

Trámites registrales de la hipoteca de la vivienda del consumidor

Carlos Ballugera Gómez

SUMARIO: Trámites registrales de la hipoteca de la vivienda del consumidor. **INTRODUCCIÓN.** 1.- Registradores y personas consumidoras. 1º.- Los contratos por adhesión. 2º.- La financiación hipotecaria de la vivienda: sus trámites. 2.- Los trámites de la financiación hipotecaria de la vivienda antes de la compra. 3.- La gestión de la documentación para la inscripción de la hipoteca. 4.- Presentación de la documentación en el Registro. 5.- Inscripción de la hipoteca. 5.1.- Calificación. 5.2.- El papel preventivo de los registradores. 5.3.- La necesidad de la inscripción parcial de la hipoteca. 5.4.- La nota de calificación como contraoferta re-negociadora. 6.- Carencias: los registradores como amigos del consumidor.

INTRODUCCIÓN

Invitados por ADICAE, el pasado 26 de noviembre de 2010, nos planteamos una reflexión sobre la situación del Registro de la propiedad respecto de las personas consumidoras en asuntos del mercado financiero¹.

Nos propusimos entonces y vamos a reiterar ahora, de manera clara y sencilla el punto de vista de los registradores con relación a los problemas de las personas consumidoras tocantes al mercado financiero, señalando la especialidad del Registro en este punto, que se centra en los contratos de hipoteca, concebidos como contratos en masa, por adhesión y con condiciones generales de la contratación.

Contratos cuya utilidad primordial para las personas consumidoras está en materializar las garantías que posibilitan su acceso al crédito a fin de conseguir una habitación, por lo que las hipotecas de las que trataremos serán hipotecas de financiación de la vivienda.

En ese marco expondremos el papel de agentes de la seguridad jurídica preventiva de las registradoras y registradores de la propiedad, lo que nos llevará a una relación simplificada de los trámites registrales.

¹ La exposición tuvo lugar dentro de las jornadas “Los retos de los consumidores ante la crisis”, que se celebraron en la Biblioteca Histórica Marqués de Valdecilla de la Universidad Complutense de Madrid.

Al presentar el rol de los registradores en la seguridad jurídica preventiva veremos, también, las carencias que la organización registral y la regulación de su procedimiento presentan en la defensa de los intereses económicos de la persona consumidora.

Creemos que el ejercicio que iniciamos es oportuno a partir de la esperanza, que queremos avivar con esta exposición, de que durante 2011 la celebración del ciento cincuenta aniversario de la Ley Hipotecaria nos permitirá reflexionar sobre las carencias detectadas y ojalar hilvanar algunas de las posibilidades, normativas y reglamentarias, para hacerlas frente.

1.- Registradores y personas consumidoras

El registrador toma contacto con los problemas de la persona consumidora, que no con el consumidor mismo, con la inscripción de los contratos de financiación hipotecaria de la vivienda. El documento registral y notarial que aparece en el juzgado es la hipoteca inscrita y la certificación registral que atestigua su subsistencia.

Por tanto, dos notas, definen nuestro interés en los documentos registrales que aparecen en un proceso judicial de ejecución. En primer lugar, el contrato que se estudia es el de crédito o préstamo hipotecario de financiación de una vivienda. En segundo lugar, la hipoteca de financiación de la vivienda es un contrato por adhesión con condiciones generales de la contratación.

1º.- Los contratos por adhesión

La firma de la persona consumidora al pie de la hipoteca de la vivienda que acaba de adquirir no es un contrato tradicional de los llamados por negociación, donde las partes sólo llegan a un acuerdo expreso de una voluntad común que obliga a ambas, tras una más o menos larga negociación en forma de tratos preliminares que se producen entre bastidores.

La hipoteca de la vivienda del consumidor es un contrato propio de la producción y distribución masiva, un contrato en el que la persona consumidora no puede influir en su contenido sino que éste se le impone; por tanto, un contrato en el que la negociación o no existe o es muy reducida.

Por eso, para que el contrato por adhesión sea obligatorio es necesario un plus sobre el contrato por negociación. No basta con un consentimiento de las partes más o menos formal, sino que es necesario además que sea equilibrado, que el contrato y su contenido obligatorio sean equilibrados.

Cuando los *Derechos* civil y mercantil asumen este postulado lo hacen, como no puede ser de otra manera, mediante la creación de una norma jurídica. Esa norma es en punto al contrato por adhesión, la norma de equilibrio del contenido contractual, que de modo expreso y afirmativo obliga a que el contenido contractual sea equilibrado; en negativo prohíbe el uso de prácticas y cláusulas abusivas.

Ambos aspectos están recogidos en el art. 80.1.c TRLGDCU que establece como requisito de los contratos por adhesión con las personas consumidoras: “buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas”.

