

A PROTECCIÓN EXTRAJUDICIAL DOS CONSUMIDORES: A CUALIFICACIÓN REXISTRAL DAS CLÁUSULAS ABUSIVA

DIEGO VIGIL DE QUIÑONES OTERO

Rexistrador da propiedade e mercantil de buques de Ribadeo

I.-INTRODUCCIÓN

1º Formulación

A evolución económica producida na época contemporánea, xerou un cúmulo de novidades no dereito da contratación que xa comezan a resultar vellas e nas que, malia a súa novidade, produciuse unha importante evolución. En efecto, desde que se comezou a falar de conceptos como contratación en masa, contratos de adhesión, etc. ata a actualidade, producíronse importantes innovacións que non fixeron máis que profundar nos conceptos cerceiramente elaborados pola doutrina. Porén, esta evolución non sempre foi todo o positiva que cabía esperar desde o punto de vista da seguridade xurídica e da protección dos consumidores. Así, mentres importantes corpos normativos se afanaron en introducir preceptos para procurar unha protección máis intensa dos chamados contratantes débiles, unha interpretación non sempre ben orientada das ditas normas, unida á natural habilidade dos contratantes fortes para burlalas, dexenerou en ocasións nunha situación de desprotección do consumidor que supuxo unha desvirtuación do réxime de seguridade que se pretendeu crear en beneficio do dito contratante débil.

Nesta orde de cousas, resulta especialmente interesante a evolución producida en España en materia de protección dos consumidores fronte ás cláusulas predispostas. Contemplando diversos supostos concretos xerados na práctica (e que foron obxecto de resolu-

cións publicadas no BOE) obsérvase como os consumidores resultan hoxe gravemente desprotexidos en determinados ámbitos nos que a contratación experimentou unha forte evolución. A causa da dita situación, como nas seguintes páxinas se intentará demostrar, non está tanto nunha carencia de normas. Normas existen, e cada vez máis abundantes. No entanto, en ocasións estas normas teñen unha redacción confusa e incluso contraditoria entre elas, o cal ocasiona que unha interpretación ríxida das mesmas dea lugar a resultados contrarios ao espírito da disposición interpretada.

2º Ideas previas

O fenómeno chamado pola doutrina contratación en masa, xerou nos últimos tempos unha proliferación de técnicas lexislativas dirixidas a protexer ao chamado contratante débil. A dita protección, fundamentada para os consumidores no art. 51 CE, non implica nin moito menos unha supresión da liberdade de pactos, senón que pretende delimitar as barreiras ata as que esta debe chegar cando, como no caso, entre en colisión con outros valores necesitados de protección. Así, cando nos encontramos con normas de protección dos consumidores, temos que ter en conta que as mesmas son esa “lei, moral e orde pública” contra a que non pode atentar a autonomía da vontade recollida no art. 1255 do Código civil (en diante CC). A diferente amplitude da autonomía da vontade vén determinada pola distinción entre os contratos por adhesión e os contratos por negociación. Nestes hai marxe para a determinación polas partes do contido do contrato. Nos contratos por adhesión, non. Isto fai necesaria a introdución dunha norma de equilibrio en beneficio dos consumidores, na que se distingue un aspecto formal e outro material, cuxa aplicación dá lugar aos controis de incorporación e do contido recollidos nas leis sobre a materia.

Dentro desas técnicas, debemos referirnos á existencia de dous conceptos de importancia: o concepto de cláusulas abusivas e o de condicións xerais da contratación. As primeiras defínense pola lei, facendo uso dos conceptos fixados na Directiva Comunitaria na materia (Dir. 93/13/CEE do 5/4/93), como “*todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato*” (art. 82.1 do TR da Lei para a defensa dos consumidores e usuarios e outras leis complementarias aprobado polo RDLex. 1/2007 do 16 de novembro, en diante TRLDU). As segundas, pola súa parte, defínense pola Lei de condicións xerais da contratación como “*las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos*” (art. 1.1). Destes dous parágrafos despréndese que as cláusulas son abusivas por atentar contra a boa fe e son xerais por ir destinadas a ser incorporadas a unha pluralidade de contratos. É dicir, cabería nos conceptos legais vixentes a existencia de cláusulas abusivas que non sexan condicións xerais e poderían existir condicións xerais que, pese á súa predisposición por unha das partes,

fosen lícitas. De xeito que, como dixemos, as normas de equilibrio a favor do consumidor non se aplican só aos contratos con condicións xerais, senón aos contratos por adhesión. A diferenciación non é simple, pois como se verá máis adiante, podemos atoparnos cun problema á hora de combater o uso de cláusulas abusivas na medida en que só se poidan rexeitar polos operadores xurídicos da seguridade preventiva aquelas que se declarasen nulas por sentenza recaída en proceso contra as condicións xerais da contratación¹.

En calquera caso, e antes de entrar a estudar o tema, temos que completar estas noicións preliminares facendo referencia ao parágrafo 2 do art. 82 do TRLDCU, segundo o cal *“El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato. El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba”*. É dicir, non cabe subtraer un contrato ás normas de protección dos consumidores mediante a introdución dunha cláusula negociada individualmente e, o que é máis importante, presúmese que as cláusulas empregadas polos que prestan os servizos en contratos con consumidores, non foron negociadas individualmente, de xeito que se fose así deberá probalo o pre-dispoñente. Con esta regra non se fai máis que profundar na distinción antes apuntada: o único medio para excluír a aplicación das regras sobre cláusulas abusivas é a negociación individual, esta debe probarse, e a falta de proba estas regras aplícanse, sexa ou non condición xeral a cláusula discutida.

¹ Así, como di a Exposición de motivos da Lei 7/1998, “Se pretende así distinguir lo que son cláusulas abusivas de lo que son condiciones generales de la contratación. Una cláusula es condición general cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, y no tiene por qué ser abusiva. Cláusula abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede, darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares.

Las condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores. En uno y otro caso, se exige que las condiciones generales formen parte del contrato, sean conocidas o -en ciertos casos de contratación no escrita- exista posibilidad real de ser conocidas, y que se redacten de forma transparente, con claridad, concreción y sencillez. Pero, además, se exige, cuando se contrata con un consumidor, que no sean abusivas.

El concepto de cláusula contractual abusiva tiene así su ámbito propio en la relación con los consumidores. Y puede darse tanto en condiciones generales como en cláusulas predispuestas para un contrato particular al que el consumidor se limita a adherirse. Es decir, siempre que no ha existido negociación individual.

Esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual. Es decir, nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios. Pero habrá de tener en cuenta en cada caso las características específicas de la contratación entre empresas”.

Finalmente, canto ao control das cláusulas abusivas, distínguese entre o control abstracto e o concreto. Abstracto é o que se leva a cabo sobre unha cláusula elaborada con intención de ser incorporada a un contrato, aínda que non se chegase a producir a dita incorporación. Concreto é o que se opera cando a cláusula en cuestión é incorporada a un determinado contrato.

II.- MARCO LEGAL VIXENTE

1º Evolución

a) A Lei de 1984: a regulación do control das cláusulas abusivas experimentou unha importante evolución en apenas 25 anos. Así, nun primeiro momento, a LDCU/84, estableceu no seu art. 10.2 que *“a los efectos de esta Ley se entiende por cláusulas, condiciones o estipulaciones de carácter general, el conjunto de las redactadas previa y unilateralmente por una Empresa o grupo de Empresas para aplicarlas a todos los contratos que aquélla o éste celebren, y cuya aplicación no puede evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate. Las dudas en la interpretación se resolverán en contra de quien las haya redactado, prevaleciendo las cláusulas particulares sobre las condiciones generales, siempre que aquéllas sean más beneficiosas que éstas”*. É dicir, xa naquel momento se recolleu o concepto de condición xeral e se estableceu o principio de interpretación contra proferentem das mesmas. Porén, nese primeiro momento, non se introduciron medidas dirixidas a controlar a validez das mesmas en fase extraxudicial. Malia iso, na medida en que os rexistradores da propiedade, conforme o art. 18 da Lei hipotecaria (LH), deben controlar a validez dos actos suxeitos a inscrición, suscitouse xa desde aquel momento a posibilidade de que o dito control se levase a cabo, pois a propia Lei de 1984 sancionaba con nulidade as cláusulas que non respondesen á esixencia de claridade, entrega, boa fe e xusto equilibrio (arts. 10.1 e 10.4).

b) A Lei de condicións xerais da contratación: unha maior clarificación desta materia levouse a cabo coa Lei 7/1998 do 13 de abril, de condicións xerais da contratación (LCXC). Na dita lei, incorporando ao noso ordenamento as normas da Directiva Comunitaria 93/13/CE do 5 de abril na materia, introduciu un art.10 bis á lei de 1984 na que se recollía unha lista de cláusulas abusivas e reformouse a redacción do art. 10 da mesma, así como do art. 258 LH.

Antes de entrar no estudo dos mesmos, debemos sinalar que a dita Directiva define no seu art. 3 as cláusulas abusivas dicindo: *“las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”*. O mesmo art. engade que *“se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión; El hecho de que ciertos elementos de una cláusula-*

la o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión. El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba". É dicir, a Directiva aclara qué se entende por cláusula non negociada individualmente.

Entrando xa no contido da lei, o art. 10 bis quedou redactado do seguinte xeito: “*Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional de la presente Ley. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de este artículo al resto del contrato. El profesional que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba*”. Da transcripción do precepto obsérvase que non se trasladou ao dereito interno a definición de cláusula non negociada individualmente. Iso non sería problema mentres as Directivas fosen directamente aplicables. Porén, dado que a doutrina do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas² sobre a aplicación directa refírese só á alegación do contido das Directivas por un cidadán fronte ao estado e non *inter privados*³, poderíamos atoparnos cunha situación de diminución da protección do consumidor polo noso dereito interno en comparación coa Directiva.

Canto ao art. 10, a súa alínea 6 estableceu que “*Los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales*” e o art. 258 LH quedou redactado da seguinte maneira: “*El Registrador denegará la inscripción de aquellas cláusulas declaradas nulas de conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 10 bis da Lei 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*”. Para unha adecuada análise da materia engadiremos que no dito parágrafo segundo establécese que “*Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones y estipulaciones en las que se aprecie el carácter abusivo. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil. A estos efectos, el Juez que declara la nulidad de dichas cláusulas, integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes,*

² Que se comezou a aplicar a partir da S. Sace do 17/12/70 e desde entón con carácter reiterado.

