

Registradores de la Propiedad y seguridad jurídica: de la calificación al dictamen de conciliación sobre condiciones generales (*)

En recuerdo, siempre presente, de Rafael Sánchez de Lamadrid y Sandoval; y con mi agradecimiento a Guillermo Orozco Pardo, Universidad de Granada, por el interés mostrado en el desarrollo de esta investigación.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: a) REGISTROS Y PUBLICIDAD MATERIAL; b) EL REGISTRADOR ANTE LA NUEVA NORMATIVA SOBRE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN.—2. ESTATUTO DE LA PROFESIÓN: a) LA FUNCIÓN PÚBLICA DEL REGISTRADOR; b) FUNCIÓN PÚBLICA *VERSUS* ACTIVIDAD PRIVADA PROFESIONAL: SU CONCILIACIÓN.—3. FUNCIÓN REGISTRAL: LABOR ENCOMENDADA AL REGISTRADOR: a) LA CALIFICACIÓN REGISTRAL EN EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD; b) CALIFICACIÓN Y PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR; c) CRITERIO MANTENIDO POR LA

(*) El presente estudio de investigación fue concluido en septiembre de 2001 y es por ello por lo que a la fecha de su publicación, con la velocidad de vértigo del actual mundo jurídico, es posible pensar que algunos comentarios pueden mostrarse inútiles o redundantes como consecuencia de acontecimientos posteriores al trabajo realizado. La mayor influencia de estos comentarios la encontramos en la sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de febrero de 2002, Sala 3.^a, Sección 6.^a, que deroga, por anulación, gran parte del articulado del Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación. La doctrina tampoco ha cesado en la disertación de la materia tanto en lo referente a las Condiciones Generales como la relación de los Registradores con el Derecho de Consumo, por lo que es posible encontrar nuevas referencias de estudio. Para resolver en lo posible este desfase y respetando el trabajo originario que, a pesar de ello, conserva toda su vigencia, se han producido escasos añadidos en el texto y en algunas notas de «pie de página» para poner de relieve los cambios posteriores al estudio realizado.

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO; d) «CALIFICACIÓN» EN EL NUEVO REGISTRO SOBRE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN.—4. EL REGISTRO SOBRE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN: a) CONSIDERACIONES GENERALES; b) CARACTERÍSTICAS DEL REGISTRO; c) MODELOS DE REGISTRO EN DERECHO COMPARADO.—5. LA SEGURIDAD JURÍDICA EN LA VERTIENTE EXTRAJUDICIAL Y LA MODERNA CONTRATACIÓN: a) DEFENSA DEL CONSUMIDOR Y LIMITACIONES DE LA SEGURIDAD JURÍDICA PREVENTIVA; b) EL CONTROL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS.—6. LA DEFENSA DEL CONSUMIDOR Y USUARIO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA INSTITUCIÓN REGISTRAL: a) PLANTEAMIENTO SOBRE LA INDEFENSIÓN DEL CONSUMIDOR Y USUARIO; b) EL REGISTRADOR COMO PROFESIONAL IMPARCIAL.—7. EL DICTAMEN CONCILIADOR ENCOMENDADO A LOS REGISTRADORES POR LA LEY SOBRE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN: a) ANÁLISIS GENERAL; b) ¿DICTAMEN DE «CONCILIACIÓN»?; c) CONCLUSIONES SOBRE LA PROPUESTA LEGAL; d) ANTECEDENTES DE LA LEY SOBRE CGC PARA UNA MEJOR COMPRENSIÓN; e) NORMATIVA FINALMENTE PROMULGADA PARA UNA CONCLUSIÓN DEFINITIVA; f) NUEVAS PROPUESTAS ACORDES CON EL ESTATUTO DEL REGISTRADOR.—8. CONSECUENCIAS Y EFECTOS DEL DICTAMEN DE CONCILIACIÓN: POSIBLE EQUIPARACIÓN A LA LABOR INTELECTIVA DE CALIFICACIÓN.—9. RELACIONES ENTRE EL ACTO DE CONCILIACIÓN Y FIGURAS ANÁLOGAS: a) OTRAS SOLUCIONES PARA LA PRETENDIDA PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS; b) PROPUESTAS SUSTITUTIVAS DEL EJERCICIO DE ACCIONES INDIVIDUALES O COLECTIVAS; c) CONCLUSIÓN: NECESIDAD SOCIAL.

1. INTRODUCCIÓN

a) REGISTROS Y PUBLICIDAD MATERIAL (1)

Todo Registro jurídico cumple, entre otras, una función fundamental de publicidad (2), la que forma parte de su objeto. Así, el Registro de la Propiedad,

(1) Como expresión de todos los efectos sustantivos que derivan de un Registro Jurídico para el que accede al mismo o, como dice CHICO Y ORTIZ, JOSÉ MARÍA (*Estudios de Derecho Hipotecario*, 2.^a edición, Tomo 1, pág. 271, Marcial Pons, 1989) «...precisar los efectos que la Ley confiere a esa publicidad».

(2) Publicidad para la seguridad jurídica (publicidad con efecto jurídico —de amparo o protección de los derechos—), a diferencia de los Registros Administrativos que pueden tener fines diversos pero principalmente de fiscalización y control por parte de las Administraciones Públicas (publicidad con efecto noticia). Sobre esta distinción, vid. ATAZ LÓPEZ, JOAQUÍN («Registro de Condiciones Generales», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, coordinador: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi, 2000, págs. 316 y sigs.). Es, precisamente, esta nota la que separa la persona del Registrador del funcionario propiamente dicho (al servicio de la Administración y de sus Registros Administrativos) pues aún calificado como funcionario público, lo es en el sentido de desempeñar una función que corresponde al Estado, a lo público, pero que la ejerce desde la más absoluta privacidad e independencia. Esta dualidad de caracteres la pone de manifiesto CHICO Y ORTIZ (*Estudios sobre Derecho Hipotecario*, Tomo II, Marcial Pons, 1989) expresando que los Registradores reciben poderes del Estado pero

a cargo del Registrador (3) tiene por objeto la inscripción o anotación (para su publicidad) de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles (4); el Mercantil, a cargo del mismo, la inscripción (publicidad) de empresarios y actos y contratos relativos a los mismos (5); y el de Condiciones Generales de la Contratación, también a cargo del anterior (6), como Sección del Registro de Bienes Muebles, la publicidad de las condiciones generales de la contratación y de las resoluciones judiciales que puedan afectar a su eficacia en los términos previstos en la Ley (7).

Cumplen los Registros, decimos, una labor de publicidad, y la trascendencia de ésta, tratándose de Registros jurídicos, la encontramos en los efectos que se producen en las relaciones entre los particulares; efectos que tienden a la máxima seguridad jurídica de prevención que el Estado, con el instrumento del Derecho, puede ofrecerles (8). Evidentemente, para saber quien tiene seguridad jurídica (v.gr.: principio de legitimación —art. 38 LH— o de integridad en la fe pública registral —art. 34 LH—) y para ofrecerla a quien se quiera valer de ella (v.gr.: principio de exactitud —art. 32 LH—) los Registros jurídicos deben cumplir con su finalidad de que el contenido de los mismos, con sus efectos en el ámbito de los derechos subjetivos, pueda llegar a conocimiento de los interesados. Se trata, en definitiva, de un sistema de protección cuya organización corresponde al Estado y que, por afectar al ámbito de lo privado en el que puede tener intereses el mismo Estado, debe delegar su funcionamiento en personas independientes que cumplen de una manera privada esa función pública de protección.

actúan en nombre propio, y que prestar un servicio público no quiere decir ser (representar) tal servicio. Este autor refuerza su postura con las manifestaciones de LACRUZ BERDEJO en el sentido de que la resistencia del Registrador a la inserción en el orden administrativo es un fenómeno de fondo que determina la conveniencia de la exclusión de la función registral del ámbito de la Administración.

(3) Artículo 274 de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946 (en adelante LH).

(4) Artículo 1 de la LH coincidente con el artículo 605 del Código Civil.

(5) Artículo 2 del Reglamento del Registro Mercantil (Real Decreto 1748/1996, de 19 de julio —BOE de 31 de julio de 1996—, modificado por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre).

(6) Artículo 11 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.

(7) Artículo 1 del Reglamento del Registro sobre Condiciones Generales de la Contratación (Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, del Ministerio de Justicia —BOE 306/99, de 23 de diciembre—) que, en su Disposición Adicional única crea el Registro de Bienes Muebles como Registro de titularidades y gravámenes mobiliarios, del que forma parte, como Sección 6.ª, el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

(8) PAU PEDRÓN, ANTONIO (*Curso de práctica registral*, Madrid, 1995) señala que son rasgos propios de los Registros de Seguridad Jurídica los siguientes: la existencia de un control de legalidad o calificación (principio de legalidad); la conexión entre los asientos registrales (principio de tracto sucesivo); el carácter documental público del asiento; la oponibilidad o eficacia frente a terceros, y la posibilidad de conocer el contenido del Registro.

b) EL REGISTRADOR ANTE LA NUEVA NORMATIVA SOBRE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

El Registrador, como funcionario *calificado y calificante* (9) ejerce su labor sometiéndose al principio de legalidad. Con el recién creado Registro sobre Condiciones Generales de la Contratación se amplían sus funciones, ahora quizá más administrativas o de control a pesar de la calificación jurídica que el legislador da a la nueva institución. La función asumida por el cuerpo de Registradores de protección del consumidor y usuario puede producir, si se concibe como verdadera protección, un giro en la labor independiente, imparcial, preventiva, legitimadora y protectora del tráfico jurídico que venía desempeñando hasta ahora y aunque, es cierto, de ello podía tener un gran provecho el consumidor, éste no era tenido en cuenta, en cuanto tal, en la función registral.

Hasta ahora el Registrador, como tal, era solamente un defensor del tráfico jurídico inmobiliario y del crédito territorial que ha desarrollado su labor en el ámbito de la seguridad jurídica preventiva, importando mucho los derechos y poco, o nada, los sujetos. Sin embargo, el Derecho sobre protección del consumidor hizo que tímidamente afectara a la labor calificadora del Registrador en el ámbito de la propiedad inmobiliaria (control de cláusulas abusivas en la calificación) orientando a cierto sector doctrinal hacia el «abanderamiento» de la institución registral como instrumento de protección del consumidor inmobiliario. Esto pudo ser un primer paso para una nueva perspectiva futura (10) de la profesión. El siguiente paso lo acaba de dar el legislador en el ámbito de la contratación en la que, en un intento de organizar un nuevo Registro al que difícilmente, *imposible* se puede decir, se pueden trasladar los conceptos y efectos del de la Propiedad, crea a un incipiente protector de determinados sujetos: el consumidor y usuario. ¿Es el consumidor el punto de mira y destinatario de la nueva función Registral? ¿No estamos ante un lento proceso de *contaminación* de una institución que ha pervivido un largo período de tiempo cumpliendo la función para la que fue creada? El tiempo lo dirá, pero, sin duda, el Registrador, con su nuevo Registro, que por muy jurídico que se adjetive no deja de ser un simple instrumento de control administrativo para el que no es necesario, ni se justifica, ninguna independencia de su responsable, es más Admi-

(9) Expresión que utiliza Díez PICAZO cuando define el Registro de la Propiedad como institución jurídica ... *que funciona a base de funcionarios calificados y calificantes...*

(10) Hablamos en término de futuro ya que, hasta ahora, los intentos de utilización del Registro como instrumento protector de los destinatarios finales de bienes y servicios han sido eso, meros intentos que no han afectado esencialmente a la institución registral pero que, luego lo estudiaremos, con las nuevas funciones que se encomiendan al Cuerpo de Registradores conviene analizar si, de alguna manera, afecta a la posición del Registrador de no tomar partido más que por la trascendencia real de los derechos...

nistración (funcionario) que antes. La función protectora que la LGDCU encomienda a la Administración se atribuye a los Registradores que, en esta nueva andadura, cumplen una función meramente administrativa.

El nuevo Registro, su Reglamento, sobre Condiciones Generales de la Contratación, al igual que la ley, no ha tenido una buena acogida. Su eficacia está más que en entredicho; más que una solución de seguridad jurídica o de protección del consumidor, se habla de experimento fallido desde su intento, pero sólo el tiempo, unido a la voluntad de los que tienen en sus manos el nuevo instrumento, demostrará si las soluciones dadas son acordes con las necesidades demandadas.

No se sabe muy bien a quién beneficia el Registro pues, ya de partida, responde a lo «irracional, a lo incoherente y a lo absurdo». Si se trata de proteger al consumidor es evidente que el Registro no funcionará pues no habrá predisponente que, voluntariamente, aún con señuelos, facilite la apertura del camino que a aquél se le ofrece. Lo más grave es que aún estemos en la duda de si realmente se trata de un Registro que sirva para iluminar la ceguera de la «masa» que se adhiere a las cláusulas predispuestas e impuestas por quien sólo se rige, y ampara, por los rancios principios del *pacta sunt servanda* o *signing is binding* (11) que, hoy, en la sociedad de economía globalizada, liberal, mercantilista y consumista, han de ver reducido, sin remedio, su ámbito de aplicación.

El presente trabajo no pretende entrar en la viva polémica (que por mucho tiempo se pronostica) surgida a raíz de la nueva normativa de contratos o consumo, en esa labor crítica en la que multitud de intereses afloran y evidencian dificultades para el desarrollo de nuevas iniciativas. Se trata sólo de dar una «pincelada» al estatuto profesional de Registrador, para descubrir las nuevas atribuciones que se le encomiendan tras la creación del nuevo Registro, advertir que el control de legalidad propio de la función Registral y base del funcionamiento del Registro y de sus importantes efectos no es, precisamente, lo que encierra el nuevo Registro de CGC, y examinar la única función de cierta trascendencia que puede llegar a tener el Registrador, que es la de «conciliar» mediante dictamen el conflicto de intereses que exista en orden a una cláusula presumiblemente abusiva. Por lo demás, veremos instituciones análogas de las que pueden valerse los sujetos, al margen de la nueva normativa, para salvar sus diferencias. Iniciado el presente trabajo en el análisis de la nueva normativa sobre condiciones generales, y con la perspectiva del tiempo desde los primeros trabajos sobre la materia, es necesario advertir como la tradicional función

(11) Expresión que utiliza ALFARO ÁGUILA REAL, JESÚS (*Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, 1991), con el significado de que quien firma un contrato comunica su consentimiento respecto del total contenido del mismo, con su consecuencia (afirmaba VON TUHR) de que quien no lo haya leído deberá ser tratado como si lo hubiera leído, comprendido y aceptado.

calificadora de los Registradores de la Propiedad puede verse afectada con su extensión al control de las cláusulas abusivas. Es como un arma de doble filo: es loable el intento de protección del consumidor desde el Registro de la Propiedad, pero ello afecta a la esencia misma del Registro que, además, desde antiguo, ha sido el único verdadero protector de dicho consumidor, pero sin excluir a quien en la nueva normativa no entra dentro del ámbito subjetivo de este concepto. Aportaremos, incluso, nuevas propuestas que puedan dar luz al desarrollo de una institución que no ha hecho más que nacer.

Por tanto, pasamos por alto el examen de la nueva normativa, sus contradicciones, sus omisiones, su legalidad, su utilidad, etc., de lo que ya mucho se ha dicho (12) y, tras ello, sólo queda actuar en consecuencia.

2. ESTATUTO DE LA PROFESIÓN

a) LA FUNCIÓN PÚBLICA DEL REGISTRADOR

El Registrador tiene atribuida una función pública y, en este sentido, debe estar sometido a la ley cumpliendo con esta función su misión de garantizar el sometimiento de los sujetos de determinadas relaciones jurídicas a la legalidad vigente (seguridad jurídica preventiva de conflictos de solución jurisdiccional) (13). Sin embargo, fuera de esta función pública, la actuación del Registrador es exactamente igual que la de cualquier particular (14). Ser *profesional* del Derecho con cualificación demostrada tiene sus ventajas y ello determina el que, para dar seguridad a quien la demande, se pueda contar con determinados cuerpos profesionales con una buena organización de acceso que pretende garantizar la cualificación necesaria para el cumplimiento de esa función. También justifica, a su vez, que se tengan en cuenta en la creación de nuevos institutos; pero claro, no basta una cualificación, las nuevas «tareas» deben estar en consonancia con el carácter de la profesión.

El Registrador, el de la Propiedad (15), en el cumplimiento de la función encomendada, ejerce una profesión liberal y es por ello que queda sujeto, fren-

(12) En el presente trabajo se hará referencia a muchos autores, que no todos, que, de manera directa o tangencial, han tratado la materia.

(13) Precisamente, una de las finalidades de la seguridad jurídica preventiva, y por tanto del Registro de la Propiedad, es evitar los litigios que puedan surgir en el ámbito que le es propio.

(14) GÓMEZ JENE, FRANCISCO JAVIER (Boletín de Información Registral. Centro de Estudios Registrales de Andalucía Oriental, 1995) estudia el Registro desde la concepción de empresa privada con los mismos criterios que cualquier otra empresa (organización, contratación de servicios, de personal, de local, de material, de mantenimiento, etc.).

(15) El legislador, y el cuerpo, han querido que el Registrador siga siendo «de la Propiedad y del Registro Mercantil» aún cuando esté desempeñando sus funciones en el

te al solicitante de la operación registral, al Derecho Civil, ligado en esa relación al contrato de prestación o arrendamiento de servicios, con responsabilidad personal en caso de daños por incumplimiento o mal cumplimiento de los mismos, con características propias que derivan de su particular estatuto. Su servicio consiste en una labor intelectual primero (calificación) y material después (práctica de asientos) que tiene como fin ofrecer seguridad jurídica a quien el Ordenamiento legitima para obtenerla (16) y tiene su traducción en el procedimiento registral entendido como conjunto de actividades que se desarrollan desde la aportación de un título al Registro hasta su inscripción (17).

b) FUNCIÓN PÚBLICA *VERSUS* ACTIVIDAD PRIVADA PROFESIONAL: SU CONCILIACIÓN

Sin embargo, la prestación de este servicio «público» por el Registrador, sin ser un servicio público (18), tiene unas connotaciones que, por un lado, lo

Registro de las CGC, y eso que nada tiene que ver una función con la otra, a pesar de la pretendida equiparación. Por tanto, digo «el de la Propiedad», no con ánimo de distinguirlo del de las Condiciones Generales, sino para indicar que me refiero a cuando cumple su función en ese ámbito, pues en el otro, en el de registrar condiciones generales, realiza una actividad meramente administrativa, funcionarial.

En cuanto a la denominación del cuerpo, el Registro de Bienes Muebles no les afecta en nada por ser, en todas sus secciones, un Registro de Titularidades (entiéndase propiedades) y gravámenes sobre bienes muebles (Disposición Adicional única 2 del Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre). Sólo hay una excepción que es la Sección 6.^a que se refiere al Registro sobre Condiciones Generales de la Contratación, por lo que podemos afirmar que en realidad estamos, aunque no suene muy bien, ante Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Predisponentes (sistema de folio personal —ex art. 8 del Real Decreto 1828—) de condiciones generales.

(16) Los que determina el artículo 6 de la LH.

(17) En tal sentido se pronuncia MONREAL VIDAL en su «Práctica Registral» (CRPME, CER, Madrid, 1997), aclarando que es un procedimiento de jurisdicción voluntaria, no de tipo administrativo, por lo que no se rige por la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (hoy Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común de 26 de noviembre de 1992), sino por la LH y su Reglamento. Son sus fases: aportación del título y rogación, presentación a libro diario, calificación, práctica de asientos y retirada del documento con las notas correspondientes. Todo ello, como dice LACRUZ BERDEJO en su *Derecho Inmobiliario Registral*, con los efectos jurídicos inherentes.

Resulta evidente que la función del Registrador no se agota en el procedimiento registral; la publicidad, la estadística, la coordinación con la administración, la recaudación y algún control administrativo forma parte de esa función; la primera como propia de la profesión, el resto como coadyuvante de la Administración; es la rémora administrativa que saca partido de la institución y que se justifica por el deber de toda corporación de derecho público de colaborar con la Administración y por el interés general a que obedece su existencia (art. 5 de la Ley de Colegios Profesionales de 13 de febrero de 1974; y 4.^o y 5.^o del Estatuto General).

(18) *Stricto sensu*, se entiende. Así lo afirma CHICO Y ORTIZ (*ob. cit.*, pág. 661), apoyándose en los estudios de LACRUZ BERDEJO, quien en contraposición a las teorías de

apartan de la mera actividad privada y, por otro, lo acercan al estatuto de la prestación de servicios por los profesionales. Así, en el primer sentido, la función jurídica de control de la legalidad vigente, la *inexcusabilidad* del servicio que presta, la *indelegabilidad* y *unipersonalidad* en su actuación, son caracteres impropios de la actividad privada en la que opera la libertad de aceptación de la encomienda, y en donde se encuentran con frecuencia vínculos de colaboración y delegación entre los miembros de la misma profesión e incluso de otras profesiones, pues en la actualidad se tiende a la actividad profesional multidisciplinar (19). Por el contrario, la independencia funcional, la responsabilidad personal y la organización «empresarial» (20) son propias de la actividad profesional, al igual que la relación de confianza que, aunque es cierto que no se puede individualizar en la persona del Registrador (la demarcación territorial impone al prestador del servicio), es indudable que la ofrece la institución registral, y por tanto esa confianza, aún cuando podría pensarse que quien la ofrece es el propio sistema de seguridad, ante la regla general de inscripción voluntaria y declarativa, no tiene más que transferirse en la persona del Registrador como sujeto capacitado para el funcionamiento de esa seguridad.

GONZÁLEZ PÉREZ apuntó que no toda la actividad registral puede ser considerada como administrativa; la Administración no es parte en el procedimiento registral como sí ocurre en el administrativo común. Al margen de lo anterior, resulta curioso como en la doctrina tampoco hay contundencia en afirmar el *sensu contrario* a esta posición: que se trata de una actividad (servicio) privada, sin más, que presta un servicio público.

(19) Como algo más que simples comentarios, mucho se ha hablado en los últimos tiempos de la incursión del Derecho de competencia en el ámbito profesional y, por tanto, en el de los profesionales con atribuciones públicas. Difícil es, dadas las características y la función encomendada, llegar a un consenso sobre estas cuestiones (libertad de elección de Registrador, de honorarios, etc.), pero quizá no estemos lejos del asociacionismo entre los mismos profesionales ¿y multidisciplinarios; v.gr.: Letrado asesor, asesor-liquidador fiscal, Notario, Gestor y Registrador en la misma oficina? Es cierto, ciencia ficción...

El Real Decreto-ley 6/1999, de 16 de abril (BOE núm. 92 de 17 de abril) de Medidas Urgentes de Liberalización e Incremento de la Competencia (convalidado por el Congreso de los Diputados el 29 de abril de 1999) se pronuncia sobre función pública de ciertos profesionales que, en el caso de los Registradores, no es sino consecuencia de la incompatibilidad entre el control de legalidad que supone la calificación y el principio de libre competencia.

