipo de referencia el correspondiente a particulares». Si el tipo de referencia correspondiente a los particulares es más beneficioso, la cláusula no atenta contra la buena fe. De lo contrario, sí habría que calificarla de abusiva.

En esta cláusula se fija también, como es lógico, el modo de proceder para la comunicación de la variación del tipo referencial: «Fuera del marco obligacional de este contrato, la entidad prestamista remite por correo ordinario o por cualquier medio de reparto privado la citada información a la parte deudora a su domicilio, cumpliendo de esta forma lo que es uso del tráfico y práctica habitual informativa de la propia Caja». Aunque la entidad prestamista previamente se obliga a publicar en el *Boletín Oficial del Estado* y en un periódico de gran circulación, dentro de los últimos diez días del mes de noviembre de cada año, los tipos de interés de referencia, incluso se presta a dar información en cualquier Caja, no es suficiente que una vez transcurrido el plazo que se fija para la aceptación se considere que el deudor haya consentido la modificación. Por ello, resulta sorprendente que la notificación al domicilio del prestatario se sitúa «fuera del marco obligacional»... No basta sólo una información veraz, como requiere el artículo 13 de la LGDCU, sino, en este caso, que la modificación a que va a dar lugar el nuevo tipo referencial llegue claramente al conocimiento del deudor prestatario. Y que esta notificación se haga de forma obligada y fehacientemente. Sólo entonces se tiene la garantía suficiente de que el prestatario presta su conformidad con la variación producida para que conforme a ella se calcule nuevamente los intereses del préstamo.

Como en cualquier cláusula de interés variable, se concede igualmente al prestatario el derecho de desistir del contrato de préstamo hipotecario

cuando no le convenga el nuevo tipo de interés aplicable a cualquiera de los períodos anuales. «La parte deudora deberá comunicarlo a la Caja no más tarde de la fecha de entrada en vigor del nuevo tipo de interés, quedando obligada, en tal caso, a cancelar anticipadamente el préstamo en un plazo de seis meses, contados a partir de la aludida fecha, inclusive, durante cuyo plazo los intereses se satisfarán al tipo anterior». Nuevamente el deudor está en una situación de indefensión, ya que la facultad de poder desistir depende de que tenga conocimiento de la modificación producida. Con la particularidad de que la entrada en vigor del tipo de interés preferencial puede ser fijada unilateralmente, lo que supone una arbitrariedad que no debería ser admitida en la contratación bancaria.

Cualquiera de estas cláusulas señaladas suelen tener una trascendencia exclusivamente personal. De hecho lo son, por lo que no es necesario examinarlas en el ámbito registral, a no ser que se interese su inscripción y el Registrador accede.

Estas consideraciones son expresivas por sí solas para demostrar que no basta que se cumplan con los requisitos mínimos para dar por válida una cláusula, como se da a entender muchas veces cuando se invocan en los recursos gubernativos las circulares del Banco de España —que, por otra parte, no tienen fuerza vinculante por no tener valor de fuente normativa—. Todo ello pone de manifiesto que es necesario un mayor examen de las cláusulas, más cuando se invoca el artículo 10, incluso cuando se hace genéricamente.

Resolución de 24 de abril de 1992

En esta Resolución el Registrador, si bien no concreta tampoco la infracción del artículo 10, cuestiona al menos la validez de la cláusula de variación de intereses por considerar que provoca una posición de desequilibrio entre los derechos y obligaciones en perjuicio del contratante débil, lo que, sin lugar a dudas, es encuadrable en el número 3.º de la letra c) del apartado 1 del artículo 10. En su amplio informe, ya comentado con anterioridad con motivo de la causa como elemento de valoración para dictaminar el carácter abusivo de una cláusula, considera el Registrador que con estas cláusulas el riesgo de las fluctuaciones económicas del mercado se traslada del prestamista al prestatario, sin paliativos ni ponderación posible. Bien supone un pacto aleatorio incompatible con el carácter esencialmente conmutativo del contrato de la empresa con el consumidor. O bien un pacto de repercusión de responsabilidades objetivas por riesgos del mercado. Ya se ha puesto de manifiesto que esta cláusula es perfectamente admisible en nuestro Ordenamiento jurídico siempre que los intereses preferenciales

puedan ser determinados en su día por un factor objetivo y se señale un límite máximo de responsabilidad hipotecaria, como precisa también la DGRN en esta resolución. Desde este punto de vista nada hay que objetar.

Pero en esta Resolución, como en tantas otras, parece que los Registradores sólo invocan el artículo 10 en relación con alguna cláusula, cuando todo el clausulado general está igualmente sometido a los criterios de este precepto. Por lo que resulta incongruente que otras cláusulas que son objeto de examen por parte del Registrador no sean analizadas bajo la misma lupa de la LGDCU. Así, por ejemplo, se deniega la inscripción de la hipoteca en pago de intereses de demora porque, tal como está constituida, no comprende sólo las demoras en el pago del capital, sino también conceptos diversos de la cuenta interna no garantizados ni determinados. También se deniega la inscripción por no indicarse cuáles son, ni a qué concepto se refieren o pueden referirse los gastos de la cuenta garantizados con la hipoteca, además de englobarse en la hipoteca las costas judiciales. También se deniega la inscripción de la cláusula de vencimiento anticipado por rebasar los límites permitidos por el Derecho para su eficacia respecto a terceros. En ningún momento se recurre a la tutela específica que dispensa el Derecho de las condiciones generales cuando hubiera sido lo más correcto, técnicamente hablando, además de la preferencia que debe tener siempre el artículo 10 cuando las cláusulas son condiciones generales. Por ello, no se comprende muy bien el modo de proceder en la calificación registral, invocando el artículo 10 sólo para la cláusula de interés variable y no para las demás. En el examen de todas las cláusulas debería haber estado presente este precepto, aparte de las normas estrictamente hipotecarias.

c) *El Registrador no tiene medios para apreciar el carácter abusivo conforme al artículo 10*

En las Resoluciones de 8, 9 y 10 de octubre de 1991 la DGRN asienta la doctrina de que los medios de calificación de que dispone el Registrador impide apreciar el carácter abusivo de las cláusulas. ¿A qué se refiere en realidad la DGRN cuando hace esta afirmación? ¿Que el Registrador no tiene facultad para enjuiciar si una cláusula perjudica de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor o el desequilibrio que puede provocar una cláusula? ¿Incluso que no tiene la facultad jurisdiccional (o «cuasi o parajudicial», según se mire)? ¿O es porque no tiene más medio de enjuiciamiento que el propio contrato de adhesión, cuyas cláusulas de trascendencia real tienen acceso al Registro de la Propiedad al estar privado de poder recurrir a otros medios para determinar el carácter abusivo de las condiciones generales?

No ha sido muy explícita la DGRN en esta afirmación de vital importancia para la aplicación y desarrollo del artículo 10 en el ámbito registral. Incluso la basa en una doctrina ya sentada por este Centro directivo, cuando lo cierto es que las resoluciones anteriores dicen algo muy distinto cuando afirman que el artículo 10 no es aplicable *ipso iure*. La falta de una mayor precisión sorprende cuando los Registradores expresamente señalan que, en caso de vulneración del artículo 10, la calificación registral la debe tener en cuenta, además, por lo dispuesto en el artículo 18 de la LH. La expresa invocación del artículo 18 de la LH por la DGRN y por el propio planteamiento del que parten los Registradores hace pensar que se está negando a ellos la facultad de poder examinar el carácter abusivo de las condiciones generales de trascendencia real, extensible por igual cuando son condiciones individuales o negociables. De ser ésta la postura de la DGRN, el artículo 10 no tiene cabida en la calificación registral o al menos quedan fuera del ámbito de la calificación aquellas condiciones generales que no son consideradas específicamente como abusivas según la propia LGDCU, con lo cual se limitaría considerablemente el control de las cláusulas abusivas. Al mismo tiempo, esta postura supone una interpretación restrictiva del artículo 18 de la LH en cuanto a la exigencia de la validez de los actos jurídicos. Ambas consecuencias constituyen un claro retroceso en la protección de los consumidores. Con este planteamiento la DGRN está muy lejos de la Resolución de 7 de septiembre de 1988 que, por el contrario, aplica, sin dudarlo, el artículo 10 después de dictaminar el carácter abusivo de una cláusula por su arbitrariedad. La falta de medios de que hablan las Resoluciones no puede referirse, por tanto, a que el Registrador no tiene elementos suficientes para apreciar el carácter abusivo de una cláusula, ya que es evidente que basta la interpretación de las cláusulas, sin tener que recurrir a otros elementos de interpretación, para su valoración conforme al artículo 10. Aunque es cierto que no cuenta con muchos elementos para determinar si se cumplen los requisitos de ámbito subjetivo y objetivo para la aplicación de la LGDCU. Pero a esto no se refiere seguramente la DGRN.