Esa norma de equilibrio, al aplicarla, da lugar a lo que la doctrina conoce como controles del contenido y de incorporación de las condiciones generales al contrato. Lo que a nosotros nos importa retener en el contrato por adhesión con condiciones generales de la contratación con consumidores, la hipoteca de la que hablaremos, es que su obligatoriedad de-

pende del cumplimiento de la norma de equilibrio en su doble aspecto.

2º.- La financiación hipotecaria de la vivienda: sus trámites

Por su materia el contrato que nos interesa es el de la financiación hipotecaria de la vivienda. Cuando la persona consumidora compra una vivienda los contratos que celebra suelen ser la compraventa de la misma y la hipoteca con la que financia el precio, obligándose a reembolsos mensuales acompañados al salario del deudor.

Para el trabajador, por tanto, el vínculo entre su vivienda y la estabilidad en el empleo es fundamental. El paro le impide pagar la cuota hipotecaria, lo que le lleva a la pérdida de la vivienda por la ejecución de la carga que, generalmente, provoca la venta en pública subasta de la misma.

El paro involuntario, en cuanto priva al trabajador de su fuente exclusiva de renta, es un suceso equiparable a la fuerza mayor y que habrá de ser tenido en cuenta de cara a moderar los efectos perjudiciales que para él pueda tener el incumplimiento de su obligación de pago de la amortización hipotecaria de su vivienda, cuando resulta afectado por la situación de necesidad en que le pone la crisis económica.

2.- Los trámites de la financiación hipotecaria de la vivienda antes de la compra

El Registro de la propiedad, como un instrumento de transparencia y seguridad jurídica preventiva, también y muy destacadamente puede prestar sus servicios a la persona consumidora antes de la compra. Antes de comprar el consumidor puede utilizar el Registro para comprobar la titularidad de la finca que quiere adquirir y su estado de cargas².

Lo primero para asegurarse de el vendedor sea dueño de la vivienda, lo segundo para no tener que pagar más cargas que las que el asume con la compra financiada por hipoteca. Esta comprobación está al alcance de cualquiera y es un medio fácil de asegurar la efectividad y plenitud del derecho que se adquiere. La persona consumidora, por su falta de profesionalidad en el sector inmobiliario, puede desconocer esta posibilidad, por eso no está de más que la recordemos³.

Pero no queda ahí la utilidad preventiva del Registro de la propiedad, además de un profesional al servicio de la publicidad inmobiliaria en interés de los ciudadanos, el registrador tiene obligación de asesorar gratuitamente al comprador sobre la situación registral de las fincas y el modo de hacer la operación que se pretende.

Además, antes de la adquisición, el comprador tiene que realizar otras muchas verificaciones para las que podrá ser ayudado por la agencia inmobiliaria, por su gestor o asesor, por el notario y también por el registrador.

Si se recurre al asesoramiento gratuito del registrador el comprador recibirá orientación de cómo servirse del Registro de la propiedad para obtener información urbanística, medioambiental o administrativa sobre limitaciones o afecciones de la finca que no son estrictamente jurídico-privadas, pero que influyen sobre su valor o utilidad.

² Para una visión rápida pero detallada de los trámites de adquisición y financiación hipotecaria de una vivienda en España puede consultarse la excelente [guía](#) “Cómo comprar una vivienda en España paso a paso. La seguridad del consumidor en la adquisición de inmuebles” en el la web www.registradores.org.

³ Las solicitudes de publicidad se pueden hacer en el [portal](#) de los registradores.

Así, por medio de las bases gráficas registrales y su tratamiento, el usuario puede obtener información sobre la relación de la finca con suelos potencialmente contaminados, con el dominio público marítimo-terrestre, con espacios naturales, zonas inundables, etc. El acceso a tal información se realiza mediante el tratamiento de las bases gráficas registrales conforme al art. 9.1ª LH.

Como decimos, aunque se trata de datos que no son estrictamente jurídico-privados el tratamiento de la información geográfica permite ligar a la representación gráfica de la finca multitud de determinaciones administrativas dispersas en diferentes organismos y de difícil acceso, que por ese tratamiento cobran de inmediato sentido y alertan a la persona consumidora sobre la necesidad de acudir a la Administración competente para completar su información sobre el suelo como objeto geográfico donde está la vivienda en que quiere residir⁴.

3.- La gestión de la documentación para la inscripción de la hipoteca

Por su parte los acreedores tienen muy en cuenta la utilidad del Registro de la propiedad, ya que la consulta del mismo es ineludible para ellos cuando se trata de prestar con hipoteca. En este punto, la dificultad para la persona consumidora puede presentarse porque aun sin que se haya culminado la compra ni la hipoteca, el acreedor quiera desplazar el coste de sus comprobaciones registrales y la tasación de la vivienda al cliente.

Las entidades suelen hacer ese desplazamiento bien por medio de una práctica que consideramos abusiva, bien por medio de una condición general de la contratación, pero resarcidos de comprobaciones registrales y tasación, aun suelen reintegrarse de otros costes mediante la llamada comisión de apertura, una cantidad cobrada al cliente no en atención a los costes efectivamente soportados sino en proporción al importe del préstamo solicitado. De esa forma alguna entidad de crédito se resarce de sus costes por una triple y redundante vía: por medio del tipo de interés, por la repercusión de gastos y por las comisiones.