³ A Sentenza Marshall do 26/2/86 precisou que non cabe esixir obrigacións a cargo de particulares derivadas dunha Directiva que non se incorporase ao Dereito interno.

cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor o usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá declarar la ineficacia del contrato". Dos dous arts. resulta xa unha clara atribución aos notarios e rexistradores de facultades de control das cláusulas abusivas que poidan conter os contratos.

No entanto, foi cuestión discutida a relativa a se o dito control debe limitarse a só as cláusulas que fosen declaradas nulas por sentenza, que ademais estea inscrita no Rexistro de condicións xerais, ou ben se se debe estender a calquera cláusula que, visto o art. 10, poida reputarse abusiva. A cuestión non é simple, se optamos pola segunda das interpretacións, o rexistrador: 1º poderá denegar a inscrición de calquera cláusula que el estime nula de conformidade co art. 10 no exercicio da súa competencia como funcionario cualificador independente (art. 18 LH); e 2º poderá denegar calquera cláusula que sexa abusiva, e non só as que, por reunir os requisitos da Lei 7/1998, teñan a natureza de condicións xerais (que serían as únicas respecto das cales sería posible a inscrición de sentenza no rexistro recollido na dita lei ex arts. 1, 2 e 21 LCXC). A favor da tese ampla pronunciouse a maioría da doutrina que estudou o tema sendo destacables, entre outros, os nomes de rexistradores como García García, Gómez Gállego ou Balluguera Gómez⁴, pero tamén de persoas procedentes do ámbito universitario como Albiez Dohrmann ou Guilarte Zapatero⁵ segundo se verá máis adiante. Porén, non faltaron autores que sostiveron a opinión contraria, considerando que a cualificación rexistral como nula de cláusulas non declaradas nulas por sentenza podería supoñer unha clara invasión de funcións xurisdiccionais. Neste mesmo sentido situáronse, ao longo destes últimos anos, as resolucións da Dirección xeral dos Rexistros e o Notariado. Sobre estas posturas interpretativas profundaremos máis adiante na epígrafe que expresamente destinamos á materia.

⁴ García García, J.M. *Código de la Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil*. 5º ed. Thomson-Civitas. Madrid 2006.

Gómez gallego, F.J. "La calificación registral" en *La evolución del Derecho registral inmobiliario en los últimos cincuenta años*. Ed. Corpme-Cer. Madrid 1997, páx. 187.

Balluguera Gómez, *La información registral* (art. 332-334 y 335), en *La reforma de los Reglamentos Hipotecario y del Registro Mercantil (por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de Septiembre)*. Ed. CER. Madrid 1998, páx. 287.

⁵ Albiez Dormán, K.J. "El control de las condiciones generales imprecisas y abusivas en el ámbito registral" en RDCI, núm 168, setembro-outubro de 1993.

Guilarte Zapatero, V. "Pactos en la hipoteca mobiliaria". En *Tratado de las garantías en la legislación mercantil* (U. Nieto Carol, coord.). T.II (Garantías reales), vol.2 (Garantías inmobiliarias). Ed. Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio- Civitas. Madrid 1996, páx. 170.

2º Lexislación vixente

Con posterioridade ao texto de 1998, e dada a dispersión normativa e as novidades introducidas pola Lei 44/2006, do 29 de decembro (que modifica algúns aspectos da lexislación interna co fin de dar pleno cumprimento á xa mencionada Directiva 93/13/CE)⁶, procedeuse a refundir todas as disposicións vixentes en materia de protección dos consumidores no TR aprobado por DLex. 1/2007 do 16 de novembro cuxo Título II do Libro II refírese concretamente ás condicións xerais e cláusulas abusivas.

Do mesmo debemos destacar en primeiro termo o concepto de cláusulas abusivas. Así, o art. 82 dispón “*se considerarán cláusulas abusivas todas aquelas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato*”. É dicir, ampliase o concepto de cláusulas abusivas ao incluír no mesmo tamén as prácticas non consentidas individualmente. Con todo, pese a que parece que nos encontramos ante unha ampliación, debo dicir que o artigo podería non cumprir os fins de protección dos consumidores para os que foi promulgado mentres, habendo negociación e consentimento, se trate dunha cláusula contraria á boa fe ou que cause o indicado prexuízo ao consumidor. A este respecto, debemos dicir que é certo que o centro de gravidade da aplicación da Directiva sobre cláusulas abusivas cos consumidores é o feito de non existir negociación individual. No entanto, esta formulación pode resultar problemática, e así o Informe da Comisión ao respecto⁷, existen prácticas comerciais dirixidas a evitar a aplicación da Directiva, precisamente, mediante o recurso ao concepto de cláusulas negociadas individualmente. A xuízo da Comisión, esta exclusión non achega nada en termos de claridade pero si pode suscitar problemas interpretativos á hora de determinar cándo houbo negociación e cándo expresa aceptación. Por iso, suscítase a conveniencia de suprimir ese límite. Algo que puido facer a Lei española e que, porén, optou por non facer. Para os efectos deste traballo, debemos indicar que a exclusión das regras relativas ás cláusulas abusivas por esta vía, dando lugar a un contrato con condicións particulares, non impediría a cualificación rexistral mentres o art. 18 LH obriga a vulgar a validez do negocio, pero si evitará a aplicación das normas específicas relativas a cláusulas abusivas. No entanto, entendo que achegaría seguridade ao sistema e protección ao consumidor estender o dito ámbito de aplicación a todos os casos de utilización de cláusulas abusivas entre consumidores e empresas, fosen ou non negociadas individualmente.

⁶ En particular, a S. do 9/9/04 do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas, sinalou que na lexislación española non se incorporaran correctamente os art. 5 e 6.2 da Directiva. Co fin de emendar a dita falta, a Lei 44/2006 dá unha nova redacción á Lei 7/1998. Agora o seu art. 6, en liña co 5 da Directiva, limita a aplicación da regra de interpretación *contra proferentem* ao caso de que se exerciten accións individuais.

⁷ Informe da Comisión sobre a aplicación da Directiva 93/13/CE do Consello do 5/4/93 sobre cláusulas abusivas nos contratos celebrados con consumidores. Doc. COM (2000) 248.

Pola súa parte, o art. 83 pasa a recoller a regra do antigo 10.2 (ao que se remite o art. 258 LH) ao dicir que *“Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva. A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato”*.

En segundo lugar, debemos fixarnos en que o seu art. 84 regula expresamente a intervención dos operadores da seguridade xurídica preventiva na protección do consumidor fronte ás cláusulas abusivas ao dicir que *“Los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación”*. É dicir, mantense o texto de 1998 e con iso a polémica canto ás diferenzas que hai entre o mesmo e o art. 258 LH.

Finalmente, debemos sinalar que os arts. 85 a 90 recollen, agrupándoas por materias, as cláusulas que en todo caso se considerarán abusivas e que ademais se contiñan na lista do art. 10 bis da Lei de 1984 a cal foi modificada nalgúns aspectos pola Lei 44/2006.

En particular podemos destacar, en tanto afecta directamente ao tráfico inmobiliario, as cláusulas que segundo a lei son nulas ex art.89.3, a cuxo teor teñen en todo caso a consideración de cláusulas abusivas *“La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario. En particular, en la compra-venta de viviendas:*

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

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

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

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

Se relacionamos este precepto coa xa mencionada discusión acerca de se é ou non posible a cualificación rexistral das cláusulas nulas, decatáronos a simple vista de que se admitimos que o rexistrador cualifique a legalidade das estipulacións contidas nas escrituras de compravenda de vivendas obteremos unha protección inmediata, extraxudicial e preventiva do consumidor. Se, polo contrario, limitamos a intervención destes profesionais, teremos que esperar a que se interpoñan as accións correspondentes, se pronuncie un xuíz, se inscriba a súa sentenza no rexistro de condicións xerais e daquela, só daquela, se poida denegar a utilización das cláusulas. Todo, claro está, sempre que as cláusulas abusivas en cuestión sexan condicións xerais. Noutro caso haberá que exercitar a acción de nulidade, que afectará só ao contrato correspondente, o cal como moito orixinará un pronunciamento contra o asento rexistral producido en virtude dese pacto (art. 38 LH), pero non producirá beneficios aos demais consumidores.

3º A Lei 41 /2007, do 7 de decembro

Unha novidade máis nesta materia veu determinada pola Lei 41/2007 do 7 de decembro, de reforma do mercado hipotecario. Na dita lei, introdúcense importantes novidades e refórmanse varias leis, e entre elas a LH, que no seu novo art. 12, parágrafo 2, establece que *“las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca a favor de las entidades a las que se refiere el artículo 2 da Lei 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, en caso de calificación rexistral favorable de las cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización”*. O art. 2 da referida lei di que *“las entidades de crédito que, a continuación, se detallan podrán otorgar préstamos y créditos y emitir los títulos que se regulan por la presente Ley, en las condiciones que reglamentariamente se determinen: los bancos y, cuando así lo permitan sus respectivos estatutos, las entidades oficiales de crédito, las cajas de ahorro y la Confederación Española de Cajas de Ahorros, las cooperativas de crédito, los establecimientos financieros de crédito”*. Do dito resulta que, polo tanto, se dun contrato de préstamo se tratase, habería que transcribir íntegras as cláusulas de vencemento anticipado e as financeiras. Isto, iso si, só no caso de que se tratase de entidades crediticias das mencionadas no art. 2 da Lei do mercado hipotecario. Se, polo contrario, o acredor-prestamista, fose un particular ou unha entidade distinta das mencionadas, atopariámonos coa subsistencia do réxime previo, é dicir, o rexistrador deberá, logo da cualificación do documento nos termos indicados no art. 18 LH, inscribir aquelas cláusulas que teñan trascendencia real e denegar a inscrición das que non a teñan. Se se trata dun acredor do mercado hipotecario, daquela transcríbense íntegras as mesmas mentres se cualificasen positivamente as que teñan trascendencia real.