En esta línea también están las Resoluciones de 1, 4, 5 y 29 de junio, 10 y 13 de julio y 1 de agosto de 1992, que igualmente niegan, de un modo muy genérico, que los Registradores tengan medios para entrar en las cláusulas abusivas, porque así lo impide el artículo 18 de la LH. Por ello, se echa de menos unas reflexiones más profundas sobre el alcance del artículo 10 en el ámbito registral y su incardinación en el artículo 18 de la LH. Incluso el papel que debe asumir la DGRN en la protección de los consumidores. Con estas Resoluciones al menos su protección queda bastante ensombrecida, casi nula, ya que con base en esta doctrina registral los Registradores, una vez apreciado el carácter real de la cláusula, no tienen que hacer ninguna otra apreciación cuando califican una cláusula, a no ser

que vaya en contra del artículo 1.255 del CC (y también los arts. 1.256 y 1.258), lo que no deja de ser un paradoja, ya que la misma protección, con el artículo 10 en la mano, se debe dispensar cuando las cláusulas son abusivas.

Resoluciones de 8, 9 y 10 de octubre de 1991

El Registrador entendió que los párrafos tercero a octavo de la cláusula tercera y el apartado b) de la cláusula segunda vulneran el artículo 10, especialmente en los números 2.º, 3.º, 4.º, 5.º y 8.º de la letra c) de su apartado 1. Al ser un precepto determinante de nulidad de pleno derecho de las cláusulas correspondientes, como defiende el Registrador, «entra en el ámbito de la función registral calificadora conforme al artículo 18 de la LH». No deja de ser una contradicción que después considere que son defectos subsanables, lo que no casa con la nulidad que establece la LGDCU cuando ésta es infringida. Aunque también admito que en ocasiones, quizá, sea más aconsejable la suspensión de la inscripción, bien de la cláusula o bien de la escritura en su totalidad. Pero en este caso lo debería justificar el Registrador. Por otra parte, se echa de menos, una vez más, una mayor concreción en cuanto a las razones que mueven al Registrador a invocar el artículo 10, aunque haya precisado los distintos puntos que considera infringidos; pero hubieran sido muy ilustrativas sus argumentaciones jurídicas para saber por qué considera que las cláusulas son abusivas.

El contenido de las cláusulas objeto de calificación es el siguiente: «1) La falta de pago a su vencimiento de dos cualesquiera de los plazos indicados, o del último de ellos, tendrá el carácter de condición resolutoria explícita a que se refieren los artículos 1.504 del CC y 11 de la LH, con los efectos que determina el artículo 59 de su Reglamento. 2) Ambas partes establecen de forma expresa, ratificando y confirmando la norma de imputación de pagos del artículo 1.173 del CC, que cualquier cantidad que se satisfaga en cada uno de los plazos se imputará primero a la cobertura de los intereses y en segundo lugar al precio de contado, por lo que no podrá entenderse nunca pagado éste sin estar previamente cubiertos aquéllos. 3) La resolución plena y automática de la venta se producirá por la notificación del vendedor al comprador y por el transcurso del plazo de gracia de treinta días, a contar desde el siguiente a la notificación, que ésta misma deberá conceder. 4) El título inscribible será el del vendedor, acompañado de los documentos que justifiquen haberse practicado la notificación en el transcurso del plazo de gracia y, en su caso, los justificantes de la consignación a que se refiere el artículo 175 del Reglamento Notarial. 4) Los contratantes pactan que en caso de resolución el comprador deberá pagar la

cantidad de 23.087 pesetas mensuales por cada mes o fracción del mismo, desde hoy hasta que se devuelva al vendedor la cosa objeto del contrato, en concepto de uso y utilización del piso vendido. 5) Las partes atribuyen a este pacto el carácter de determinación de los frutos de la cosa vendida, que será objeto de deducción, en su caso, a los efectos del artículo 175 del Reglamento Hipotecario. 6) Como cláusula penal, que forma parte de la escritura misma de la condición resolutoria pactada, ambas partes establecen, y la parte compradora consiente expresamente, que en caso de resolución la vendedora retendrá en su poder, en concepto de pena por incumplimiento, es decir, cláusula penal liquidadora del daño y estrictamente penal, la mitad de las cantidades que la parte compradora hubiese satisfecha hasta el momento de la resolución, sin que en ningún caso dicha cantidad, junto con la cantidad pagada en concepto de frutos, pueda superar el 20 por 100 del precio estatal de la finca vendida por cada año transcurrido desde la firma del presente contrato. 7) El vendedor, al consignar el precio pagado, en el momento de ejercitar la resolución podrá deducir directamente dichas cantidades, por entender que, en caso de ser aplicable el artículo 1.154 del Código Civil, correspondería al comprador solicitar judicialmente la moderación de la pena, y no al vendedor perjudicado por su incumplimiento. 8) Igualmente, quedarán en beneficio del vendedor en caso de resolución, y sin derecho a indemnización, cuantas obras e instalaciones de carácter fijo hubieren sido realizadas en la finca vendida por el comprador.»

Aunque niega la DGRN que los Registradores tengan medios para determinar el carácter abusivo de una cláusula, hace, sin embargo, un pronunciamiento anterior realmente sorprendente sobre la cláusula penal, en cuanto se acerca a postulados propios de la LGDCU. En su informe de defensa el Registrador había insistido en que la cláusula penal es inválida por infringir varios apartados del artículo 10 —no lo precisa en este momento—, ya que se está ante una cláusula estrictamente penal que va más allá de la indemnización del daño. Pues bien, la DGRN, después de entender que es susceptible de inscripción la cláusula penal, en los términos de las Resoluciones de 5, 6 y 7 de febrero de 1990, comparte una de las objeciones que hizo el Registrador. Para ella, «es necesaria la consignación, en caso de resolución, tanto del precio abonado como de los intereses satisfechos, pues uno y otro integran la contraprestación del comprador que equilibra la transmisión dominical perseguida, y que, ciertamente, el título calificativo no es suficientemente claro al respecto, pues al establecer que “el vendedor al consignar el precio pagado en el momento de ejecutar la resolución...”, naturalmente podrían entenderse excluidos de la consignación los intereses hasta el momento satisfechos, a pesar de que las partes han querido en este contrato que tengan la misma relevancia resolutoria que el precio».

Congruente con su postura —y por la actitud del recurrente que sólo

impugna la no inscripción de la cláusula penal—, a la DGRN no le merece ninguna consideración la infracción alegada de los números 2.º, 3.º, 4.º, 5.º y 8.º de la letra c) del apartado 1 del artículo 10. Sin embargo, exige que se precise claramente en la cláusula penal si la consignación por parte del vendedor sólo se refiere al precio o incluye también a los intereses. La claridad de las cláusulas no sólo es una exigencia del principio de especialidad, sino, a la vez, en el ámbito de las condiciones generales, un requisito imprescindible para el cumplimiento de la LGDCU, que exige igualmente la claridad en el contenido de las cláusulas. Por lo tanto, debió tener en cuenta, al mismo tiempo, el apartado 1 de la letra a) del artículo 10.

Tampoco lo tiene en cuenta cuando examina la objeción hecha al apartado b) de la cláusula segunda por el Registrador, considerando que «se hallan perfectamente definidos en todos sus aspectos y deslindados entre sí—con todas las consecuencias jurídicas inherentes— el precio al contado, el precio aplazado y la obligación de intereses».