En general no podemos admitir esa práctica, que si se plasma en el contrato da lugar a una cláusula abusiva, la que recoge la comisión de apertura o la que repercute los gastos. Porque los gastos de comprobación registral y de tasación son gastos propios de la actividad profesional de la entidad de crédito, de los que sólo puede resarcirse a través del tipo de interés pero no como comisiones o gastos repercutibles por virtud de una estipulación impuesta. Lo mismo cabe decir de la comisión de apertura.

Los trámites que la persona consumidora tiene que hacer para adquirir la vivienda son muy variados: comprobaciones registrales, agencia inmobiliaria, documento privado de compraventa, último recibo del IBI, certificación de estar al corriente de cuotas de comunidad, seguros de construcción en caso de vivienda nueva, cédula urbanística, consultas en los bancos, presentación de documentos, tasación, etc. Tras ellos, el consumidor acude a la notaría de su elección, donde al tiempo suele firmar dos contratos: la compra y la hipoteca de la vivienda.

Ambos contratos están estrechamente vinculados, ya que sin la compra por el deudor no se puede dar la hipoteca y sin hipoteca el deudor no puede comprar. Al banco le interesa la

⁴ A la vista de las múltiples inundaciones invernales es claro el interés del comprador en poder situar la parcela donde está su vivienda respecto de las distintas áreas inundables del municipio y conocer la proximidad o lejanía a las mismas o, incluso, su ubicación en el interior de alguna de esas áreas con riesgo de inundación.

inscripción de los dos contratos y procura llevarlos al Registro porque la hipoteca es de constitución registral, lo que significa que la finca no queda sujeta al pago del préstamo o crédito sino hasta que la hipoteca se inscribe. Para inscribir ambos documentos es necesario también pagar los impuestos de transmisiones patrimoniales, actos jurídicos documentados y la plusvalía municipal.

El pago del impuesto y la inscripción son esenciales para la seguridad del acreedor hipotecario y para el consumidor. Para el acreedor porque no puede inscribir su hipoteca sin que la vivienda esté a nombre y pertenezca al consumidor. Para el consumidor porque no le dan el dinero de la hipoteca sin tener la casa inscrita a su nombre.

Como la entidad de crédito desembolsa el dinero del préstamo, es ella la que corre con el riesgo de impago en caso de que no se garantice la deuda. Ese riesgo es doble, existe si no se inscribe la casa y existe si inscrita ésta no se inscribe la hipoteca sobre ella. Para mitigar ese riesgo y en su exclusivo interés la entidad de crédito se ve impulsada a asumir la gestión del documento por sí, por medio de una gestoría o por medio del notario autorizante.

Es por esa vía por la que paga los impuestos y lleva la documentación justificativa de ese pago al Registro para pedir la inscripción y aunque actúa en interés propio, en interés exclusivo de la entidad de crédito, todos los gastos de ello los paga la persona consumidora.

4.- Presentación de la documentación en el Registro

Dado que la hipoteca es de constitución registral, el acreedor hipotecario tiene interés en que la misma, tras la firma de la escritura ante el notario, llegue al Registro lo antes posible. Una vez presentada en la oficina registral la hipoteca será preferente respecto de otros acreedores sobre los bienes hipotecados, de manera que el acreedor ya no podrá verse perjudicado por otras hipotecas o embargos del deudor o del vendedor de la vivienda que lleguen al Registro después.

Para facilitar el acceso de la documentación al Registro de la propiedad la Ley 24/2001 y la 24/2005 previeron un mecanismo de presentación telemática por el notario, plenamente operativo desde mayo de 2007, que permite, tras la autorización notarial remitir al Registro la escritura para su inscripción.

Pero como la inscripción no puede producirse sin que se haya acreditado la presentación del documento de hipoteca en la Oficina Liquidadora correspondiente, aunque con la presentación telemática se gana la prioridad registral, el registrador no podrá intervenir en el documento para realizar su inscripción hasta que se le acredite este extremo.

El art. 255 LH dispone que pueda extenderse el asiento de presentación antes de que se verifique el pago del impuesto; mas en tal caso se suspenderá la calificación y la inscripción u operación solicitada y se devolverá el título al que lo haya presentado, a fin de que se satisfaga dicho impuesto.

Por tanto, presentada la hipoteca en el Registro por la notaría se suspenderá la calificación con devolución del documento al presentante para que pague el impuesto. A su vez, desde la notaría o por el propio gestor del banco se puede realizar la presentación telemática de la hipoteca en la oficina liquidadora, en aquellas comunidades o haciendas territoriales que hayan dispuesto esa vía de comunicación y podrán acreditar también telemáticamente ese extremo al Registro. Cuando no exista la posibilidad de presentación *telemática* en la oficina liquidadora del impuesto, deberá presentarse la hipoteca en papel, de manera presencial o por correo postal.