Así se modifica la Disposición Adicional segunda de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, reguladora de los colegios profesionales, que queda redactada de la siguiente forma:

«Los Estatutos, generales o particulares, los reglamentos de régimen interior y demás normas de los Colegios de Notarios, Corredores de Comercio y Registradores de la Propiedad y Mercantiles se adaptarán a lo establecido en la presente Ley, en cuanto no se oponga a las peculiaridades exigidas por la función pública que ejerzan sus miembros. En todo caso, les será de aplicación lo dispuesto en los artículos 2.1 y 2.4 de la presente Ley».

(20) GÓMEZ JENE, FRANCISCO JAVIER (*op. cit.*) vino a configurar el Registro como «empresa de servicios jurídicos», con rasgos distintivos que la hacen merecer la calificación de *sui generis*, pues el Registrador, para el buen funcionamiento de la Institución a su cargo, debe adoptar criterios propios de los empresarios.

Este doble carácter de funcionarios públicos y de profesionales del Derecho queda bien patente en la Exposición de Motivos de los recientes Estatutos de la profesión, a los que alude la última reforma del Reglamento Hipotecario (21), en los que se expresa que ambos quedan unidos de manera indisoluble (22).

En cuanto a la consideración de profesional, lo característico de la regulación para el moderno prestador de servicios es su heteronomía normativa, la diversidad y dispersión de su normativa reguladora. En este sentido, se ha dado en el arrendamiento de servicios entrada a un sistema de fuentes complejo en el que la regulación específica del Código Civil es prácticamente inaplicable y en el que resulta esencial el artículo 1.258 del Código Civil como criterio de integración de carácter positivo. Por tanto: actuación conforme a la buena fe, a los usos, muy arraigados en el servicio (procedimiento) registral, y a la Ley —además de la Ley Hipotecaria (23), la Ley de Consumidores y Usuarios, de Condiciones Generales de la Contratación, Defensa de la Competencia, Publicidad, etc.— (24). En realidad, hoy, los principios generales del derecho adquieren relevancia en la prestación de servicios ante la falta, en muchas ocasiones, de normativa concreta para el caso. Por tanto, el estatuto profesional del Registrador, como el de toda profesión liberal, es

(21) Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, que dice en su Preámbulo que la aprobación de los Estatutos Generales del Colegio justifica también la correlativa modificación del Reglamento Hipotecario ... Real Decreto que, aún sin afectar al estatuto profesional y a los principios programáticos de la profesión, ha sido «vapuleado» por el Tribunal Supremo en recientes sentencias de 10 de mayo de 1999, 24 de febrero de 2000, 22 de mayo de 2000, 12 de diciembre de 2000, y 31 de enero de 2001.

(22) El Real Decreto 483/1997, de 14 de abril, en su Exposición de Motivos, se refiere al *ejercicio profesional de la función pública encomendada a los Registradores de la Propiedad y Mercantiles*, señalando que éstos tienen el doble carácter de funcionarios públicos y de profesionales del Derecho, unidos de manera indisoluble. Se trata de un Estatuto regulador de la vida colegial y no de la profesión que queda (dice la E.M.) a la «regulación de la ley hipotecaria» y (debería decir) demás leyes por las que se les encomienden sus funciones.

GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL (*Código de Legislación Inmobiliaria Hipotecaria y del Registro Mercantil*, Civitas, 3.^a ed.) señala que la función pública del Registrador se manifiesta en los artículos 274.3 de la LH y 332.7, 334.1, 536 y 538 del RH. Y el carácter de profesional del Derecho en los artículos 222, 294 a 296, y 258.1 LH y artículos 334.1 y 3, 335 y 536.1 del RH.

(23) En concreto, los artículos 274 y sigs. de la Ley Hipotecaria y 482 y sigs. de su Reglamento (Título XI en ambos casos), aunque en realidad toda la Ley y el Reglamento vincula al trabajo profesional (modo de actuar y practicar los asientos...) del Registrador.

(24) Estas últimas, por más que se quiera en base a los principios liberalizadores que hoy imperan, son aplicables al profesional liberal en general, pero no a los Registradores (se ha llegado a comentar la libertad en la elección del calificador, y de honorarios, etc., lo que nos parece nada compatible con el sistema de seguridad). Realmente no nos imaginamos que en pro de la libre competencia se puedan buscar clientes bajando los honorarios o siendo más benévolo en la calificación.

amplio y variado, sin que pueda contraerse al procedimiento registral que impone la Legislación Hipotecaria tanto en su funcionamiento (25) como en su organización corporativa (26).

Los usos a los que hemos hecho referencia forman parte de esa heteronomía que constituye la *lex artis ad hoc* (27) y que en ocasiones se manifiesta en el uso establecido, y en otras se cristaliza a través de los códigos deontológicos profesionales, e incluso de las normas estatutarias (28).

A pesar de la ambigüedad de la Jurisprudencia (29), podemos concluir (30) que la «profesión oficial» es un *totum revolutum*, un producto organizativo complejo que tiene (algo) de ejercicio privado de funciones

(25) Actividad a desarrollar por el Registrador (v.gr.: los Títulos VII y VIII del Reglamento Hipotecario referentes a la *rectificación de los errores en los asientos y publicidad de los Registros*, respectivamente) y llevanza del Registro (v.gr.: Título IX sobre el modo de llevar los Registros).

(26) Así, el Título XI del Reglamento Hipotecario sobre «*de la demarcación de los Registros de la Propiedad y del nombramiento, cualidades y deberes de los Registradores*», o, en general, los Estatutos Generales del Colegio (Real Decreto 483/1997, de 14 de abril).

(27) En cuanto que toda actuación profesional requiere conocimiento científico (capacitación para la profesión —título, oposición—), habilidad técnica (capacidad de aplicación del conocimiento científico) y condicionante ético (responsabilidad en el obrar). OROZCO PARDO, GUILLERMO (*El ejercicio en grupo de profesiones liberales*, Universidad de Granada, 1993, pág. 522) define la «*Lex Artis*» como *el conjunto de reglas de contenido ético, científico y técnico que debe observar el sujeto en el desarrollo de su actividad profesional, de acuerdo con las circunstancias y factores presentes en el caso concreto, y cuyo grado de cumplimiento sirve de criterio de valoración e imputación de responsabilidad por el resultado de su actuación. Son las que dotan de contenido a la conducta que en ese caso concreto presumimos que llevaría a cabo el «buen profesional».*

(28) Así, el artículo 5.2.e) de los Estatutos Generales del Colegio impone a los Registradores la obligación de *realizar o, en su caso, controlar personalmente todas las actividades profesionales propias de su función en el Registro, oficina o despacho, al que deberá dotar de los medios materiales, técnicos y personales adecuados.*

(29) La STS, 3.^a, Sección 6.^a, de 24 de febrero de 2000, dice literalmente lo siguiente: «*El Registro de la Propiedad es un organismo formalmente administrativo integrado en la organización administrativa del Estado, aun cuando el procedimiento registral presente características específicas. Del mismo modo, si bien el titular del Registro no se identifica de manera absoluta con la condición de funcionario, no puede calificarse tampoco su actividad como privada, razón por la que sus actos como titular de un organismo administrativo, cuando sean vinculantes por establecerlo así una norma con rango de ley, lo serán para el órgano de la Administración del que es titular, ya que los Registradores de la Propiedad desempeñan una función pública y no una función privada a título personal*». Lo que parece desprenderse de la sentencia es que el dictamen a que hace referencia el nuevo artículo 253.3 LH, si vincula al Registrador, también al ámbito administrativo del que depende (al que está adscrito) y, por tanto, a nuevos Registradores que accedan a la titularidad del que emitió el informe (¿y a la Dirección General?).

(30) Siguiendo a PARADA VÁZQUEZ que se apoya, a su vez, en el trabajo inédito de SILVIA DEL SAZ («Los Registradores de la Propiedad —a propósito de la presentación del libro “Práctica Hipotecaria”», *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, diciembre de 1994).

públicas, rasgos de las profesiones liberales, parte de elementos funcionarios y muchos de los que caracterizan a la concesión de servicios públicos. Al margen de este desenvolvimiento de la institución hay dos cuestiones fundamentales: la primera es la necesidad de independencia frente a la administración (31); y la segunda es la de plantearse si la fórmula es válida, si funciona. Los resultados están a la vista y ello ha determinado la pervivencia de este modelo liberal de «profesional oficial» (32).

2. FUNCIÓN REGISTRAL: LABOR ENCOMENDADA AL REGISTRADOR

a) LA CALIFICACIÓN REGISTRAL EN EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

La piedra angular de la actividad del Registrador está en la labor intelectual de calificación; y, en cierto modo, ésta justifica la independencia del Registrador en su función pública respecto a la Administración (33). Esta

(31) Es cierto que la Administración puede tener cierta incidencia a través del recurso gubernativo, pero aún en estos casos la independencia del Registrador se mantiene, pues sólo queda vinculado para el caso concreto sin que en futuras calificaciones tengan que someterse al dictado de la DGRN, siendo el interesado, y no la propia Administración de oficio, el que tiene que hacer cambiar el criterio de la calificación apoyándose en la doctrina mantenida por la DG. La posibilidad de acudir a la jurisdicción civil (mejor que a la contencioso-administrativa) pretendida por la reforma del Reglamento Hipotecario (Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre) era plausible (no puede quedar en manos de la Administración, sería aberrante, las decisiones sobre los derechos reales de las personas —sus titularidades, su protección—; ni siquiera que la Administración se integre con miembros del poder judicial a los efectos de crear comisiones paritarias decisorias, pues no cabe la confusión entre lo jurisdiccional y lo gubernativo —STS de 22 de mayo de 2000—). El problema es que se estaba ante una cuestión de reserva de ley que impidió el buen fin de esta iniciativa (STS, Sala 3.^a, Sección 6.^a, de 22 de mayo de 2000). Una última reflexión sobre el particular: se podrá decir que con el control jurisdiccional de las decisiones administrativas la figura del Registrador independiente, en su calificación-decisión sobre la legalidad de los actos que buscan seguridad, es prescindible. Contra esta opinión choca un principio superior del ordenamiento (art. 1 CE): la libertad. ¿Hasta para adquirir y gozar de los derechos se requiere el permiso de la Administración? ¿Al poderoso Estado le corresponde poner los medios para la seguridad o, yendo más allá, decidir quién debe tener esa seguridad? La independencia, respecto al Estado, es garantía, y la garantía es igualdad, sea quien sea el Estado en cada momento.

(32) PARADA VÁZQUEZ (*ob. cit.*), defensor del modelo y de su potenciación, señala como únicos profesionales oficiales existentes, tras la desaparición (como modelo unas, o como profesión otras) de los Secretarios Judiciales, Agentes de Cambio y Bolsa y Recaudadores de Contribuciones (añado: y, recientemente, Corredores Colegiados de Comercio), a los Registradores y Notarios.

(33) Esto, sin decirlo explícitamente, es lo que se desprende de las palabras de FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO: «*el ejercicio de la calificación se atribuye a un órgano independiente de la propia Administración*», que queda —incluso— sometida a ella

calificación supone un control de legalidad de todo aquello (derechos o títulos —según la concepción—) que pretende acceder al Registro. Una publicidad incontrolada sería fuente de conflicto y, por tanto, de inseguridad, lo contrario a lo que se pretende con la institución registral. En el Registro todo gira en rededor de la calificación; para el Registrador es (o debería ser) un acto casi solemne o, si se permite la expresión, es la bendición que hará, o no (suspensión o denegación), desplegar los efectos de seguridad a que se aspira con la inscripción (legitimación y fe pública de exactitud e integridad), y que justifica la propia existencia del Registro de la Propiedad (34).

La calificación, y consiguiente práctica de asientos, no agota la labor que impone el ejercicio de la función registral. Esta función se concreta en su resultado: la publicidad material, y ésta se exterioriza con la publicidad formal o medios de dar a conocer el contenido del Registro (35). Se da por sentado que esta función es altamente provechosa para ciertos controles administrativos (36) que son ajenos a la misma, lo que determina un particular interés del Estado en la buena marcha de la Institución.

cuando actúa en el ámbito inmobiliario». (*La calificación registral*, Tomo I, CRPME, pág. 48). Esta es la grandeza de la institución registral que, aún adscrita a la Administración (DGRN del Ministerio de Justicia), se impone sobre ella con plena independencia y en igualdad frente a los administrados en el ámbito de la seguridad jurídica de los derechos absolutos.

Es por ello que encontramos Resoluciones en las que se dice que «*La doctrina, en materia de contratos de los entes públicos, del llamado acto separable —arts. 5.3 y 9 LCAP—, trasladadas sus consecuencias al ámbito de la función calificadora de los Registradores de la Propiedad, determina que las cuestiones que en los contratos privados de la Administración están sujetos al Derecho Privado —efectos y extinción del contrato—, se sujetan a la regla general sobre calificación del artículo 18 LH, sin ninguna distinción en cuanto a aquellos en que sean parte tan sólo los particulares: en tanto que la materia sujeta al Derecho administrativo —fase de preparación y adjudicación del contrato—, tan sólo puede ser calificada dentro de los más rigurosos límites que impone el artículo 99 RH, lógica consecuencia de la presunción de legalidad, ejecutividad y eficacia de que legalmente están investidos los actos administrativos —arts. 56 y 57 LRJAP—*» (DGRN, DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO 27-3-1999).

(34) Sin olvidar la «otra versión» del Registro como instrumento del poder económico para garantizar su mantenimiento y movilizar el tráfico jurídico-económico, el crédito territorial, con la confianza y seguridad que ofrece la institución registral; a lo que cabría añadir la concepción de catálogo de patrimonio inmobiliario que permite la realización del crédito personal.

(35) Que fue potenciada con los Reales Decretos 1558/1992, de 18 de diciembre (derogado por el siguiente) y 2537/1994, de 29 de diciembre, sobre colaboración entre Notarías y Registros de la Propiedad; y con algunas modificaciones en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, y Real Decreto 1867/1988, de 4 de septiembre, que modifica el Reglamento Hipotecario y que, en esta materia, debe ser interpretado y aplicado conforme al dictado de la STS, 3.^a, Sección 6.^a, de 31 de enero de 2001.

(36) V.gr., pago de impuestos: su justificación (carta de pago y nota de pago, exención o no sujeción inserta en el título), así como la nota marginal de afección cuya práctica escapa al principio fundamental de rogación.

Formando parte de la calificación la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, modificando la Ley Hipotecaria, aportó como novedad, y alguna relación tiene con lo que se pretende dilucidar con este trabajo, el dictamen que se puede solicitar al Registrador, en caso de calificación desfavorable, con carácter vinculante o no (37).

No tratamos, con este estudio, de analizar la calificación de los distintos documentos que pueden acceder al Registro (notariales, judiciales y administrativos), pero sí merece un breve comentario el artículo 18 LH como máxima expresión de la operación calificadora para luego examinar su coincidencia con lo que se impone en la reglamentación sobre condiciones generales, bien entendido que existen ciertas limitaciones en cuanto a los documentos administrativos (99 RH) y judiciales (100 RH). Pues bien, la calificación se extiende a la *legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase*, entendiendo la doctrina que esta calificación abarca no sólo la forma documental propiamente dicha, sino la competencia del funcionario autor del documento, los requisitos que se exigen para la inscripción, autenticidad, legalización y legitimación, timbre del documento y justificante de liquidación impositiva; la capacidad de los otorgantes, su consentimiento, por supuesto todo lo relacionado con la misma como la jurídica, de obrar, circunstancias modificativas, nacionalidad, vecindad civil, estado civil, régimen económico matrimonial, representación legal o voluntaria e, incluso, prohibiciones para contratar; y, finalmente, la *validez de los actos dispositivos* (38)

(37) El artículo 253.3 de la LH, tras la reforma de la Ley 7/1998 dice que cuando el dictamen sea vinculante, éste se hará bajo la premisa del mantenimiento de la situación jurídico registral y de la adecuación del medio subsanatorio al contenido de dicho dictamen. El antecedente lo encontramos en el informe «no vinculante» que se podía solicitar con la certificación conforme al artículo 355 RH, que, como consecuencia de la Ley anterior, también se reformó con el Real Decreto 1867/1998, precepto, éste, que ha sido parcialmente anulado (en el inciso final por el que el informe vincula sólo al Registrador) por la STS, 3.ª, Sección 6.ª de 24 de febrero de 2000.

(38) Cuando ALBIEZ DOHRMANN, J. K. trata estos temas en «El control de las condiciones generales imprecisas y abusivas en el ámbito registral» (*RCDI*, año LXIX, septiembre-octubre 1993, núm. 618), y hace referencia al artículo 18 LH, parece querer identificar (pág. 1443) «acto dispositivo» con «acto jurídico». Es evidente que la calificación se refiere al acto dispositivo que forma parte del acto jurídico, debiendo comprender los elementos esenciales de éste por afectar o alcanzar a aquél, pero sólo esos elementos, sin comprender el total contenido del acto jurídico, pues quitando los elementos esenciales, el resto del contenido no afecta al acto dispositivo en sí; y es por ello por lo que la calificación sólo ha de alcanzar a todo lo que tiene un alcance real, como formando parte del acto dispositivo, pero desterrando a todo lo demás que forma parte del acto jurídico, y por tanto a las cláusulas por las que los interesados se obligan.

Desde luego, el legislador tendría algo en su mente en el sentido de que alguna diferencia tendría que ver entre «*validez de las obligaciones de las escrituras públicas*» (LH de 1909) y «*validez de los actos dispositivos*» (TR de 8 de febrero de 1946). CHICO Y ORTIZ, JOSÉ MARÍA (*Estudios sobre Derecho Hipotecario*, Tomo I, págs. 70 y 71) atri-

contenidos en las escrituras por lo que resulte de ellas y del contenido del Registro (cargas o gravámenes, limitaciones, prohibiciones legales, judiciales, administrativas o voluntarias...) validez que comprende el rechazo por parte

buye esta última expresión a la Ley de 1909 en lugar de al texto posterior y dice, como si fuera una obviedad, que «*en esta acepción debe comprenderse el negocio causal*», y ello «*porque el sistema español no adopta el sistema del negocio abstracto de disposición*». Bueno, podemos estar de acuerdo, pero siempre que la «deficiencia» del negocio causal afecte al acto dispositivo.

Es cierto que hay obligaciones que, por su inscripción, tienen alcance real; pero una cosa es que la cláusula que recoge la obligación sea nula (por abusiva, o por falta de causa, dirían ÁVILA NAVARRO —*La hipoteca*, CER, Madrid, 1991— o AMORÓS GUARDIOLA —«El *leasing* inmobiliario y el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, 1985— que conecta la causa con lo que él llama «justificación suficiente»), y otra distinta es que el negocio jurídico sea inválido por nulo. En el primer caso el acto dispositivo no resulta afectado; en el segundo, siendo nulo el negocio jurídico, lo será el acto dispositivo que en él se contiene. Es decir, el negocio jurídico es un *todo*, es *único*, y sólo la nulidad del mismo, en su totalidad, afecta a su total contenido; pero el acto dispositivo que lo contiene es independiente del resto del contenido, pudiendo ser nulo dicho acto con independencia del resto del negocio, pues éste puede cumplir con los requisitos del artículo 1.261 del Código Civil y sin embargo no tener acceso al Registro por la existencia de condiciones, prohibiciones, retractos legales o convencionales, etc. Al igual que una cláusula del negocio puede ser abusiva y, a pesar de ello, no afectar al acto dispositivo ni al negocio jurídico, al predicar la nulidad sólo respecto de la cláusula cuestionada.

Esto lo advierte ALBIEZ DOHRMANN, apoyándose en los estudios de ALFARO ÁGUILA-REAL, al cuestionar el planteamiento causal de los autores mencionados y su eco entre los hipotecaristas (pág. 1447): «...*la nulidad a que dan lugar las cláusulas abusivas es, por norma general, parcial... La causa es un elemento estructural básico del contrato... afecta a la misma esencia del contrato*».

A la vista de la evolución legislativa y doctrinal que ha sufrido la materia, había que preguntarle al autor si, hoy, mantiene la posición «radical» (personalmente, no lo creo) que otros autores han interpretado de su trabajo. ¿Es que por calificar una cláusula como abusiva y por no acceder al Registro va a dejar de producir efectos entre los obligados en virtud del contrato? ¿Siendo válido el contrato y el negocio dispositivo que contiene se puede suspender, o denegar, el acceso al Registro de la totalidad del mismo por una sola cláusula? Y..., si se deniega la cláusula aislada por abusiva y por no afectar a la esencia del negocio, del acto dispositivo, accediendo el resto del contrato, ¿quién se encargará de la integración del contrato, de buscar el equilibrio a que aspira la nueva normativa de condiciones generales, o, en su caso, de la sustitución por otra? Es evidente que sólo una resolución judicial podrá hacer que la cláusula cuestionada deje de producir efectos, como también lo es que sólo el Juez tiene facultades para la integración (arts. 9.2 y 10.2 LCGC; art. 10-bis, 2 LGDCU). Aunque la acción de nulidad sea meramente declarativa, la apariencia hacia el exterior que surge de la existencia de la obligación a que la cláusula se refiere, y la exigencia del sujeto a quien favorece, sólo puede ser destruida mediante la oportuna declaración oficial (sentencia judicial). En definitiva, la cláusula, y sólo la cláusula, será nula (art. 33 LH), lo diga, o no, el Registrador, y acceda, o no, al Registro, y lo será por así declararlo una sentencia judicial en interpretación y aplicación de la ley (LCGC y LGDCU), con arreglo a un procedimiento en el que se practicarán unas pruebas (no sólo documental, sino declaraciones de las partes, testigos, etc.) que serán debidamente valoradas, al igual que lo será el contrato, en el que se hace constar la cláusula cuestionada, con arreglo a los preceptos que sobre interpretación recoge el Código Civil y demás normas que, en esta materia, lo complementan.

del Registrador tanto de los actos inválidos (atendiendo al consentimiento, objeto —hasta su *traditio*— y causa, a la norma imperativa) como los ineficaces impidiendo el acceso de los negocios *irregulares*, si es que resulta del documento y del contenido del Registro.

b) CALIFICACIÓN Y PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

Ha sido tema debatido en orden a la calificación registral si ésta era extensible al ámbito de la LGDCU, de la defensa del consumidor y usuario. Para evitar cualquier confusión, antes de analizar la cuestión, quiero empezar señalando mi opinión al respecto que se resume en: ¿Protección al consumidor? Sin ninguna duda, desde luego; pero no es el Registro institución adecuada para tomar criterios partidistas y, aunque pueda ser cuestión de «buena imagen» vender esta concepción proteccionista, ponerse del lado de la desprotegida masa a la larga puede afectar a la privilegiada situación de independencia e imparcialidad de la institución, sin olvidar que el Registro es, *per sé*, y sin salirse de sus esquemas hipotecarios, la principal baza protectora del ciudadano, sea o no destinatario final de su «producto» inmobiliario, por tanto también del consumidor; y sin olvidar tampoco que estamos más ante una cuestión de «imagen» que dé realidad efectiva, ya que la decisión del Registrador (de rechazar el acceso al Registro de una cláusula), en todo caso, no afectará a la obligación asumida por las partes en virtud de la cláusula cuestionada y habría que discutir si tampoco al tercero que asume, voluntariamente, la obligación contractual de su predecesor.