Acertada es, sin embargo, la afirmación de la DGRN cuando señala que «no puede identificarse la facultad discrecional de resolución a que el número 2 de la letra c) del apartado 1 del artículo 10 —así como el art. 1.256 CC— se refiere con la resolución por impago al amparo del artículo 1.504 del CC». La discrecionalidad supone que la resolución es posible incluso cuando no hay motivo válido o justificado, lo que requiere que en cada caso se determine si falta un motivo suficiente para resolver un contrato (51). Se trata siempre de una cláusula susceptible de valoración. Obviamente, la facultad de resolución por incumplimiento de una obligación esencial, como es la falta de pago del precio, está lo suficientemente motivada cuando es insertada en un contrato como en la presente compraventa con precio aplazado.

Resolución de 4 de mayo de 1992

Tiene por objeto una escritura de idéntico contenido a las Resoluciones precedentes, planteándose las mismas cuestiones, por lo que huelga cualquier comentario que se refiere a la afirmación de la DGRN de que «respecto de la pretendida vulneración del artículo 10 de la LGDCU ha de

(51) Vid. DÍAZ ALABART, «Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», *op. cit.*, págs. 261-264. Vid. también NIETO CAROL, «Contratos de adhesión y derecho de los consumidores. Situaciones específicas de las condiciones generales en los contratos crediticios», AC, 1993, núm. 2. Analiza ampliamente la cláusula de resolución anticipada del contrato y sus causas que lo pueden justificar—expresamente previstas—, como el incumplimiento por el prestatario o acreditado de las obligaciones que les competen, la pérdida de solvencia o la resolución del contrato laboral con el prestamista (págs. 35-38).

recordarse la doctrina sentada por este Centro conforme a la cual los medios de calificación de que dispone el Registrador —art. 18 LH— impiden a éste apreciar si las concretas estipulaciones debatidas tienen carácter abusivo conforme a dicha Ley». Aun cuando el Registrador precisó, después de denegar la inscripción de la escritura, que era de aplicación la LGDCU por tratarse de cláusulas, condiciones o estipulaciones que con carácter general utiliza la parte vendedora, según resulta de su identidad con otras escrituras presentadas (el hecho es que son objeto de calificación varias escrituras al mismo tiempo).

Resolución de 1 de junio de 1992 (52)

Entre las cláusulas pactadas de la escritura de compraventa interesa la referente al resto del precio que queda aún por pagar, la cláusula resolutoria y la cláusula penal. Se determinó que el resto del precio será satisfecho en plazos mensuales, incrementado con un interés anual (de acuerdo con un cuadro de amortización que se acompaña a la escritura, firmado por ambas partes, en el que se especifica, siguiendo el sistema francés, la composición de cada una de las cuotas constantes, o sea, la parte que de las mismas corresponde a amortización de capital y de ésta al abono de interés, sin que lo que en cada año ha de abonarse por intereses exceda de una anualidad de los mismos, computados mes a mes, sobre el total del capital garantizado). La falta de pago a su vencimiento de dos o del último de los plazos tendrá el carácter de condición resolutoria explícita a que se refieren los artículos 1.504 del CC y 11 de la LH, con los efectos que determina el artículo 59 del RH. La resolución se producirá por la notificación del vendedor al comprador. Y la vendedora retendrá en su poder la mitad de las cantidades que la compradora hubiese satisfecho hasta el momento de la resolución, sin que pueda superar el 20 por 100 del precio total por cada año transcurrido. El vendedor al ejercitar la resolución podrá deducir dichas cantidades.

Entre otras razones para no practicar la inscripción, el Registrador alegó la infracción de la LGDCU, especialmente sus números 2, 3, 4, 5 y 8 de la letra c) del apartado 1 del artículo 10, debiéndose aplicar a esta escritura el apartado 2 de dicho precepto. En su nota de defensa precisa que las escrituras han sido redactadas unilateralmente por la parte compradora en contra de lo declarado en el auto del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 15 de octubre de 1990. Principalmente se infringen

(52) En el mismo sentido las Resoluciones de 4, 5 y 29 de junio, 10 y 13 de julio y 1 de agosto de 1992.

los números 5 y 8 del apartado c) del artículo 10.1. Por tanto, demostrada la infracción de este precepto es evidente que la calificación registral ha de comprender los preceptos de la referida Ley en virtud de lo establecido en el artículo 18 de la LH y 101 del RH, en relación con el artículo 10, apartado 4, de la LGDCU, debiéndose destacar las Resoluciones de 7 de septiembre de 1989 y 11 de mayo de 1990.

Una vez más, la DGRN recuerda al Registrador que no tiene medios para apreciar si las concretas estipulaciones debatidas tienen carácter abusivo conforme a dicha Ley. Lo que no impide a la propia DGRN declarar que la cláusula resolutoria es válida y que la cláusula penal responde a una exigencia de equilibrio de las prestaciones una vez operada la transmisión dominical a favor del comprador. No deja de ser sorprendente que se hagan este tipo de valoraciones jurídicas, para negar después que los Registradores pueden calificar el carácter abusivo de una cláusula, cuando precisamente la calificación abusiva viene determinada en muchas ocasiones por el desequilibrio de las prestaciones, con lo cual se cuestiona, por tanto, su validez. Es decir, lo que se está negando en el ámbito de las condiciones generales —determinar la validez de una cláusula—, sin embargo, se utiliza, por parte de la DGRN, como argumento para defender la inscriptibilidad de cláusulas (sobre todo cuando son cláusulas nuevas, cuya utilización viene impuesta por las necesidades del tráfico jurídico).

En lo que sí disentimos del Registrador es en cómo aplica la LGDCU al no distinguir que el apartado c) determina, por una parte, con carácter general, qué se entiende por cláusula abusiva y, por otra, recoge una serie de cláusulas que se consideran abusivas. Por lo tanto, lo que debió hacer el Registrador es determinar si las cláusulas de trascendencia real están comprendidas en la lista de cláusulas abusivas, y sólo después debe acudir a los preceptos que determinan cuándo una cláusula es abusiva. En el caso presente, la cláusula resolutoria es una de las cláusulas específicamente comprendidas entre las señaladas como abusivas, pero sólo cuando la facultad es discrecional. Lo que excluye, por otra parte, la aplicación del número 8. Tampoco estamos de acuerdo con la invocación del número 5 de la letra c), ya que el pago de los intereses ha de considerarse como una prestación adicional, debiendo ser aplicado, por tanto, el número 4 que se refiere a las condiciones abusivas de crédito (no deja de ser una redundancia del núm. 3 como ha subrayado la doctrina). Por otra parte, el examen de carácter abusivo de la cláusula penal habrá que hacerlo conforme a las disposiciones generales de la letra c) del apartado 1 del artículo 10. Entrando ya en el examen concreto de las cláusulas, comparto con el Registrador el carácter abusivo de la cláusula resolutoria, teniendo en cuenta que basta que dos de cualesquiera de los plazos (en total 144 plazos mensuales), o del último de ellos, se incumpla para poder resolver la compraventa. Una resolución

automática por el incumplimiento de sólo dos plazos (además cualesquiera de ellos), o del último de ellos, habiendo un gran fraccionamiento del pago del precio, como en el presente caso, me parece excesivamente prepotente, es decir, excesivamente discrecional. Además, se estipula la notificación sin más por parte del vendedor de dar por resuelto el contrato de compraventa, lo que viola directamente el artículo 1.504 del CC que exige que sea judicialmente o por acta notarial. Por lo que respecta a los intereses pactados, es difícil hacer una valoración sin conocer el cuadro de amortizaciones que se acompaña a la escritura de compraventa. Para considerar que una cláusula penal sea abusiva habrá que estar a si la cantidad establecida excede sustancialmente de los daños y perjuicios que previsiblemente puedan ocasionarse (así el art. 21 del tercer Anteproyecto sobre «Condiciones generales»). En el caso presente, sin lugar a dudas, la pena resultante por un posible incumplimiento resulta excesiva, teniendo en cuenta que el vendedor puede quedarse con la mitad del precio pagado hasta el momento de la resolución (aunque no puede exceder del 20 por 100 del precio total de la compraventa, que es de 35.000.000 de pesetas por cada año transcurrido desde la firma del contrato).