A cuestión que debemos preguntarnos neste traballo é qué ocorre naqueles casos nos que unha desas cláusulas financeiras ou de vencemento anticipado reúne os requisitos establecidos pola lei para ser reputada cláusula abusiva ex art. 82 do TRLDCU. Nestes casos, dependendo da postura que dentro da polémica anunciada, adoptemos sobre a posibilidade do denegar ou non do rexistrador, poderemos introducir unha maior ou menor protección ao consumidor. Se admitimos que o rexistrador pode apreciar a nulidade da cláusula por abusiva ex art. 82 TRLDCU e 18 e 258 LH, daquela poderemos evitar que os consumidores aturen estas cláusulas predispostas polas entidades de crédito. Se, pola contra, non admitimos máis posibilidade de cualificación rexistral que a derivada dunha interpretación estrita dos arts. 82, 83 e 84 TRLDCU, entón atoparémonos con que os consumidores aos que se lles queira impoñer unha cláusula abusiva de vencemento anticipado ou financeira nun contrato de préstamo con garantía hipotecaria non terán máis remedio que interpoñer algunha das accións previstas na LCXC, obter sentenza e, unha vez que a dita sentenza recaia e se inscriba, integrar o seu contrato nos termos do art. 83 do TRLDCU e esperar a que, nas sucesivas ocasións nas que unha cláusula similar sexa utilizada, o rexistrador, agora si conforme 258 LH e 84 TRLDCU nunha interpretación estrita, denegue a dita cláusula. Nin que dicir ten que é pouco probable que a dita situación se vaia producir, pois un consumidor normal o que quere é que lle concedan o préstamo canto antes. Se a entidade de crédito sabe das súas actitudes “rebeldes” non llo concederá. De xeito que a única posibilidade de que haxa unha protección efectiva será a incoación do procedemento de declaración de nulidade por parte das organizacións de consumidores lexitimadas. Agora ben, neste caso, só poderán beneficiarse os que posteriormente á inscrición da sentenza concerten un novo préstamo (e iso só no caso de que esteamos ante cláusulas abusivas que sexan condicións xerais, como dixemos antes, de aí a importancia da precisión realizada na primeira alínea). O debedor-consumidor do primeiro caso quedará sen a protección que puido obter de admitirse a interpretación máis proclive á función cualificadora dos preceptos obxecto de estudo.

En calquera caso, toda discusión sobre se a cualificación das ditas cláusulas se pode facer tomando en consideración os preceptos do TRLXDCU ou ben só as resolucións inscritas no Rexistro de condicións xerais, non caberá formulala no caso de que estimemos que as cláusulas potencialmente abusivas non poden ser cualificadas por carecer de transcendencia real. En efecto, do texto do art. 12 resulta unha nova variable: a transcripción literal supeditase a que fosen cualificadas positivamente as que teñan transcendencia real. ¿Significa isto que as que carecen desta transcendencia non son cualificables? Este parece ser o criterio da DXRN nas súas resolucións posteriores á promulgación da Lei 41/2007, como veremos máis adiante.

4º A Lei 2/2009, do 31 de marzo

Con posterioridade á Lei 41/2007, promulgouse a Lei 2/2009, reguladora da contratación cos consumidores de préstamos ou créditos hipotecarios e de servizos de mediación para a celebración de contratos de préstamo ou crédito.

Como indica a Exposición de motivos, pretendeuse dar cobertura a dous fenómenos que ata o momento carecían dunha protección específica nas leis⁸ sobre a materia afectantes aos consumidores, e que están adquirindo na actualidade un gran auxe, como son os créditos e préstamos hipotecarios concedidos por empresas que non son entidades de crédito e os servizos de mediación do crédito entre os que destacan as actividades de agrupación de débedas, realizadas por empresas que non entran dentro da categoría de entidade de crédito. Así pois, o ámbito de aplicación (art. 1) da Lei limitase, subxectivamente, ás empresas distintas das entidades de crédito e aos consumidores. Respecto ás primeiras, defínese como “*personas físicas o jurídicas (en adelante, las empresas) que, de manera profesional, realicen cualquiera de las actividades que consistan en: a) La concesión de préstamos o créditos hipotecarios bajo la forma de pago aplazado, apertura de crédito o cualquier otro medio equivalente de financiación. b) La intermediación para la celebración de un contrato de préstamo o crédito con cualquier finalidad, a un consumidor, mediante la presentación, propuesta o realización de trabajos preparatorios para la celebración de los mencionados contratos, incluida, en su caso, la puesta a disposición de tales contratos a los consumidores para su suscripción*”. Esta delimitación pode resultar excesivamente confusa. En efecto, non estando claro que poidamos entender por “maneira profesional” poden suscitarse conflitos sobre a aplicabilidade da norma.

Canto aos consumidores, serano “*las personas físicas y jurídicas que, en los contratos a que se refiera esta Ley, actúan en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional*”.

Polo que respecta ao seu ámbito obxectivo, aplícase á concesión de préstamos ou créditos hipotecarios e á mediación ou asesoramento na concesión de préstamos ou créditos. Exclúese pois ás entidades de crédito, sometidas ás normas de ordenación e disciplina de crédito e supervisadas polo Banco de España e respéctase o réxime actualmente vixente en materia de crédito ao consumo, venda a prazos de bens mobles e comercialización a distancia de servizos financeiros. A iso teríamos que engadir que se respecta, igualmente, a pouco usual pero non imposible situación de concesión de créditos e constitución de ga-

⁸ En concreto, a Exposición de motivos da Lei cita como normas que contiñan disposicións protectoras dos consumidores sen regular as materias obxecto da nova lei: a Lei 7/1995, do 23 marzo, de crédito ao consumo, que incorpora a Directiva 87/102/CEE.

A Lei 28/1998, do 13 de xullo, de venda a prazos de bens inmobles, que establece o réxime dos contratos de venda a prazos de bens mobles corporais non consumibles e identificables, dos contratos de préstamo destinados a facilitar a súa adquisición e das garantías que se constitúan para asegurar o cumprimento das obrigas nacidas dos mesmos.

A Lei 22/2007, do 11 de xullo, sobre comercialización a distancia de servizos financeiros destinados aos consumidores, que traspón la Directiva 2002/65/CE.

A Lei 2/1994, do 30 de marzo, sobre subrogación e modificación de préstamos hipotecarios.

A Orde do 5/5/94, sobre transparencia das condicións financeiras dos préstamos hipotecarios.

A Lei do 23 de xullo de 1908, de nulidade dos contratos de préstamos usureiros.

rantías hipotecarias por parte de persoas físicas ou xurídicas que nin o fan con ánimo profesional, nin tampouco son entidades de crédito.

Canto ao contido da Lei, o art. 2 establece que *“Los derechos reconocidos por esta Ley a los consumidores que contraten las actividades incluidas en su ámbito de aplicación son irrenunciables, siendo nulos la renuncia previa a tales derechos y los actos realizados en fraude de Ley, conforme a lo previsto en el artículo 6 del Código Civil”*.

Entre eses dereitos están unha serie de obrigas de transparencia, que se concretan en: 1º As condicións xerais de contratación estarán a disposición dos consumidores na web ou nos establecementos onde deberán contar con taboleiro de anuncios (art. 4).

2º As tarifas, en principio libres, teñen que ser dadas a coñecer nos folletos e ao Rexistro indicando supostos e periodicidade. Corresponderán a servizos efectivamente prestados ou a gastos habidos, non sendo posible cargar comisións ou gastos por servizos non pedidos de forma expresa.

3º Nos novos préstamos ou créditos hipotecarios será de aplicación o disposto en materia de amortización anticipada pola lexislación específica reguladora do mercado hipotecario.

4º Nos préstamos ou créditos hipotecarios sobre vivendas, a comisión de apertura, que se producirá unha soa vez, englobará calquera gastos de estudo, de concesión ou tramitación do préstamo hipotecario ou outros (art. 5).

5º Deben contar cun seguro de responsabilidade civil ou aval bancario que cubra as responsabilidades en que puideran incurrir fronte aos consumidores (art. 7).

Así mesmo, establécense obrigas previas ao contrato, regulando as comunicacións comerciais e os folletos informativos (arts. 12 e 13), e establecendo o art. 14 as informacións que a empresa debe facilitar ao consumidor, cunha antelación mínima de cinco días á sinatura do contrato, sobre a propia empresa, sobre o produto ou servizo ofrecido e sobre o contrato, incluíndo o prezo total que debe pagar o consumidor.

Estas esixencias de información sanciónanse con nulidade, determinando o art. 14.3 *“el incumplimiento de los requisitos relativos a la información previa que se deriven de los contratos, así como los relativos al suministro de dicha información previa, que se establecen en este artículo, podrá dar lugar a la invalidez de los contratos, de acuerdo con lo previsto en la legislación civil, sin perjuicio de la integración de los contratos conforme a lo previsto en los artículos 61 y 65 del texto refundido da Lei General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias”*.

Ademais, establécense unha serie de obrigas relativas á taxación (art. 15)⁹, oferta vinculante (art. 16)¹⁰, e aos contratos¹¹.

Pero se importantes son os deberes dos contratantes, non menos importantes, para os efectos do que vimos estudando nestas páxinas, son os deberes de control que se establecen no art. 18 para os notarios e os rexistradores. Ao teor do mesmo: "*1. En su condición de funcionarios públicos y derivado de su deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios que autorizan, los notarios denegarán la autorización del préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando el mismo no cumpla la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley.*

Del mismo modo, los registradores¹² denegarán la inscripción de las escrituras pú-

⁹ Se a paga o consumidor, ten que indicarse a identidade dos profesionais seleccionados e as tarifas de honorarios aplicables e entregar copia se se fai a operación e, se non, o orixinal.

¹⁰ Hai obriga de presentala por escrito e asinada ou notificar a súa denegación, cun prazo de validez non inferior a dez días hábiles desde a súa data de entrega.

Debe conter as condicións financeiras correspondentes ás cláusulas financeiras sinaladas no anexo II da Orde do 5/5/94, sobre transparencia das condicións financeiras dos préstamos hipotecarios, para a escritura de préstamo e durará, polo menos, dez días hábiles.

Debe constar o dereito do consumidor, en caso de que acepte a oferta, a examinar o proxecto de documento contractual, cunha antelación de tres días, no despacho do notario autorizante.