Las opiniones doctrinales al respecto han sido variadas (39), pero con independencia de ello es lo cierto que el criterio de la DGRN, después de algunos titubeos, ha sido el de que los medios de calificación de que dispone

(39) MANZANO SOLANO, A. («Derecho Registral Inmobiliario para iniciación y uso universitarios», *CRPME*, CER, Madrid, 1994) hace un resumen de la doctrina existente en esta controvertida cuestión y señala como partidarios de extender la calificación a los extremos del artículo 10 de la LGDCU a GÓMEZ GÁLLIGO, GARCÍA GARCÍA, VIDAL FRANCÉS, RODRÍGUEZ MARTÍNEZ y AMORÓS GUARDIOLA. Por el contrario rechaza este criterio REY PORTOLÉS, pero centrándose en el estudio del *leasing* inmobiliario. El propio MANZANO SOLANO resume su posición al respecto sin dejar dudas sobre la aplicación de la LGDCU, que ya defendió en 1987 al tratar «la inscripción del leasing sobre inmuebles en el Registro de la Propiedad».

Más recientemente, GONZÁLEZ LAGUNA, MIGUEL (*Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, coordinado por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Aranzadi, 2000) repasa la doctrina sobre la materia, sin que haya cambios significativos a lo que se decía a comienzos de los noventa. Su crítica se centra en lo que llama falta de cultura específica de la protección del consumidor, y no está conforme con la protección que se brinda al consumidor desde el Registro con la aplicación exclusiva de la legislación civil e hipotecaria (pág. 1409).

el Registrador (art. 18 LH) impiden a éste apreciar si las concretas estipulaciones tienen carácter abusivo conforme a la LGDCU (40). En este trance, la nueva normativa sobre condiciones generales reafirma esta posición, pues

(40) La no extensión de la calificación a la apreciación del posible carácter abusivo de alguna cláusula pactada en el contrato se reitera en Resoluciones de la DGRN de 8, 9, 10, 11 y 14 de octubre de 1991 y posteriores de 5 de junio y 6, 9, 11, 13, 14 y 17 de julio de 1992. Con la nueva LCGC parece que se confirma el criterio de la DGRN, ya que el artículo 10.6 de la LGDCU, modificado por aquélla, permite a los Registradores la denegación de la inscripción cuando el carácter abusivo haya sido determinado en sentencia firme inscrita en el Registro de CGC (calificación meramente formal); por lo que, *a sensu contrario*, no cabe la denegación si falta la sentencia. Sin embargo, el artículo 258.2 de la LH, tras la nueva redacción dada por la LCGC, no es nada clarificador cuando permite denegar la inscripción (entendemos que sin calificación, pues no se trata de que el Registrador entre en un proceso intelectual de interpretación y decisión sobre si la cláusula en cuestión es ajustada a la ley, sino que la nulidad le viene ya dada) de la cláusula declarada nula (entiéndase por el Juez) conforme al artículo 10 *bis* de la LGDCU (entiéndase también por el 10 —sin *bis*—, y por tanto que la sentencia sobre nulidad esté inscrita en el Registro de CGC).

Entendemos que, aunque cada uno en su materia, el espíritu del artículo 258 de la LH es el mismo que el del artículo 10.6 de la LGDCU; es decir, que quieren decir lo mismo, aunque no lo parezca. No podemos especular sobre un sentido distinto entre ambos cuando se han redactado en una misma ley y con referencia al mismo tema, a no ser que acudamos al viejo principio de que en caso de antinomias irreductibles los preceptos, *per se*, se anulan. Por tanto la denegación de la inscripción a que se refiere el artículo 258 LH lo es con relación a una cláusula declarada nula judicialmente. Esto lo confirma el propio artículo cuando en su número 2 remite al párrafo 2.º del artículo 10 *bis* de la LGDCU que, al regular la nulidad de las cláusulas abusivas, señala que será el Juez el que las declare. La conclusión no puede ser más que la que sigue: el Registrador no puede calificar (analizar, estudiar, valorar y decidir) sobre el carácter abusivo de una cláusula. Sólo se impone el rechazo de una cláusula (y esto también es calificar) cuando exista una declaración judicial de nulidad inscrita en el nuevo Registro de Condiciones Generales de la Contratación y, evidentemente, tendrá que coincidir la cláusula rechazada con la declarada nula por la sentencia en los términos que dictamine la propia sentencia.

Con la LCGC los autores han venido a revisar sus criterios tratando la materia en busca de los límites de la calificación de las cláusulas abusivas: si sólo el control formal o, también y en qué medida, el material. Parece prevalecer la tesis mixta atendiendo al formal con apoyo en el artículo 258.2 LH y al material conforme al artículo 18 LH (GÓMEZ GÁLLIGO, en «Condiciones Generales de la Contratación y cláusulas abusivas» de *Lex Nova* en el año 2000; BUSTO LAGO en «El control registral de las condiciones generales de los contratos», en *RCDI* de 2001; GONZÁLEZ LAGUNA en *Comentarios a la LCGC*, de Aranzadi 2000; ALBIEZ DOHRMANN en sus últimos estudios sobre la materia...). En opinión de GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL (págs. 229 y 230 del Código de Legislación Inmobiliaria Hipotecaria y del Registro Mercantil, Edit. Civitas) el artículo que analizamos se refiere exclusivamente a las condiciones generales abusivas anuladas por resolución judicial inscrita en el Registro sobre Condiciones Generales de la Contratación, lo que no significa que, *a sensu contra*, el resto de cláusulas tengan acceso, sin más (sin control) en el Registro de la Propiedad. A las anteriores añade también las que son nulas *ex lege* (las de la Disposición Adicional 1.ª de la LGDCU). Todas serían nulas por tener el Registrador conocimiento directo del Registro de CGC, en el primer caso, o de la ley en el segundo. Todo ello sin perjuicio de lo que resulte de la calificación sobre la validez de los actos dispositivos que corresponde hacer no sólo en los contratos individuales, sino

la calificación sobre las cláusulas abusivas no alcanza su verdadero sentido (labor intelectual de la calificación material), sino que se queda en un mero acto fiscalizador (labor de comprobación-control) ya que se trata tan sólo de rechazar las cláusulas abusivas declaradas judicialmente por sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación (art. 10.6 LGDCU y 258.2 LH), es decir, lo que viene denominándose como CONTROL FORMAL. Esta posición no ha impedido que en algunos casos la DG permitiera, tímidamente, que el Registrador entrara en el análisis del artículo 10 LGDCU (41), o que considerara la posibilidad de controlar las cláusulas generales imprecisas (42), pero en este caso le ha bastado con acudir al

también en los que contengan condiciones generales, con arreglo a los principios generales de la legislación civil e hipotecaria.

(41) Siguiendo a ALBIEZ DOHRMANN (*ob. cit.*), los criterios de la DGRN han sido los de: a) no admitir la aplicación directa del artículo 10 de la LGDCU, sino en combinación con preceptos del Código Civil (salvo en la Resolución de 7 de septiembre de 1988), b) la no aplicación *ipso iure* de dicho artículo, y c) la negativa a que el Registrador tenga medios para apreciar el carácter abusivo conforme a dicho artículo 10.

(42) Son las potencialmente abusivas, dice ALBIEZ DOHRMANN (pág. 1438 de la *ob. cit.*); es decir, «*en sí mismas no son abusivas, pero cuando llega el momento de su utilización pueden servir para imponer exclusivamente la voluntad del predisponente, a su arbitrio, con lo que se puede crear una situación de desequilibrio en perjuicio del contratante débil...*». Es curioso como en la obra del autor se lee que «*al Derecho Inmobiliario Registral le interesa la protección del tercero con independencia de que quien aparece como titular de derechos en el Registro de la Propiedad sea consumidor o no*» (pág. 1475, en la que se dice cómo ALFARO ÁGUILA-REAL cuestiona que en el ámbito registral es donde la noción de consumidor resulta menos adecuada para determinar el ámbito subjetivo —entiendo que de aplicación del art. 10 LGDCU—; o como el autor reconoce (pág. 1445) que, por razones que se derivan principalmente del principio de especialidad, «*cuando dictamina el Registrador una cláusula imprecisa está dispensando, al mismo tiempo, una protección al consumidor*». Esto que dice el autor es cierto, pero el matiz que conviene destacar es que por ese principio no es que se proteja al consumidor, es que éste, como cualquier otro, sale beneficiado, y que el beneficio deriva del principio hipotecario y no de las normas de protección del consumidor, y por tanto se limita a ese tipo de cláusulas que entran en el principio de especialidad desde mucho antes de que existiera norma de protección del consumidor, lo que, por otro lado, no podemos extender a las cláusulas abusivas. Aunque se tache de *aventurada*, es mi conclusión (y en parecidos términos se leen frases de LÓPEZ MEDEL en «El derecho a la información registral...», en *RCDI*, núm. 659, mayo-junio 2000, págs. 1775 y sigs.) que el Derecho Hipotecario reconoció al consumidor antes que éste a sí mismo, sólo que no hay distinciones; todos los que se amparan en el Registro son, además de usuarios del Registro, sus consumidores inmobiliarios. Y, en principio, el sistema hipotecario es tan bueno, ¿alguien lo duda?, que no debe ser contaminado, de manera que el principio de legalidad sólo se predica (debe predicarse) respecto de los abusos que afectan al acto dispositivo, sin que pueda entrar en la función calificadoradora la atención a cláusulas aisladas que no extiendan sus «tentáculos» a la totalidad del acto o negocio por vías reconocidas por la DG como la de los artículos 1.255, 1.256, 1.258 del Código Civil. Y aunque el artículo 10 y 10 bis de la LGDCU constituya norma central del derecho de la contratación, como los anteriores, están limitados a elementos que, o no son esenciales del contrato, o no se inmiscuyen

principio hipotecario de especialidad o determinación y, por tanto, no se ha salido del ámbito propio en el que se desenvuelve el Registro para la protección de terceros (CONTROL MATERIAL O DE CONTENIDO) y, en general, del tráfico inmobiliario y crédito territorial. Al contrario que las cláusulas *imprecisas*, las *abusivas* no son controlables por ningún principio hipotecario, ni siquiera con el de legalidad, ya que ésta, desde el punto de vista registral, no abarca la total conformidad a Derecho de cada una de las estipulaciones que forman parte del acto o negocio, sino que se circunscribe a la exigencia de titulación auténtica y a la calificación en los términos que recoge el artículo 18 de la LH —y concordantes— en función del título que se presente y que, por supuesto, abarca la validez del acto o negocio en sí, en su totalidad. En cierto modo, sin dejar de ser opinión propia, el título, más bien su autorizante, nos dice a quién debería corresponder el control de esa legalidad puntual (de cláusulas concretas), adecuación al Ordenamiento jurídico, en cada caso: al Notario (43) (art. 147 Reglamento Notarial), al funcionario

en la causa principal del mismo de manera que, en su esencia, no afecta a lo realmente querido, y necesitado, por el adherente a quien ni el Notario, ni el Registrador, le puede privar de la prestación querida, pues aun cuando el artículo 434.4 del RH permita la inscripción parcial, el predisponente puede estar en la posición privilegiada de no aceptarla sin la cláusula cuestionada (es evidente que si está en posición —de mercado— de someter al adherido a la aceptación de la cláusula, lo está para no aceptar imposiciones; *ítem* más, con el actual artículo 258 LH dudamos que el Registrador pueda imponer su voluntad en tanto no se decreta judicialmente la nulidad). Por lo demás, y esto lo advierte el autor que comentamos (pág. 1458), los postulados de la normativa sobre condiciones generales (predisposición, imposición, pluralidad de contratos) o de consumidores (destinatario final...) son distintos a los que mantiene el Código Civil (contratación individual en plano de igualdad, al menos formal), siendo difícil que el Registrador, con el solo título, pueda acceder a los datos requeridos por la moderna normativa de contratación para que sus decisiones sean mínimamente solventes. GÓMEZ GÁLLIGO, FRANCISCO JAVIER lo dice (*Distinción entre faltas subsanables e insubsanables en la calificación registral*, Madrid, 1989), a pesar de que luego matiza a favor de su tesis sobre calificación en esta materia, sosteniendo que hay que atender a toda la documentación que entra en el Registro, que se puede exigir documentación complementaria, etc.: no se puede acudir en la calificación a datos extrarregistrales; el Registrador no puede desempeñar un papel activo en la investigación; no puede basarse en meras presunciones; ni considerar circunstancias no demostrables en el procedimiento registral.

(43) Como señala MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, ALFONSO (*Comentarios a la Ley de CGC* —ya cit.— coordinado por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, págs. 600 y sigs.) el Notario, como único profesional que interviene en la elaboración del contrato (matizo, en su documentación pública, ya que antes han podido concurrir abogados, asesores, agentes de la propiedad inmobiliaria, mediadores del mercado financiero, etc.), tiene una posición privilegiada para saber en cada momento si las cláusulas de un contrato han sido predisuestas, impuestas y reiteradas en distintos contratos (salvo que el predisponente recorra las Notarías de España con su minuta en mano evitando que el mismo notario autorice más de uno de sus contratos), en definitiva, para saber cuándo estamos ante una cláusula general. Añade que calificada una cláusula como condición general, *el Notario debe extremar su control de legalidad y su actividad asesora respecto de la parte más débil*

competente y, en todo caso, con mayor extensión que aquellos (44), y en última instancia, a la Autoridad Judicial, no siendo responsable el Registrador de la decisión que pueda tomar cada uno de ellos, aunque deberá advertir, en

(*igualando a las partes y superando la asimetría de la información*). Pues bien, como programa de intenciones, lo anterior queda muy bien, pero la vida práctica demuestra que al Notario llega el negocio perfecto o pendiente de matices accesorios, y que éste no puede convertirse en destructor de vínculos asumidos, de obligaciones jurídicas. Por ello, ese control de legalidad no suele entrar en el ámbito del querer de las partes, y también por ello las cláusulas nulas no pueden quedar en el tamiz notarial, sino que lo traspasan con la simple advertencia o recordatorio (información dice MADRIDEJOS como algo más que mera advertencia) de la existencia de una protección (art. 23.1 de la LCGC) que, aunque tiene como inconveniente que el consumidor o usuario no sabe cómo accionar, en cualquier caso puede hacerse valer. Por eso, la intervención de los profesionales en materia de nulidad de cláusulas se limita a las que así hayan sido declaradas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales, lo que no soluciona nada, pues un pequeño cambio de redacción evitaría coincidencias y determinaría el nuevo sometimiento de la cuestión a los Juzgados y Tribunales. A continuación se completa este argumento.

(44) Lo que no deja de ser un juicio de valor para el Notario que, no lo olvidemos, en determinados casos debe negar su autorización (145 Reglamento Notarial), es una decisión de imposición coactiva (ejecutable) en el control judicial. No quiero decir, respecto al Notario, que ante una cláusula abusiva deba excusar el deber de autorización por ser el acto parcialmente contrario a Ley (sobre todo cuando se encuentre con cláusulas abusivas de la «lista negra», de las que no necesitan valoración), pues ello podría ser gravemente perjudicial para el sujeto «adherente» que tuviera la necesidad imperiosa de celebrar el negocio sin perjuicio del carácter abusivo de alguna de sus cláusulas que aún con la autorización notarial no dejan de ser abusivas y que podría, en cualquier momento, dejar sin efecto con el ejercicio de la correspondiente acción ante los Tribunales de Justicia. La conclusión es que si descendemos a la práctica y a las necesidades humanas, en muchos casos sería peor el remedio que la enfermedad (y es que el consumidor no es que deba tener la protección del imbecil, es que tiene necesidades, y en muchos casos imperiosas): Pensemos en el supuesto de préstamos hipotecarios en los que puede haber abusos del prestamista en la determinación máxima de responsabilidad por intereses, fechas de vencimientos, limitaciones administrativas o dispositivas del inmueble. Puede que, en muchos casos, al adherente le interese cobrar para pagar y, por tanto, que se autorice la escritura, y que se inscriba (pues, hasta entonces, no le darán el dinero) aunque inmediatamente después ejercite una acción individual de nulidad de la cláusula abusiva que, para el supuesto, tendrá plena efectividad con independencia de los criterios del Registrador y del Notario. Por tanto, le interesa contraer la enfermedad y, después, curarla (vid. nota anterior: comentario sobre inscripción parcial). En realidad, los autores que venimos mencionando, especialmente ALBIEZ DOHRMANN, después de un intento loable de defensa del consumidor a través del Registro desde la perspectiva teórica (que no comparto), advierten los graves inconvenientes que existen desde el punto de vista práctico: bastaría con la lectura de su apartado VIII en el que, a modo de conclusiones, trata de los efectos que produce la vulneración del artículo 10 en el ámbito registral (págs. 1483 a 1486 de obra cit.).

En cualquier caso, justificando la calificación de cláusulas en determinados casos, los supuestos más discutidos están en íntima relación con el derecho de hipoteca. Con ésta, el hipotecante realiza un acto dispositivo gravando su propiedad, por lo que las cláusulas abusivas que puedan ser determinantes en la futura realización forzosa están afectando a ese acto dispositivo, a su esencia, pues la cláusula en cuestión (prohibición de enajenar o arrendar, intereses sin tope máximo de responsabilidad, vencimientos anti-

su caso, el sometimiento del contrato a la normativa sobre condiciones generales y protección de consumidores (art. 23 LCGC), a modo de puesta en conocimiento de que él no ha entrado en esas consideraciones y de que, por tanto, están abiertas las vías oportunas (45).

c) CRITERIO MANTENIDO POR LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

Considero acertado, al menos prudente, el criterio general mantenido por la DGRN (46) de no extender la calificación a la determinación del carácter abusivo de las cláusulas (47), pero el argumento debe ir más allá de la falta de medios del Registrador para apreciar dicho carácter. En efecto, no basta la lec-

tipados...) puede ser la que anticipe la realización, la que la provoque, sin que ese acto dispositivo, al no calificarse la cláusula, haya sido protegido por el sistema de seguridad jurídica «del dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles». Es por ello por lo que en este ámbito podemos, en cierto modo, justificar la calificación de las cláusulas y su rechazo del Registro, como hasta ahora se ha venido haciendo con aplicación del artículo 434.4.º LH.

(45) Evidentemente, si rechazará las cláusulas declaradas nulas judicialmente (art. 258 LH), apoyándose en el nuevo Registro sobre Condiciones Generales de la Contratación (art. 10.6 LGDCU).

(46) En contra de algunas Resoluciones presidenciales de los TTSSJJ, v.gr., varios autos en Cataluña en los años 89, 90 y 91.

(47) En contraposición a lo dicho, CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, L. M. (*La Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Centro de Estudios Registrales, 1998, pág. 90) mantiene que el criterio de la DGRN (Resolución de 7 de septiembre de 1988) es el de calificación de las cláusulas cuantitativa o subjetivamente abusivas, y no entrar en las objetivamente abusivas. Alude a los trabajos sobre la materia de AMORÓS GUARDIOLA y GARCÍA GARCÍA, así como a RODRÍGUEZ-PORRERO y al profesor EMPARANZA quien, a su vez, se remite al estudio de ALBIEZ DOHRMANN para quien, según dice, la calificación es inevitable. El autor apunta a no sabe qué posibles intereses en la aprobación de la ley al no optar por esta posición.

Con independencia de la doctrina de la DG, entiendo que los argumentos que se aportan en el presente trabajo son de peso como para admitir los límites de la calificación como criterio acertado, sobre todo cuando la trascendencia de las cláusulas cuestionadas suele ser meramente personal (sin que las cláusulas puedan acceder al Registro). Y, aunque es cierto que, por ejemplo, en los préstamos hipotecarios pueden existir cláusulas que, en su momento, puedan afectar al tercero, esta afectación es por voluntad del tercero, que lo es en función de que se subroga en la posición del deudor aceptando los compromisos anteriores de éste cuando podía haber optado por la cancelación, subrogación del acreedor, novación, etc. En cualquier caso, es la asunción voluntaria de la obligación personal la que produce la afectación del tercero, lo que está al margen del ámbito real en el que se mueve el Registro. ¿Que el tercero resulta afectado por la ejecución en la cuantía de la responsabilidad por intereses, costas, etc., en caso de que no asumiendo la deuda el antiguo deudor incumpla? Es de los pocos supuestos que plantea dudas (también las hay en el *leasing inmobiliario* —diría AMORÓS GUARDIOLA—), pero en este caso es lo cierto que el tercer poseedor, desde el primer momento, ha tenido la oportunidad de eliminar esta situación.

tura del contrato en cuestión para determinar el carácter abusivo de una cláusula, sino que puede haber más medios a los que no accede el Registrador, además de que supondría inmiscuirse en funciones que, al menos, y sin perjuicio de posteriores argumentos que daremos sobre esta cuestión, rozarían lo jurisdiccional. A los argumentos que emplea la Dirección General (48) cabe añadir, por un lado, que la propia Ley Hipotecaria, en la dicción literal (art. 18 LH y 98 RH), impide entrar en ese análisis, pues la validez del acto dispositivo no dependerá de un abuso puntual que se desprenda de una determinada cláusula que podrá ser nula cuando así se declare, pero que no afecta al acto «dispositivo» en sí. Y por otro, que tal pronunciamiento haría al Registrador partícipe de intereses de un colectivo determinado, el de los consumidores o usuarios de bienes y derechos inmobiliarios, a los que tendría que defender, lo que devaluaría la igualdad e imparcialidad de la general labor calificadora. El Registrador no debe erigirse en interpretar y aplicar la ley sin un procedimiento de defensa adecuado y asumiendo el papel de protector de determinados intereses colectivos (consumidores y usuarios) que deberían defenderse individual o colectivamente con los medios (acciones) que, en este último caso, establece la ley. Debe limitarse, en consecuencia, a la validez del acto en sí, por lo que habría que pensar en una cláusula que, por su redacción, afectara a la validez del acto dispositivo, en cuyo supuesto la denegación por defecto insubsanable estaría más que justificada, no por proteger al consumidor, sino por preservar el orden y tráfico jurídico frente a cualquiera.

A lo anterior cabe añadir que la calificación de una cláusula como abusiva tiene como sanción la nulidad radical, y supone en la moderna doctrina sobre la nulidad del contrato, un análisis mucho más profundo de lo que permite la dinámica y práctica diaria de la calificación registral (49). La integración del

Es difícil, en la práctica, encontrar a un tercer poseedor que, acogiéndose al artículo 118 LH, no retenga (asunción de cumplimiento —no de deuda— con provisión de fondos en el que surge una relación de mandato del vendedor al comprador) o descuento (sin asumir la deuda, pues se trata de una simple modalidad de pago compensando la deuda del acreedor) el préstamo pendiente de pago al acreedor, con el consiguiente perjuicio que ello podría producirle. Si, en caso contrario, el tercer poseedor, por asumir expresamente la deuda, pasa a la posición de deudor, lo será respecto de la totalidad de lo contratado por el antiguo deudor, con independencia de que una posible cláusula abusiva no haya accedido al Registro de la Propiedad. De esta manera, la no inscripción de dicha cláusula no impedirá su subsistencia en virtud del contrato asumido por el nuevo deudor, y ello en tanto no recaiga la oportuna declaración judicial por la que se decrete la nulidad de dicha cláusula.