No obstante la acreditación del pago del impuesto ingresado por medios tradicionales podrá hacerse o no por medios telemáticos. Hasta la total implantación de las comunicaciones seguras entre los distintos organismos administrativos y con los usuarios la tramitación telemática puede volver al papel y viceversa, dando lugar a cuestiones de una cierta complejidad.

La interlocución con el Registro en la presentación telemática notarial la ostenta el notario y la persona designada como presentante en la remisión telemática, que como decimos suele ser en el caso de la hipoteca una gestoría designada y dependiente del banco. Respecto del pago del impuesto los interlocutores con la administración tributaria siguen siendo el notario o la gestora del banco.

En ambos casos, pese a que se ventilan los intereses de la persona consumidora ante diversas administraciones, el consumidor es un invitado de piedra a cuyo alcance ni siquiera está muchas veces el conocer directamente el estado del procedimiento en el que es interesado principal.

Sobre la base de la confianza que reina en el mercado financiero, la gestora designada por el banco, se arroga la gestión de los intereses de la persona consumidora en orden a la inscripción de venta e hipoteca vistiéndola la operación por medio de una cláusula impuesta.

Veamos como vienen a suceder las cosas en la realidad. En una venta con hipoteca, el mismo día de la firma ante el notario se entrega por la entidad de crédito el dinero financiado al vendedor y el banco prestamista, carga inmediatamente y con fecha valor de ese día, la comisión de apertura y los gastos de gestión pasada, presente y futura, entre los que se incluyen impuestos, gastos notariales y registrales y también aquellas comprobaciones registrales realizadas por la gestoría o por el mismo banco y puede que el coste de la tasación de la finca hipotecada que, por desconfianza hacia el cliente-deudor o por intereses de la entidad de crédito de cara al mercado hipotecario, ésta impone a la persona consumidora⁵.

Con el dinero en su poder la gestora del banco sabe aunque la persona consumidora lo ignore, que ha sido agraciada con un préstamo gratuito del consumidor y obra en consecuencia, prefiriendo hacer sus desembolsos más tarde que pronto.

En total, día arriba o abajo, pueden transcurrir cuatro meses desde el despacho notarial de las escrituras hasta la retirada del Registro de las mismas por la gestora, durante los cuales la gestoría parabancaria ha estado disfrutando del crédito gratuito de su cliente forzoso.

Tras los pagos, la gestora devolverá la escritura pública de compraventa a la persona consumidora y le informará de su gestión, entre cuyos extremos se encuentra el relativo al resultado de la inscripción registral de la hipoteca.

Para cumplir con esa obligación de información, el gestor podrá entregar a su cliente una copia simple de la escritura de constitución con la nota de despacho de la registradora o del registrador y la información registral del resultado obtenido. El banco no entregará al cliente la copia auténtica de la hipoteca inscrita porque ese es su título de crédito, que deberá esgrimir ante el juzgado en caso de impago.

⁵ La primera regla sobre la valoración de la vivienda dada en garantía es que tal valoración se determina por acuerdo de las partes, sin necesidad de recurrir a terceros, sean o no peritos, los cuales, por cierto cuando aparecen y no necesariamente, es en caso de litigio no en el ambiente de consenso de la firma del contrato. Vid. MOXICA ROMÁN, J. y G. A. MOXICA PRUNEDA, "Las Pólizas Bancarias. Ejecución, Oposición y Prelación (Análisis de Doctrina y Jurisprudencia. Formularios)", Aranzadi, Elcano, 2001 (4ª ed.), pág. 625.

Es muy importante que la gestora entregue a la persona consumidora la nota de despacho de la hipoteca, luego veremos por qué. Nosotros creemos que es obligatorio para la gestora y así lo ponemos de manifiesto en la propia nota de despacho.

5.- Inscripción de la hipoteca

5.1.- Calificación

Vamos a detenernos ahora en la intervención preventiva del registrador. El procedimiento registral ha empezado con la remisión telemática de las copias de compraventa e hipoteca al registro. Al no ir acompañada dicha presentación de la justificación del pago del impuesto, se suspende la calificación a la espera de tal circunstancia. Cumplimentada la misma, el registrador ya puede calificar los documentos.

Cuando las escrituras de compraventa e hipoteca llegan al Registro el registrador las estudia e inscribe. La inscripción produce fuertes efectos, así lo que el Registro pública se tiene por legítimo, la titularidad del Registro prevalece frente a otras para el comprador de buena fe que inscriba, el contenido de los asientos está bajo la salvaguarda de los Tribunales, etc.

Son esas garantías de legalidad lo que justifican constitucionalmente que el acreedor hipotecario pueda ir a un procedimiento tan expeditivo como el directo de ejecución de los arts. 681 y ss. LEC.