¹¹ Deberán cumprirse as condicións previstas na Orde do 5/5/94, sobre transparencia das condicións financeiras e se determinan as condicións que deben cumprir os índices ou tipos de referencia dos préstamos hipotecarios para poder utilizarse.

Incluirán os dereitos que correspondan ás partes no relativo á modificación do custo total do préstamo ou crédito.

En amortización anticipada de préstamos ou créditos hipotecarios atenderase ao disposto pola lexislación especial en materia de mercado hipotecario.

Esténdense ás empresas as obrigas que xa cumpren as entidades de crédito respecto do contido das escrituras públicas nas que se formalicen os préstamos hipotecarios. Concretamente, estas escrituras conterán as cláusulas financeiras, debidamente separadas das restantes, que axustarán o seu orde e contido ao establecido no anexo II da citada Orde do 5/5/94. As demais cláusulas non poderán desvirtuar o contido daquelas en prexuízo do consumidor.

¹² Sobre a intervención dos rexistradores, cómpre sinalar que a mesma non estaba prevista no proxecto. En efecto, concíbese a Lei sobre a base dun control exclusivamente notarial, é dicir, sometido a libre competencia entre os controladores. Isto deu lugar a unha protesta vía nota de prensa da Unión de Consumidores de España (UCE), na que se denunciaba que se "consagra una política de total ausencia de control preventivo", ao excluír aos rexistradores dos deberes de control da legalidade dos créditos. Con esta exclusión, serían exclusivamente os notarios quen exerzan ese control, cando curiosamente os seus clientes preferentes son bancos e construtoras. Segundo a UCE esta medida respondía á presión que exerce a banca española, para que non se controlen as cláusulas abusivas das pólizas hipotecarias. A asociación tamén denunciou o risco de iniciar en España as 'hipotecas lixo' ao deixar a redacción das cláusulas en mans "única e exclusivamente" das propias entidades financeiras e de notarios, como únicos filtros do principio de legalidade. Vid: <http://www.europapress.es/economia/finanzas-00340/noticia-economia-finanzas-uce-pide-incluir-registradores-propiedadproyecto-reunificacion-deudas-081119122551.html>.

blicas de préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando no cumplan la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley.

2. En particular, los notarios informarán al consumidor del valor y alcance de las obligaciones que asume y, en cualquier caso, deberán:

a) Comprobar si existen discrepancias entre la información previa al contrato, las condiciones financieras de la oferta vinculante del préstamo o del crédito y las cláusulas jurídicas y financieras del documento contractual, advirtiendo al consumidor de las diferencias que, en su caso, hubiera constatado y de su derecho a desistir de la operación.

b) En el caso de préstamo o crédito a tipo de interés variable, advertir expresamente al consumidor cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:

1.º Que el índice o tipo de interés de referencia pactado no sea uno de los oficiales a los que se refiere la disposición adicional segunda de la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

2.º Que el tipo de interés aplicable durante el período inicial sea inferior al que resultaría teóricamente de aplicar en dicho período inicial el tipo de interés variable pactado para períodos posteriores.

3.º Que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés.

En particular, cuando las limitaciones no sean semejantes al alza y a la baja, el notario consignará expresamente en la escritura esa circunstancia, advirtiendo de ello a ambas partes, salvo que resultara de aplicación lo dispuesto en el artículo 84 del texto refundido da Lei General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias, en cuyo caso procederá conforme lo indicado en dicho precepto¹³.

c) En el caso de préstamos o créditos a tipo de interés fijo, comprobar que el coste efectivo de la operación que se hace constar a efectos informativos en el documento se corresponde efectivamente con las condiciones financieras del préstamo o crédito.

d) En el caso de que esté prevista alguna cantidad a satisfacer al prestamista con ocasión del reembolso anticipado del préstamo o crédito, o que dichas facultades del consumidor se limiten de otro modo o no se mencionen expresamente, consignar expresamente en la escritura dicha circunstancia, y advertir de ello al consumidor.

¹³ É dicir, denegarase a autorización da escritura, aínda que iso só ocorrerá cando se trate de condicións xerais declaradas nulas en sentenza inscrita (vid. art.).

e) *En el caso de que el préstamo o crédito esté denominado en divisas, advertir al consumidor sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio.*

f) *Comprobar que ninguna de las cláusulas no financieras del contrato implican, para el consumidor, comisiones o gastos que debieran haberse incluido en las cláusulas financieras.*

3. *La decisión del funcionario por la que deniegue la autorización del préstamo o crédito con garantía hipotecaria, o la inscripción de alguna de sus cláusulas, deberá efectuarse mediante escrito motivado en hechos y fundamentos de derecho. Dicha decisión será recurrible ante la Dirección General de los Registros y del Notariado conforme a la legislación específica*¹⁴.

Sen prexuízo dos problemas técnicos que a aplicación deste artigo vaia ocasionar e que exceden do ámbito deste traballo¹⁵, é interesante destacar neste momento que a nova Lei, sen lugar a dúbidas, non só permite a cualificación das cláusulas abusivas nos contratos de préstamo a que se refire, senón que obriga a denegar a inscripción dos mesmos. Incluso, máis alá disto (que xa supón unha novidade respecto ao TRLXDCU, á Lei 41/ 2007 e aos resultados derivados da súa interpretación pola DXRN) obriga a que o notario denegue a autorización das escrituras; e permite que se denegue a inscripción, non xa por nulidade do acto dispositivo (que é o previsto no art. 18 LH), senón por incumprir os requisitos da lei, o cal podería inducir a pensar que cabe denegar incluso por falta de requisitos cuxa ausencia non implique a nulidade (pensemos nas obrigas de transparencia expostas máis arriba, ás que non vai expresamente referida a sanción de nulidade do art. 14.3 e que só serán nulas se media unha renuncia do consumidor ex art. 2).

5º Resultado da evolución producida

Tras expoñer a evolución producida, podemos obter como resultado que se foi perfeccionando cada vez máis a regulación das cláusulas abusivas. Porén, tal perfeccionamento ocasionou unha apertura á especialización que corre o risco de ser porta de entrada de excepcións que acaben producindo resultados contrarios aos presuntamente pretendidos (así se admitimos excluír a protección extraxudicial dos consumidores en casos concretos).

¹⁴ Deste precepto cabe destacar:

- Recóllese nesta lei a referencia ao “deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios” por parte dos notarios. A referencia ao control de legalidade notarial na redacción inicial do novo Regulamento Notarial fora rexeitada polo TS, pola súa falta de rango, na S. do 20/5/08.

- En caso de denegación, prevese un “escrito” que, no caso notarial, lembra moito á nota de cualificación rexistral cos seus feitos e fundamentos de dereito e recurso ante o órgano superior.

¹⁵ Tales como cales son as causas concretas de denegación; se se está a ampliar nestes supostos ou non o ámbito da cualificación rexistral do art. 18 LH; o cómo se articulará o recurso contra a nota do notario e se se poderá recorrer a outro notario como se prevé para os rexistradores no art. 19 bis LH etc.

Esta especialización ocasiona ademais, unha situación curiosa no que ás hipotecas se refire. Así, podemos dicir que hoxe hai tres categorías de hipotecas con diferentes réximes de intervención dos rexistradores e unha protección dos consumidores de intensidade variable segundo os casos: 1º As hipotecas en garantía de créditos concedidos por entidades do mercado hipotecario (art. 12.2 LH), nas que se transcriben as cláusulas financeiras e se limita a cualificación das mesmas por parte do rexistrador, aínda que sexan abusivas.

2º As hipotecas en garantía de calquera obrigas concedidas por contratantes non incluídos no mercado hipotecario nin na Lei 2/2009, nas que o rexistrador pode cualificar todo o que afecte á validez do negocio (art. 18 LH), e non se inscriben as cláusulas financeiras.

3º As hipotecas en garantía de préstamos concedidos polas entidades suxeitas á Lei 2/2009, nas que non se inscriben as cláusulas financeiras; o rexistrador cualifica a validez con normalidade, denegando polo tanto as cláusulas abusivas; e nas que hai un plus de protección que se traduce na denegación da inscrición cando nos atopemos co incumprimento das obrigas legais, aínda sen nulidade. Nestes casos, á intervención protectora do rexistrador, únese de maneira singular a do notario, pois ademais da intervención que lle é propia e aplicable no resto dos casos, pode denegar a autorización da escritura en escrito motivado, conforme a Lei 2/2009.

III.- INTERPRETACIÓN DA LEXISLACIÓN VIXENTE

1º Posicións doutriniais

Presentado o problema visto de cómo se poden interpretar os preceptos mencionados á hora de determinar a maior ou menor intervención dos operadores xurídicos na fase de seguridade preventiva, debemos facer unha sucinta referencia ás posicións doutriniais na materia. As ditas posicións son fundamentalmente dúas: a de quen defende a tese que poderíamos chamar estrita e a de quen defende a ampla. Os primeiros entenden que os funcionarios non poderán denegar a inscrición de máis cláusulas que as declaradas nulas por sentenza que estea inscrita. Os segundos que caberá vulgar a legalidade de todas, denegando as que sexan abusivas.

Entre os defensores da tese restritiva (como Abril Campoy ou Marco Molina¹⁶) afirmase que permitir a un operador non xudicial levar a cabo estes xuízos sobre a legalidade podería implicar atribuírlles funcións case xurisdiccionais. En efecto, a xuízo destes autores, impedindo estes efectos da cualificación evitaremos unha situación na que, sen pronuncia-

¹⁶ Abril Campoy, J.M. “Comentarios a los art. 11 y 13 de la LCGC” en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la contratación* (I. Arroyo y J. Miquel Rodríguez, corrdts.), páx. 115.

Marco Molina, J., “La modificación por la nueva LCGC del sistema de publicidad formal en el Registro de la Propiedad”. En *Las Condiciones Generales de la Contratación y a Lei 7/1998 de 13 de Abril*. S. Espiau Espiau Ed. P.158.

mento xudicial, se puidese deixar sen efectos erga omnes unha cláusula. Entenden estes autores que só son suficientes as garantías para o pre-dispoñente nun procedemento sobre a validez tramitado ante un xuíz.