(48) Confirmados por el legislador con la dicción que da a esta materia la Ley sobre CGC si la contrastamos con lo Proyectoado (vid. notas núms. 56 y 57).

(49) PASQUAU LIAÑO, MIGUEL (*Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, coordinada por Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi, 2000, pág. 781), afirma que la determinación de una cláusula como abusiva «reviste un grado de complejidad valorativa que no cabe, ni funcional ni conceptualmente, en los estrechos márgenes de la

contrato con cláusulas abusivas ya apareció de manera incipiente en sentencias aisladas del Tribunal Supremo y tiende hoy a generalizarse como necesaria en la decisión final (50). Ya no se trata de determinar si una cláusula es nula, sino que habrá que examinar en qué medida afecta al resto del contrato, si simplemente se elimina o se sustituye por otra equivalente y equitativa, si el contrato *puede subsistir sin las cláusulas abusivas* (51)..., y todo ello se trate de una nulidad debida a una cláusula de las de la lista *negra* o de la *gris* (52). Sólo resta decir que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, no sabemos si intencionadamente, por evolución natural, o por dislates propios de la condición humana, abre la puerta a nuevas concepciones que, apartándose de los criterios tradicionales, derivan en nuevas teorías sobre la dimensión de los términos de nulidad, anulabilidad, ineficacia o invalidez (53). La complejidad de la materia requiere, a su vez, ir más allá del propio documento calificado, considerando la naturaleza del contrato, las cir-

calificación registral». Aun así sostiene que el Registrador puede declarar la nulidad de una cláusula si *ha sido judicialmente declarada abusiva por sentencia firme inscrita en el Registro de Condiciones Generales o si se trata de cláusulas directamente reprobadas como abusivas por el legislador*. En mi opinión no hay la menor duda en el primer caso (art. 10.6 LGDCU modificado por DA 1.^a de la LCGC), pero sí la hay en el segundo, pues la declaración de nulidad no depende sólo de la reprobación legal, sino de su redacción y valoración, atendiendo a todos los hechos y circunstancias que se pueden poner de relieve en un procedimiento adecuado que no es precisamente el que se da en la calificación registral.

(50) El artículo 10, bis, 2 de la LGDCU dice: «...*La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.258 del Código Civil. A estos efectos, el Juez... integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos obligaciones de las partes...*».

(51) Así lo prevé el artículo 6.1 de la Directiva comunitaria objeto de trasposición de la LCGC, en el que se dice que se dispondrá «*que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas*». Y en el mismo sentido el artículo 10, bis, 2 *in fine* de la LGDCU.

(52) La doctrina habla de cláusulas abusivas, con presunción *iuris et de iure*, que lo son sin necesidad de ser valoradas (lista negra) y cláusulas grises (sospechosas) que se presumen abusivas pero que, por ser presunción *iuris tantum*, para determinar su condición de abusivas pueden ser valoradas con arreglo a los hechos y circunstancias del caso. En esta clasificación, y ante los términos de la Ley, nos encontramos con el problema de ponernos de acuerdo en determinar las cláusulas de la lista negra y las de la gris, porque ello no depende sólo de la propia ley, sino de los términos utilizados en la redacción de la cláusula. A lo anterior cabe añadir cómo muchos autores dudan que la lista negra lo sea en su totalidad (recientemente CADARSO PALAU, JUAN, «La lista negra de las cláusulas abusivas», en *La Ley*, núm. 5033, 12-4-2000). Pues bien, la tendencia del estado de opinión es entender que el Registrador debe rechazar, al menos, las cláusulas de la lista negra. Se entiende que no la comparto por todas las razones que se van apuntando más algunas más que se descubrirán al tratar del dictamen de «conciliación» encomendado al Registrador por la LCGC.

(53) Vid., la monografía sobre «la nulidad y anulabilidad del contrato», Madrid, 1997, de PASQUAU LIAÑO, MIGUEL.

cunstancias concurrentes en su celebración, precontratos, documentos publicitarios, etc., a los que no puede acceder el Registrador. ¿El procedimiento registral, en el aspecto intelectual que conlleva la calificación, permite entrar en estas consideraciones? Posiblemente sí. Ahora bien, ¿las partes interesadas no tienen nada que decir? La respuesta no puede ser otra: si se toman decisiones sobre sus derechos deberán, al menos, entrar en un proceso contradictorio en el que se atienda al mínimo de audiencia e igualdad. Este proceso sólo lo encontramos en los dos ámbitos posibles, el público y el privado, en la jurisdicción y en el arbitraje.

Lo que venimos diciendo, que el Registrador debe velar por el tráfico-jurídico-dispositivo-inmobiliario y no inmiscuirse en ámbitos que no le corresponden, se justifica, además, por la existencia de organismos protectores de los consumidores y usuarios, creados precisamente para cumplir con esta función (54). Hoy, con el nuevo «instrumento» de las acciones colectivas, bastaría imponer a las entidades financieras (o de leasing inmobiliario, o de aprovechamientos por turnos de inmuebles vacacionales, o...) el depósito de sus cláusulas generales sobre préstamos hipotecarios (y demás negocios...) para que las Asociaciones de Consumidores, mediante las oportunas acciones, *fulminaran* por la vía adecuada las cláusulas abusivas que lo fueran. Se acabó la presente discusión sobre calificación registral, la cláusula cuestionada dejó de existir (art. 258 LH)...

d) «CALIFICACIÓN» EN EL NUEVO REGISTRO SOBRE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

Saliendo del ámbito del Registro de la Propiedad, y centrándonos en la nueva Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación y Reglamento sobre el Registro, la novedosa «calificación» (55), a los solos efectos de acceso a éste se extenderá a (56):

(54) A ningún autor se le ocurriría hablar del Registro de la Propiedad como organismo de defensa de los consumidores. Recientemente, bajo la dirección de LEÓN ARCE, ALICIA DE, se publicó el *Derecho de los consumidores y usuarios (doctrina, normativa, jurisprudencia y usuarios)* (Tirant lo Blanch, Valencia, 2000) en el que se habla de las Asociaciones y Cooperativas de Consumidores, el Consejo de Consumidores y Usuarios, el Instituto Nacional del Consumo y otros Organismos entre los que, evidentemente, no incluye a los Registros de la Propiedad. Sería, incluso, chocante ver al Registro entre todos ellos.

(55) Es discutible que se pueda utilizar este término cuando, después de reiterar que se trata de un Registro «jurídico», el Registrador no puede entrar en cuestiones de fondo, examen del contenido de la cláusula, su legalidad.

(56) Atendemos a los artículos 3, 4, 9 y 14 del Reglamento del Registro sobre Condiciones Generales de la Contratación, aprobado por Real Decreto 1828/1999, de 3 de

1. La competencia del Registro que se limitará a la práctica de asientos sobre las Condiciones Generales, mandamientos y ejecutorias relativas a resoluciones judiciales cuando el predisponente tenga su domicilio social o profesional o establecimiento principal en la provincia a que pertenezca (sea competente) el Registro Provincial correspondiente.
2. El carácter de condiciones generales de las que se presenten a inscripción (predisposición, imposición y destino universal —pluralidad de contratos—).
3. Legitimación del presentante que lo serán el profesional que utilice o recomiende las condiciones generales; el que, con autorización de éste para la presentación, se hubiera adherido al contrato que las contenga; los legitimados, también con autorización del predisponente, para la interposición de acciones colectivas; los que inicien acciones colectivas una vez que obtengan la ejecutoria oportuna quienes, entre tanto, podrán solicitar anotación preventiva de demanda que se efectuará por orden judicial en el mandamiento oportuno.
4. Comprobación de la identidad del predisponente (es lógico, no se presenta con un documento notarial en el que ya se comprobó la identidad del otorgante) o, en su caso, acreditación de su representación (nada se dice cuando no presente el predisponente o su representante; en este caso se aplicará la misma regla de identidad además de exigirse la autorización del predisponente).
5. Comprobación de la naturaleza del contrato presentado: que no sea administrativo, de trabajo, de constitución de sociedades o regulador de relaciones familiares o sucesorias.
6. Legibilidad de las cláusulas (57).

Vemos como, realmente, no hay una calificación en el sentido que se recoge en la legislación hipotecaria de «velar» por la legalidad (58), limitándose, en consecuencia, a acreditar la identidad de los legitimados o sus representantes y a determinar si lo que pretende tener acceso al Registro

diciembre. No obstante conviene recordar la aplicación supletoria de los Reglamentos Mercantil e Hipotecario (art. 24 del Real Decreto 1828), sin que quepa, a los efectos de presentación de documentos, dados los términos en que se pronuncia el Reglamento, la presunción de representación por el presentante del documento a que hace referencia el artículo 39 del Reglamento Hipotecario (art. 24 del Reglamento derogado por STS de 12 de febrero de 2002).

(57) Entendido, pienso, que se puedan leer; no que resulten de interpretación dudosa, oscura o incomprensible; cuestiones en las que no entra el Registrador.

(58) Abarcando «lo divino y lo humano», expresión que se atribuye a don JERÓNIMO GONZÁLEZ; aunque habría que traer a colación lo ya comentado sobre calificación de cláusulas abusivas.

son, o no, condiciones generales. No se califica o prejuzga, por llamarlo de alguna manera, la legalidad o adecuación a Derecho del negocio que subyace en la documentación presentada, ni siquiera la bondad (carácter no abusivo) de las condiciones generales cuya inscripción (59) se pretende. ¿El dictamen posterior a dictar por el Registrador, si las partes se someten, es considerable como tal (dictamen) o más bien se trata de una calificación inicialmente no atribuida? Dejamos este análisis para después; sólo decir que, en principio, no se puede hablar de calificación, no hay recurso gubernativo (si el dictamen no es favorable a una de las partes), no vincula, y aun cuando vincule ¿impide el posterior pronunciamiento judicial? En cualquier caso, todas las «calificaciones» de todos los Registradores se difuminarían instantáneamente en el momento en que prosperare una acción colectiva con resultado distinto a los de la «calificación», aún cuando las partes se hubieran vinculado a la misma.

4. EL REGISTRO SOBRE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

a) CONSIDERACIONES GENERALES

Ya hemos adelantado la novedosa creación del Registro de Condiciones Generales de la Contratación que apareció como exigencia de desarrollo de la Ley sobre tales condiciones creada por trasposición de la Directiva Comunitaria sobre la materia (60).

El Reglamento por el que se pretende regular el Registro aporta nuevas dudas y contradicciones, pero, al margen del análisis de las mismas, tenemos una primera impresión de que la acogida no ha sido nada favorable. Esta titubeante partida augura un futuro no menos incierto de la nueva institución (61).

Antes de analizar el Registro, y respecto de uno de sus novedosos efectos (*ultra partes*), nos parece importante destacar la derogación, por la Ley de

(59) Mediante depósito, según el artículo 7 del Reglamento del Registro de CGC, del documento presentado sin exigencia de forma ni comprobación del pago o liquidación de impuesto que, por razón del negocio de que se trate, se pueda devengar.

(60) Directiva 93/13 CEE del Consejo, de 5 de abril de 1994, que ha conseguido la creación y actualización de normas relativas a la materia en Derecho Comparado Europeo: Alemania, Dinamarca, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Portugal y Reino Unido.

(61) En el mes de julio de 2001, después de más de un año de funcionamiento del Registro de CGC, en el provincial de Granada no han entrado solicitudes de inscripción (depósito) ni, por supuesto, de dictamen de conciliación. Habría que examinar la estadística a nivel nacional que, seguramente, habrá sido desalentadora.

Enjuiciamiento Civil (62), del artículo 20 de la LCGC (sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 221 y 519 de la nueva LEC sobre la extensión subjetiva de los efectos procesales de la sentencia que se dictare, y 221,1 y 4 de la misma ley al tratar la cosa juzgada material) (63), y por tanto el número 4 de dicho artículo, que establecía una vinculación de los Jueces a las decisiones del Tribunal Supremo, constituidas en doctrina legal, cuando se tratara de litigio del mismo predisponente respecto a cláusulas idénticas a las de la sentencia de aquél, lo que suponía romper con moldes básicos del Ordenamiento español (64). Sobre el derogado artículo 20 se ha dicho (65) que: 1) el valor normativo (como fuente directa) de la sentencia resulta arriesgado dentro de nuestro sistema jurídico ya que ésta, preceptivamente vinculante, pasa a crear auténticas normas jurídicas aplicables a ciudadanos (predisponentes) determinados; que 2) resulta contradictorio que, frente a nuestro sistema (continental) de primacía absoluta de las fuentes del Ordenamiento jurídico se recojan criterios basados en referencias anglosajonas («Common-Law») (66) que están fuera de nuestro orden jurídico-normativo, de sus principios generales y de la propia Constitución (67); y que 3) los efectos *erga omnes* (más bien *ultra partes*) del pretendido Registro Jurídico (como posibilidad de oponer lo publicado por el teórico destinatario del mismo: el con-

(62) Disposición Derogatoria única, 2, 15.º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE de 8 de enero de 2001).

(63) Sobre esta cuestión trata REBOLLEDO VARELA, ÁNGEL, en *Comentarios a la LCGC*, coordinado por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi, 2000, págs. 569 y sigs.

(64) Sobre esta cuestión, GARCÍA DE ENTERRÍA, JAVIER («La pretendida vinculación de los jueces a las sentencias del Tribunal Supremo en materia de cláusulas abusivas. Sobre la inconstitucionalidad del artículo 20.4 de la LCGC», en *La Ley*, año XIX, núm. 4.640, 1 de octubre de 1998) afirmó con rotundidad la inconstitucionalidad del precepto poniendo de relieve las incongruencias de la Ley no sólo desde una perspectiva teórica, sino también práctica.

(65) En *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, de GARCÍA-VALDECASAS Y ALEX, FRANCISCO JAVIER (Rev. Folio Registral, del Centro de Estudios Registrales de Andalucía Oriental, núm. 77, 19 de enero de 1999, pág. 123).

(66) Hay que reconocer que alguna razón tiene VICENT CHULIÁ, FRANCISCO (*Condiciones Generales de la Contratación y cláusulas abusivas* del Consejo General de Colegios Oficiales de Corredores de Comercio. Lex Nova 2000) cuando afirma que esta opinión se desvanece, ya que «basta comprender que los Jueces que resuelvan posteriores demandas de nulidad contra idénticas cláusulas, siempre que sean en contratos estipulados por el mismo predisponente, no hacen más que respetar los efectos de la cosa juzgada de cualquier sentencia anterior firme en un juicio por acción colectiva de cesación». Algo parecido entendió PAGADOR LÓPEZ, J. («La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre CGC», en *Derecho de los Negocios*, núm. 97) diciendo que la doctrina legal (a través de la segunda sentencia) sería difícil de conseguir salvo que el demandante fuera persona distinta a la del procedimiento anterior, y no se hubiera personado en éste en virtud del artículo 18 (hoy derogado por LEC, de 7 de enero de 2000) advertido por la anotación preventiva que regula el artículo 11.3 de la LCGC.

(67) Con remisión a la opinión anterior de GARCÍA DE ENTERRÍA.

sumidor) (68) deben ir no en el sentido de que los Tribunales tengan la facultad creadora de normas jurídicas, sino de facilitar la ejecución de normas preexistentes y debidamente interpretadas y aplicadas por el Supremo dándole a los contratos de los predisponentes fuerza ejecutiva a favor de otros adherentes que no necesitarían la obtención de una nueva declaración de nulidad, y sin que esta opinión suponga menoscabo de la tutela efectiva del predisponente (art. 24 CE) en cuanto se le permitiera oponerse a la ejecución por determinados motivos que condujeran a la apertura de la vía declarativa (69). Resulta evidente que aunque el Reglamento del Registro de CGC haga referencia a esta cuestión (art. 17), remitiendo al artículo 20 de la Ley, al derogarse este artículo queda sin efecto el precepto reglamentario.

En cuanto a la justificación del Registro podemos decir que los nuevos conflictos que surgen como consecuencia de la evolución social, sin renunciar a la garantía que supone la Administración de Justicia, buscan solución en la iniciativa privada donde la autonomía de la voluntad juega un papel autorregulador de la contraposición de intereses entre las personas. Y la fórmula

(68) Cuando expresé esta opinión se pudo producir una confusión entre el efecto *erga omnes* del Registro o posibilidad de oponer las cláusulas depositadas frente a cualquiera como formando parte del contrato celebrado, y el efecto *ultra partes* de la sentencia como posibilidad de favorecer a terceros que no han formado parte del procedimiento mediante el sistema de imponer la vinculación a Jueces y Tribunales. La confusión, sin duda, se produjo por el hecho de que la oponibilidad de las cláusulas, en cuanto ampara al predisponente y no al consumidor, rompía con la concepción de la propia ley, con su finalidad, por lo que invertí los términos de la oponibilidad poniéndola a favor del consumidor cuando realmente se trataba de ese efecto *ultra partes* de la sentencia. La propia exposición de motivos de la Ley contribuye a la confusión cuando habla de efectos *erga omnes* que la inscripción va a atribuir a la declaración judicial de nulidad, lo que es impropio, pues tal efecto es conocido como oponibilidad de lo que publica el Registro frente a cualquiera que confíe en su contenido (es el sentido antes dado respecto a las cláusulas) mientras que la declaración judicial de nulidad no afectaría (derogación por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil) más que a los adheridos con el mismo predisponente y cláusula (efectos más allá de los que fueron partes en el procedimiento judicial).

(69) Algo así como si en aplicación del actual 221 de la LEC se permitiera que la sentencia facultara para instar la ejecución, no sólo a todos los que fueron parte del procedimiento, sino también a cualquier adherido cuando se tratase de contrato del mismo predisponente condenado en la sentencia y de la misma cláusula declarada nula por abusiva; y ello, salvando posibles indefensiones permitiendo a dicho predisponente oponerse a esa ejecución si presentara, por ejemplo, principio de prueba (anexo al contrato, existencia de nuevas cláusulas que matizan la anulada por el Supremo...) de que no se está ante un supuesto (cláusula) idéntico al que se refirió el Supremo, consiguiendo, de esta manera, la apertura del proceso declarativo que permitiera la contradicción y defensa entre partes.

Esta idea, aunque no de manera exacta, late en el artículo 519 de la nueva LEC, que permite que cualquier interesado no beneficiario individualizado de la sentencia, con audiencia del condenado, inste a su favor el reconocimiento de beneficiario y, si es así, la ejecución de la sentencia.

empleada para pacificar este cruce de intereses no puede ser otra que los acuerdos de voluntades realizados directamente por los que se obligan, o dejando en manos de un tercero esa labor de punto de encuentro entre los intereses contrapuestos; en ambos casos nos encontramos ante fórmulas contractuales: en el primero ante un contrato principal, y en el segundo ante uno preliminar o para la consecución de aquél. Además, en este último caso existen supuestos en los que la solución del conflicto depende totalmente de la iniciativa privada (transacción, mediación, arbitraje, principalmente), y otros en que puede actuar la iniciativa privada pero con cierto «revestimiento de *imperium*» o, si se prefiere, con respaldo de los poderes públicos (v.gr.: impugnaciones, por indebidas o excesivas, de minutas de los miembros de un Colegio en que las partes se pueden someter al arbitraje de la Corporación o ésta tiene facultades de dictaminar sobre la procedencia de lo exigido conforme a lo pactado y a las tablas de honorarios profesionales). Descendiendo al último supuesto, podemos decir, finalmente, antes de llegar a las soluciones judiciales, que el conflicto puede ser resuelto, como prevé la Directiva comunitaria sobre la materia, por los órganos administrativos (70). Es cierto que los Registros Jurídicos, en sentido estricto, no son Registros dependientes de, o sometidos a, la Administración pero, como señala la propia Directiva (71),

(70) Así lo prevé el artículo 7 de la Directiva Comunitaria de 5 de abril de 1993, en la que no exige, ni siquiera alude, la creación de un Registro de Condiciones Generales; tan sólo se especifica que la protección del consumidor debe ser resuelta por los órganos judiciales y administrativos competentes. Siguiendo la teoría que mantenemos de que los Registradores y sus Registros no actúan como propia Administración, cabría excluir a éstos de las soluciones propuestas en la Directiva; pero dado el régimen específico de éstos de cumplir una función pública, parece que se consideró conveniente contar con ellos, máxime cuando se ha pretendido (otra cosa es que se consiga) que el nuevo Registro fuera algo más que administrativo. ¿Era conveniente la atribución a los Registradores? El tiempo lo dirá.

Tanto el Consejo General del Poder Judicial (Informe de 20 de diciembre de 1995) como el Consejo de Consumidores y Usuarios (Informe de 24 de febrero de 1997) se muestran partidarios del Registro de Condiciones Generales e igualmente se pronuncian sobre la eficacia *ultra partes* de las sentencias estimatorias de demandas de cesación y retractación; al igual que el Consejo de Estado que en su dictamen de 31 de octubre de 1996 se refiere a este refuerzo judicial por medio de la eficacia de las sentencias y a la conveniencia de crear el Registro, siguiendo el modelo portugués, sin necesidad de crear nuevos órganos. Con posterioridad, el 24 de julio de 1997, el Consejo de Estado emite nuevo dictamen (núm. 3.194/97) que no añade nada nuevo al aspecto que comentamos. Sin embargo parece que el Registro, finalmente creado, se ha salido de los esquemas que tenía el Consejo, pues en el Dictamen al Proyecto de Reglamento se hace referencia al Registro como «instrumento de los predisponentes para evitar acciones judiciales que puedan impedir el uso de cláusulas presuntamente abusivas», lo cual diverge del intento de tomar como modelo de Registro al de la Propiedad y al Mercantil.

(71) Artículo 8; además, como dispone el artículo 189 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (Roma, 25 de marzo de 1957), la Directiva *obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios.*

los Estados podrán adoptar disposiciones más estrictas, que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección; por lo tanto, el Registro de CGC no se sale de los esquemas que marcó la Directiva.

b) CARACTERÍSTICAS DEL REGISTRO

Es interesante lo reflejado sobre el nuevo Registro en la Memoria justificativa del Proyecto de Ley sobre CGC del que podemos extraer, sintéticamente, que las notas características del mismo, según lo proyectado, son las siguientes:

- Es un Registro de ámbito estatal (72).
- Es un Registro jurídico, y no administrativo de mera publicidad (73). Ello conlleva el conocimiento de su contenido en todo el territorio

(72) Se rechaza la competencia de las CCAA, que la podían demandar, por ser materia que afecta a consumidores y usuarios, afirmando, como ya lo hizo el Consejo de Estado (Dictámenes de 31 de octubre de 1996 y 24 de julio de 1997), basándose en Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que la eficacia de las sentencias exige un Registro «jurídico» estatal único y no tantos Registros «administrativos» como CCAA. Sobre el TC, podemos recordar que tanto la conceptualización de la cláusula abusiva (STC de 30 de noviembre de 1982) como la defensa del consumidor y usuario (STC de 26 de enero de 1989), por formar parte de la legislación civil y mercantil, son de competencia estatal.