VIL LA APLICACION DEL ARTICULO 10 Y SUS DIFICULTADES EN EL AMBITO REGISTRAL

1. LOS ÁMBITOS SUBJETIVO Y OBJETIVO

El ámbito de aplicación del artículo 10 está condicionado por dos requisitos, uno subjetivo y otro objetivo, que necesariamente ha de tener en cuenta el Registrador cuando califica el contenido clausular de trascendencia real de una escritura pública que se presenta para su inscripción. Ha de saber que una de las partes en el contrato de adhesión debe tener al mismo tiempo la condición de consumidor. Y que las cláusulas calificadas cumplan con las características de las condiciones generales.

El Registrador se encuentra bastante limitado en los medios para poder calificar que en una escritura pública se dan estos dos requisitos, porque, por norma general, no se indican en las escrituras estas características, que, sin embargo, son de vital importancia para la aplicación del artículo 10. En su tarea de calificación tiene a su alcance sólo la escritura pública objeto de inscripción. Como señala GÓMEZ GÁLLIGO, no puede acudir en la calificación a datos extrarregistrales; no puede desempeñar un papel activo en la investigación; no puede basarse en meras presunciones; y tampoco puede tener en consideración circunstancias que no son demostrables en el proce-

dimiento registral (53). «El Registrador —dice LACRUZ BERDEJO— juzga con arreglo a los datos que suministra la parte, pero además —y en esto se distingue del Juez— con arreglo a los antecedentes que constan en el Registro. Mas ahí termina el material a tener en cuenta por él: en particular no puede introducir en su razonamiento el conocimiento que hubiera obtenido particularmente sobre la verdadera situación de los derechos cuyo registro se solicita, y mucho menos tiene el deber ni aun la posibilidad de emprender especiales averiguaciones en relación con posibles obstáculos que se opongan a la inscripción» (54).

Resulta, por tanto, difícil al Registrador averiguar el cumplimiento de los requisitos en la LGDCU, sobre todo la condición de consumidor de quien suscribe un contrato de adhesión atendiendo exclusivamente a los datos que puede proporcionar la escritura pública. En ésta, al menos, puede haber una referencia expresa que el contenido clausular está comprendido por condiciones generales, en virtud del párrafo cuarto *in fine* del artículo 147 del RN, según el cual «el Notario consignará, en su caso, si la minuta obedece a condiciones generales de su contratación».

El carácter restrictivo de los elementos con que cuenta el Registrador para calificar la escritura pública (relativizado en materias como Ley de Costas, coordinación Catastro-Registro, Urbanismo...) debe suavizarse en opinión de GÓMEZ GÁLLIGO, quien parte de la propia jurisprudencia registral. Según él, cuando se califica, el Registrador puede tener en cuenta la titulación presentada en el Registro, incluso la de fecha posterior, a pesar de lo establecido en el artículo 17 de la LH. Además, puede exigir la titulación complementaria. También puede acudir a las reglas generales de interpretación de los negocios jurídicos (55). Estos criterios también pueden ser tenidos en cuenta cuando en la escritura pública no existen datos para determinar que la misma ha sido aceptada por un consumidor y el contenido clausular es de condiciones generales.

Sin embargo, en la jurisprudencia registral consultada no hay criterios que nos permitan saber que estos otros elementos han sido tenidos en cuenta para la aplicación del artículo 10.

Resulta, no obstante, muy significativo que cuando se presentan varias escrituras de contenido idéntico, siendo una de las partes siempre la misma —una entidad crediticia, un promotor inmobiliario, una entidad financiera *leasing*...—, estas circunstancias parece que son tenidas en cuenta para aplicar, en su caso, el artículo 10 cuando, a juicio del Registrador, las escrituras contienen cláusulas que infringen este precepto (en este sentido

(53) *Op. cit.*, pág. 83.

(54) *Op. cit.*, pág. 129.

(55) *Op. cit.*, pág. 94.

se pueden citar las Ress. de 23 y 26 de octubre de 1987; 5, 6 y 7 de febrero de 1990; 8, 9 y 10 de octubre de 1991). En la Resolución de 1 de junio de 1992 el Registrador expresamente parte de esta consideración al establecer que la LGDCU es de aplicación, atendiendo a la identidad de contenido con otras escrituras presentadas para su calificación. En realidad supone acudir a presunciones cuya utilización como instrumento de calificación es negada, sin embargo, por la DGRN. Ni siquiera la propia LGDCU parece contemplar las presunciones para deducir de las mismas que los contratos pueden estar sometidos a esta normativa.

El Registrador sólo califica lo que tiene delante, que es el documento notarial, por lo que la remisión a otros documentos le resulta totalmente indiferente [los problemas de integración que suscitan las letras a) y b) del ap. 1 del art. 10 no se dan, por tanto, en el ámbito registral]. Sólo excepcionalmente debe tener en cuenta otros documentos. Así el artículo 15 de la Ley catalana 24/1991, de 29 de noviembre, prohíbe a los Registradores inscribir las escrituras de venta de viviendas de primera construcción o rehabilitación si no van acompañadas de testimonios de las cartas de garantía. En realidad, sólo tienen el deber de controlar que estas garantías existen (sometidas, además, al art. 11 LGDCU), ya que no son objeto de inscripción normalmente. Pero se convierten por esta obligación en colaboradores para garantizar que se concedan garantías a los adquirentes para cubrir la reparación por deficiencias en la construcción.

La LGDCU, en su artículo 1, apartado 2, considera consumidores o usuarios a quienes «adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones». También al ámbito registral llegan operaciones en las que uno de los sujetos es un destinatario final. Tal es el caso del adquirente de una vivienda para su uso personal, del deudor hipotecario en virtud de un préstamo hipotecario, del arrendatario de un *leasing* inmobiliario, del adquirente de un derecho de multipropiedad... Estos sujetos, perfectamente identificados en el mercado, no lo están en el ámbito registral, teniendo en cuenta los medios que tiene a su alcance el Registrador (curiosamente, entre las circunstancias de las inscripciones se deberá hacer constar, según la regla 9.^a del art. 51 RH, la profesión de la persona natural a cuyo favor se practique la inscripción. ¿Y la condición de consumidor, teniendo en cuenta que tiene un estatuto jurídico propio...?). Mientras no le proporcionan datos que le permiten atribuir a estos contratantes la condición de consumidor, el Registrador se tiene que guiar por otros, por ejemplo, atendiendo al bien que es objeto de adquisición o de concesión de un préstamo hipotecario (una vivienda familiar, pongamos por caso).

En principio, como ya se ha puesto de manifiesto, al Registro de la Propiedad le resulta indiferente que uno de los intervinientes en la relación

jurídica objeto de inscripción tenga la condición de consumidor si no fuera por la mayor protección que ahora le dispensa el Ordenamiento jurídico. Al Derecho inmobiliario registral le interesa la protección del tercero, con independencia de que quien aparece como titular de derechos en el Registro de la Propiedad sea consumidor o no. Quizá es en el ámbito registral donde la noción de consumidor resulta menos adecuada para determinar el ámbito subjetivo (56). Sólo por la amplitud del contenido de la calificación registral, que comprende también la legalidad de los actos dispositivos, y en virtud de que la propia LGDCU tiene, desde mi punto de vista, igualmente aplicación en el ámbito registral, la figura del consumidor como sujeto contratante ha entrado también en el Derecho inmobiliario registral, en tanto y en cuanto se le debe dispensar la protección que otorga el Derecho de las condiciones generales. GÓMEZ GÁLLIGO llega incluso a defender que con el artículo 18 y la LGDCU el sistema hipotecario dispensa una protección al consumidor «inmobiliario» (57).