Pues bien, nos podemos preguntar qué tiene que hacer el registrador para asegurarse de la legalidad del contrato que pretende la inscripción y de su contenido. La respuesta es que conforme al art. 18 LH el registrador tiene que calificar el documento. Calificar es comprobar que los actos contenidos en el documento presentado susceptibles de inscripción se ajustan a la Ley en lo formal y en lo material.

Como se trata de la calificación de una hipoteca con persona consumidora, que es un contrato por adhesión con condiciones generales, el registrador debe tener en cuenta en su análisis que la hipoteca o sus cláusulas no sean contrarias a la norma de equilibrio. La reciente resolución de la DGRN 1 de octubre de 2010 admite expresamente que la calificación se extienda a las cláusulas abusivas.

Por tanto, lo que tiene que hacer el registrador cuando la hipoteca llega a su oficina es analizarla y si la califica favorablemente inscribirla, pero si el documento no se ajustara a la legalidad debe denegar o suspender la inscripción.

5.2.- El papel preventivo de los registradores

La inscripción de la hipoteca sin cláusulas abusivas no se puede lograr sin la intervención del registrador. Vamos a ver como va a ser esa intervención preventiva y vamos a verlo sobre el fondo de un procedimiento donde la persona consumidora está ausente y donde alguien, por tanto, si queremos mantener la vigencia del principio de protección de las personas consumidoras (art. 51 CE), tendrá que velar por sus intereses económicos.

Los registradores somos funcionarios públicos sujetos a ese principio como, en general, lo están todos los poderes y administraciones. Como tales y por tal sujeción, en ausencia de la persona consumidora, el órgano que ha de velar por ella y por sus intereses económicos en el procedimiento registral es el registrador, que tiene que ser voz del consumidor en un procedimiento en el que la persona consumidora no tiene voz.

No es esa vigilancia fruto del capricho de un funcionario veleidoso sino obligación en el ejercicio de sus funciones profesionales públicas, que el registrador debe atender con espe-

cial cuidado y cuyo incumplimiento puede dar lugar a responsabilidad patrimonial frente a la persona consumidora.

Sin embargo todavía las cosas están muy lejos de ser como las pinta el legislador. El problema es que las profesiones jurídicas están recibiendo con tibieza, tras 32 años de la vigencia de la CE, el principio constitucional de protección de las personas consumidoras y sus leyes de desarrollo, de cuya eficacia vinculante y fuerza obligatoria se duda constantemente en algunos círculos técnico-jurídicos.

Habíamos creído que los registradores bajo la guía de la DGRN se habían adelantado a la protección de las personas consumidoras por diversas vías. En primer lugar a través de los principios de determinación y especialidad que exigen claridad y concreción para los contratos y derechos que acceden al Registro

También suponíamos haber sido pioneros en el rechazo de cláusulas abusivas a través de la doctrina de la distinción entre lo real y lo obligacional, particularmente en el contrato de hipoteca, lo que no ha dejado de ser puesto de manifiesto por la doctrina, que creía que en ocasiones esa teoría junto a la de la interpretación “contra proferentem” no eran sino sucedáneos de una aplicación genuina de la norma de equilibrio.

Pero a partir de 1984 los titubeos nos han dejado ver que realmente estábamos soñando. Tras la LGDCU el Centro Directivo vino admitiendo con muchas dudas la calificación del registrador del contenido contractual, pese a que por esas calificaciones se llegó a admitir, primero por la DGRN y luego por el Ministerio de Hacienda que el interés variable no podía ser referenciado a un tipo de la propia entidad, ni siquiera el preferencial (resolución de 7 de setiembre de 1988).

En 2006 la DGRN llegó a decir que el registrador no podía calificar de abusivas las condiciones generales de la hipoteca sin que existiera una previa sentencia de nulidad inscrita en el RCGC. Después de aquello, vimos con tristeza en las resoluciones de 19 de abril de 2006 una increíble manifestación de impotencia del Estado social y democrático de Derecho para alcanzar sus fines: el instrumento de dirección de la seguridad jurídica preventiva manifiesta que ésta, la seguridad jurídica preventiva, pese a la proliferación de cláusulas abusivas, era incapaz de hacer nada para ayudar a las personas consumidoras a verse libres de ellas. Según la DGRN en esas desafortunadas resoluciones, el único remedio que tenía el consumidor para librarse de cláusulas abusivas eran los tribunales.

¿Cómo es posible que la santidad del contrato y el Estado policía pudieran rebrotar de ese modo en el s. XXI? Queremos creer, no sin cautela y una cierta desconfianza, que el ultraliberalismo de los mercados, expresión de la táctica que consiste en presentar al problema como la solución, tuvo su canto de cisne con esas resoluciones.

En 2008, ahondando en el foso donde se querían esconder los problemas de las personas consumidoras y quien sabe si a los consumidores mismos, la DGRN afirmó que las cláusulas de vencimiento anticipado y financieras de las hipotecas de las entidades de crédito no sólo no podían declararse abusivas a efectos registrales, sino que ni siquiera se debían calificar ya que no eran objeto de inscripción sino de transcripción con efecto de publicidad-noticia.