(73) El carácter jurídico del Registro es puesto en duda por numerosos autores, entre los que podemos destacar a PAU PEDRÓN, ANTONIO («Sobre la Ley de CGC», *Folio Registral*, núm. 70, Centro de Estudios Registrales de Andalucía Oriental, mayo 1998; pág. 509 y sigs.); ALFARO ÁGUILA-REAL, JESÚS («Proyecto de Ley sobre CGC...», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, julio-septiembre 1997, pág. 887 y sigs.), y COCA PAYERAS, MIGUEL (*Las CGC y la Ley 7/1998, de 13 de abril*, Marcial Pons, 1999, págs. 97 y sigs.) que aportan como argumentos el que no exista una calificación de la validez de las condiciones generales, en que el Registro cumple una mera función de depósito de formularios y de sentencias y que al no inscribirse derechos difícilmente se puede hablar de una publicidad con efecto jurídico propio de los Registros de este tipo (Propiedad o Mercantil). ATAZ LÓPEZ, JOAQUÍN («Registro y Condiciones Generales», en *Comentarios a LCGC*, coordinado por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi, 2000, pág. 319) nos dice que la publicidad de este Registro no deja de ser pura noticia de un hecho y advierte de las consecuencias nefastas (entendemos que por la confusión que se produce) de este extraño híbrido creado (*contra natura*, podríamos decir) por el legislador. Por su parte, CABANAS TREJO, RICARDO, en «El Reglamento del Registro de CGC, o también ¿sólo los terroristas están fuera de la Constitución?» (*Carta Mercantil*, núm. 14, 20 de junio de 2000) dice que no hay control de legalidad o calificación sobre el contenido de las CGC, ya que la actuación del Registrador se limita a verificar la concurrencia de ciertos requisitos y en este sentido, añade, el propio Consejo de Estado no consideraba adecuado el término de Registro Jurídico. Acusa a los «impulsores» de la ley de revestir «jurídicamente» al Registro de CGC por intereses meramente corporativos y monopolísticos. Este mismo autor, junto a BONARDELL LENZANO, RAFAEL («Ilegalidad del Reglamento de CGC»,

nacional, la eficacia *erga-omnes* de las sentencias (74) y la prescripción de las acciones colectivas.

- El Registro estará a cargo de un Registrador de la Propiedad y Mercantil por dos cuestiones: por ser de carácter jurídico, y por razones económicas (de coste) (75).
- Es un Registro de depósito voluntario (76), a salvo la obligación de presentación que se prevé para determinados sectores económicos.

en *La Notaría*, núm. 5, 2000, Colegio de Notarios de Cataluña, págs. 19 y sigs.) desmontan el carácter jurídico del nuevo Registro aportando numerosos argumentos y llegando a la conclusión de que «lo que define a un Registro como de seguridad jurídica es la calidad de los efectos que genera» y «no el mero hecho de producirlos»; consideran que los efectos jurídicos de este Registro son, desde luego, muy atenuados. ALFARO ÁGUILA-REAL también lo refiere en «El Proyecto de ley sobre condiciones generales de la contratación: técnica legislativa, burocracia e intereses corporativos en Derecho Privado» (*RDBB*, antes citado), título que lo dice todo.

Contrarrestamos las anteriores opiniones con la de GÓMEZ GÁLLIGO, JAVIER (*Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas*, Consejo General de Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Lex Nova, 2000. Director: Ubaldo Nieto Carol, págs. 367 y sigs.) que, en posición intermedia, reconoce que el Registro de CGC no tiene la eficacia radical de los Registros Jurídicos, pero que tiene trascendencia jurídica por la legitimación en el tráfico profesional, la prescripción de las acciones colectivas, y la eficacia *erga omnes* que se manifiesta prohibiendo a Notarios y Registradores actuar ante negocios con cláusulas nulas en virtud de sentencia inscrita en el Registro (art. 10.6 de la LGDCU), cierta eficacia prejudicial o efectos *ultra partes* que aunque deriva de las solas sentencias judiciales, la ley lo hace derivar a un nuevo requisito como el de inscripción de dicha sentencia (nos atenemos a comentarios anteriores y la posibilidad de instar ejecución por los interesados declarados beneficiarios por el Tribunal competente), y por el dictamen de conciliación (que el autor lo extiende también a los supuestos de ejercicio de acciones individuales).

(74) Es difícil de entender el tratamiento de la sentencia como si se tratare de un derecho real, pues se trata de cuestiones distintas. Puestos en esta tesitura es como si se creara un Registro de derechos personales que pasarían a tener eficacia absoluta (¿) por su inscripción.

(75) CABANAS TREJO, RICARDO (*ob. cit.*) crítica con acritud al impulsor y lo califica de «disparate jurídico de primera magnitud» o «bodrio normativo» y, para él, la razón de la atribución del Registro al cuerpo de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España no está justificada. No es imparcial cuando, siendo Notario, se muestra tan beligerante en su exposición y, además, se pregunta por la exclusión de su cuerpo.

(76) Se dice, por comparación con el Registro de la Propiedad, que es una nota de los Registros jurídicos frente a los administrativos, aunque, en realidad, ello nada tiene que ver con esta distinción. Es evidente que, a pesar del acicate de la prescripción de las acciones colectivas, el depósito voluntario es casi una condena al fracaso del nuevo Registro. CABANAS TREJO (*ob. cit.*) dice que la prescripción no puede ser suficiente estímulo para el depósito de las CGC, ya que cuando prospera una acción individual de nulidad, la colectiva revive. Añade que el vestigio de «presunción de conocimiento» del artículo 18 del Reglamento, presunción que fue desechada del proyecto por afectar directamente al artículo 5 de la Ley, así como la referencia del Proyecto a la presunción de legitimación en el tráfico a favor del predisponente en caso de depósito (hoy enmascarada en el preámbulo del Reglamento cuando dice «los profesionales (...) no infractores procurarán obtener

- No es Registro de calificación de validez de las condiciones generales, ya que esta decisión corresponde en exclusiva a los jueces (77).

c) MODELOS DE REGISTRO EN DERECHO COMPARADO

No es este Registro innovador por el hecho de su creación, aunque sí por la publicidad y efectos que con la misma se ha pretendido tener. Registros con finalidad protectora del consumidor y usuario los encontramos en numerosos Ordenamientos jurídicos. Siguiendo un orden cronológico tenemos los siguientes:

La Ley 5.724 de 1964 de Israel será el primer antecedente de control de los contratos «standar» y en la que luego se inspiró la legislación francesa. Con esta Ley se estableció un control preferentemente preventivo sin renunciar a la fiscalización judicial posterior.

El modelo británico lo encontramos en la *Fair Trading Act* de 1973, que instituyó un departamento ministerial y transfirió al Director General las funciones registrales en los contratos restrictivos («*Registrar of Restrictive Trading Agreements*»). Se atribuyen, de esta manera, al Director funciones interventoras en las hipótesis que puedan atentar a los intereses de los consumidores (elaborando códigos de conducta a aceptar por todos los interesados) o que supongan violación de la legislación antitrust. A 1994 se remonta la regulación sobre cláusulas abusivas de los contratos celebrados con consumidores; en ella, el Director General de Defensa de la Competencia podrá, ante una cláusula abusiva, solicitar al Tribunal la inhibitoria.

la inscripción de las condiciones generales que utilicen, dado el efecto de transparencia de su actividad que ello les dará en el tráfico jurídico...»), además de ser señuelos para tal depósito responden a oscuros intereses de utilizar en beneficio de los predisponentes un instrumento destinado a la protección de los adherentes. Claro, esto no es descabellado, pues sería así si en posibles litigios los Tribunales, por comodidad intelectual, llegaran a identificar el depósito del documento con la bondad de su contenido, bien por presumir que el predisponente ante el depósito nada tenía que ocultar, bien por entender que hay el primer «filtro registral» que, aunque no esté en la intervención del Registrador, se encuentra en el no temor a la publicidad (cuestión que podríamos llamar «presunción de legitimación indirecta», o lo que ATAZ LÓPEZ —*ob. cit.*, pág. 320—, denomina «certificado de buena conciencia comercial»). Y es que cualquier jurista que se mueva en el ámbito forense sabe que la actual situación de la justicia, la acumulación de expedientes, la falta de medios... provocan que el Juzgador, aunque sea inconscientemente, se relaje en la búsqueda del fondo si, en el camino de la resolución, encuentra alguna fácil salida (la cantidad afecta a la calidad).

(77) Sirva esta expresión como nuevo argumento a los planteamientos sobre la calificación del carácter abusivo de las cláusulas y, por tanto de su nulidad. Si como Registrador de CGC, las que son calificables como abusivas —las no negociadas—, no cabe tal pronunciamiento más que por el Juez, con más razón, fuera de la esfera de ese ámbito objetivo no se le puede atribuir esa facultad.

En la Ley alemana sobre Condiciones Generales de 1976 (78) aparece como único objeto del Registro la publicidad de las resoluciones judiciales a través de una Oficina (informativa) Federal de Carteles (antimonopolio) de naturaleza administrativa (*Bundeskartellamt*).

La Ley francesa de 1978 crea un órgano administrativo o Comisión de cláusulas abusivas (*protection et L'information des consommateurs de produits et des services*) que depende directamente del Ministro de Consumo. La Ley de 1 de febrero de 1996, sobre cláusulas abusivas y presentación de los contratos de diversas actividades de orden económico y comercial, desarrolla esta materia.

El modelo mexicano crea un Registro en la Procuraduría Federal de Protección al Consumidor (*PROFECO*) en el que se deben inscribir los contratos que determine la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial. Es un Registro que trata de verificar si los contratos en cuestión se ajustan a la legalidad vigente.

En Portugal, el Decreto-ley 220/1995 (79) crea un Registro administrativo para la publicidad de las cláusulas que hayan sido prohibidas por una decisión judicial, y el artículo 35.2 *in fine* señala que el servicio encargado del Registro deberá «prestar las aclaraciones que les sean solicitadas dentro del ámbito de sus respectivas atribuciones».

En Italia, la Ley de 6 de febrero de 1996 modifica y añade determinados artículos (80) en el Código Civil de 1942, pero no recurre a ningún Registro, pues sólo se prevé que el Juez pueda ordenar la publicidad mediante la inserción del auto en uno o más periódicos, uno de ellos de difusión nacional.

En cualquier caso, el Registro español sobre CGC no es equiparable a ninguno de los modelos conocidos, ya que hay una pretensión de ampliación de funciones que lo separan de aquellos: unos (alemán y portugués) nacieron para dar publicidad a cierto tipo de resoluciones judiciales sobre acciones colectivas, frente al español, en el que entran las resoluciones judiciales sobre acciones individuales o colectivas siempre que sean estimatorias; y otros se crearon como imposición de un peculiar, aunque de dudosa efectividad, sistema de control de condiciones generales, frente al español, que prevé el depósito de dichas condiciones sin entrar en el análisis de su validez (control), aunque sí con la pretensión de facilitar el control judicial, a instancias (individual o colectiva) de quien corresponda, de dichas cláusulas.

(78) Es Ley de 9 de diciembre de 1976, modificada por la Ley de 19 de julio de 1996, de trasposición de la Directiva Comunitaria 13/93/CEE.

(79) Es de 31 de agosto de 1995, que modifica la anterior Ley de 27 de octubre de 1985.

(80) Sobre Condiciones Generales de los contratos, contrato mediante módulo o formulario, cláusulas vejatorias...

A pesar de ello, nuestro Registro no llega tan lejos en sus efectos, como parece desprenderse de la terminología que utiliza en su regulación (81). En este sentido, el único efecto de la «inscripción» que realmente no ofrece dudas para nadie es el del cómputo del plazo para la prescripción en el ejercicio de las acciones colectivas. Algún autor habla de otros efectos extra-jurídicos, pero eso pertenece al mundo de la fantasía (82).

5. LA SEGURIDAD JURÍDICA (83) EN LA VERTIENTE EXTRAJUDICIAL Y LA MODERNA CONTRATACIÓN

a) DEFENSA DEL CONSUMIDOR Y LIMITACIONES DE LA SEGURIDAD JURÍDICA PREVENTIVA

Sobre esta cuestión cabe preguntarse dónde está la frontera en el control de las cláusulas generales de la contratación y en la defensa del consumidor o usuario. Hasta dónde quiere llegar el legislador para proporcionar la anhelada seguridad jurídica preventiva. ¿Se eliminan realmente los conflictos —litigios— con este reconfortante término? Intentaremos, al menos, avanzar

(81) Con clara inspiración de los Registros de la Propiedad y Mercantiles.

(82) En cierto modo ya hemos hecho referencia a los mismos en anteriores notas. Así, ATAZ LÓPEZ, JOAQUÍN (*ob. cit.*, pág. 334) habla de la pretensión del legislador, según expone el Preámbulo de la Ley, de que el Registro sirva de «ranking» de la buena conciencia comercial y del artículo 18 (al que hemos aludido anteriormente con CABANAS TREJO) que, en aparente contradicción con el artículo 5 de la Ley, es un precepto inútil, «de las muchas normas inútiles dictadas en esta materia, que no añaden nada al silencio, y que constituyen ejemplos de la que he denominado “autoalimentación legal” (inflación artificial de la regulación para justificarla). Se trata de transmitir la sensación de que el depósito de condiciones generales puede tener numerosos efectos. Pero sólo de transmitir la citada sensación».

(83) OROZCO PARDO, GUILLERMO (*De la prescripción extintiva y su interrupción en el Derecho Civil*, Comares, 1995) trata de la seguridad jurídica como «una situación de estabilidad y certeza creada por el ordenamiento, que garantiza la aplicación objetiva de las normas para la protección de los derechos» y nos remite al estudio de MEZQUITA DEL CACHO, J. L. (*Seguridad jurídica y sistema cautelar*, Bosch, 1989) en el que afirmaba, en palabras de aquél, que en las relaciones privadas *es imprescindible lograr «una certeza en su normativa rectora» con la finalidad de que las partes llamadas a respetarla la conozcan claramente y para que los órganos encargados de interpretar y aplicar tales normas lo puedan hacer de forma ajustada y coherente. Por ello, afirma el autor antes citado, la vertiente privada de la seguridad jurídica pretende garantizar la eficacia de las relaciones jurídicas y los derechos subjetivos tanto en los actos de constitución, modificación o extinción y «la regularidad y certeza de las instituciones que operan en este campo del Derecho».*

STC 147/86, de 25 de noviembre, hace referencia al artículo 9.3 CE, asimilando la seguridad a la confianza que los ciudadanos pueden tener en la observancia y respeto de las situaciones derivadas de la aplicación de normas válidas y vigentes.

en estos planteamientos, pero sobre la última cuestión podemos afirmar que si ello no fuera así, si por la seguridad jurídica preventiva no se consiguen evitar conflictos pacificando intereses contrapuestos, la conclusión no puede ser otra: bastaría la intervención jurisdiccional para el control de las cláusulas; la Administración no debería inmiscuirse en las relaciones entre particulares más que en los casos extremos y con instituciones creadas al efecto (protección del consumidor y usuario), sin desnaturalizar las que en su génesis no tuvieron tal concepción; sólo ante el conflicto están las instituciones privadas (mediación, arbitraje, transacción, etc.) o la propia Administración de Justicia para restablecer las situaciones de equilibrio y de desviación legal pacificando los intereses contrapuestos. Gráficamente: se puede decir que muchos barrenderos en el mismo patio sólo conseguirían limpiar cada uno su losa para ensuciar la del compañero y, al final, el patio sin barrer (84). Sin embargo, resulta sugerente hablar de la desjudicialización del tráfico jurídico (85). El problema está en buscar el equilibrio para no caer en esa situación. Por tanto, el planteamiento definitivo es el siguiente: si basta la creación del Registro sobre Condiciones Generales de la Contratación para facilitar la labor judicial de juzgar o es necesario, además, que se puedan ofrecer solu-

(84) El puro filosofar no es una mera retórica; a veces se encuentra su visión práctica. Esto viene a cuento de las reflexiones que plantea LÓPEZ MEDEL, JESÚS («Propiedad Inmobiliaria y Seguridad Jurídica. Estudios de Derecho y Sociología Registral», CRPME, CER, 1995, págs. 386 y 387) cuando habla de «la independencia judicial: delimitación de lo registral», poniendo cada institución en su debido lugar: «...una cosa es aprovechar al máximo la eficacia de las instituciones —como los supuestos de adscripción a los Notarios de declaraciones abintestato o a los Registradores las notificaciones antes judiciales en procedimientos ejecutivos, o la certificación de los Libros de Actas de las Comunidades de Propietarios, o a los Mercantiles, depósito de las cuentas anuales, o nombramiento de expertos independientes— y otra distinta el que se pueda ir desnaturalizando la propia función. Sobre todo si obedece a meras coyunturas, o decisiones políticas no convergentes». En realidad, el pensamiento del autor va más allá de las cuestiones que aquí planteamos, pero tendrá que perdonar la osadía en este provecho, y por ello añado lo que, a continuación de lo anterior y recordando el pensamiento de JOAQUÍN COSTA, concluye: «Las cosas judiciales, las cosas registrales, las cosas administrativas... cada una de ellas tienen su orden, y ordenadas en sí, pueden coordinarse con las demás... cada institución debe ser fiel a sí misma, y desde ella se puede servir a las demás».

(85) L. M. CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA en su obra *La ley de las Condiciones Generales de la Contratación* (CRPME, Centro de Estudios Registrales, 1998; págs. 13 a 15) comienza hablando de la desjudicialización de la contratación privada que, dice, «requiere no sólo la adecuación de los medios personales, formativos y materiales a las necesidades de cada momento, sino el dotar a los Jueces y Tribunales de los instrumentos jurídicos útiles para desarrollar su misión constitucional». Parece que se trata de poner, no entiendo que pueda ser de otra manera, la seguridad jurídica extrajudicial al servicio de la judicial. Es por ello que los distintos Estados de la Unión Europea no sólo se han preocupado de simplificar los procedimientos aplicables a los litigios de pequeña cuantía, sino que también han desarrollado los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos (conciliación, mediación, arbitraje) (pág. 19, *ob. cit.*).

ciones alternativas o definitivas. Es cuestión de decidir si se atribuyen facultades decisorias al Registrador para descongestionar a la Administración de Justicia o, por el contrario, la adecuada política es dotar a ésta de medios humanos y materiales para dar respuesta rápida y acorde a lo que demanda la sociedad. En definitiva, por un lado si el Registrador de la Propiedad, como tal, debe ser protector del consumidor; y por otro si aquél, como «funcionario» del Registro sobre Condiciones Generales de la Contratación, en el dictamen de conciliación cumple una función jurisdiccional que se sustrae, en pro de la eficacia, de quien corresponde, o forma parte de la calificación que tradicionalmente ha sido atribuida a los Registradores. Adviértase que, por primera vez, una decisión del Registrador puede llegar a ser vinculante (*¿ultra partes?*) (86) sin un adecuado procedimiento contradictorio y la práctica de una prueba de la que se pueda concluir con un mínimo de garantía la evidente intención de los contratantes (87).

b) EL CONTROL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Algunos autores (88) ponen de manifiesto los tres tipos de controles que pueden tener las cláusulas abusivas: *preventivo* (voluntario de los empresarios que establecen códigos de conducta o convienen con los consumidores, o administrativo con sistemas preventivos de control, negativa a la autorización de los fedatarios públicos, registros públicos, etc.), *legislativo* (con la no incorporación de cláusulas desconocidas para el adherente, control del contenido de las cláusulas con listados de las que son nulas, sanción de nulidad y sus consecuencias, normas sobre interpretación) y *judicial o extrajudicial (a posteriori)*, sobre todo en cuanto a la eficacia, cumplimiento y ejecución de las condiciones generales; control de su contenido con declaración de nulidad de las cláusulas abusivas sin duda y de las que admiten valoración).

(86) Ni la Ley ni el Reglamento prevén que el dictamen, al menos cuando sea vinculante, sea inscribible en el Registro. Entendiendo que lo sea, se plantea el problema de si, por suplir a la sentencia, por voluntad de las partes, sus efectos han de ser los pretendidos para la misma.

(87) En efecto, aún cuando estemos en el ámbito de los contratos de adhesión, ¿quién puede afirmar que las partes se limitaron al contenido del contrato adherido? ¿Es que no puede haber anexos al mismo que saquen de dudas, o testigos que manifiesten que el predisponente matizó la cláusula cuestionada ante todos los presentes en determinado sentido? ¿Y todo ello no requiere una tutela efectiva para las partes mediante un procedimiento adecuado que esté bajo la salvaguardia de los tribunales? En su momento estudiaremos las contradicciones que plantea el Reglamento con relación a la Ley.

(88) EDUARDO POLO (*La protección del contratante débil*, Civitas) y ALBIEZ DOHRMANN (*ob. cit.*).

Los dos primeros son «fáciles» de eludir, prácticamente basta la voluntad del predisponente, pues aunque se pueda hablar de seguridad preventiva (v.gr.: la no inclusión de cláusulas), ésta sólo es efectiva mediante el ejercicio de la correspondiente acción. No así el último, que tiene el poder del constreñimiento a aquél. Sin embargo, la moderna contratación, que se caracteriza por afectar a las masas dispuestas a demandar todo cuanto su patrimonio personal pudiera soportar, dando lugar a la contratación adhesiva (89), ofrecía una fácil escapatoria a los oferentes de bienes y servicios que, evaluando el riesgo de contravenir la norma, se percataron de que para ellos el coste del cumplimiento de la norma era superior al de su contravención: es más rentable (mayor beneficio) cometer abusos que sufrir limitaciones. Así, los monopolios u oligopolios en determinados sectores de la economía; el alto coste para los adherentes en la selección de condiciones no abusivas (90); el hecho de que ante los abusos sólo unos pocos ejercitarán acciones en defensa de sus intereses; y que, de estos últimos, muy pocos resultarán victoriosos (dificultades de prueba, artimañas procesales, errores en los planteamientos de defensa e interpretaciones judiciales). Todo ello invitaba a los oferentes a no plantearse que debe evitarse el abuso ante la reacción sancionadora del Ordenamiento jurídico.

Se deduce, por tanto, que una de las mayores dificultades para conseguir la seguridad más efectiva se encuentra en la protección individual del consumidor impuesta por nuestro sistema procesal (91). Ello trae como consecuen-

(89) «ADHESIÓN» fue denominación que utilizó por primera vez SALEILLES en su *Declaration de volonté* de 1901. También se han utilizado otras denominaciones como la de contrato «impuesto», «tipo», «formulario», «standard», «masa», «en serie», «de cola», «de ventanilla», «de sumisión» o «sometimiento».

(90) ALFARO ÁGUILA-REAL, JESÚS (*Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, 1991) argumenta, con aplastante lógica, el coste que supondría para un adherente buscar los posibles oferentes del mercado, comparar y decidir. En este sentido, concluye el autor, que los adherentes no hacen *shopping* (selección) entre las condiciones generales de sus oferentes (prácticamente sólo se fijan en el objeto esencial del contrato) y es por ello que los oferentes no tienen necesidad de cambiar las cláusulas generales para un posible aumento de la cuota de mercado. En este sentido se afirma que no es posible sostener la teoría de que sólo en las situaciones de monopolio existe indefensión de los adherentes. Es por ello necesaria la legislación de protección de los adherentes pues la regla *signing is binding* (quien firma el contrato comunica su consentimiento respecto del total contenido del mismo con su consecuencia —como ya afirmó VON TUHR— de que quien no lo haya leído deberá ser tratado como si lo hubiera leído, comprendido y aceptado) hoy ve reducido su ámbito de aplicación.