La especial protección que se debe otorgar al consumidor tiene en el ámbito registral dos efectos que no se pueden desconocer. Por una parte, la suspensión o denegación de inscripción de una cláusula en el Registro de la Propiedad en virtud de la LGDCU beneficia por igual al tercero, quien, sin ser necesariamente un consumidor, recibe de esta manera, aunque sea indirectamente, la misma protección (lo que no se ha conseguido, por razones obvias, aún en el Derecho judicial español —en el que la sentencia no tiene una eficacia «ultrapartes», a diferencia de otros países— se puede conseguir indirectamente en el Derecho inmobiliario registral). Por otra, la suspensión o denegación de la inscripción de la cláusula no afecta a su validez y eficacia en la relación interpartes, ya que el Registrador no está facultado para declarar su nulidad.

Se ha puesto, y se sigue poniendo, el acento en el consumidor, pero no se puede desconocer la condición de empresario del que impone las condiciones generales (o profesional, como se dice en la Directiva sobre cláusulas abusivas de la CEE). Sobre todo como un elemento interpretativo a tener en cuenta para aplicar la LGDCU. Precisamente en las escrituras que llegan al Registro de la Propiedad quien figura normalmente como predisponente en los préstamos hipotecarios o en los contratos de adquisición de viviendas son entidades crediticias y sociedades mercantiles (58).

Los Registradores son mucho más conscientes de que las cláusulas han de reunir las características de las condiciones generales para que pueda aplicarse el artículo 10. El apartado 2 de este precepto describe con la

(56) ALFARO AGUILA-REAL lo cuestiona en general, *op. cit.*, págs. 179-180.

(57) *Op. cit.*, pág. 98.

(58) Para ALFARO AGUILA-REAL la noción de empresario se revela mucho más adecuada para la aplicación de la LGDCU, *op. cit.*, pág. 180.

suficiente claridad lo que se entiende por condiciones generales. Ninguna duda debe tener el Registrador cuando así vienen señaladas como tales en la escritura pública, bien porque se ha expresado claramente en el contrato de adhesión, o bien porque así lo ha hecho saber el Notario en virtud de lo dispuesto del artículo 147 del RN (59). Fuera de estos casos, el Registrador lo tiene bastante difícil. ¿Cómo puede saber que las cláusulas han sido predispuestas y además impuestas? Dos condiciones que necesariamente han de darse a tenor del apartado 2 del artículo 10. A diferencia de la contratación privada en masa, en la que se utiliza casi siempre un formulario impreso, en el ámbito registral se parte necesariamente de un documento notarial cuyo contenido no se diferencia en nada de un contrato individual, a no ser que existan datos que indiquen que las cláusulas son condiciones generales (como consecuencia de una minuta presentada previamente). En su defecto, sólo la comparación de unas escrituras con otras, en las que el contenido clausular es el mismo, predispuesto por la misma parte contratante, previa identificación de su condición de empresario o profesional, pueden llevar al Registrador al convencimiento de que está en presencia de un contrato de adhesión, es decir, cuyo clausulado es de condiciones generales. Pero no basta que las cláusulas que son objeto de calificación hayan sido predispuestas por una parte, sino que también hayan sido impuestas a la otra parte, cuya determinación en el ámbito registral es aún más difícil. Ante la falta de otros elementos que la propia escritura pública, el Registrador se sirve, casi siempre, de la existencia de otras escrituras que se presentan al mismo tiempo para su inscripción —cuando el contenido es idéntico en todas ellas— y tiene también en cuenta la noción de empresario del que aparece como otorgante de los documentos notariales. En cualquier caso, de errar el Registrador, puede impugnarse la calificación por estos motivos.

2. ¿CUALQUIER CLÁUSULA ABUSIVA PUEDE SER OBJETO DE CALIFICACIÓN?

A lo largo de estas páginas debe haber quedado claro que propugno la aplicación del artículo 10 en el ámbito registral por lo que respecta a las

(59) ¿Es de aplicación el artículo 10 de la LGDCU también cuando ha sido el Notario quien ha redactado las cláusulas o ha ofrecido sus propios formularios? Esta cuestión la ha planteado HABERSACK en «La veracidad jurídica de los contratos documentados notarialmente» («Richtigkeitsgewähr notariell beurkundeter Verträge»), *ACP*, 1989, págs. 403 y sigs. Para este autor no cabe este control si el Notario es quien ha propuesto las condiciones generales y no las partes del contrato de adhesión, debiendo prevalecer entonces la veracidad jurídica del Notario. En el mismo sentido, pero por otras razones, concretamente porque falta la autonomía privada bilateral, ALFARO AGUILA-REAL (*op. cit.*, págs. 131-133). Según este autor, la falta de una regulación equilibrada daría lugar sólo a una responsabilidad civil del Notario.

cláusulas abusivas. Cuando son cláusulas abusivas las que son objeto de calificación, el Registrador puede enjuiciarlas, sin que tenga que limitarse a comprobar si la cláusula en cuestión está incluida entre las señaladas como abusivas. Por lo tanto, cuando entiende que una cláusula es contraria a la buena fe, rompe el justo equilibrio, perjudica de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor —términos utilizados por el art. 10—, la cláusula no debe ser inscrita a pesar de su trascendencia real. Para ello basta la misma escritura que es objeto de calificación, sin que tenga que recurrir a otros elementos para dictaminar el carácter abusivo de una cláusula. La facultad de poder examinar el carácter abusivo no se debe confundir con las dificultades que pueden surgir cuando se interpretan las cláusulas, aunque, insisto, para ello basta la misma escritura presentada al Registro de la Propiedad.

Se me puede oponer que esta función no corresponde a los Registradores, que es una función propia de los Tribunales. Pero no se puede olvidar el marco legal en el que opera el Registrador. El artículo 18 de la LH obliga al Registrador a entrar en la legalidad intrínseca de los documentos que se presentan para la inscripción. El control de la validez de los actos dispositivos abarca a todos aquellos actos que al menos son nulos radicalmente. Y entre los supuestos de nulidad absoluta están las condiciones generales, según se deriva claramente del apartado 4 del artículo 10 (¿cómo se va a proteger a los consumidores si no se sancionan las cláusulas abusivas con nulidad radical? ¿Acaso con la rescisión por lesión como parecen propugnar algunos...?). Sólo por el artículo 18 de la LH ya está obligado el Registrador a rechazar las cláusulas abusivas. Si no, ¿qué sentido se quiere atribuir a la expresión «validez de los actos dispositivos»?

Además, contra la objeción de que con la calificación registral sobre las cláusulas abusivas se invaden funciones típicamente judiciales cabe alegar el artículo 66 de la LH. En virtud de este precepto, los interesados podrán acudir a los Tribunales para que éstos se pronuncien sobre la validez o nulidad de la cláusula en cuestión (el precepto se refiere expresamente a la validez o nulidad del título, con lo cual está comprendido también su contenido obligacional en la medida en que se interese su inscripción, es decir, las cláusulas de trascendencia real). Así es como se procede en el Derecho registral alemán, en el que el Registrador puede denegar la inscripción de una cláusula por ser contraria a la buena fe, pero quien dictamina realmente la validez de esta cláusula, a instancia de los interesados —normalmente el predisponente—, son los órganos judiciales (puede consultarse la Sentencia del Tribunal Supremo federal de 27 de febrero de 1980, que tuvo su origen en una calificación registral, denegatoria de la inscripción de una cláusula considerada como abusiva por el Registra-

dor) (60). La opción prevista en nuestro sistema hipotecario podría convertirse en el procedimiento idóneo cuando la calificación afecta al contenido obligacional del título que se presenta para su inscripción. Con ello se obtendría seguramente una protección todavía más eficaz de los contratantes débiles. Podría, además, dinamizar la actividad judicial en materia de condiciones generales del contrato, un tanto adormecida en la actualidad.