Finalmente y por el momento, no sabemos si se trata de otro titubeo, la resolución de 1 de octubre de 2010 ha admitido la posibilidad de que el registrador califique las cláusulas de vencimiento anticipado y financieras de las hipotecas de las entidades de crédito tanto en vista de la legislación del contrato por negociación como de la norma de equilibrio del con-

trato por adhesión, si bien con algunas reservas que parecen responder más a una solución de compromiso en el seno de la DGRN que a una aplicación rigurosa de la Ley.

En suma, la posibilidad de que el registrador elimine de la inscripción las cláusulas abusivas ha estado obstaculizada estos últimos años por la DGRN, órgano, que paradójicamente debe velar, como las demás administraciones, porque las personas consumidoras estén libres de esas cláusulas.

En ese tiempo, con mayor o menor éxito registradoras y registradores han ido filtrando los contratos de esas cláusulas fuera del procedimiento registral o bien con recurso a normas imperativas o semiimperativas que exigían su denegación e impedían su acceso a los Libros Registrales⁶.

Habiendo reconsiderado su postura, la DGRN puede colocarse de nuevo en línea con la defensa de los intereses económicos de las personas consumidoras, pero todavía está lejos de poder desempeñar ese papel.

No obstante con la resolución citada de 1 de octubre de 2010 se normaliza una situación de excepción por la que se ha echado sobre los hombros de las personas consumidoras la carga de combatir ante los tribunales los abusos de los más fuertes.

Precisamente los tribunales con sus vericuetos y complejidades son el parapeto más firme de esos abusos, no porque los jueces no hagan honor a sus deberes constitucionales con las personas consumidoras, sino porque las garantías del Estado de Derecho se usan por los más fuertes para empecinarse en los abusos: buen ejemplo de ello es el proceso que continúa aún sobre la nulidad de cláusulas abusivas en hipotecas que ha dado lugar a la importante STS de 16 de diciembre de 2009, donde cuatro importantes entidades de crédito han exhibido su obstinación en la defensa de más de una decena de cláusulas abusivas que finalmente han sido declaradas nulas.

La sentencia de 4 de junio de 2009 del TJUE desmiente rotundamente el postulado de la DGRN mantenido en 2006 según el cual el registrador no puede calificar las cláusulas abusivas sin que medie previamente sentencia inscrita en el RCGC. En fin con la resolución de 1 de octubre de 2010 es posible de nuevo el cumplimiento de la Ley dentro del procedimiento registral sin necesidad de tener que acudir a remedios al margen del mismo.

5.3.- La necesidad de la inscripción parcial de la hipoteca

Reconocido de nuevo por la DGRN que la calificación está abierta a la aplicación de la norma de equilibrio en el contrato por adhesión con condiciones generales de la contratación nos detendremos en un problema, tal vez el primero que se plantea en ella.

Si el registrador, al aplicar la legislación protectora de la persona consumidora deniega la inscripción de la hipoteca, la persona protegida puede, en términos generales, verse privada de la financiación y consecuentemente de la adquisición del bien del que depende la satisfacción de su necesidad y su bienestar.

⁶ Pese a las resoluciones de 19 de abril de 2006 nunca hemos creído que la prohibición de cláusulas abusivas hubiera dejado de estar vigente, por lo que en su momento, sostuvimos que la aplicación de la ley era un imperativo que si no podía hacerse dentro del procedimiento registral, con sus garantías, debía hacerse fuera de él. Vid mí "Tratamiento registral de las cláusulas abusivas en las hipotecas", Boletín del Colegio de Registradores, núm. 153, enero, (2009), pp. 19-34; también en "Financiación de la vivienda, calificación hipotecaria y protección de los consumidores tras la L. 41/2007, SER, 2009, págs. 123 a 163; y Revista de Derecho Patrimonial, núm. 23, (2009), págs. 309 a 328.

Por eso a los consumidores les interesa la inscripción de la hipoteca. Incidentalmente hay quien pudiera pensar que la persona consumidora está interesada en la denegación total de la hipoteca con inscripción de la venta. Así tendría la casa sin la hipoteca. Pero ese caso individual, de menudear, lo que no es el caso, obligaría a la banca a buscar fórmulas para inscribir primero la hipoteca y luego la venta. En todo caso esa vía sería pan para hoy y hambre para mañana⁷.

Retengamos entonces que a la persona consumidora le interesa también la inscripción de la hipoteca, ahora bien, ¿quiere eso decir que a los consumidores les interesa, para no poner en peligro la adquisición de la vivienda, la inscripción de la hipoteca incluso con cláusulas abusivas?