(91) Según BARONA VILAR, SILVIA («Acciones de cesación, retractación y declarativa», en *Comentarios a la LCGC*, Aranzadi, 2000, págs. 392 y sigs.) el reconocimiento de la legitimación a las asociaciones de consumidores fue uno de los logros más importantes de la LGDCU/1984 (art. 20 que legitimó para tres pretensiones: en defensa de los asociados, en la de la propia asociación y en la de los intereses generales), así como de la LOPJ (art. 7.3). Pero ello no era suficiente para proteger a los consumidores, ya que sólo facilitaba el ejercicio de acciones para el caso de la producción de daños, pero no en el supuesto de protección como consecuencia de una actuación contractual en masa o en

cia (92) el planteamiento de la necesidad de ejercicio de acciones colectivas por las organizaciones y asociaciones que tienen una finalidad de protección del consumidor (93) del que puedan salir beneficiados (eficacia *ultra partes* de la sentencia firme) el conjunto de adherentes que consiente la cláusula abusiva con el mismo predisponente (oferente, profesional o predisponente). Claro está, los mecanismos previos de seguridad jurídica pueden evitar llegar a esta situación, y aún llegada la situación de conflicto consistente en la puesta en escena de una presumible cláusula abusiva, no podemos rechazar la búsqueda de fórmulas jurídicas que, aunque no preventivamente, pueden ofrecer la seguridad jurídica «firme» propia de la jurisdicción. La conclusión no es otra que la de la siguiente frase: «Por mucho que prevenga la seguridad jurídica preventiva en el ámbito de la contratación, el conflicto es inevitable, por lo que aquélla no puede ofrecer soluciones definitivas, o al menos de una gran estabilidad, como ocurre con la seguridad tradicional que se ofrece con los derechos reales en el ámbito del Derecho Inmobiliario».

La protección del consumidor y usuario aparece consagrada en nuestra Constitución, posteriormente se publicó la LGDCU (94) y, aunque con cierto retraso, los autores advirtieron la relación que podía haber en el ámbito inmobiliario entre esta protección y la calificación del Registrador (95). El resultado fue entender que como el Registro estaba íntimamente

serie. Leyes posteriores, en determinados sectores (General de Publicidad, de Competencia Desleal) se han preocupado de la legitimación «colectiva»; pero es la LCGC la que, desde el punto de vista procesal, crea una nueva tutela específica, privilegiada que, con la actual LEC, resuelve los grandes problemas procesales que planteaban las incipientes acciones por intereses «difusos». La LCGC «resuelve» (el entrecomillado es mío), a través de las acciones colectivas ejercitadas por las personas legitimadas activas, la defensa de los consumidores en la contratación en masa, en caso de afectación o perjuicio por condiciones o cláusulas abusivas.

(92) Así lo exige el artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE.

(93) PINTO MONTEIRO, ANTONIO («El problema de las condiciones generales de los contratos y la Directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 219, enero-marzo de 1996, págs. 79 y sigs.) apunta como problemas fundamentales a resolver en las condiciones generales los de: a) desconocimiento del adherente, b) incorporación de cláusulas abusivas, y c) la inercia del adherente que, dice, sólo se puede evitar con medidas preventivas de las instituciones públicas o con las asociaciones u organizaciones de los consumidores a los que se les otorga legitimación procesal activa.

(94) Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que siguiendo el criterio de la CE impone a los poderes públicos y, en particular, a las Administraciones Públicas competentes en materia de consumo, la adopción y promoción de medidas adecuadas para suplir o equilibrar las situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión en que pueda encontrarse, individual o colectivamente, el consumidor o usuario.

(95) El artículo 51 CE dice: 1. *Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.* 2. *Los poderes públicos promo-*

ligado al principio de seguridad jurídica, éste podía ser el perfecto instrumento de protección, de seguridad, de los consumidores, lo que hemos criticado con anterioridad. La seguridad jurídica, desde el Registro, debe ser acorde con el principio de igualdad. Insistiremos: no hay que proteger a nadie en particular, sino una legalidad. La seguridad que como profesionales del Derecho deben ofrecer los Registradores no es la de solucionar conflictos, sino la de evitarlos. Debe ser encauzada a tal sentido sin perjuicio de que, por la vía del arbitraje, y sólo en determinados casos (por acción colectiva y por voluntad de ambas partes), coadyuve, como *sustituto* de la jurisdicción, a la resolución de conflictos en la moderna contratación.

6. LA DEFENSA DEL CONSUMIDOR Y USUARIO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA INSTITUCIÓN REGISTRAL

a) PLANTEAMIENTO SOBRE LA INDEFENSIÓN DEL CONSUMIDOR Y USUARIO

El que con un mínimo de cultura jurídica haya vivido una situación de indefensión de las que todos los días les ocurren a los consumidores acaba con la impresión de que el nuevo Derecho de protección del consumidor tiene mucha literatura y nula efectividad; hablando claro: no sirve para nada. Si a las dificultades de interpretación, de exigencia de lo pactado, de prueba, etc., añadimos la escasa o nula cultura al respecto, no sólo del propio consumidor, sino de

verán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquellos, en los términos que la ley establezca. 3... Desde el punto de vista de la calificación registral han sido muchos los autores que se han referido a la protección del consumidor y usuario. Así, FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLIGO trató de la protección del consumidor inmobiliario sancionado en el artículo anterior y desarrollado por la Ley de Consumidores y Usuarios de 15 de julio de 1984, destacando lo novedosa que resultó la Directiva CEE, de 5 de abril de 1993, al facultar, además de la posible acción de impugnación individual de cláusulas abusivas un control de tipo general, legitimando a las organizaciones de protección del consumidor, que después se consagró en nuestra legislación con la Ley sobre CGC («La calificación registral en el pensamiento de don Jerónimo González, su vigencia actual», en *RCDI*, noviembre-diciembre 1993, págs. 1853 a 1899). En este mismo sentido, DÍAZ FRAILE analizó la influencia de la Directiva Comunitaria en el Derecho de consumo («La protección registral al consumidor y la Directiva sobre cláusulas contractuales abusivas de 5 de abril de 1993», en *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, septiembre 1993, núm. 49, págs. 126 y sigs.) Junto con ellos podemos destacar a J. L. GIMENO LÓPEZ-LAFUENTE («La incidencia de la legislación comunitaria sobre protección de consumidores en la calificación registral de los préstamos hipotecarios», *CRPME*, CER, Madrid, 1993, págs. 857-864); K. J. ALBIEZ DOHRMANN («Control de las condiciones generales imprecisas y abusivas en el ámbito registral», en *RCDI*, núm. 618, septiembre-octubre 1993, págs. 1421-1486); ALFARO ÁGUILA-REAL (*Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991).

la sociedad en general y, como formando parte de ella, de la Administración de Justicia, rápidamente advertimos que nos encontramos aún en el punto de salida. De nada sirve la ley si ésta es técnicamente poco agraciada y, además, si en su trayectoria hacia la realidad se encuentra obstáculos de difícil solución.

Otro problema añadido es que el consumo a «gran escala», el de todos los días, el de bajo o medio coste, no es económica ni satisfactoriamente viable para ser defendido por el consumidor individual (el riesgo, tiempo, esfuerzo y dinero a emplear no compensará, en la mayoría de las ocasiones, la satisfacción obtenida). Es por ello que la vía más solvente de protección es la de las acciones colectivas y la *ayuda*, intervención, administrativa.

Pero es que, además, en muchas ocasiones los problemas del consumidor no están en la letra de los contratos, sino en los «oídos sordos» de los predisponentes ante cualquier eventualidad; y ante esto sólo la ejecución después de una larga vía «declarativa» con tortuosos caminos y obstáculos, dará «satisfacción» al consumidor, y ello si no se queda en el camino. Por tanto, hoy, la eficacia, la protección debe buscarse en los mecanismos e instrumentos de rápida reparación. Quiero decir: el desequilibrio está en la pasividad absoluta del reclamado frente a la actividad (y riesgo) del reclamante. Esto es lo que el Derecho tiene que salvar.

Ya desde mediados del siglo pasado algunos autores hablaban de cuestiones novedosas en el Derecho de la contratación: la crisis del principio de autonomía de la voluntad, la desigualdad no tanto en la decisión de contratar como en la capacidad para pactar, las condiciones generales de los contratos y el Derecho de protección del consumidor, unificación del Derecho de los contratos..., pero todo era incipiente y no terminaba de «arrancar». En la Constitución Española de 1978 se advierte la concienciación de los representantes de la nación en materia de consumo, que tuvo su debida plasmación en el artículo 51 CE y que se concretó en la LGDCU de 1984. Cuando España irrumpe en Europa, adhiriéndose a los Tratados de la actual Unión (96), adquiere una mayor relevancia eso que algunos autores venían preconizando con anterioridad. El Derecho Comunitario, sus Directivas, a pesar de ser escrupuloso con el Derecho Privado de sus «socios», nos abriría de par en par la puerta hacia nuevos conceptos que, aún cuando ya eran tratados por algunos autores, todavía parecían lejanos para nosotros. La literatura jurídica sobre Derecho de consumo y la incidencia del Derecho Comunitario no se hizo esperar; sin embargo el caminar no sólo es largo, sino también tortuoso. Hoy, a punto de completar la segunda década, el consumidor sigue siendo lo que

(96) Decisiones del Consejo de las Comunidades Europeas de 11 de junio de 1985 para la CECA y CEE, y Tratado de 12 de junio de 1985 para la CEEA (EURATOM); Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto, de autorización para la adhesión de España a las Comunidades Europeas.

antes, más con el inconveniente, la impotencia, de proclamarle unos derechos que difícilmente puede hacer efectivos; hay que dar un paso más.

b) EL REGISTRADOR COMO PROFESIONAL IMPARCIAL

Tras este planteamiento, y volviendo a nuestro estudio, es necesario examinar una primera cuestión. Y es si la institución registral debe decantarse por la protección de determinados intereses o sujetos o, por el contrario, debe quedar al margen de *partidismos*, sin perjuicio de que la misma institución sea, por su propia esencia, instrumento de protección de dichos intereses y de dichos sujetos (además de los de otros sujetos). Nos parece que la garantía, frente a todos, de la Institución Registral está en su «ceguera». No mira a nadie pues, al tratar de los derechos y de los titulares de los mismos, actúa con plena objetividad, sea quien fuere el titular del derecho. Es un instrumento de seguridad; y lo es para todos: por supuesto para los consumidores, pero también para quien no lo sea. Por tanto, cabe insistir sobre lo apuntado anteriormente y que se resume en que el Registro de la Propiedad no tiene que atender especialmente al consumidor; éste ya existía para el Registro mucho antes de su conceptualización actual.

Este planteamiento está en íntima relación con la comentada extensión de la calificación registral al ámbito de la protección de los consumidores y usuarios; en definitiva, al ámbito del clausurado abusivo que con anterioridad hemos tratado.

La objeción que venimos planteando a la pretendida función protectora del consumidor a través del Registro la intuyen, sin referirse expresamente a ello, algunos autores, que en sus escritos no pueden desvincularse de la esencia del Registro, que le permite estar por encima de esta consideración, cuando se afirma que «*la idea y realidad del usuario y consumidor del Derecho Inmobiliario fue inventada mucho antes que las figuras de la Ley de 1984*» (97) o, resulta obvio, que «*el sistema registral inmobiliario no está pensado en y para el consumidor, sino que tiene por objeto la protección de los titulares registrales y terceros, confiando ambos precisamente en la seguridad jurídica que les ofrece la publicidad de los derechos en un Registro Público*» (98). Es evidente que estos comentarios no hacen más que reafirmar

(97) Es lo que dice LÓPEZ MEDEL, JESÚS en «El derecho a la información registral y el derecho constitucional de la información» (*RCDI*, año LXXVI, mayo-junio 2000, núm. 659, págs. 1775 a 1813) donde encontramos párrafos tan expresivos como «*el tercero registral era ya —y es— un “consumidor efectivo”, un “usuario” plenamente protegido, y no en bagatelas... En el Registrador de la Propiedad se ha dado el “mejor defensor del pueblo hipotecario...”*»

(98) Esta es la respuesta de ALBIEZ DOHRMANN, J. K. («El control de las condiciones generales imprecisas y abusivas en el ámbito registral», en *RCDI*, año LXIX, septiembre-octubre 1993, núm. 618, págs. 1429-1430) a la afirmación de GÓMEZ GÁLLIGO de que el

que los autores, aún tratando la relación Registro-Derecho de consumo, no pueden desembarazarse de, se encuentran condicionados por, lo que el Registro realmente es: de su objeto y finalidad.

El problema, como apuntamos en su momento, no está en que el nuevo Derecho de la contratación atribuya a los Registradores la nueva misión protectora de cierto concepto subjetivo (el de consumidor), sino si en el principio de legalidad, como formando parte de su función calificadora, se puede incluir el control del contenido de los contratos cuando dicho contenido forma parte de los derechos personales (de crédito) que están al margen del objeto del Registro.

Por otra parte, es necesario determinar si las atribuciones de nuevas competencias o funciones al margen de la tradicional función registral pueden empañar esta trayectoria en el sentido de que la labor objetiva, imparcial e inocua (99) de la intervención del Registrador se desvíe a la de protección de determinados sujetos y sus intereses. Es decir, si esta labor protectora debe corresponder al Registrador como profesional jurídico o, por el contrario, éste debe limitarse a la llevanza del Registro, al margen de cualquier *contaminación* externa.

El artículo 258 LH atribuye al Registrador una función de información y protección al consumidor, pero se trata de una función que no va más allá del indiscutible sometimiento a las decisiones judiciales sobre nulidad de cláusulas abusivas (100). Por lo demás, el resto del precepto se limita a recoger normas de protección del usuario del servicio registral al que se le permite exigir al Registrador la «justificación» de sus decisiones. En consecuencia, el

artículo 18 de la LH sirve de base para dar coherencia al establecimiento de un sistema de protección al consumidor inmobiliario (*Distinción entre faltas subsanables e insubsanables en la calificación registral*, Madrid, 1989, pág. 98).

El mismo autor pone de manifiesto (pág. 1432), referenciando al esbozo histórico del Derecho Hipotecario (de Díez-PICAZO), que éste respondía a las exigencias de los acreedores hipotecarios y después pasó a ser un instrumento de protección de adquirentes inmobiliarios: concluyendo, en esta evolución, que jamás se ha pensado que la protección registral adquiere una dimensión distinta cuando los sujetos interesados en el Registro de la Propiedad tienen la condición de consumidores. Aunque es cierto que después el autor trata de la función protectora del consumidor que corresponde al Registrador, al final parece reconocer que el principio del favor *consummatoris* no deja de ser más que un principio político. Y es que, para el Registro, ahora, al igual que en su punto de partida, todos, sin distinción son «consumidores inmobiliarios» y, eso sí, con el tratamiento del nuevo «usuario» de su servicio.

(99) En el sentido de no atender al sujeto y, por tanto, tomar partido de sus posibles intereses frente a otros sujetos o colectivos.

(100) Dicho artículo remite en su número 2 al párrafo 2.º del artículo 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en el que se deduce que es el Juez el que decidirá sobre la nulidad de las cláusulas. En definitiva, la cláusula sólo se podrá tener como nula cuando exista una resolución judicial al efecto y no en otro caso. Sin perjuicio de que, en principio una labor mediadora, conciliadora o arbitral, cada una en la medida que la ley permita, apacigüe conflictos que surgen en torno a las cláusulas contractuales.

precepto no atribuye al Registrador una función protectora del consumidor. Hasta ahora, conserva su independencia e imparcialidad.

Lo mismo se puede decir del artículo 10.6 de la Ley 26/1984 GDCU (101), que no es más que reiterar la exigencia del artículo 258 LH, así como del artículo 23 de la Ley 7/1998, sobre CGC que exige a los Registradores advertir a los consumidores de la aplicación de la misma. En definitiva, no estamos ante especialidades para los consumidores y usuarios, sino ante la orientación en su condición a todos los que usan los servicios registrales, sin distinción (102).

En conclusión, y es opinión particular, cualquier intento del legislador de que el Registrador tomara partido en la defensa de algún colectivo afectaría a la esencia de la propia institución registral. Sería, en definitiva, el primer paso de desnaturalización de la función pública que le ha sido encomendada al Registrador con independencia de la propia Administración, sin partidismos en la estricta legalidad en el ámbito de los derechos reales, ni con ésta, ni con ningún colectivo particular.

7. EL DICTAMEN CONCILIADOR ENCOMENDADO A LOS REGISTRADORES POR LA LEY SOBRE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

a) ANÁLISIS GENERAL

Hemos llegado al verdadero núcleo del presente trabajo. Para ello ha sido necesario analizar, siquiera someramente, las funciones del Registrador, la

(101) El Proyecto de Ley sobre CGC preveía la extensión de la calificación al carácter abusivo de las cláusulas que «afecten a la eficacia real de los derechos inscribibles», lo que hubiese supuesto la asunción de defensa del consumidor por parte del Registrador. Afortunadamente no se dio tal paso que se planteó, seguramente, de forma poco reflexiva. Entre otras cuestiones, la denegación de la inscripción de una cláusula por abusiva poca trascendencia iba a tener en la realidad frente al consumidor afectado.

(102) Si atendemos al contenido del artículo 6.1 del Código Civil («la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento»)... por el que basta la publicación (art. 2 CC) para que no se pueda excusar, es como la otra cara de la misma moneda; aquí se impone, a quienes cumplen funciones públicas, una especie de recordatorio al consumidor de que lo es (como si no lo advirtiera en su día a día), y que existe una normativa que lo protege, pero poco más; por lo demás, estas advertencias o recordatorios se les hace a todos los que son usuarios del servicio registral. Para el Registrador todos son usuarios de su función, más no puede distinguir entre los que son, o no, consumidores y usuarios de los bienes y derechos que aparecen en los libros tabulares. En este sentido ni siquiera era necesario que se especificaran estos deberes en la normativa de consumidores al bastar con la imposición de los deberes que corresponde a los Registradores en función de su estatuto profesional, según hemos apuntado con anterioridad.

influencia del Derecho de consumo y la polémica de éste en torno a la calificación, sus nuevas atribuciones con la creación del Registro de CGC, la conveniencia de que el Registrador entrara en este nuevo ámbito y en qué medida puede afectar a su Institución, las necesidades del control de las cláusulas generales y la justificación del control extrajudicial como formando parte de la seguridad jurídica preventiva, ...también hemos comentado cómo la actuación del Registrador en el nuevo Registro está realmente limitada, sin cumplir función de control de la legalidad en el depósito de las condiciones generales.

Muchos problemas se van a producir en este incipiente Registro, algunos ya se han puesto de manifiesto por la doctrina, pero no es pretensión de este autor entrar en polémicas sobre los errores legislativos, ni siquiera el análisis de los textos sobre la materia. Es por ello por lo que vamos a centrarnos en lo que considero parece tratarse de una cuestión marginal, aunque seguro que no inadvertida para la doctrina, que aparece como un añadido que está al margen del funcionamiento del nuevo Registro y que, sin duda, va a ser difícil de asimilar.

En este resurgir del *Derecho de consumo* se ha puesto de manifiesto la importancia del control previo: la seguridad jurídica preventiva debe jugar un papel fundamental en la protección de los consumidores y usuarios. Sin embargo, la no inclusión en el contrato de lo desconocido al tiempo de contratar (una de las principales medidas de seguridad preventiva) resulta insuficiente. Es por ello que el control del contenido de los contratos adquiere máxima relevancia. Es evidente que el coste de soluciones posteriores y la incertidumbre sobre el resultado de la contienda hace retraer al consumidor en su legítimo derecho de defensa. Advirtiendo el Estado estos planteamientos, se buscan nuevos mecanismos de solución ante la problemática de los contratos de adhesión y las cláusulas abusivas. Es por ello por lo que se establecen nuevas funciones para los Registradores y se crean las herramientas necesarias para llevar a buen puerto la anhelada seguridad jurídica, evitando que el poder judicial no intervenga más de lo necesario cuando las partes admiten la *depuración* por un profesional del Derecho (103). Pues bien, esto que acabo de decir sería el planteamiento de la cuestión para justificar la actuación del Registrador, en su nueva función —que no en la «auténtica»—, en el control de las cláusulas abusivas.

(103) VICENT CHULIÁ, FRANCISCO (*ob. cit.*, pág. 142) nos dice que la norma (la referente al dictamen) se inserta en la corriente de la legislación y de la práctica contractual que procura la resolución extrajudicial de las disputas con el fin de descargar de trabajo a los Tribunales y que éstos puedan satisfacer mejor el derecho a la defensa jurídica en otros campos en que no es posible el arreglo extrajudicial. Considera la norma razonable aunque, como otros autores, critica el «monopolio profesional».

El problema está, y no voy a insistir en ello, en si el Registrador es el profesional idóneo para la protección del consumidor en su actual doble faceta: como Registrador de la Propiedad, o como Registrador del nuevo Registro sobre una materia que supone novedad en su profesión. No se trata de discutir si el Registrador tiene una preparación adecuada para asumir estas nuevas funciones ya que, sin duda, la tiene. La gravedad de lo planteado la encontramos en la pérdida de cierta «autenticidad» en su labor tradicional. Así, en ésta última (Registro de la Propiedad) es evidente que se producen fricciones entre la protección del titular registral, y el nuevo titular (el que pretende acceder al Registro) con el concepto de consumidor (lo será, en su caso, el nuevo titular). Así, aunque la situación sea en cierto modo imaginaria, el titular registral empezará a desconfiar del Registrador protector del nuevo titular y buscará fórmulas y soluciones para trasladar al consumidor los costes del control-protector registral; el nuevo titular, que en principio le interesa acceder sin problemas al Registro (evitando una doble venta, o embargo, o...), aunque luego pleitee con su acreedor-transmisor, verá nuevos obstáculos en el Registro, por lo que no le interesa la protección que se le brinda como consumidor (referido a las obligaciones), y sí como tercero (referido al derecho adquirido). En fin, habría que analizar muchos casos en los que se produciría cierta disfunción del Registro por la entrada del consumidor... Todas estas cuestiones nos llevan a poner en duda si el Registrador es el profesional idóneo no sólo para entrar en planteamientos de protección del consumidor en el Registro de la Propiedad, sino para la llevanza del nuevo Registro de CGC. Si cala esta misión protectora en el cuerpo poniendo obstáculos ante las muchas sospechas de abusos contractuales, sin más elementos a valorar que el propio documento, el Registro pasaría de ser un instrumento de protección con efectos sustantivos y dinamizador del tráfico a otro de control administrativo, fiscalización de la actividad privada y, sin duda, entorpecedor del tráfico.