Se me puede objetar, igualmente, que el Registrador sólo puede denegar la inscripción cuando conforme a la Ley un acto viene descrito como contrario a Derecho. Es el caso de las cláusulas abusivas de la lista negra, que es una técnica utilizada en muchas leyes de condiciones generales, en virtud de la cual se establece una lista de cláusulas que son abusivas, sin ninguna posibilidad de poder ser valoradas y que, por tanto, son nulas de por sí. Aunque la LGDCU no ha recurrido a esta técnica propiamente, sí incluye una serie de tipos de cláusulas que cuando se dan se entienden abusivas y, por consiguiente, son nulas. Pero la nulidad es predicable por igual para las demás cláusulas que son abusivas. Reducir el control de las cláusulas abusivas a las incluidas en la lista negra se convierte con el tiempo en un control inexistente, como se puede comprobar fácilmente en el Derecho comparado, ya que las empresas tratan normalmente de adoptar sus cláusulas a las exigencias del Derecho. Por otra parte, la sanción de nulidad impide que estas cláusulas puedan inscribirse en el Registro de la Propiedad. Un recorrido por la jurisprudencia registral —por algo se llama jurisprudencia...— pone de manifiesto que siempre se ha realizado una función que va mucho más allá de un mero control formal de los actos jurídicos, realizando en multitud de ocasiones una función judicial o, mejor dicho, una función «cuasi» o «parajudicial», que es la tesis predominante entre los hipotecaristas a la hora de determinar qué función se cumple cuando se califica (61), perfectamente defendible también después de la Constitución de 1978 (62). Si lo ha realizado cuando los actos son individuales, ¿por qué la DGRN ahora niega esta función a los Registradores

(60) Vid. K. J. ALBIEZ DOHRMANN, «Exposición sucinta de la jurisprudencia alemana sobre la buena fe en las condiciones generales (art. 9 de la Ley para la Regulación del Derecho de las Condiciones Generales del Contrato)», *ADC*, 1989, *op. cit.*, págs. 883-884.

(61) No hay Registrador que no lo ha tratado. Para todos, no obstante LÓPEZ MEDEL, quien ha tratado con amplitud qué funciones cumple el Registro de la Propiedad en una organización jurídica en su obra *Teoría del Registro de la Propiedad como servicio público*, 3.^a ed., Madrid, 1991. Para él, está claro que cumple una función jurisdiccional, sea especial o no, lo que depende de cómo se concibe la jurisdicción voluntaria. «Si nuestros preceptos hipotecarios estuviesen en el Código Civil, se vería más fácil cómo el Registrador actúa en funciones de jurisdicción, pero en una función especializada, por los derechos y por las consecuencias de ellos, cuando el tráfico inmobiliario puede poner en peligro la seguridad jurídica general» (pág. 231).

(62) Así lo ha puesto de manifiesto muy claramente LACRUZ BERDEJO en su dictamen realizado, *op. cit.*

cuando son contratos de adhesión? ¿Cómo es que no se puede incardinar el artículo 18 de la LH en el artículo 10 de la LGDCU cuando éste prevé en su apartado 4 la nulidad, que es radical? La jurisprudencia registral ha servido a lo largo de decenios para reconducir en multitud de ocasiones el Derecho contractual a su verdadera esencia. Y ello por las amplias facultades que siempre se ha atribuido a los Registradores para entrar en los actos jurídicos, al menos para controlar la nulidad sustantiva de los mismos. De este modo, la DGRN ha podido incidir con sus resoluciones en la formación del Derecho contractual. Sería enormemente positivo para el Derecho de las condiciones generales que esta labor se continuara, ya que como última instancia en el orden registral la DGRN puede no sólo encauzar un sector importante de la contratación, controlando las cláusulas contrarias a Derecho, sino también puede tecnificar las condiciones generales —tarea mucho más difícil— fijando criterios de cómo deben redactarse las cláusulas para no perjudicar a los consumidores. La base legal existe a tenor de los dos preceptos citados para que el Registrador entre a valorar las cláusulas abusivas. Negar esta facultad supone una interpretación del artículo 18 de la LH que no corresponde en absoluto con la línea mantenida por la DGRN. Y supone que la nulidad tiene entrada en el Registro de la Propiedad cuando son condiciones generales abusivas. Un planteamiento distinto va contra algo tan fundamental, también para el Registro de la Propiedad, como es la seguridad en el tráfico jurídico.

Se me puede argumentar, finalmente, que el Registrador debe estar fundamentalmente a los criterios estrictamente hipotecarios. Y son muchas las resoluciones que con base en criterios exclusivamente hipotecarios suspenden o deniegan la inscripción de determinadas cláusulas (sobre todo sobre la base del principio de especialidad o determinación). Pero una buena técnica jurídica, cuando hay otra normativa distinta de la hipotecaria que incide por igual en lo que es objeto de calificación, requiere tenerla presente, como también se tienen presentes siempre los artículos 1.255, 1.256, 1.258 y 1.288 del CC cuando se trata de cláusulas negociadas o individuales. Por la misma razón no se puede desconocer el artículo 10, que parece más ser, para muchos, una norma complementaria, cuando constituye en realidad una norma fundamental del Derecho de la contratación (es cada vez más común la afirmación de que el Derecho de la contratación hay que reconducirlo al Derecho de las condiciones generales). Cuestión muy distinta es que en la misma legislación hipotecaria se preste una mayor atención a las cláusulas que mayor incidencia tienen en el tráfico jurídico para proteger así más eficazmente a los contratantes débiles. Una protección sectorial es cada vez más necesaria, pudiendo ser la legislación hipotecaria un instrumento legal más para combatir las cláusulas abusivas, dado que, cada vez más, hay cláusulas que se redactan con la finalidad de que accedan al Registro de la Propiedad.

3. ¿ENTRAN EN EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 10 CLÁUSULAS QUE AFECTAN AL RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL?

Nunca me hubiera imaginado que la aplicación del artículo 10 pudiera plantearse cuando se trata de un régimen de propiedad horizontal si no fuera por el sugerente dictamen de SÁENZ DE SANTA MARÍA VIerna con motivo de una cláusula de escritura de obra nueva y división horizontal (63). La cláusula en concreto era la siguiente: «Los departamentos del edificio que no se hubieren vendido por la entidad mercantil X, S.A. (promotora del edificio), mientras no permanezcan en posesión de dicha sociedad no contribuirán a los gastos de reparación, conservación o entretenimiento del portal de entrada a las viviendas y escaleras de acceso, así como a ningún otro gasto que se genere por la utilización de elementos comunes». En el hipotético caso de que se solicitase su inscripción en el Registro de la Propiedad, ¿podría denegarla el Registrador sobre la base del artículo 10? SÁENZ DE SANTA MARÍA VIerna lo analiza en cuanto a la autorización de la escritura por el Notario, proponiendo que no procede, entre otras razones, por «oponerse frontalmente al criterio constitucional y legal de protección y defensa del consumidor, que el Notario no puede obviar en ningún caso a la hora de formular el juicio previo de legalidad que el artículo 145 del RN le impone» (64). No hay que dudar del carácter abusivo de esta cláusula, lo que me parece evidente, como lo subrayan SÁENZ DE SANTA MARÍA VIerna y ALFARO AGUILA-REAL (65), pero no comparto que este control pase por la aplicación directa o analógica del artículo 10. Y ello por una razón elemental: las cláusulas que contiene una escritura de declaración de obra nueva y división horizontal no son condiciones generales, como tampoco es un contrato de adhesión. La formulación de esta cláusula, aunque tenga una vigencia temporal, tiene por objeto la regulación de un régimen de comunidad que, como tal, no se puede encuadrar en la figura del contrato de adhesión; y por la misma razón, las cláusulas que se insertan no son condiciones generales. ¿Acaso lo son las cláusulas societarias de un contrato de sociedad? No deja de ser llamativo que la legislación en materia de condiciones generales excluye expresamente del ámbito los contratos sometidos al Derecho de sociedades (66), criterio igualmente predicable cuando se trata de comunidades contractuales más o menos complejas. La imposición,

(63) «Dictamen: Estatutos de propiedad horizontal, abuso de derecho, defensa de los consumidores», *RCDI*, 1988, págs. 1647 y sigs.

(64) *Idem*, pág. 1669.

(65) *Op. cit.*, pág. 119, nota 16, a pie de página.