Por su pasada actitud, pudiera parecer que esa era la opción y la opinión de la DGRN. Pero eso es ya historia. Consumidor y cláusulas abusivas son términos antitéticos. Es evidente que la persona consumidora quiere conceder su hipoteca al banco, pero la quiere libre de cláusulas abusivas, situación que le garantiza el art. 6 de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas, como nos lo ha recordado la STJUE de 4 de junio de 2009, incluso cuando el deudor no hubiera impugnado judicialmente dichas cláusulas.

El instrumento del que se vale el legislador para que la hipoteca se inscriba sin cláusulas abusivas es la calificación registral por medio de la inscripción parcial coactiva reconocida en el art. 258.2 LH.

En el contrato por negociación la apreciación de un defecto por el registrador impide la inscripción total del contrato aunque el defecto afecte a un parte del mismo, incluso de poca relevancia salvo el supuesto excepcional del art. 434.VI RH. La razón está en que formando el contrato, como expresión de consentimiento o voluntad común, una unidad indivisible no puede quedar desgajada de ninguna de sus partes sin que se resienta el todo⁸.

Por eso, tradicionalmente se ha venido entendiendo que para inscripción sin el elemento defectuoso y sin necesidad de ir a un recurso es necesario al menos el consentimiento del presentante. Con dicho consentimiento se practica una inscripción parcial del documento: sólo se inscribe la parte no defectuosa del mismo a juicio del registrador.

Sin embargo, en el contrato por adhesión con condiciones generales de la contratación la nulidad de una cláusula abusiva es una nulidad parcial, coactiva y de pleno derecho, lo último permite apreciarla de oficio, lo primero significa que aunque una cláusula o estipulación sea nula, el resto del contrato subsiste y perjudica al predisponente, finalmente el que la nulidad sea coactiva no es sino un corolario de la subsistencia del contrato: el resto del contrato subsiste y perjudica al predisponente aunque éste no hubiera querido contratar sin la cláusula nula.

Como la hipoteca con personas consumidoras es un contrato por adhesión con condiciones generales, la nulidad de una cláusula apreciada en la calificación registral, es una nulidad parcial, coactiva y de pleno derecho.

⁷ En general, no queremos ni podemos olvidar, que la disponibilidad de crédito por la persona consumidora es un gran logro de la moderna sociedad de consumo, que permite adelantar el disfrute de los bienes necesarios para la vida y alcanzar un alto nivel de bienestar para los consumidores, según proclaman los Tratados de la UE.

⁸ Sobre la unidad e indivisibilidad del contrato vid. SSTs de 30 de noviembre de 1964 (RJ 1964\5556); 5 de febrero de 1985 (RJ 1985\532); 21 de febrero de 1991 (RJ 1991\1518); 7 de octubre de 1997 (RJ 1997\7096); y 9 de mayo de 2000 (RJ 2000\4351).

Por tanto, el contrato es plenamente válido sin la cláusula nula y obliga al predisponente aunque no haya prestado su consentimiento, por lo que no es necesario pedirle una nueva voluntad al presentante para la inscripción parcial, que la registradora o el registrador practicarán sin las cláusulas nulas pero con expresión de los defectos en la nota de despacho.

Abierta la fase de calificación el registrador examina el documento y comprueba que se ajusta a la legalidad. Como se trata de un contrato por adhesión con condiciones generales de la contratación comprobará que el mismo cumple con la norma de equilibrio en su doble aspecto: que el contenido sujeto a registración es equilibrado y que no contiene cláusulas abusivas.

Si considera que el contrato es válido, aunque adolezca de alguna cláusula abusiva, inscribirá el contenido válido y dejará fuera del registro lo nulo, mediante la inscripción parcial del documento.

Para garantizar los derechos de todas las partes, el registrador consignará su actuación en la nota de despacho, que contendrá, primero la inscripción de la hipoteca sin las cláusulas nulas, segundo las cláusulas que no se han inscrito y las razones para ello. En mi opinión también es posible entregar al presentante en hoja aparte el texto rechazado de las cláusulas. Todo ello tiene por objeto que los interesados conozcan los defectos por si quieren impugnarlos con los correspondientes recursos.

Es claro que el banco tomará conocimiento de esa circunstancia muy pronto ya que el gestor que tramita la documentación es su gestor. Sin embargo, no sabemos si la persona consumidora llegará a tener noticia del contenido de la nota de despacho.

No lo sabemos porque la regulación hipotecaria no establece trámite alguno para dar noticia al deudor persona consumidora de la inscripción de la hipoteca y de las circunstancias de la misma.

Todo el procedimiento registral se ha ventilado entre la gestora parabancaria y el registrador, sin que la persona consumidora aparezca por el Registro. Luego aunque hayamos dicho que las registradoras y registradores tomamos contacto con la persona consumidora a través de la financiación hipotecaria de la vivienda, esa relación es indirecta, ya que por lo general el consumidor no aparece por el Registro para interesarse por la marcha del despacho de los documentos en los que le va la posesión de su vivienda.