Con la nueva normativa, y en especial, la que regula el Registro de CGC, da la impresión que, en un principio, se pensó, o se propuso, aprovechar la oportunidad de crear un sugerente sistema de Registro jurídico con efectos contundentes en todo lo referente a la contratación masiva; Registro del que podía salir beneficiado tanto el predisponente (eficacia u oponibilidad *erga omnes* de las cláusulas inscritas, así como legitimación en el tráfico de las mismas), como el consumidor (publicidad de las sentencias y eficacia *ultra partes* de las mismas), lo que excedía de la pretensión de la Directiva comunitaria y de su finalidad. Lo que ocurrió es que, después de los informes y dictámenes pertinentes y los debates parlamentarios, se limitó mucho dicha propuesta, quedó en un mero intento fallido que fue elaborado con «cortes» precipitados que técnicamente han desembocado en una Ley que la doctrina ha recibido con decepción y como texto anárquico de dudosa certidumbre. En fin, la Ley resultante es la que conocemos. El Reglamento del Registro

de CGC, en cierto modo, ha querido volver en determinados aspectos a la inicial propuesta, y obviando la existencia del principio de jerarquía normativa (art. 9.3 CE) ha «reelaborado» algún contenido legal.

Esto que decimos se manifiesta de manera nítida en el dictamen de conciliación que la LCGC encomienda a los Registradores de la Propiedad. Veamos, antes de entrar en cualquier otro análisis, lo que expresan la Ley y el Reglamento:

Artículo 13 de la Ley: Sometimiento a dictamen de conciliación

Previamente a la interposición de las acciones colectivas de cesación, retractación o declarativa, podrán las partes someter la cuestión ante el Registrador de Condiciones Generales en el plazo de quince días hábiles sobre la adecuación a la Ley de las cláusulas controvertidas, pudiendo proponer una redacción alternativa a las mismas. El dictamen del Registrador no será vinculante.

Artículo 22 del Reglamento (104): Dictamen de conciliación

1. Previamente a la interposición de las acciones colectivas de cesación, retractación o declarativa, podrán las partes someter la cuestión ante el Registrador provincial de condiciones generales de la contratación competente para que, en el plazo de quince días hábiles siguientes a la solicitud, dictamine sobre la adecuación de las cláusulas controvertidas a la Ley.

2. El dictamen no será vinculante, salvo que las dos partes expresamente lo hicieren constar así en la solicitud o cuando del examen realizado se aprecie que alguna cláusula está incluida en las previstas en la disposición adicional primera de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

3. El dictamen podrá consistir en proponer a éstas una redacción alternativa de todas o algunas de las cláusulas cuestionadas, o en determinar el alcance o interpretación de alguna de ellas. El Registrador también podrá proponer como suya la redacción alternativa sugerida por alguna de las partes.

4. También podrá someterse a dictamen al Registrador por parte del predisponente o del adherente, sin los efectos del dictamen de conciliación, la calificación de la validez de las condiciones generales. En estos casos,

(104) Advertimos la derogación de gran parte de su contenido por STS de 12 de febrero de 2002 (BOE 11-4-2002) —lo mantenemos para entendimiento de los planteamientos; en nota a pie de página posterior (133) se expresa el alcance de la derogación—; se observará que con dicha derogación se confirman algunos criterios mantenidos en el presente estudio de investigación.

podrá someterse al Registrador central o a cualquiera de los provinciales, y no se limitará a calificar los extremos a que se refiere el artículo 14, sino la plena adecuación de las cláusulas a la Ley y a este Reglamento.

b) ¿DICTAMEN DE «CONCILIACIÓN»?

Dejando al margen el anterior planteamiento y entrando en el estudio del dictamen de conciliación (105) que, a voluntad de ambas partes o unilateralmente (106), deberá realizar el Registrador (107), es menester analizar si lo que se encomienda a éste es un dictamen, o una conciliación, o una calificación, o nada de lo anterior, pues ya de partida lo que no puede ser es lo que dice la ley: un dictamen de *conciliación*.

En efecto, la actividad conciliadora consiste en aunar intereses contrapuestos y, en este sentido, no es más que el resultado de una labor «mediadora» (108); es por ello que este resultado no puede ser otro más que el de

(105) Algunas de las consideraciones que se mencionan al tratar con anterioridad la calificación registral son trasladables a esta nueva función de dictaminar que se encomienda a los Registradores.

(106) Añadido por el Reglamento de CGC, en su artículo 22, al margen del dictado de la Ley (y anulado por la STS de 12 de febrero de 2002).

(107) ATAZ LÓPEZ, JOAQUÍN (*ob. cit.*, págs. 489 y 490) dice que el principal efecto del artículo 13 de la Ley es impedir que el Registrador se niegue a evacuar el dictamen; este autor dice que aunque no existiera tal artículo resultaría obvio que las partes, de común acuerdo o una sola, pueden pedir un dictamen a quien quieran, y que el dictaminador podrá, si lo estima oportuno, proponer una redacción alternativa, y que lo que diga el que dictamina, desde luego, no vincula para nada al futuro juzgador de la cuestión.

(108) Aparece entrecomillado porque, realmente, en la labor mediadora hay una actividad del mediador por lograr el concurso de consentimientos; el mediador es el que, a instancia de una, presenta a las partes e intenta que converjan en sus diferencias. Sin embargo en la conciliación la actitud del conciliador es más pasiva en el sentido de que «invita» a las partes a que se avengan, pero sin ir más allá de esa invitación. Este es un argumento más a la absoluta contradicción entre conciliación (actitud pasiva) y dictamen en cuanto que opinar implica tomar partido y lleva consigo una actividad. Por supuesto, estamos comentando el significado jurídico de los términos pues, si atendemos al Diccionario de la Real Academia, casi se puede concluir que «mediar» y «conciliar» son sinónimos, y digo «casi» porque la actividad que lleva consigo la mediación se refleja en la expresión «interponerse» que el Diccionario emplea para la misma y no en la conciliación.

Por otra parte, la mediación trata de unir los intereses contrapuestos para arrancar el consentimiento de las partes creando una nueva relación jurídica y puede (mediación familiar para separación o divorcio), o no (mediación inmobiliaria), llevar consigo la extinción de otra anterior entre las partes en contraposición. Mientras que en la conciliación la nueva relación que se crea implica (avenencia) o no (sin avenencia) la novación o modificación de otra previa, ya que existe una relación de conflicto que desemboca, en su caso, en otra que es una evolución o cambio de la anterior. Así, mientras que la mediación resuelve el conflicto de crear una relación jurídica, la conciliación, al igual que el arbitraje, trata de resolver el conflicto existente en una relación jurídica ya creada (GARCÍA-VALDECASAS Y ALEX, *La mediación inmobiliaria*, Aranzadi, 1998, pág. 92).

la avenencia o no avenencia entre las partes sometidas al acto conciliatorio que se traducen, en el primer caso, en un acuerdo, pacto, convención, contrato entre las partes (109), en principio, «mal avenidas», frente al desacuerdo en el segundo. Por esta razón, se puede decir que un conciliador nada dictamina, no da su opinión sobre quién tiene razón, ni siquiera entra en ello [para eso está el juzgador o, en su caso, por voluntad de las partes, el árbitro (110), y aún el mediador en su actividad incisiva de lograr el acuerdo —hasta sus honorarios dependen de ello—, pero claro, sin la fuerza ejecutiva de las «decisiones» de aquellos]; trata, sencillamente, de invitar a los contendientes a conciliar, aunar sus diferencias, atendiendo fundamentalmente a la equidad para equiparar los intereses opuestos, pero son las partes las que se ponen de acuerdo ante el conciliador que, a lo sumo, puede auxiliar o aconsejar a las partes, si se dejan, en esa equiparación. En consecuencia, queda claro que la conciliación no consiste en dictaminar; además, en materia de cláusulas abusivas, es evidente que no se puede conciliar (unir intereses contrapuestos) pues la cláusula tendrá, o no, ese carácter y por lo tanto será, o no, nula. Ante actos contrarios a las normas imperativas no caben posturas conciliadoras; la equidad, en nuestro Derecho, tiene un tratamiento marginal (111).

El *dictamen*, al contrario que la conciliación, consiste en emitir una opinión, fundada por supuesto sobre la base de un planteamiento, de unos hechos. En este caso sería opinar sobre la conformidad con la ley de una cláusula, fundamentalmente el carácter abusivo de la misma y/o sobre la forma de redactarla para que, en caso de que lo fuera, dejara de serlo; por lo que, con esa opinión, se puede estar dando la razón a uno u otro de los interesados. Evidentemente una opinión, en principio, no vincula a nadie más que a quien

(109) En muchas sentencias del Supremo se equipara a una transacción a la que se llega en un proceso —que no mero procedimiento— en la que interviene, atribuyéndole especial fuerza ejecutiva, la autoridad judicial: conciliación que en el ámbito laboral concede más amplias facultades al Juez que en el civil, *permitiéndole valorar y juzgar lo convenido y rechazarlo si entiende que «existe lesión grave para alguna de las partes»* (STS —Sala 3.ª— 5 de octubre de 1984). En los dos ámbitos, por tanto, la actitud del Juez en la conciliación, propiamente dicha, parece pasiva, sólo invita, sin perjuicio de la posterior valoración de lo transigido.

(110) Dice el Tribunal Constitucional en sentencia de 23 de noviembre de 1995, que «Es, por tanto, el arbitraje un medio para la solución de conflictos basados en la autonomía de la voluntad de las partes y supone una renuncia a la jurisdicción estatal por la del árbitro o árbitros».

(111) El Tribunal Supremo, además de atender al literal del artículo 3.2 del Código Civil, añade que «La equidad nunca debe operar en contra de la ley, sino en función integradora de la misma en casos de duda de normativa legal (STS de 18 de octubre de 1982; cf. sentencia de 3 de octubre de 1974)».

La equidad, en sentido estricto, no es fuente del derecho, antes bien como está configurada en el Código Civil, es simplemente una regla de interpretación y en su caso de aplicación de las leyes y sólo tiene virtualidad y eficacia ante la existencia de un vacío legal (STS de 10 de marzo de 1983).»

quiera someterse al dictado de la misma, y esto es lo que, parece, pretende la Ley, aunque habrá que ver en que medida es ello posible.

c) CONCLUSIONES SOBRE LA PROPUESTA LEGAL

Por tanto, primera conclusión, estamos ante un dictamen, y no ante una conciliación (112). Aunque, en cierto modo, si el dictamen en sí nada tiene que ver con la conciliación, la propuesta alternativa, para el caso de que se opine que la cláusula cuestionada es abusiva, se puede hacer con un espíritu legalista (sin atender a la equidad o equilibrio de intereses) o conciliador (113) (equitativo dijimos antes: equilibrando la situación para procurar su aceptación), sin olvidar que las cláusulas abusivas no permiten ese espíritu conciliador de intereses, pues, además de lo comentado con anterioridad, pasan de un extremo (v.gr.: exclusión de la responsabilidad del profesional) a otro (responsabilidad del mismo), y el equilibrio o conciliación sólo sería posible jugando con todo el clausurado del contrato, cuestión que está fuera de lo pretendido por el legislador» (114). Más problemas se plantean cuando al dictaminar sobre la nulidad de una cláusula es necesario proceder a procesos integradores del contrato e incluso, en algunos casos, a evaluar la incidencia de la cláusula en concreto sobre la totalidad de lo contratado. Y es que el dictamen se extendería, sin remisión, a la determinación de la nulidad total o sólo parcial del contrato examinado.

Cuestión aparte es si las decisiones sobre nulidad pueden someterse a dictámenes vinculantes, arbitrajes o transacciones de cualquier tipo, si entendemos que nos adentramos en cuestiones de orden público o de derecho

(112) En la práctica, tanto en las conciliaciones ante el Juez como ante el funcionario del CEMAC (Centro de Mediación, Arbitraje y Conciliación) en el ámbito laboral, los contendientes se limitan a la reclamación por una parte, y a la oposición o allanamiento por la otra, levantándose acta sobre la avenencia (allanamiento) o no avenencia (oposición) en el acto, sin que el Juez o funcionario tome partido en la controversia.

(113) Conciliador en el sentido de que se llegue a un acuerdo: aunque, en realidad, esta actuación, en cuanto no es meramente pasiva, entra en el ámbito de la mediación y, al igual que en ésta, si las partes aceptan la propuesta del mediador quedan obligadas y, si no la aceptan, no habrá obligación. No nos confundamos (todavía no hemos llegado a una conclusión): aunque el dictamen tiene esta nota de la mediación (actuación para que se llegue a un acuerdo, para que se acepte), se diferencia en que en ésta la decisión de aceptación es posterior a la propuesta del mediador, mientras que, en el dictamen, la vinculación sería anterior a esa propuesta.

(114) Es evidente que la cuestión que se somete a dictamen es la utilización de determinadas condiciones generales como contrarias a ley, sobre las que, sin entrar en la determinación de su validez, será posible proponer una redacción alternativa de alguna determinada cláusula y no el buscar el equilibrio contractual, pues se trata de un paso previo al ejercicio de las acciones colectivas con las que se pretende la inutilización de esas cláusulas.

cogente (115). Finalmente, el dictamen, cuando no es vinculante, sólo sirve para que las partes se orienten (o desorienten) en la cuestión, a salvo que por la categoría profesional y peso moral del emisor las partes acaten, como si se tratara de obligación natural, las consecuencias del dictamen, pues en otro caso, aún aceptado por ambas partes, dentro del plazo de prescripción, siguen teniendo abierta la jurisdicción civil. Y si es vinculante, y puede serlo no por voluntad de las partes (116), sino por el dictado del Reglamento, se está *enmascarando* un arbitraje no permitido por la Ley específica, con el agravante añadido de prescindir de un procedimiento adecuado en el que es imprescindible la audiencia, contradicción e igualdad de partes. Por lo demás, insistimos, una sentencia posterior sobre la cláusula cuestionada acabaría con todos los dictámenes de los Registradores, pues la pretendida vinculación no sería más que para los que se sometieron a tal decisión, pudiéndose plantear dudas sobre si una cuestión de tanto calibre (nulidad radical) puede perjudicar a alguien por razón del dictamen, cuando la última instancia judicial ha fallado en contra de los criterios del Registrador (el perjuicio estaría en que aunque la sentencia tuviera fuerza expansiva para el futuro, no lo tendría con carácter retroactivo). En estos casos ante que nos encontramos: ¿Responsabilidad personal del Registrador? ¿Responsabilidad por funcionamiento normal o anormal de las Administraciones públicas?

d) ANTECEDENTES DE LA LEY SOBRE CGC PARA UNA MEJOR COMPRENSIÓN

Sería conveniente partir de los textos precedentes a la actual Ley para llegar a una mejor «incomprensión» de la cuestión debatida.

El Anteproyecto de Ley sobre CGC (117) no contiene ningún precepto que atribuya facultades decisorias en orden a las condiciones generales a ningún organismo público ni privado. Es más, la exposición de motivos del

(115) En este sentido, GARCÍA PÉREZ, CARMEN (*El arbitraje testamentario. Estudio del artículo 7 de la Ley de Arbitraje de 1988*, Valencia, 1999) considera que se deben excluir del arbitraje todas las cuestiones sometidas a derecho *cogente*. Para ATAZ LÓPEZ, JOAQUÍN (*ob. cit.*, pág. 496), éste es uno de los argumentos por los que hay que poner en duda la posible vinculación al dictamen. Otros argumentos son: que la Ley de Arbitraje prohibió a los Registradores (entre otros) el arbitraje de derecho; el dictamen equivaldría a un arbitraje «especial» sin procedimiento alguno; y supondría desconocer la propia razón de ser de las acciones colectivas.

(116) Así lo permite el Reglamento del Registro (hasta la anulación por STS de 12 de febrero de 2002) en contra del criterio de la ley. Habrá que estar, además, a la Ley de Arbitraje, ya que mediante un arbitraje de equidad (único que podría realizar el Registrador) es imposible dictaminar, mediante laudo, el carácter abusivo de una cláusula, cuestión que, sin duda, es de Derecho.

(117) Borrador de la Comisión General de Codificación (1983-1988).

Anteproyecto refleja la idea de que en el control de las condiciones, además del seguido tradicionalmente de establecerlo a la perfección del contrato (118), corresponde, siguiendo las modernas corrientes del Derecho de la contratación, al poder judicial, facilitando dicho control con una cláusula general y una enumeración casuística de cláusulas ineficaces, siguiendo el modelo utilizado por otros ordenamientos (119).

Por el contrario, en el Proyecto de Ley se *impone*, con carácter previo a la interposición de acciones colectivas, someter la cuestión controvertida a dictamen de conciliación del Registrador que, sin embargo, no será vinculante (120). La obligatoriedad exigida hay que interpretarla como paso previo y necesario para, en su caso, la posterior presentación de la demanda.

La exposición de motivos del Proyecto, a pesar de la novedad de la preceptiva conciliación, no la menciona y parece justificarla cuando después de decir (121) que la Ley parte de que el control de la validez de las cláusulas generales «*tan sólo corresponde a Jueces y Tribunales*» habla del «*deber de colaboración de los profesionales ejercientes de funciones públicas*». La forma de justificarla (no habría nada que ocultar) parece más bien un primer intento de atribuir «funciones jurisdiccionales» a quien se considera con preparación para ello. Ahora bien, el problema no es tanto de fondo como de forma. A la crítica sustantiva hay que añadir su derivación en la ley adjetiva en el procedimiento. Nos preguntamos, al igual que en el estudio de la calificación, si un dictamen del que no hay más procedimiento que el examen de lo cuestionado puede tener las consecuencias de vincular a las partes, aún

(118) Exigiendo una información clara, veraz y suficiente al contratar (art. 4), excluyendo las condiciones insólitas (art. 5), estableciendo la preferencia de las cláusulas individuales sobre las generales (art. 6), o siguiendo los criterios del artículo 1.288 del Código Civil sobre cláusulas oscuras (art. 7).

(119) En concreto, el sistema continental (modelo alemán) en el que aparece una regla general definitoria junto a una enumeración no limitativa de supuestos, frente al anglosajón, que viene a señalar una lista cerrada (*numerus clausus*) de cláusulas abusivas (SERRA RODRÍGUEZ, ADELA, *Cláusulas abusivas en la contratación. En especial, las cláusulas limitativas de responsabilidad*, Aranzadi, 1996).

(120) El artículo 12 del Proyecto de Ley titulado «sometimiento a dictamen de conciliación», dice: «*Previamente a la interposición de las acciones colectivas de declaración de condiciones generales o de cesación o de retractación, deberán las partes someter la cuestión ante el Registrador de Condiciones Generales, que emitirá un informe sobre la adecuación a la Ley de las cláusulas controvertidas, pudiendo proponer una redacción alternativa a las mismas. El dictamen del Registrador no será vinculante*».

(121) Con referencia al Capítulo IV, no otra cosa se puede interpretar cuando el resto de profesionales aparecen en la referencia al lugar en el que los menciona (Capítulo VI), a pesar de que paladinamente se aluda a la Ley en términos genéricos, en el que se integra el artículo 12, único que, dentro del Capítulo IV, menciona a los Registradores de las Condiciones Generales (a ellos, y no a otros, se refiere cuando habla de los profesionales ejercientes de funciones públicas).

siendo esta su voluntad inicial (122), en materia tan importante como la de declaración de nulidad de cláusulas y su integración o modificación (123). La pregunta tiene su importancia y no supone un reproche al Registrador como profesional, sino que se centra en problemas de indefensión. La defensa, la tutela efectiva (124), es necesaria en la privación de los derechos aparentemente constituidos, y digo aparentes por ser reprochados por el Ordenamiento. Es posible renunciar a la defensa (125), pero al igual que la rebeldía no supone estimación de la demanda, la renuncia no ha de suponer vinculación a la decisión sin, al menos, la posibilidad de una participación activa a través de un procedimiento adecuado (126).

Por tanto, hoy, los términos del Reglamento que se refieren a la posible vinculación del dictamen no pueden ser admitidos, no sólo por todo lo comentado, sino también por ir más allá de lo que ha sido desarrollado por la propia LCGC que habla, en todo caso, de no vinculación (127).

Cuestión distinta es que sea conveniente atribuir a los Registradores funciones arbitrales en esta materia, reglamentando un procedimiento adecuado respetuoso con los principios fundamentales de audiencia, contradicción e igualdad y que, al igual que en el arbitraje privado, exista un control judicial que opere excepcionalmente a través del recurso de nulidad. Para ello es necesario remover obstáculos pues, hoy por hoy, los funcionarios retribuidos por arancel no pueden arbitrar más que en equidad y claro, apreciar la contravención legal, el carácter abusivo de las cláusulas es cuestión de Derecho.

(122) Evidentemente no será su voluntad tras el dictado del dictamen si éste no le favorece.

(123) No olvidemos que la sanción del Ordenamiento es la de nulidad de pleno derecho de la cláusula abusiva y, como tal nulidad, es indisponible. Es una nulidad querida por el legislador en base al contenido de la cláusula en cuestión. Es un reproche del ordenamiento jurídico que se produce al quedar involucrado el orden público. Hay una protección colectiva que se proyecta en el concepto del consumidor que contrata con el profesional.

(124) Ojo, no menciono «judicial».

(125) Sometiéndose, simplemente, a un dictamen sin procedimiento que permita alegar, probar, contra-alegar, argumentar o concluir antes de que se tome la oportuna decisión.

(126) PASQUAU LIAÑO, MIGUEL (*ob. cit.*, Aranzadi, 2000, págs. 780 y 781) se percata de este problema concluyendo que lo decisivo no es el sujeto (Juez o Registrador) que tome la decisión, sino que ésta se adopte después de un procedimiento contradictorio, *se requiere un juicio que asegure procesalmente a la parte interesada defender la validez, de tal modo que no se produzca indefensión. No basta que lo diga un juez: más bien debe decirlo una sentencia o un laudo de los que no pueda reprocharse ninguna vulneración de los principios procesales.*

(127) La STS de 12 de febrero de 2002 ha sido categórica en este extremo sin que se pueda alegar el principio de autonomía de la voluntad (art. 1.255 CC) para justificar un precepto reglamentario que está en contra del dictado de la Ley. A ello añade que «sólo los jueces y tribunales ostentan la potestad de determinar el alcance e interpretación de cláusulas controvertidas».

En efecto, la práctica demuestra, hoy más que nunca, que la tutela judicial es insuficiente para restablecer el orden público o privado perturbado, la vulneración de los derechos subjetivos, y necesita de un complemento que coadyuve a una mayor confianza de la ciudadanía (128). El arbitraje, con su adecuado procedimiento, es la institución que puede acabar con las reticencias de reserva a la tutela judicial, pues la confianza de las partes en la institución registral será la que determine la posibilidad de que recaiga sobre ésta las decisiones a tomar sobre las cláusulas abusivas. En este sentido, podemos traer a colación la sentencia del TC de 23 de noviembre de 1995 (129) que, como

(128) Vid. nota de pie de VICENT CHULIÁ, FRANCISCO, al comienzo del presente capítulo.