Polo que respecta aos defensores da tese ampla, debemos destacar que se sitúan a favor da mesma, con distintos argumentos, autores como Peña Bernaldo de Quirós, García García, ou Busto Lago¹⁷. A idea central que temos que ter en conta por parte deste sector da doutrina é que as cláusulas son nulas por determinación da lei e, mentres o rexistrador debe cualificar a validez dos negocios (art. 18 LH), non poderá admitir a inscrición de cláusulas que, nun xuízo por funcionario competente como o rexistrador, resulten ser contrarias ás esixencias da lei. Ademais, como indica García García, limitar a cualificación rexistral a só as cláusulas declaradas nulas por sentenza e non por lei, “haría de mejor condición a efectos de descontrol a los contratos de condiciones generales, que a los contratos individuales, lo cual sería un criterio interpretativo ilógico, descartable por el art. 3 CC”¹⁸.

A esta doutrina temos que engadirlle que recentemente, a Comisión de Estudos do Colexio de rexistradores realizou unha interpretación do controvertido art. 12.2 LH da que se desprende:

1º A esixencia de homoxeneidade na cualificación da hipoteca e na expresión do seu contido na inscrición.

2º, Que ao Rexistro deben acceder non só as cláusulas de transcendencia real que forman parte estritamente da garantía hipotecaria, senón ademais as cláusulas de vencemento anticipado e demais cláusulas financeiras (Anexo II, Orde do 5/7/94) que, en canto configuran o contido da obriga garantida, delimitan o propio do dereito real de hipoteca.

3º O ámbito da cualificación rexistral non se modificou, aínda que esta debe exercer-se desde unha perspectiva colectiva, xa que se trata de negocios en masa que esixen un tratamento previsible e homoxéneo. E dentro desta perspectiva, indica que só deben dene-garse as cláusulas contrarias a unha norma imperativa (v.gr. art. 61.3 Lei concursal, 84 TRLXDCU etc.) ou declaradas nulas en virtude de sentenza inscrita no Rexistro de Condi-cións Xerais¹⁹.

¹⁷ Peña Bernaldo de Quirós, M. *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, T.II Ed. CER, Madrid 1999, 3ª edición. García García, J.M. *Código de la Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil*. 5º ed. Thomson-Civitas. Madrid 2006.

Busto Lago, J.M. *El control rexistral de las condiciones generales de los contratos*. RCDI. núm.667.

¹⁸ García García, J.M. *Código de la Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil*. 5º ed. Thomson-Civitas. Madrid 2006, páx. 332.

¹⁹ En particular, entende que non deben acceder ao Rexistro as cláusulas tales que a variación xuro só á alza ou non obxectivo (disp. ad. 12, Lei 44/ 2002, arts. 1.256 CC e 10 LXDCU); o redondeo por riba 1/8 puntos (art.

É dicir, deféndese que debe levarse a cabo a cualificación das cláusulas contrarias ás normas imperativas, aínda sen sentenza sobre as mesmas, xa que son nulas de pleno dereito. O resultado será que, se son nulas, non se inscriben aínda que sexan financeiras. Se fosen válidas, unha vez cualificadas, transcríbense en lugar de inscribirse.

2º A doutrina da Dirección Xeral dos Rexistros e o Notariado (DXRN): evolución cara a un marco de restricións á intervención da cualificación rexistral

Durante os primeiros tempos da vixencia da Lei de consumidores de 1984, a DXRN admitiu (así en resolucións de 1988 e 1990)²⁰ que o rexistrador, cualificando a validez das cláusulas abusivas, puidese denegalas por nulas. Daquela, lembremos, non existía unha lista de cláusulas que, en todo caso, consideraríanse nulas, senón que estabamos ante un mero concepto xeral.

No entanto, con posterioridade²¹, o Centro Directivo cambiou de criterio e en innumerables resolucións posteriores situouse en contra, entendendo que só caberá denegar a inscrición daquelas cláusulas que fosen declaradas nulas por sentenza inscrita (entre as máis recentes, e por todas, citar a resol. do 19/4/06).

3º A doutrina recente sobre o control de cláusulas abusivas que sexan de vencemento anticipado ou financeiras nos contratos de préstamo garantidos con hipoteca

Vixente o novo art. 12 LH visto, a DXRN mantívose no seu anterior criterio sobre a cualificación das cláusulas nulas por abusivas xa visto. Á súa doutrina anterior hai que engadir que agora os pronunciamentos nos que non só non permite denegar as cláusulas nulas mentres non haxa sentenza senón que, de acordo coa nova redacción do art. 12 exclúe directamente da cualificación aquelas cláusulas que carezan de transcendencia real. Así, a DXRN entende que o rexistrador debe limitarse a cualificar e, se é o caso, a inscribir as cláusulas de transcendencia xurídico-real-inmobiliaria relativas ao importe do principal da

84 LXDCU) e comisións ou compensacións que excedan do máximo legal. Igualmente, o vencemento anticipado por realización de actos dispositivos do predio hipotecado (art. 27 LH), por declaración de concurso do debedor e en xeral pola súa insolvencia ou desequilibrio patrimonial (art. 61 LCo), ou por diminución do valor do predio a xuízo do prestamista ou apreciada por perito designado por esta (art. 1.256 CC).

²⁰ Así as resolucións do 7/9/88 16/2/90, 16/3/90, 26/12/90, e 17/3/94. A xuízo de Busto Lago (op. cit, páx. 1986) o criterio da DXRN nas resolucións de 1990 non parece opoñerse á competencia do rexistrador para cualificar a validez das cláusulas abusivas. Simplemente, nalgún dos casos, revoga a súa nota por entender que, da aplicación ao caso de determinadas normas de protección dos consumidores, non resultaba a nulidade. Porén, a DXRN en ningún momento cuestiona a competencia do rexistrador para levar a cabo a cualificación das cláusulas potencialmente abusivas.

²¹ Así, as resol. do 8, 9, 10 e 11/11/91. E posteriormente as do 4/5/92, 1/6/92, 29/6/92, 6/7/92, 9/7/92, 11/11/92, 13/7/92, 14/7/92 e 11/7/92, entre outras moitas.

débeda, o dos xuros pactados, con expresión do importe máximo de responsabilidade hipotecaria, identificando a obriga garantida e a súa duración. En cambio, respecto das cláusulas de vencemento anticipado e demais cláusulas financeiras da obriga garantida pola hipoteca debe proceder non á súa inscrición senón á transcrición das mesmas nos estritos termos que resultan do título presentado, sen que poida practicarse cualificación ningunha delas. E, precisamente porque estas cláusulas non son susceptibles de cualificación, tampouco pode o rexistrador apreciar se son contrarias a normas imperativas ou prohibitivas (neste sentido varias resolucións, por todas a do 24/7/08)²². De xeito que se se celebra un contrato de préstamo con garantía hipotecaria e preséntase a inscrición, aínda que conteña cláusulas que por ser claramente abusivas sexan susceptibles de ser declaradas nulas (ou incluso o fosen xa, dando lugar á correspondente inscrición no Rexistro de Condicións Xerais) non caberá cualificación ningunha polo rexistrador, e a cláusula deberá ser transcrita.

IV.- REFLEXIÓNS SOBRE A EVOLUCIÓN PRODUCIDA, OS SEUS EFECTOS E A CONVENIENCIA DE INTRODUCIR CORRECCIÓNS NO SISTEMA

Observada a evolución producida, tanto na lexislación como nas posturas doutrinais, procede realizar algunhas reflexións.

1º Algunhas ideas sobre a nulidade dos actos xurídicos e a súa apreciación polos funcionarios públicos

A lei en canto mandato con eficacia social organizadora só pode ser tal en tanto goce de imperatividade. Partindo disto, no Dereito romano xa se manifestou a eficacia da lei a través das *legis actiones*, sinalando o pretor a ineficacia dos pactos contrarios. A dita forza concretouse máis tarde na doutrina de Teodosio segundo a cal os actos contrarios á lei son nulos, aínda que nela non se dispoña expresamente. A doutrina de Teodosio recóllese no dereito intermedio e permanece nas Partidas, nas cales se dispón que “*todo pleyto que es fecho contra nuestra ley o contra las buenas costumbres, que non debe ser guardado, magüer pena o juramento fuera puesto en él*” (P. 6, 11, 28)²³. A dicir de Suárez, a forza anulante da lei pertence á súa *vis directiva*²⁴. Nesta expresión de De Castro, “el acrecentamiento de la autoridad de la ley, creado por el movimiento codificador, generalizará la doctrina de Teodosio”²⁵.

²² Que segue o mesmo criterio doutras anteriores no tempo como as seguintes: resols. do 21/12/07, 14/1/08, 1/2/08, 8/2/08, 22/2/08, 28/2/08, 14/3/08, 15/3/08, 19/3/08, 22/3/08, 24/3/08, 25/3/08, 5/5/8, 6/5/08, 14/6/08, 16/6/08, 19/6/08, 20/6/08.

²³ Esta mesma sanción de nulidade aparece tamén respecto dos testamentos (P.6, 9, 32) e respecto da cláusula penal (P. 5, 11, 38)

²⁴ Como cita De Castro y Bravo, F. *Derecho civil de España*. Civitas. Madrid, 1984, páx. 535.

²⁵ DE CASTRO Y BRAVO, F. Op. Cit, páx. 535.

Seguindo esta estela, o art. 6.3 CC, regulando a eficacia xeral das normas, establece que “*Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención*”. Así pois, existindo unha norma imperativa (e a protección dos consumidores éo), os pactos contrarios son nulos.

Agora ben, como indica Balluguera²⁶, hai que ter en conta a distinción entre os contratos por adhesión e os contratos por negociación. Nestes as partes negocian as cláusulas en pé de igualdade, de aí que a ilegalidade determine a nulidade do contrato. Naqueles existe unha desigualdade por ser unha das partes máis débil, de aí que, en interese da mesma, se conserve a parte do contrato non afectada pola contrariedade a norma imperativa ou prohibitiva. É dicir, nos contratos por adhesión prodúcese un efecto de nulidade parcial e integración do contrato, así o art. 83 TRLXDCU.

Considerados estes aspectos, correspóndenos sinalar que, tanto no caso de nulidade total (respecto do todo) como no caso de nulidade parcial, o acto ou a cláusula nulos non poden producir efecto ningún. Como indica Castro, “la nulidad se produce ipso iure, los actos y contratos contrarios a las leyes son nulos en sí; no se requiere declaración judicial previa, y es obligación de los funcionarios públicos de todas las clases negarles su cooperación”²⁷.