(66) Así la Directiva sobre cláusulas abusivas (art. 2), la Ley alemana de las condiciones generales del contrato (art. 23.1), los Anteproyectos españoles de 1988 y 1991 sobre condiciones generales (arts. 2-3 respectivamente), etc.

por una parte —el promotor inmobiliario—, y la adhesión sin más por los adquirentes de las viviendas —destinatarios finales— del contenido de la escritura de obra nueva y división horizontal no son razones suficientes para la aplicación del artículo 10. Distinto es que esta cláusula se inserte también para todos los contratos de adquisición de las viviendas. Entonces procede el control de acuerdo con la LGDCU. Pero la presente cláusula se concibe como una norma estatutaria que, como tales, dan lugar a un régimen de comunidad muy singular, cuya regulación jurídica, además, está condicionada por una normativa especial, cual es la Ley de Propiedad Horizontal. La aceptación de estas normas implica la integración en un régimen jurídico *sui generis* del que forman parte tanto quien han redactado previamente las mismas como los demás que adquieren una vivienda o un local en el edificio. El Tribunal Supremo, en la Sentencia de 23 de mayo de 1984 (RA 2544), de modo muy meritorio explica en el antepenúltimo Considerando que «no se debe confundir tres figuras distintas y perfectamente diferenciadas: el negocio jurídico de compraventa del piso o local, el título constitutivo del régimen de propiedad horizontal y los estatutos...» «Estos tres conceptos pueden concurrir, tal acontece cuando en el título se contienen los estatutos y a su vez aquél se incorpora en todo o en parte al contrato de compraventa, lo que no les priva de su individualidad ni de su caracterología y, desde luego, no provoca que el título pueda calificarse de contrato de adhesión, naturaleza jurídica ésta que podría tener la compraventa de los pisos y locales, mas no dicho título constitutivo que carece de carácter negocial, en cuanto su naturaleza jurídica es la de un acto mixto real y convencional». Con independencia de las tesis contractualistas, que también imperan cuando las comunidades de bienes son más complejas, cualquier lesión de los derechos de los adquirentes (futuros), por lo que se refiere al régimen de comunidad, debe ser resuelta por la legislación especial, en este caso la Ley de Propiedad Horizontal —directamente o por analogía—, y con carácter subsidiario por las normas generales del CC. Es decir, incluso si se llegase a compartir las tesis contractualistas de este tipo de cláusulas, la legislación especial es la que determina la validez de las mismas. Por ello, una vez dictaminado que la cláusula es abiertamente contraria a la regla 5.^a del artículo 9 de la LPH, como propugna SÁENZ DE SANTA MARÍA VIerna, resulta contradictorio que después se quiera aplicar por igual el artículo 10 de la LGDCU, precisamente por referirse aquélla a un régimen especial no trasladable a las relaciones jurídicas que contempla éste (sin que ello suponga prejuzgar el carácter especial de la LGDCU, cuestión compleja que no puede tratarse aquí). Estos criterios, a mi entender, deben regir también cuando corresponde al Registrador examinar normas estatutarias contenidas en la escritura de constitución de la propiedad horizontal, debiendo denegar su inscripción cuando son contrarias a Dere-

cho, pero no con base en la LGDCU, al faltar un requisito de aplicación —el requisito objetivo— y existir, en todo caso, un régimen legal especial que es el que prevalece.

4. ¿Y LAS CLÁUSULAS QUE AFECTAN AL RÉGIMEN DE MULTIPROPIEDAD?

La aún mayor complejidad de la multipropiedad, en sus múltiples facetas jurídicas, aconseja que una Ley especial se ocupe de sus problemas específicos, además por la necesidad de ofrecer una protección más intensa y eficaz a los que optan por esta forma de propiedad compartida. Mientras habrá que estar a las normas generales del Ordenamiento jurídico. Me cuestiono nuevamente si procede la aplicación del artículo 10, defendible para mí sólo cuando las condiciones generales están contenidas en los contratos de compraventa en virtud de los cuales se adquiere un derecho de multipropiedad. Pero por lo que respecta a las normas de funcionamiento, deben ser tenidos en cuenta los preceptos de instituciones afines, como la propia Ley de Propiedad Horizontal, cuando se refieren, por ejemplo, a la designación de administradores, reservándose el promotor-vendedor esta facultad, incluso designando de antemano una persona determinada... (67). No deja de ser significativo que en el ámbito comunitario la última proposición de la Directiva sobre cláusulas abusivas, de 24 de marzo de 1992, ya en vigor, haya eliminado cualquier referencia a la multipropiedad. Aparte de la especificidad de su régimen jurídico —principal razón aducida por

(67) A favor de la aplicación del artículo 10 de la LGDCU, sin mayores distinciones, MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS en su ponencia «La protección de los consumidores ante el *Time-Sharing*: técnicas de promoción y venta, condiciones contractuales, régimen de intercambio, garantías de conservación y mantenimiento», presentada en el I Congreso Internacional sobre Multipropiedad y Defensa de los Consumidores, celebrado en Torremolinos los días 7 y 8 de mayo de 1992. Esta ponencia viene recogida en el *BICNCR*, núm. 137, 1992, págs. 1325 y sigs. Ninguna reflexión hace HERRERO GARCÍA sobre la incidencia de las cláusulas en el ámbito registral, analizando la protección sólo con carácter general, en su monografía «La multipropiedad», Madrid, 1988, págs. 50 y sigs. Tampoco PAU PEDRÓN, en su conferencia «Aspectos notariales y registrales de la multipropiedad de inmuebles en el tiempo», refiriéndose exclusivamente a las cláusulas propiamente estatutarias (publicada en «Jornadas técnicas sobre multipropiedad de inmuebles en el tiempo ("time sharing")», por el Consejo Superior de Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana de España, 1988). Igualmente no hay ninguna consideración sobre este punto en el estudio de LUZÓN CÁNOVAS sobre «Publicidad y técnicas de venta en multipropiedad. La protección del adquirente», *PJ*, núm. 30, 1993, págs. 65 y sigs., en particular págs. 68-70. El último trabajo que yo conozco sobre la multipropiedad se centra sobre todo en el Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios, dejando al margen esta cuestión, realizado por DE PABLO CONTRERAS, «El aprovechamiento de inmuebles por turnos ("multipropiedad") en el Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios del Ministerio de Justicia», *AC*, 1993, tomo I, Sección doctrinal, págs. 63 y sigs.

quienes propusieron la supresión de la letra *g*) del anexo de cláusulas abusivas—, cuando se trata de cláusulas impuestas que tienen por objeto regular las relaciones entre los que forman la propiedad a tiempo compartido y su funcionamiento no son condiciones generales según el artículo 10 de la LGDCU. En el mismo sentido debe proceder el Registrador: tener en cuenta las instituciones más afines al régimen de propiedad compartida y, en su caso, el artículo 10 de la LGDCU para las condiciones generales que propiamente forman parte de los contratos onerosos para la adquisición del derecho de multipropiedad.

VIII. LOS EFECTOS QUE PRODUCE LA VULNERACION DEL ARTICULO 10 EN EL AMBITO REGISTRAL

El artículo 10 determina en el apartado 4 la nulidad de las condiciones generales que vulneran este precepto. En principio, esta sanción tiene en el ámbito registral el efecto de la denegación de la inscripción cuando la condición general tiene al mismo tiempo trascendencia real. La nulidad supone una falta insubsanable, lo que impide que cualquier acto dispositivo, inclusive las cláusulas de trascendencia real, tenga acceso al Registro de la Propiedad. La denegación de una condición general para su inscripción, por ser contraria a Derecho, se basa, en primer lugar, en la legalidad que debe defender el Registrador; en segundo lugar, en la propia seguridad del tráfico jurídico; y en tercer lugar, por la protección que se dispensa a los terceros. Ni siquiera la inscripción convalida el acto dispositivo contrario a Derecho, como dispone claramente el artículo 33 de la LH.