Tampoco hay trámite alguno en la legislación hipotecaria para que el consumidor pueda intervenir en el recurso contra la nota interpuesto por la entidad de crédito o por el notario: las reclamaciones en ese sentido tienden a ser rechazadas por la DGRN.

La soledad del consumidor ante el despacho registral de su hipoteca es pavorosa. Su ausencia de los foros donde se ventilan sus intereses, incomprensible. La imposibilidad y falta de garantía para que el consumidor pueda conocer el resultado de la calificación absurdos. Asiste como convidado de piedra a la evolución registral de su derecho sin que pueda actuar.

5.4.- La nota de calificación como contraoferta re-negociadora

Se comprende que el conocimiento de la nota de despacho de su hipoteca, extendida por el registrador, le es muy importante precisamente al beneficiario de ella, la persona consumidora, para que pueda actuar su derecho.

La nota de calificación de la inscripción parcial de una hipoteca, con su relación de defectos, puede convertirse en un importante instrumento de re-negociación de su contrato por la

persona consumidora, ya que las faltas que el registrador aprecia pueden dar lugar a reclamaciones ante la entidad de crédito que se resuelvan favorablemente para los intereses patrimoniales del deudor.

El Registro de la propiedad es un instrumento de seguridad jurídica preventiva y debe, por tanto, posibilitar la solución de los conflictos al margen de los tribunales, que son, en rigor un último recurso tendente a evitar la autotutela.

El instrumento de que se vale el Registro de la propiedad para intervenir en la conciliación de los eventuales conflictos es precisamente el mercado, un mercado social en el que se reconoce a la persona consumidora poder re-negociador, poder de mercado. Ese reconocimiento del legislador sale a la luz respecto de un contrato concreto de hipoteca a través de la nota de despacho. Pero hace falta que esa luz llegue al consumidor.

La persona consumidora alegando la nota de despacho del registrador puede reclamar de la entidad de crédito la eliminación de las cláusulas abusivas de su contrato relacionadas en la nota como defectos. El registrador, aparece de ese modo, en el ejercicio obligado de sus funciones profesionales públicas, como amigo de la persona consumidora.

La entidad de crédito ante la nota de despacho del registrador, emitida desde una posición neutral, recurrible y pública, tenderá a ver en ella un criterio que predica la inviabilidad del contenido contractual que le ha impuesto a su cliente.

En mi opinión, la entidad de crédito como la empresa en general intentará una conciliación mutuamente satisfactoria para las partes antes de lanzarse al laberinto de un pleito y a la posible pérdida de un cliente.

Pero para que esa posibilidad sea efectiva, para que el mercado funcione la persona consumidora necesita del apoyo del Estado, en este caso del apoyo de los registradores a través de sus notas de calificación.

6.- Carencias: los registradores como amigos del consumidor

Pero... Ya hemos dicho que la persona consumidora no tiene una garantía legal expresa de que el contenido de la nota de despacho, con la relación de defectos y en concreto de cláusulas abusivas, llegue a sus manos.

Creemos que el gestor y la entidad de crédito tienen una obligación de información del adherente ya como gestores de negocios ajenos sin mandato ya como mandatarios. No obstante, repetimos, no existe un pronunciamiento legal al respecto, ni tampoco un procedimiento para hacer efectivo este derecho a la información de la persona consumidora.

La DGRN se muestra vacilante unas veces y tibia otras en tender la mano a la persona consumidora, pese a que los consumidores necesitan del apoyo del Estado y de sus funcionarios. La misma DGRN se halla obligada por el principio de protección de las personas consumidoras y si niega su colaboración a las mismas contrae ante ellas igual responsabilidad patrimonial que registradores y registradoras.

Tenemos que concluir que no hay un trámite para que se escuche a la persona consumidora en la inscripción de su hipoteca, contrato que tanto va a marcar su vida financiera, que no hay un trámite para que la persona consumidora conozca la nota de calificación negativa del registrador. Tampoco hay un trámite para la interposición de un eventual recurso contra la calificación del registrador por parte del consumidor. Sin embargo, la persona consumidora paga todas esas gestiones en las que se le niega la voz.

Este año se celebra el 150 aniversario de la Ley Hipotecaria. El Colegio de Registradores

ha abierto una reflexión sobre la misma, donde, sin embargo, hay un gran silencio sobre las personas consumidoras y la salvaguardia específica de sus intereses económicos y sociales.

Poco o nada se dice en la Ley Hipotecaria de la inscripción parcial, de la calificación de los contratos por adhesión, de la cancelación de oficio de las cláusulas abusivas, de la necesidad de que el acaecimiento del vencimiento anticipado conste en el Registro para poder ejecutar la hipoteca, de la necesidad, en suma, de que el registrador ampare los intereses económicos de las personas consumidoras.

Es un buen momento para reflexionar, debatir y, como resultado, llenar esos vacíos y dar voz también a las personas consumidoras y a sus intereses económicos en los Registros de la propiedad y mercantiles. Nosotros vamos a procurarlo dentro de la corporación registral.