Levadas estas afirmacións ao tema obxecto do presente traballo, e considerados os arts. 6.3 CC, 83 e 84 TRLXDCU, 18 e 258 LH, non podemos senón concluír, que os actos nulos (nos contratos por negociación) e as cláusulas nulas (nos contratos por adhesión) non poden ter acceso ao Rexistro e debe denegarse a súa inscrición. O art. 12.2 LH non pode ser obxecto de aplicación á marxe de todo o sistema. E se o aplicamos en conexión cos citados, o Rexistro non pode acoller cláusulas nulas. A DXRN poderá ordenar que non sexa obxecto da nota de cualificación a dita exclusión por nulidade (excluíndo iso a posibilidade de recorrer contra a mesma), pero en ningún caso pretender que o Rexistro inclúa cláusulas nulas, pois iso contravén os preceptos indicados, os cales deben bastar para non inscribibilas²⁸.

²⁶ Balluguera Gómez, C. *Tratamiento registral de las cláusulas abusivas de las hipotecas*. Boletín del Colegio de Registradores de España. Número 153. Madrid, xaneiro 2009, páx. 24

²⁷ *Op. Cit.* páx. 539.

²⁸ A dicir de BALLUGERA, op. cit, páx. 29, “la única consecuencia que cabe extraer de la doctrina de la DXRN, es que la declaración de nulidad de las cláusulas abusivas ha quedado fuera del procedimiento de calificación registral y de parte de sus garantías para residenciarse en exclusiva en el ámbito judicial”. A consecuencia disto é que o rexistrador ten que ter por non postas as cláusulas abusivas, pero sen indicalo na nota nin notificar a ninguén diso. Simplemente, informar aos interesados, ex arts. 23 LCXC e 258.1 LH.

2º A distinción entre CXC e cláusulas abusivas esixe medios de protección ao consumidor máis alá das regras sobre CXC

En primeiro lugar, debemos comentar que, como puxemos de relevo na formulación do tema ao fixar os conceptos, é un feito que o concepto de cláusulas abusivas non sempre é coincidente co de condicións xerais da contratación. Sendo isto así, haberá que dotar aos consumidores dalgún mecanismo de protección fronte ás cláusulas que, sendo abusivas e non sendo condición xeral, non poidan ser declaradas nulas por sentenza que se inscriba no Rexistro de Condicións Xerais. Á fin e ao cabo, con condicións xerais ou sen elas, se estamos ante un contrato por adhesión, as partes non poden determinar o seu contido. Esta limitación da parte débil, fai necesaria a pertinente norma de equilibrio.

Este control admítese polo TRLXDCU no seu art. 84 e pola LH no seu art. 258. Porén, fóra dos ditos preceptos, o único ao que cabe recorrer para ese control é o art. 18 LH. Se limitamos a súa eficacia a só o caso das cláusulas declaradas nula sen sentenza inscrita respecto das abusivas, o consumidor queda sen protección no resto dos casos de contratos por adhesión. A súa adecuada protección, require a intervención de todos os funcionarios públicos, sexa en fase xudicial, sexa na extraxudicial.

Fronte a isto, caberá alegar, como fai a doutrina partidaria de limitar o control por parte de notarios e rexistradores, que só un xuíz pode decidir se unha cláusula é nula ou non. Iso pode ser certo, pero non o é menos que esa decisión, se a cláusula non é condición xeral (e polo tanto a sentenza non se inscribe, art. 11 LCXC) a sentenza só servirá para o caso concreto. Como moito co tempo xerarase unha liña xurisprudencial estable, pero haberá que seguir recorrendo, vez tras vez, ao lento proceso xudicial para dilucidar asuntos que, estando claros, pódense tutelar dentro do labor da legalidade que se leva a cabo polos rexistradores, como estimou o lexislador na Lei 2/2009.

3º A tutela extraxudicial do consumidor non implica vulnerar a tutela xudicial

A consideración dita lévanos ao tema da protección ou desprotección dos afectados polo labor do rexistrador e o notario. En efecto, se temos en conta a tese dos que alegan a necesaria intervención do xuíz, será para evitar que, sen tutela xudicial, se poida declarar nula unha cláusula nun determinado contrato. A este respecto hai que ter en conta que o notario non poderá declarar nada nulo, senón simplemente opoñerse á súa autorización. Iso non impedirá recorrer a outro notario nin tampouco discutir e contender entre as partes sobre a validez do contrato en cuestión no procedemento que corresponda. Ademais, no caso dos contratos de préstamo sometidos á Lei 2/2009, caberá recorrer contra a decisión do notario, que se oporá á autorización da escritura en escrito motivado, como se viu máis arriba.

Canto ao rexistrador, a cualificación do mesmo é revisable, pois conforme o art. 324 LH pódese recorrer potestativamente ante a DXRN, ou ben directamente ante os xulgados

de primeira instancia da capital da provincia. A iso habería que unir a posibilidade que sempre queda ás partes de litigar sobre a validez do título (art. 66 LH) e, no primeiro dos casos, o recurso que se pode interpoñer ante o xuíz contra as resolucións da DXRN. Por se fosen poucos estes medios, o art. 19 bis da LH admite solicitar unha cualificación substitutoria doutro rexistrador, a cal non pecha a posibilidade de interpoñer os recursos, de xeito que unha persoa que queira utilizar todos os medios ao seu alcance, pode: obter unha segunda cualificación; se con esta non logra os eu obxectivo, recorrer á DXRN; e se esta non lle dá a razón, ir ao xuíz.

Considerados estes medios de impugnación, que permiten a intervención do xuíz ata por tres vía distintas (o art. 66 LH, o recurso directo do art. 324 ou ben o recurso contra a Resolución da DXRN) hai que concluír que a intervención dos notarios e rexistradores no control concreto das cláusulas abusivas, lonxe de supoñer unha situación de indefensión, ou de atribuírlles a estes funcionarios potestades case xurisdiccionais, ofrece abundantes posibilidades de tutela. Considerando as mesmas, tendo en conta que non afectan á posibilidade das partes de recorrer ao xuíz, hai que admitir que, sen o dito detrimento, si producen uns interesantes efectos protectores para os consumidores, que poderán ver limitada a imposición que se lles queira facer vía a intervención dos rexistradores no seu labor cualificador conforme os arts. 18 e 258²⁹. En suma, como di a Exposición de motivos da Lei 7/1998, “dentro del ámbito de la seguridad jurídica extrajudicial, bajo la autoridad suprema y salvaguardia de Jueces y Tribunales, las normas rexistrales, dirigidas a la actuación profesional del Registrador, dados los importantes efectos de los asientos que practican, deben acomodarse a los nuevos requerimientos sociales, con la garantía añadida del recurso gubernativo contra la calificación, ...todo lo cual contribuirá a la desjudicialización de la contratación privada y del tráfico jurídico civil y mercantil, sobre la base de que la inscripción asegura los derechos, actos y hechos jurídicos objeto de publicidad”.

Non obstante, para pechar este tema cómpre puntualizar:

1º Que se obxectou que os medios do rexistrador para cualificar non son suficientes para vulgar a validez dunha cláusula. En efecto, o art. 82.3 establece que “*El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa*”. E precisamente tendo en conta o limitado dos medios de cualificación, situouse a DXRN en contra do dito control concreto das cláusulas abusivas. Porén, fronte a isto cabe alegar que en ocasións as cláusulas son abertamente contrarias á lei e que a dita contrariedade, sendo apreciable no propio texto do contrato, debe poder ser cualificada polo rexistrador. Isto resulta especialmente claro cando se trata de cláusulas nulas típicas, pero en ocasións, vía cualificación, tamén nas que non o son. Sobre todo tendo en conta que as

²⁹ Un artigo 258 que, por certo, leva por título, información e protección ao consumidor.

empresas adoitan escapar ás “listas negras” de cláusulas nulas de pleno dereito mediante a utilización doutras distintas aínda que substancialmente iguais.

2º Que se admitimos que os medios son limitados, unha posibilidade de regulación dese control, sería permitir que os rexistradores rexeitaran polo menos as cláusulas da lista de abusivas prevista na Lei (arts. 86 a 91 TRLXDCU). Contra isto cabe obxectar que non serve de nada se as empresas saben evitalas con habilidade. E é certo. Pero non menos certo é, que na situación creada pola Lei 41/2007 e a interpretación da mesma levada a cabo pola DXRN, teríase que admitir a entrada no Rexistro de cláusulas nulas de acordo coa Lei (art. 83 TRLXDCU), estaríase a permitir a publicación das mesmas no Rexistro e, por ende, estarían sendo publicados³⁰ neste actos parcialmente nulos (art. 83.2 TRLXDCU), ao mesmo tempo que o rexistrador debe cualificar, ex art. 18 LH vixente a validez intrínseca dos negocios contidos nos documentos presentados a inscrición.

4º A promulgación da Lei 2/2009 debe levar a considerarse unha nova revisión da interpretación realizada da Lei 41/2007

Unha vez analizada a evolución legal producida, temos que destacar a xa vista diferenza entre a Lei 41/2007 e a doutrina seguida en relación á mesma pola DXRN, e a nova Lei 2/2009. En efecto, mentres na primeira a redacción dada ao art. 12 LH establece a necesidade de transcribir as cláusulas de vencemento anticipado e financeiras, o cal é interpretado pola DXRN no sentido de que non cabe levar a cabo en ningún caso a cualificación das que non teñan transcendencia real; na Lei 2 /2009, no art. 18 da mesma ordena denegar, non xa a inscrición, senón, máis alá, a autorización da escritura, mentres a mesma non respecte as obrigas legais, singularmente as establecidas pola dita lei.