No obstante, habría que preguntarse si con la denegación se obtiene realmente una tutela efectiva de los contratantes débiles o si sería mejor la suspensión de la inscripción aun cuando se trate de cláusulas nulas. Es más, una denegación o una suspensión de la inscripción de una cláusula puede desvirtuar el contrato que sirve de base para la calificación, incluso la voluntad contractual, aunque se trate de una voluntad impuesta por el pre-disponente. En estos casos, quizá, sería mejor que la suspensión o la denegación afectase a toda la escritura. Para GÓMEZ GÁLIGO no existe ninguna duda de que «la LGDCU regula un supuesto específico de calificación denegatoria que afectará a aquellas cláusulas abusivas para el consumidor». «Se trata en todos los casos de faltas insubsanables, pues son determinantes de una nulidad absoluta por sanción expresa de la Ley» (68). Los perjuicios que pueden causarse a los consumidores cuando se deniega la inscripción no son tales si se opta por la inscripción de los demás derechos y estipu-

(68) *Op. cit.*, pág. 98.

laciones —la llamada inscripción parcial—, tal como lo prevé el artículo 434.4 del RH. El único problema es que, como se ha señalado, puede no responder a la voluntad contractual del predisponente. En este caso quizá sea más aconsejable la suspensión de la inscripción, pero de toda la escritura presentada al Registro. No obstante, se salva este problema, en cuanto, para poder inscribir el contrato, una vez excluidas las cláusulas contrarias al artículo 10, exista conformidad por quien solicita la inscripción, según establece el artículo 434.4 del RH.

Por otra parte, a pesar de la denegación de la inscripción, la cláusula va a seguir produciendo efectos interpartes, por lo que la protección no es total, debiendo el contratante perjudicado dirigirse, en todo caso, a los Tribunales para obtener la declaración de nulidad si entiende que la cláusula es abusiva. Sólo entonces deja de tener una eficacia vinculante para el contratante débil que ha contratado con el predisponente, debiéndose estar, entonces, a los mecanismos de integración del contrato (69). Pero al menos tiene a su favor un primer pronunciamiento contrario a la validez de la cláusula cuya inscripción ha sido denegada por ser abusiva. Como subraya AMORÓS GUARDIOLA, «la calificación negativa de parte del contrato priva de legitimación para el tráfico jurídico a las cláusulas excluidas y sirve de advertencia a los intereses (partes y terceros) respecto a su ilegalidad e ineficacia» (70).

Ciertamente, con la suspensión o denegación de la inscripción de una cláusula se pueden causar unos gastos, normalmente a cargo del consumidor, cuando se pretende nuevamente su inscripción mediante la escritura de rectificación, o, cuando se ha suspendido la inscripción, mediante la escritura aclaratoria. El interés del consumidor de obtener la contraprestación principal le puede llevar a aceptar una escritura de rectificación o aclaratoria que disponga o subsane lo que ha sido denegado por el Registrador. No sería equitativo que asumiera el consumidor los gastos que ello acarrea cuando la suspensión o la denegación tuviera su origen en una infracción provocada por el propio predisponente. En este caso debería existir una norma específica que obligase a los predisponentes a pagar los gastos que se causen por el otorgamiento de la escritura de rectificación o aclaratoria. Mientras, el consumidor sólo tiene la posibilidad de dirigirse a los Tribunales para reclamar lo desembolsado sobre la base de que el predisponente ha actuado «abusivamente».

Con la denegación de la inscripción de una o varias cláusulas puede suceder que el contrato de adhesión inscrito ya no responda a los intereses del predisponente, pudiendo dar lugar a que no tenga interés siquiera en la inscripción del título presentado. En este caso es mejor la suspensión o

(69) Vid. ALFARO AGUILA-REAL, *op. cit.*, págs. 354 y sigs.

(70) «El *leasing* inmobiliario...», *op. cit.*, pág. 923.

denegación de la misma escritura que contiene el contrato de adhesión. Pero esto sucederá en muy pocas ocasiones, ya que raramente una cláusula afecta al interés principal del predisponente, quizá cuando por ella se altera la garantía que necesita el acreedor o queda fuera del Registro una cláusula de sustancial importancia para el contrato. En este sentido, es significativa la Resolución de la DGRN de 24 de abril de 1992, según la cual «el funcionario calificador tiene que denegar o suspender íntegramente el ingreso del documento si entiende que las cláusulas que no deben acceder al Registro inciden en el total contexto pactado por las partes. Pero lo que no puede hacer es alterar su contenido y transformar, como en este caso, una hipoteca que garantiza intereses variables en otra que sólo garantiza intereses fijos, inscribiendo lo que las partes no estipularon en la escritura pública».

Soy consciente de que la protección que se puede dispensar al consumidor mediante el control registral es bastante reducida, teniendo en cuenta que la mayoría de las cláusulas no se inscriben por su carácter personal.

Se puede cuestionar si la denegación también procede cuando es por infracción del apartado 1, letra *a*), del artículo 10. En principio, dado el tenor literal del apartado 4, cuando una cláusula es oscura, imprecisa o excesivamente compleja para la comprensión del contratante débil debe ser calificada como una cláusula nula. Esta es también la interpretación de CLAVERÍA GOSÁLBEZ, para quien la nulidad se aplica a los casos de total oscuridad o incomprensibilidad de las cláusulas (71). En el ámbito registral tiene como consecuencia, de seguir esta tesis, la denegación de las cláusulas que no se ajustan a estos requisitos. Por lo tanto, es una falta insubsanable. Pero también se argumenta que estas cláusulas no llegan siquiera a integrarse en el contrato (72), con lo cual no es necesaria la sanción de nulidad. Lo que no se integra en una relación jurídica no puede ser objeto de una sanción jurídica. Ello tendría como consecuencia que la cláusula contraria al apartado 1, letra *a*), no podría inscribirse en el Registro de la Propiedad, pero siempre sería susceptible de subsanación.

Hay quien piensa que la nulidad que prevé el artículo 10 debe considerarse más bien como un supuesto de rescisión por lesión (73). De ser así, las cláusulas abusivas no pueden ser objeto de calificación, ya que la jurisprudencia registral es unánime en que la rescisión por lesión queda fuera del ámbito de la actividad calificadora al referirse el artículo 18 de la LH a la validez de los actos dispositivos, con lo cual podrían siempre inscribirse. En

(71) «Comentarios a la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», *op. cit.*, pág. 340.

(72) *Vid.* COCA PAYERAS, «Comentarios a la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», *op. cit.*, págs. 236 y sigs.

(73) Así ALFARO AGUILA-REAL, *op. cit.*, págs. 457-461.

todo caso, al menos yo lo entiendo así, la nulidad que prevé el artículo 10 es una nulidad especial, pero nunca una rescisión por lesión.

En la mayoría de las veces, cuando se declara el carácter abusivo de una cláusula, la nulidad no afecta a todo el contrato, sino sólo a la cláusula en cuestión. Es la llamada nulidad parcial (74), plenamente admitida por la doctrina y la jurisprudencia. En consecuencia, cuando es el Registrador quien califica una cláusula como nula, la suspensión o denegación de la inscripción no ha de afectar a todo el contrato, sino exclusivamente a la cláusula dictaminada. También cuando entiende que la cláusula no se integra en el contrato. En cualquier caso, ello no impide la inscripción del resto del contrato que sea trascendente para el Registro de la Propiedad, a no ser que se den los presupuestos de la Resolución de 24 de abril de 1992.

La inscripción parcial está expresamente prevista en el RH, con lo que se da una respuesta, en el ámbito registral, a aquellos actos jurídicos cuya nulidad es parcial. Dispone el párrafo 4 del artículo 434 del RH: «Cuando la suspensión o denegación afecte solamente a algún pacto o estipulación..., en la nota deberá expresarse la causa o motivo de la suspensión o denegación, salvo que el representante o el interesado hayan manifestado su conformidad en que se despache el documento sin esa estipulación o pacto o hubieran desistido de que se practique operación alguna respecto de la finca o derecho a los que el defecto se refiera...» (en este sentido también la Res. de 24 de abril de 1992). Sobre esta base legal el Registrador tiene siempre la facultad de admitir la inscripción parcial de la escritura, mientras no se altere con ello la voluntad contractual, cuando alguna cláusula es contraria a Derecho, como las cláusulas imprecisas y las abusivas en el marco del artículo 10 de la LGDCU.

K. JOCHEN ALBIEZ DOHRMANN
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Granada

(74) Vid., en especial, RUIZ MUÑOZ, *La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 1993.