Da comparación de ambos os preceptos extráese a existencia dunha evidente contradición. En efecto, nuns casos poden entrar no Rexistro actos parcialmente nulos en prexuízo do consumidor, e noutro, actos perfectamente válidos que non cumpriron requisitos que a lei considera necesarios e dignos de control dan lugar á denegación, non só da inscrición, senón incluso da escritura. A dita contradición, unida ao feito de que a Lei 2/2009 só se aplica ás empresas distintas das entidades de crédito; e o art. 12.2 LH só se aplica a *“las entidades a las que se refiere el artículo 2 da Lei 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario”*, dá como resultado unha protección menor dos consumi-

³⁰ Iso sen prexuízo do limitado efecto que poida ter esa publicación para os efectos da execución da hipoteca, dada a nova redacción do art. 130 LH e a interpretación que do mesmo se faga. Porén esta é outra cuestión que excede deste traballo. Para os nosos efectos, só comentar que é bastante grave que se admita a inscrición de cláusulas nulas. O feito de que se lle atribúan só efectos de publicidade-noticia non debe ser argumento para admitilas. En caso de que os seus efectos fosen de publicidade con plenos efectos propios do Rexistro da propiedade, estaríamos ante unha vía de vulneración das leis protectoras dos consumidores con medios legais, coa intervención de funcionarios públicos e en contra da Directiva Comunitaria sobre a materia.

dores cando estes contratan con entidades de crédito que cando contratan con entidades distintas. É máis, poderíase dicir que se cae nunha situación de infra-control no primeiro caso, dado o limitado das facultades de cualificación, e nunha situación que ben poderíamos chamar de supra-control no segundo dos casos. Sen ánimo de entrar nas indicadas diferenzas e as consecuencias a que poden dar lugar, simplemente dicir que, á vista da segunda lei, sería conveniente reformularse a interpretación da primeira. Entendo que non sería imprescindible unha nova reforma que igualase criterios, pois hai que ter en conta que as condicións de control a que están sometidas as entidades do mercado financeiro non son as mesmas que as que se establecen para as entidades alleas ao mesmo. No entanto, se de verdade se pretende unha mellor regulación do crédito en tempos como os que corren, é necesario reconsiderar a interpretación dada ata o momento ao art. 12 LH³¹. Isto ademais sería o máis axeitado aos principios sobre os que descansa o sistema hipotecario español. En efecto, a vixente lexislación permite constituír hipotecas con pacto de venda extraxudicial que limitan a intervención do xuíz. Ao respecto, o TC, na súa S. 41/1981 do 18 de decembro, considerando a posición que pasa a ostentar o acreedor unha vez inscrita a hipoteca, afirma que *“la posición del acreedor está compensada con las garantías rexistradas que la ley concede”*, engadindo no mesmo sentido que *“la defensa frente a las pretensiones del acreedor, no solamente están garantizadas por el declarativo ordinario, sino que lo están también, durante la vida de la hipoteca, por lo que se puede llamar el procedimiento rexistral”* (FJ 7). Doutro xeito: a axilidade propia do mercado hipotecario baséase nun control de legalidade extraxudicial e que se leva a cabo no momento da constitución da garantía. Sobre a base dese control admite a lexislación a limitación de medios de oposición a que na execución hipotecaria está sometido o debedor. Só cunha adecuada protección dos seus dereitos ao momento da constitución pode admitirse isto. Noutro caso estaríamos admitindo que dereitos sen selo ningún de calidade previo puidesen executarse en detrimento dun consumidor ao que segundo o art. 51 da Constitución debe protexer o poder público. Este precepto, así como o TRLXDCU, o art. 18 e 258.2 LH e a Lei 2/2009 deben ser argumento bastante para ocasionar un cambio de doutrina por parte da DXRN. O contrario supón levar a cabo, como indica Fernández del Pozo, unha verdadeira *“interpretatio pro proferentem”*, o cal *“es un canon hermeneútico invertido en relación con el que sustenta desde siempre la interpretación de las condiciones generales y los contratos de adhesión”*³².

5º Algunhas consideracións de índole económica

Se analizamos todo o dito no contexto de crise económica que estamos a vivir, observaremos que, ao mesmo tempo que se imputa a crise á falta de seguridade e se avoga por

³¹ Precisamente nesta dirección comezaron a pronunciarse, en opinións aínda non publicadas, algúns dos máis prestixiosos hipotecaristas.

³² Fernández del Pozo, L. *Un aberrante principio de “interpretatio pro proferentem” en las hipotecas*. A propósito de la Resolución de la DGRN de 24 de Julio de 2008. En La Tribuna del Derecho 16-31 de outubro de 2008, páx. 9.

unha corrección a nivel mundial dos sistemas financeiros que permita unha maior seguridade preventiva, en España a interpretación dada ao art. 12. 2 LH lévanos ao resultado contrario. En efecto, mentres as “hipotecas lixo” apóianse nun sistema de asimetría informativa xerada pola falta de transparencia dos mercados, en España tivemos ata o momento un sistema no que calquera persoa pode coñecer a titularidade dos predios hipotecados, as cargas existentes sobre os predios e as consecuencias ás que un se ve sometido se se executan as ditas cargas. Todo grazas ao sistema rexistral existente, que protexe plenamente a acredores, e impide que estes se vexan prexudicados por cargas preferentes non inscritas ou clandestinas³³.

Porén, este contexto de seguridade pódese ver gravemente alterado se se permite a entrada no rexistro de créditos garantidos con hipoteca en cuxas cláusulas existen disposicións nulas. O consumidores, como parte débil no contrato, deben ter a certeza de que existen axentes cualificadores independentes que impidan a vulneración dos seus dereitos. E xunto aos consumidores, os terceiros deben estar seguros de que os créditos hipotecarios que despois circulan no mercado hipotecario son plenamente válidos. Non é razoable xerar confianza na seguridade duns créditos cuxa eficacia pode quedar despois contradita por unha resolución xudicial porque se constituíu sen o necesario control. Esa falta de control levará irremediabilmente ás entidades de crédito a introducir condicións cada vez máis prexudiciais para os consumidores, o cal podería orixinar unha competencia a peor. Iso podería xerar desconfianza dos consumidores no sistema (con drásticas consecuencias para o mercado inmobiliario). Ademais, os adquirentes de bonos, cédulas e participacións hipotecarias, non poden estar esperando a unha resolución xudicial, nin poden ter a incerteza sobre a validez dos créditos postos en circulación. Iso é contrario ás esixencias de seguridade dun mercado como o hipotecario e pode supoñer, en palabras de Fernández del Pozo, “el alumbramiento de las “hipotecas basura” en versión hispana”³⁴.

A estas consecuencias, ou aínda sen chegar a elas, teríamos que engadir os custos de axencia que se xerarían. Entendemos por custos de axencia aqueles que se producen cando hai que recorrer a un axente que ten información completa, o cal é propio de sectores onde un contratante ten máis información que outro (é dicir, asimetría informativa). Se se xera desconfianza por falta de certeza sobre a plena legalidade do que entra no Rexistro, os axentes do mercado comezarán a demandar información complementaria á resultante só da intervención do rexistrador. Esa información xerará novos custos e fará máis cara a obtención de crédito e a hipoteca dos inmobles³⁵. Unha carestía que non recomentan os tempos e que,

³³ Como si sucede en USA, pois o chamado *Mechanics* lien permite ao acredor- contratista que construíu a vivenda antepoñerse a calquera acredor posterior sen estar inscrito en ningún rexistro e sen que os titulares posteriores (v.gr. compradores ulteriores ou acredores hipotecarios con garantía sobre a mesma vivenda) poidan coñecer a súa existencia.

³⁴ Fernández del Pozo, L. Ob. Cit.

³⁵ Pensemos en que grandes corporacións e particulares de alto poder adquisitivo terían que empezar a contratar asesorías xurídicas que, á vista da xurisprudencia recaída, lles aseguren a validez dos seus contratos. E aínda neste caso ninguén os librára dun eventual cambio de tendencia xurisprudencial.

sendo innecesaria cunha intervención do rexistrador como a existente ata agora, pode e debe evitarse. A este respecto, como indica Nogueroles Peiró³⁶ “en todos los informes y estudios³⁷ se observa atendiendo a los datos empíricos que los Registros de Derechos reducen a la mitad los costes derivados de la intervención de notarios, solicitors u otras profesiones que participan en la fase contractual...En general, también resultan más bajos los costes de registrar”.

Ademais, os resultados expostos poden ir contra as mesmas liñas de acción que estruturaron a Lei 41/2007, e que en palabras do Preámbulo son “*la eliminación de los obstáculos a la oferta de nuevos productos, la modernización del régimen de protección mediante la búsqueda de una transparencia más efectiva, que permita a los prestatarios tomar sus decisiones en función del riesgo real de los productos y la mejora de los instrumentos de financiación*”. É evidente que coa interpretación dada ao art. 12 LH pola DXRN non só se logra máis transparencia, senón que ademais xéranse novos riscos e custos de axencia³⁸.

Para finalizar esta breve consideración só podemos dicir que é opinión xeneralizada entre os economistas a de que se precisan axentes independentes. Neste punto é interesante o concepto de “*gatekeeper*”³⁹ ou gardabarreira. Este é un axente independente que so-

³⁶ Nogueroles Peiró, N. *La intervención pública en la gestión y configuración de los derechos reales: el Registro de la Propiedad*. En Teoría y Derecho. Revista semestral: Xuño 5/2009. Ed. Tirant Lo Blanch, páxs. 39-65.

³⁷ O autor cita varios informes referentes aos custos que xera a intervención de notarios e rexistradores nos diferentes países e sistemas. Vid. Ob .cit. páxs. 52-55.

³⁸ Para xustificar estas afirmacións que ben poderían ser tachadas de apocalípticas (aínda que o número de parados mes a mes, a redución do custo da vivenda e do número de vivendas van sendo tan apocalípticas que dan verosimilitude ao drama) podemos poñer o exemplo da mencionada Resolución do 24/7/08 DXRN. Nela, o rexistrador denega por ser contrarias á Lei cláusulas tales como a de vencemento anticipado polo falecemento do fiador. Iso, aínda cando a transcripción ao Rexistro das cláusulas non reais sexa cos únicos efectos de publicidade-noticia, pode dar lugar, se non se limita a execución por esas cláusulas, a unha situación de inseguridade contraria á pretensión da norma, que era ofrecer máis seguridade para novos produtos financeiros. E, máis alá, pode dar lugar a unha situación de redución da confianza por parte dos consumidores que vaia producindo unha paulatina deserción do comportamento dos consumidores ata o momento, coas consecuencias apuntadas.

³⁹ O termo foi inventado por Reinier Kraakman nun famoso traballo publicado en 1986 (Kraakman, R.H “Gatekeepers: The Anatomy of a Third-Party Enforcement Strategy”. *Journal of Law, Economics and Organization*, vol.2. 1986) para referirse a aquelas técnicas e institucións preventivas das disfuncións e fraudes cometidas polos axentes económicos suxeitos a supervisión, a través da emisión por un “policía do mercado” –o “gardabarreira”- dunha “certificación” ou “verificación” susceptible de ser coñecida de terceiros e de sorte que a confianza depositada por eles na reputación do intermediario, facilite a contratación. Orixinariamente aplicouse a dita denominación ás axencias de “rating” e compañías aseguradoras de emisións. Despois descubriuse a utilidade desta categoría para describir moi heteroxéneas técnicas e profesionais que operan fóra do ámbito dos mercados de capitais (ao respecto da súa aplicación a Notarios e Rexistradores poden-se ver os seguintes enlaces: <http://www.arbo.org.es/?p=253> y <http://www.arbo.org.es/?p=257>; asimesmo, téñanse en conta os traballos de Méndez González que se citan na bibliografía).

mete a control aos operadores do mercado. Se a súa actuación funciona ben, o axente económico supervisado soporta unha carga ou custo de transacción que, non obstante, élle rendible -ademais de interesar a terceiros-. Saen desta maneira ganando todos: o supervisado, porque a cualificación favorable da súa actuación permítelle obter unha vantaxe no tráfico (a opeñibilidade da inscrición; a solvencia acreditada do auditado, etc...) e os terceiros e o interese público porque a confianza depositada no “terceiro de confianza” permite abaratar os custos de información e poñer couto aos asociados con asimetrías informativas. Con iso evítase a potencial desconfianza de empresas e consumidores aludida.

Nin que dicir ten que estamos ante mecanismos de *enforcement* que actúan *ex ante*; que prevenen crises do mercado (porque o mercado nunca é perfecto) e fan innecesario acudir ao remedio *ex post* dos tribunais. Por iso son tan interesantes naqueles países en que, coma o noso, o custo de adxudicación xudicial é elevadísimo. Así pois, no campo das cláusulas abusivas é mellor lograr ese plus de seguridade *ex ante*, que someterse a innecesarias consecuencias que se poden derivar, sempre *ex post* e coa conseguinte mingua da seguridade, da actuación dos nosos lentos tribunais. De aí a conveniencia do apuntado control previo extraxudicial, o cal por outra parte non se opón á intervención dos tribunais⁴⁰ nin vulnera en consecuencia a tutela xudicial efectiva.

V.- A MODO DE CONCLUSIÓN

A aplicación á contratación inmobiliaria da protección dos consumidores de que fala o art. 51 CE, esixe a intervención de axentes independentes. No sistema español, a dita intervención pode e debe ser prestada en beneficio do consumidor por parte dos notarios e rexistradores.

Á hora de dar canle legal a esta protección, a interpretación levada a cabo dos principais preceptos vixentes na materia (fundamentalmente os arts. 82 e ss. TRLXDCU e 18 e 258.2 LH) dexenerou nunha progresiva limitación das funcións cualificadoras que, lonxe de conferir maior seguridade xurídica ao sistema, privan a este da mesma.

No concreto caso da contratación de préstamos garantidos con hipoteca, as novidades introducidas pola Lei 41/2007, permitindo a transcrición no Rexistro de cláusulas financeiras e de vencemento anticipado, deron lugar a un novo foco de problemas no que á protección dos consumidores se refire. En efecto, se a dita transcrición se leva a cabo sen control de legalidade, como parece pretender a doutrina recaída da DXRN, pódese chegar a un resultado de desprotección dos consumidores e de aplicación dunha interpretación *pro proferentem* nas hipotecas que pugna directamente cos principios esenciais do sistema e coas regras interpretativas seguidas nesta materia ata o momento. Precisamente estas regras son postas en valor de novo polo lexislador na nova Lei 2/2009.

⁴⁰ Arts. 66, 324 e 328 LH.

A promulgación desta última lei, así como a ponderación dos factores económicos relacionados coa materia (sobre todo en época de crises), deben levarnos a propugnar unha cualificación plena das cláusulas dos contratos con consumidores. Esta cualificación rexistral permitirá unha protección extraxudicial e áxil dos mesmos, dará plena efectividade aos principios que inspiran a lexislación na materia, evitará estrañas diferenzas entre hipotecas constituídas a favor de diferentes acredores e será o máis conveniente para a seguridade e redución de custos que esixe a presente crise económica.

BIBLIOGRAFÍA

Albiez Dohrmann, K.J. - *Las cláusulas individuales no negociadas y la teoría de las condiciones generales de la contratación*. En Homenaje a Albaladejo García. Ed. Universidad de Murcia y Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España (CORPME). 2004.

- *El control de las condiciones generales imprecisas y abusivas en el ámbito registral*. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RDCI) núm. 168, setembro-outubro de 1993.

Arruñada, B. *La contratación de derechos de propiedad: un análisis económico*. Ed. CER, 2004.

Ballugera Gómez, C. - *El contrato no-contrato. Enigma desvelado de las condiciones generales de la contratación*. Ed. CER. Madrid, 2006.

- *La información registral (art. 332-334 y 335)*, en *La reforma de los Reglamentos Hipotecario y del Registro Mercantil (por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de Septiembre)*. Ed. CER. Madrid, 1998.

- *Tratamiento registral de las cláusulas abusivas de las hipotecas*. Boletín del Colegio de Registradores de España. Número 153. Madrid, xaneiro 2009.

Busto Lago, J.M. *El control registral de las condiciones generales de los contratos*. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RDCI). Núm. 667. Setembro-outubro 2001.

Calvo González-Vallinas, R. *Las cláusulas de la hipoteca*. Cuadernos de Derecho Registral. CORPME. Madrid, 2006.

Canals Brage, F. *La inscripción de la hipoteca. Artículo 12 LH reformado por la Ley 41/2007. Su lectura por la Dirección General de los Registros y el Notariado y por el Colegio de Registradores. Contenido y efectos del asiento de inscripción del derecho real de hipoteca (más un apéndice con notas a la resolución de la DGRN de 24 de Julio de 2008)*. RCDI, Núm. 711. Xaneiro-febreiro 2009.

Díaz Fraile, J.M. *La protección registral al consumidor y la directiva sobre cláusulas contractuales abusivas de 1993*. En “*La calificación registral*”. Ed. CORPME-CER. 2º Edición. Madrid, 2008

Díez-Picazo Ponce de León, L. e Gullón Ballesteros, A. *Sistema de Derecho Civil*, vol. II. 9ª Ed. Tecnos. Madrid, 2001.

Díez-Picazo Ponce de León, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. I. Introducción y Teoría del contrato*, 6º ed. Civitas- Thomson Reuters. Madrid, 2009.

III. *Las relaciones jurídico- reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*. 5º Ed. Civitas- Thomson Reuters. Madrid, 2009.

Fernández del Pozo, L. *Un aberrante principio de “interpretatio pro proferentem” en las hipotecas*. A propósito de la Resolución de la DGRN de 24 de Julio de 2008. En *La Tribuna del Derecho* 16-31 de outubro de 2008, páx. 9.

García García, J.M. *Código de la Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil*. 5º ed. Thomson-Civitas. Madrid, 2006.

Gimeno Gómez-Lafuente, J.L. *La incidencia de la legislación comunitaria sobre protección de los consumidores en la calificación registral de los préstamos hipotecarios*. En “*La calificación registral*”. Ed. CORPME-CER. 2º Edición. Madrid, 2008.

Gómez Galligo, J. - *La ley 7/1998, de 13 de Abril sobre condiciones generales de la contratación*. RCDI. Núm. 648. Setembro-outubro de 1998.

- *La evolución del Derecho registral inmobiliario en los últimos cincuenta años*. En “*La calificación registral*”. Ed. Corpme-Cer. 2º Edición. Madrid, 2008.

- *Principios generales da Lei 41/2007 de 7 de Diciembre, de modificación da Lei de regulación del mercado hipotecario y financiero*. En *Jornadas de regulación del mercado hipotecario*. Ed. Corpme. Madrid, 2008.

Guilarte Zapatero, V. “*Pactos en la hipoteca mobiliaria*”. En *Tratado de las garantías en la legislación mercantil* (U. Nieto Carol, coord.). T.II (Garantías reales), vol. 2 (Garantías inmobiliarias). Ed. Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio- Civitas. Madrid, 1996, páx. 170.

Manzano Solano, A. e Manzano Fernández, Mª. M. *Instituciones de Derecho Registral Inmobiliario*. Ed. Corpme. Madrid, 2008.

Martínez de Aguirre Aldaz, C. *La Directiva sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores, nueve años después: balance y perspectivas*. En Homenaje a L. Díez-Picazo, T.II. Thomson-Civitas. Madrid, 2003.

Méndez González, F.P. *De la publicidad contractual a la titulación registral*. Thomson-Civitas. Madrid, 2008.

-*Función calificadoradora: una aproximación desde el análisis económico del derecho civil*. En *La calificación registral*. Civitas. Tomo I. Madrid, 1996, páxs. 23-39.

Merino Escartín, J.F. *Resumen de la ley de consumidores y servicios financieros*. En www.notariosyregistadores.com.

Nogueroles Peiró, N. *La intervención pública en la gestación y configuración de los derechos reales: el Registro de la Propiedad*. En Teoría y Derecho. Revista semestral: Junio 5/2009. Ed. Tirant Lo Blanch, páxs. 39-65.

Parra Lucán, M. A. *Los principios generales da Lei 41/2007, de 7 Diciembre, de reforma de la Ley del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario*. RCDI. Núm. 711. xaneiro-febreiro de 2009.

Peña Bernaldo de Quirós, M. *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, T.II Ed. CER, Madrid, 1999, 3º edición.

Rodríguez Otero, L. *Instituciones de Derecho Hipotecario*. 1º ed. Ed. Dijusa. Madrid, 2007.

Saenz de Jubera Higuero, B. *Acceso registral de las cláusulas del préstamo hipotecario antes y después de la Ley 41/2007 de reforma del mercado hipotecario*. En *Jornadas de regulación del mercado hipotecario*. Ed. Corpme. Madrid, 2008.