(129) STC de 23 de noviembre de 1995 (García-Mon y González-Regueral) en la que se puede leer: «*El derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce y consagra el artículo 24 CE se refiere a una potestad del Estado atribuida al poder judicial consistente en la prestación de la actividad jurisdiccional por Jueces y Tribunales, es decir, como señala el ATC 701/1988, “por los órganos jurisdiccionales del Estado integrados en el Poder Judicial”. Esta actividad prestacional en que consiste el derecho a obtener la tutela judicial efectiva permite al legislador, como hemos declarado reiteradamente, su configuración y la determinación de los requisitos para acceder a ella, pero también hemos dicho que esa facultad legislativa no puede incidir en el contenido esencial de ese derecho, “imponiendo para su ejercicio —como declaramos en la STC 185/1987— obstáculos o trabas arbitrarios o caprichosos que lo dificulten, sin que tal dificultad esté en algún modo justificada por el servicio a un fin constitucionalmente lícito”. Del precepto cuestionado no puede decirse, ciertamente, que imponga un obstáculo arbitrario o caprichoso para acceder a la tutela judicial efectiva, pues responde, como destacan el Fiscal General y el Abogado del Estado, a la plausible finalidad de fomentar el arbitraje como medio idóneo para, descargando a los órganos judiciales del trabajo que sobre ellos pesa, obtener una mayor agilidad a la solución de las controversias de menor cuantía; pero al hacerlo de forma que no pueda eludirse más que a través de un convenio entre todos los interesados, establece un impedimento para el acceso a la tutela judicial contrario al derecho de todas las personas “a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos”.*»

Mediante el arbitraje, como dice el artículo 1 de la Ley 36/1988, las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materias de su libre disposición conforme a Derecho. Es, por tanto, el arbitraje un medio para la solución de conflictos basado en la autonomía de la voluntad de las partes, como declaramos en nuestra STC 43/1988, y supone una renuncia a la jurisdicción estatal por la del árbitro o árbitros. En ese sentido, tal y como ya hemos reiterado en varias ocasiones, el arbitraje se considera “un equivalente jurisdiccional mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada)» (SSTC 15/1989, fundamento jurídico 9.º, y 62/1991, fundamento jurídico 5.º). Desde este punto de vista tiene razón el Abogado del Estado cuando afirma que la institución arbitral es compatible con la Constitución. Pero la cuestión que tenemos planteada no es la de si el arbitraje, en términos generales, es o no compatible con la Constitución, que, sin duda, lo es y así lo hemos reconocido en las sentencias citadas por el Abogado del Estado y en otras muchas (SSTC 43/1988, 233/1988 y 288/1993)».

muchas otras (130), determina la constitucionalidad del arbitraje privado sin que ello suponga la vulneración de los artículos 117.3 y 24 CE (131).

e) NORMATIVA FINALMENTE PROMULGADA PARA UNA CONCLUSIÓN DEFINITIVA

Llegamos, así, a la Ley de CGC, que recoge en su artículo 13 lo que se denomina como «sometimiento a dictamen de conciliación», que lo establece con carácter potestativo y sin que sea vinculante (132).

Finalmente, el Reglamento del Registro de CGC, en el artículo 22 (133), no se sabe si *contraviene* la Ley o, simplemente, la desarrolla (134). Pero de lo que no hay duda es de que aparecen cuestiones que la Ley no refleja: en el apartado 2 cuando se refiere a la vinculación del dictamen por voluntad de las partes o por tratarse de cláusulas abusivas conforme a la Disposición

(130) Además de las que refleja la nota anterior: SSTC 23/1986, 15/1989, 62/1991 ó 174/1995.

(131) En este sentido, sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 4 de abril de 2000 (señor CARRASCO LÓPEZ).

(132) Artículo 13 LCGC: «*Previamente a la interposición de las acciones colectivas de cesación, retractación o declarativa, podrán las partes someter la cuestión ante el Registrador de Condiciones Generales en el plazo de quince días hábiles sobre la adecuación a la Ley de las cláusulas controvertidas, pudiendo proponer una redacción alternativa a las mismas. El dictamen del Registrador no será vinculante.*».

(133) Dice: «1. Previamente a la interposición de las acciones colectivas de cesación, retractación o declarativa podrán las partes someter la cuestión ante el Registrador provincial de condiciones generales de la contratación competente para que, en el plazo de quince días hábiles siguientes a la solicitud, dictamine sobre la adecuación de las cláusulas controvertidas a la ley. 2. El dictamen no será vinculante (salvo que las dos partes expresamente lo hicieren constar así en la solicitud o cuando del examen realizado se aprecie que alguna cláusula está incluida en las previstas en la Disposición Adicional primera de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios). 3. El dictamen podrá consistir en proponer a éstas una redacción alternativa de todas o algunas de las cláusulas cuestionadas (o en determinar el alcance o interpretación de alguna de ellas). El Registrador también podrá proponer como suya la redacción alternativa sugerida por alguna de las partes. (4. También podrá someterse a dictamen al Registrador por parte del predisponente o del adherente, sin los efectos del dictamen de conciliación, la calificación de la validez de las condiciones generales. En estos casos, podrá someterse al Registrador central o a cualquiera de los provinciales, y no se limitará a calificar los extremos a que se refiere el artículo 14, sino la plena adecuación de las cláusulas a la Ley y a este Reglamento).».

NOTA: Lo puesto entre paréntesis y subrayado ha sido anulado por STS (Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ilmo. Señor PECES MORATE) de 12 de febrero de 2002 (BOE de 11 de abril de 2002), por no ser coincidente con el contenido del artículo 13 de la Ley. Esta sentencia ha sido posterior en el tiempo al cierre del presente trabajo y, visto su contenido, se confirma el criterio de extralimitación del Reglamento sostenido por la mayoría de la doctrina.

(134) Entiéndase como eufemismo de lo anterior.

Adicional primera de la LGDCU; en el 3 cuando permite dictaminar el alcance e interpretación de alguna de las cláusulas cuestionadas; y en el 4 cuando prevé una calificación sobre la validez y adecuación a la ley de las condiciones generales con el que, parece, se pretende cumplir la función legitimadora o de «declaración de buenos profesionales (predisponentes)» en el tráfico jurídico a que hemos hecho referencia con anterioridad (135), y no se puede legitimar con lo que no tiene trascendencia jurídica. No menos chocante es la exposición de motivos del Reglamento del Registro cuando en el tercer párrafo atribuye a los jueces y tribunales la exclusividad de la declaración como abusivas de las cláusulas.

La legalidad del precepto reglamentario se ha puesto en duda por diversos motivos: por contravenir la Ley de arbitraje, ya que la vinculación del dictamen parece encubrir un arbitraje para el que existe legislación específica; por ser contraria a la propia Ley que desarrolla, en la que se dice que el dictamen no será vinculante además de que no se hace referencia a las funciones de interpretación o alcance de las cláusulas cuestionadas, ampliándose a través del Reglamento las competencias del Registrador; por establecer una identidad de efectos en ambos dictámenes; y por diluir los criterios de competencia de los Registradores (136). A todo ello cabe añadir las dificultades que plantea la decisión de estimar que se aprecia que la cláusula en cuestión es la de la lista de la Disposición Adicional de la LCGC. ¿Lo valora y decide el Registrador? Y, si vincula... ¿La decisión es recurrible ante la Jurisdicción? Si no lo es, entonces sí que hay invasión de la jurisdicción, además de encontrarnos ante una nueva modalidad de arbitraje (fraudulenta por encubierta y no respetar la autonomía de la voluntad para el sometimiento); y si lo es, el efecto del dictamen vinculante es el mismo que el no vinculante para el ejercicio de acciones colectivas, pero con la diferencia de no ser voluntario, sino preceptivo por voluntad de una sola de las partes o del propio «árbitro».

En el presente trabajo hemos puesto en duda la conveniencia de que sea un Registrador de la Propiedad, aun en funciones de Registrador de Condiciones, el que tenga que adoptar posiciones de defensa que *desnaturalizan* su actividad propia. Ahora bien, superada, o mejor, haciendo caso omiso a esta opinión, conviene analizar la necesidad del dictamen y de la calificación en los términos en que aparecen en el Reglamento. Dicho sea de paso que, aun cuando hemos puesto en duda la legalidad del precepto, este obstáculo se

(135) GÓMEZ GÁLLIGO, FRANCISCO JAVIER (*ob. cit.*) sostiene que en este caso la opinión (calificación) del Registrador es la propia de un dictamen jurídico, sin mayor alcance. Sin embargo CABANAS TREJO y BONARDELL LEZANO (*ob. cit.*) ven «oscuras» intenciones en el precepto reglamentario.

(136) Todos estos motivos son desarrollados en el estudio de CABANAS TREJO y BONARDELL LEZANO (ya cit. en págs. 49 y sigs.).

puede salvar cambiando la ley. Por tanto, sólo se trata de estudiar la bondad de las pretensiones reglamentarias. Uno de los principales temores de la nueva Ley y Reglamento ha sido la posible ruptura de lo jurisdiccional. Pues bien, la jurisdicción tiene su lugar y, en efecto, debe ser respetada, pero también coadyuvada.

Éstas pueden ser las conclusiones:

- a) Cuando el dictamen *no vinculante* es aceptado por las partes (avenencia sin que se interponga posterior recurso por la legitimada en acción colectiva), no puede ir más allá de crear obligaciones naturales para quien se someta a dicho criterio; en ningún caso podrá afectar a los particulares que no acepten la avenencia de la legitimada activa que, aunque lo sea para los intereses difusos o colectivos, no tiene la libre disposición, conforme a Derecho, de cada uno de los intereses particulares de los sujetos a quienes afecta, por lo que no puede decidir por ellos.
- b) Si el dictamen *no vinculante* no es aceptado, está la vía de la jurisdicción civil para la resolución firme del conflicto. En este caso no hay problema si el resultado es desfavorable. La legitimada tiene la libre disposición de decidir sobre la defensa de los intereses colectivos encomendados, y la resolución judicial resultado de la acción colectiva vincula a todos los particulares que se puedan ver afectados por la cláusula declarada conforme con el Derecho. A diferencia del anterior caso, en el presente no ha decidido la legitimada, sino que la decisión ha venido impuesta por quien el Estado da poder para decidir y ejecutar.
- c) Y si el dictamen es *vinculante*, en realidad se trata de un arbitraje encubierto que el Reglamento del Registro no puede legitimar por atentar al principio de jerarquía normativa, en concreto, según hemos adelantado, a la Ley de Arbitraje.

f) *Nuevas propuestas acordes con el Estatuto del Registrador*

Partiendo de estas conclusiones, la crítica al modelo actual no puede hacerse sin aportar nuevas propuestas. Y la que voy a realizar parte de la base de conformar al Registrador del nuevo Registro conforme al tradicional estatuto profesional, como ejerciente de una actividad imparcial e independiente que no atiende a intereses particulares de determinados colectivos, sino a la legalidad vigente. No se trata de una concepción de encomendar una función de defensa de consumidor, sino que se trata de un profesional independiente que atiende a criterios estrictamente jurídicos y que en aplicación de los mismos pueden ser amparados los consumidores «por voluntad del legis-

lador». Y para atender a esa *mens legis* no sólo hay que aplicarla, sino que hay que hacerla coactiva, y la única manera de hacerlo, en el ámbito civil, fuera del orden jurisdiccional es por medio del arbitraje.

En esta propuesta, y a partir de ahora nos movemos en un mundo de hipótesis destinado al legislador, lo primero que hay que estudiar es si el control del contenido contractual, la nulidad de sus cláusulas, su conformidad a Derecho, son materias susceptibles de arbitraje. Pues bien, si la respuesta podía ser indudablemente negativa remontándonos a no más de dos décadas, hoy no podemos opinar lo mismo. Se ha dicho que el Derecho cogente sólo puede quedar sometido a la decisión de los Tribunales. Pero no podemos olvidar que, con la doctrina del TC (137), a la que podemos sumar los recientes criterios del Tribunal Supremo en materia de arbitraje (138), esa categórica afirmación no se puede sostener. En efecto, que el arbitraje sea un equivalente de la jurisdicción, que esté sometido al control judicial a través del recurso de nulidad (aunque no en cuanto al fondo de lo arbitrado con alguna excepción como la de la incongruencia del laudo), que para su ejecución deba intervenir o se requiera el auxilio judicial, que el carácter imperativo de las normas que regulan determinada materia es compatible con el carácter negocial de la misma y, sobre todo, que el sometimiento a arbitraje dependa de la voluntad de los interesados, de ambos, nos induce a pensar que hoy no deben existir obstáculos para que en este ámbito se pueda arbitrar.

Por otra parte, el legislador no tuvo problemas para plantear y aprobar el dictamen conciliatorio no vinculante; así, celebrado éste, la avenencia o con-

(137) La última, la STC de 23 de noviembre de 1995, de la que extractamos parte de su contenido poco antes a pie de página.

(138) La STS de 18 de abril de 1998 dice: «La posibilidad de someter a arbitraje la nulidad de la Junta General y la impugnación de acuerdos sociales fue admitida inicialmente por la jurisprudencia (cfr. STS 1.^a, sentencias de 26 de abril de 1905 y 9 de julio de 1907), que posteriormente, sin embargo, cambió de criterio y negó aquella posibilidad (cfr. STS 1.^a, sentencias de 15 de octubre de 1956, 27 de enero de 1968, 21 de mayo de 1970 y 15 de octubre de 1971). Actualmente, tras las reformas legales, tanto de la legislación de arbitraje como de la societaria, cabe estimar, en principio, que no quedan excluidas del arbitraje y, por tanto, del convenio arbitral, la nulidad de la Junta de Accionistas ni la impugnación de acuerdos sociales, sin perjuicio de que, si algún extremo está fuera del poder de disposición de las partes, no puedan los árbitros pronunciarse sobre el mismo, so pena de ver anulado total o parcialmente su laudo. Para la adopción de tal doctrina se tienen en cuenta varios argumentos: la impugnación de acuerdos sociales está regida por normas de ius cogens, pero el convenio arbitral no alcanza a las mismas, sino al cauce procesal de resolverlas; el carácter imperativo de las normas que regulan la impugnación de acuerdos sociales no empece el carácter negocial y, por tanto, dispositivo de los mismos; no son motivos para excluir el arbitraje en este tema, ni el artículo 22 LOPJ, que se refiere a jurisdicción nacional frente a la extranjera, ni el artículo 118 TRLSA (LA LEY-LEG. 3308/89), que alude a la competencia territorial, ni se puede alegar, bajo ningún concepto, el orden público, como excluyente del arbitraje».

formidad de las partes a esa «conciliación» no es más que una opción legal de puesta a su libre disposición del objeto del «acto de conciliación».

La segunda cuestión que nos planteamos es si el arbitraje debe ser exclusivo del Registrador y de esta manera que se ampliara su estatuto profesional. Nuestra opinión es que para el ejercicio de acciones colectivas, por el interés que se protege, el árbitro debe ser un profesional especializado e independiente al servicio del mantenimiento de la legalidad. Por el contrario, la elección de árbitro debe ser libre cuando se trate de ejercitar acciones individuales (139). En ambos casos nos referimos a aquellos supuestos en que el contrato cuestionado no haya accedido al Registro de Condiciones Generales: en el primero, porque el ejercicio de la acción colectiva no está supeditado a la inscripción-depósito registral (para la que, a continuación, propondremos su régimen); y en el segundo se entiende que el contrato individual no accede al Registro sin perjuicio de que sí lo esté el formulario correspondiente a sus condiciones generales (en este caso el régimen sería, también, el que propondré a continuación). Claro está que en ambos tipos de acciones, colectiva o individual, se podría optar por su ejercicio ante los Tribunales.

Si, por el contrario, el contrato accedió al Registro, la intervención del Registrador en este caso debería consistir en una auténtica calificación de conformidad de las cláusulas con la ley. Si considera que hay conformidad, ingresaría el documento en el Registro y no comenzaría el cómputo para la prescripción en el ejercicio de la acción colectiva, sino que el contrato sería oponible *erga omnes* en tanto no existiera resolución judicial en acción individual (con efectos sólo respecto al accionante) o colectiva (con efectos de anular la inscripción de la cláusula en cuestión y, por tanto, perder su eficacia). Si la calificación fuera desfavorable para el profesional-predisponente,

(139) Los «críticos» CABANAS TREJO y BONARDELL LEZANO (*ob. cit.*) reconocen que no es lo mismo dictaminar en el supuesto de acciones colectivas en el que sólo hay un control abstracto y preventivo (*de una legalidad exigida en base a intereses difusos, que puede ser mantenida por un profesional que, por especialización, el Estado considera con cualificación para su restablecimiento en caso de contravención* —toda la cursiva la añade el que suscribe—) y que no parte de un contrato vinculante, que en el caso de una acción individual en que hay contaminación por circunstancias concretas y específicas del negocio en que se insertan las cláusulas (*y en la que el interés que se defiende es meramente privado, lo que no justifica la intervención forzosa de «funcionarios jurídicos» del Estado* —la cursiva es propia—).

La conclusión a la que llevo, y será desarrollada en adelante, es que el sistema al que se ha llegado es «inservible»; que para superar las servidumbres del sistema el Reglamento de Registro se ha excedido de los límites legales; que en todo el desarrollo de la ley ha aparecido un «Temor reverencial» hacia el cuerpo de Registradores de la Propiedad; y que la labor de éstos en las acciones colectivas, quizá coadyuvados por el Cuerpo Notarial, si se permitiera la calificación previa a la inscripción, además de respetar y potenciar la labor de otros profesionales (para el arbitraje en acciones individuales), pueden dar un nuevo impulso a un Derecho de consumo «huérfano» de efectividad.

éste debería tener la posibilidad de impugnarla directamente ante la jurisdicción civil con llamamiento, por edictos en Juzgado, Ayuntamiento y Registro y mediante anotación preventiva en este último a las entidades legitimadas para accionar (en este caso para oponerse), y sin que la rebeldía de ésta implique estimación de demanda.

Se han criticado, afirmando que el Registro de Condiciones Generales debe limitarse a la función de base de datos, posibles pretensiones de que lo publicado tuviera efectos *erga omnes*, pues sería, se dice, una Institución creada para proteger a los consumidores del que sacarían provecho los pre-disponentes. Incluso el Consejo de Estado se opuso a la presunción de conocimiento del contenido del Registro que recogió el artículo 17 del Proyecto de Real Decreto sobre el Registro de CGC, considerando que suponía un retroceso en la protección del consumidor y contradecía el espíritu de la LCGC. Y es que, claro, la presunción cuestionada no puede reglamentarse cuando está en contra del dictado de la ley (arts. 5 y 6). Entendemos que estas consideraciones pueden ser puestas en duda por los siguientes motivos:

Como hemos adelantado en esta propuesta, la inscripción-depósito en el Registro de las cláusulas no ha de suponer ningún tipo de legitimación, ni absoluta (inatacable por su consolidación tras la prescripción), ni relativa (a modo de certificado de «buena conciencia comercial»), y ello por la posibilidad de impugnar la decisión del Registrador en todo momento; pero sí, al menos, se le podía haber atribuido la presunción de conocimiento (140) con carácter absoluto y sin condiciones o dependencias de declaración alguna de las partes. Se trata de conseguir cambiar la mentalidad del consumidor en la contratación adhesiva. Veamos: Si descendemos a la práctica diaria, a la que muchas veces no llega el legislador ni el intérprete, advertimos que los adherentes siempre contratan fijándose tan sólo en el objeto contractual (cosa, obra o servicio por precio) y sin advertir consecuencias posteriores (incumplimientos, vicios,...). Ya prestado el consentimiento es cuando recibe el contrato y, en su caso (en ocasiones en las condiciones particulares aparece la declaración de recibidas sin responder a la realidad), las condiciones generales y es cuando se peca de posibles abusos. Jamás te dan un clausurado antes de firmar, si lo dan es con reticencias, y, evidentemente, no existe la posibilidad de comparar y meditar. La reacción no es más que de resignación y espera de que no haya acontecimientos posteriores... Si el Registro se «generaliza» como verdadero instrumento de protección, el consumidor acostum-

(140) El artículo 18 del Reglamento del Registro recogía (pues fue derogado por la STS de 12-2-2002) la presunción de conocimiento un tanto devaluada, pues se hace depender de la declaración del adherente en el contrato de condiciones particulares.

braría a buscar la información de lo que va a contratar antes de firmar su consentimiento (una vivienda, un seguro, un vehículo,...) si en una oficina le pueden dar la información de los contratos de varios promotores, Compañías de Seguro o Concesionarios de Automóviles, antes de la toma de decisión el consumidor sabrá todo lo que se le impone, y además sabrá que aún así puede impugnar (accionar) contra la cláusula con conocimiento del riesgo que asume. Cuántas veces no se tienen las cláusulas a mano, ni siquiera el contrato (olvidado en un cajón, si no perdido), y es causa de desistimiento (extraprocesal) de la reclamación. En fin, con el efecto *erga omnes* todo consumidor sabría a qué atenerse y el que no, sería por no querer. Debo advertir que el efecto pretendido se limitaría a su aspecto positivo de oponibilidad del predisponente al adherente de lo publicado salvo que el contrato firmado, si lo hay, favorezca al consumidor; así como oponibilidad del adherente de lo no publicado, salvo que el predisponente pruebe la inclusión.

El Consejo de Estado criticó este efecto por considerar que podría tener como consecuencia recurrir a las cláusulas inscritas para deducir el sentido de las condiciones generales oscuras insertas en un contrato. Pero ello es salvable en cuanto que toda interpretación deberá hacerse en sentido que favorezca al consumidor, bien mediante la interpretación conjunta de la cláusula del contrato y la del Registro, bien de manera separada si alguna de ellas es más favorable que la contraria o la que resulta de la interpretación conjunta, sin obviar la integración del contrato por los mecanismos habituales; por lo que no se altera el artículo 6 de la LCGC.

8. CONSECUENCIAS Y EFECTOS DEL DICTAMEN DE CONCILIACIÓN: POSIBLE EQUIPARACIÓN A LA LABOR INTELECTIVA DE CALIFICACIÓN

Ya hay quien ha reconocido la bondad de la función calificadora del Registrador a través del dictamen de la nueva Ley (141), aunque en realidad

(141) SALAS MURILLO, SOFÍA (*Boletín del Colegio de Registradores de España*, año 2000, junio, núm. 61, págs. 1183 a 1191) reconoce esta función diciendo que el Reglamento aporta una novedad con relación a la Ley autorizando al Registrador a dictaminar sobre la validez de las condiciones generales, la plena adecuación de las cláusulas a la Ley y al Reglamento, a petición de... (art. 22.4 Rto.). Cree que los resultados de esta función calificadora alcanzará, por el crédito de los profesionales que dictaminan, resultados similares a las de las Resoluciones de la *Comisión des clauses abusives* (CCA) de la Ley francesa; Resoluciones que, no siendo vinculantes, y en teoría de poca efectividad al requerir la posterior aprobación de un Decreto gubernativo, gozan de una indudable influencia, como lo demuestra el hecho de que el Parlamento no dude en inspirarse en ellas a la hora de legislar.

esta función parece venir dada por una extralimitación del Reglamento con relación a la ley (142).

En cualquier caso, el dictamen, para el supuesto de un posible rechazo como consecuencia del control de legalidad que corresponde al poder judicial, deberá desembocar en futuras previsiones del ejecutivo en un arbitraje, con toda la ejecutividad del laudo dirimente, salvando los obstáculos a los que se ha hecho referencia, o en una previa calificación que provocará la conformación de las partes o desembocará en el correspondiente litigio.

Tampoco podría rechazarse la intervención del Registrador como conciliador, sin necesidad de dictaminar, como paso previo y obligatorio, de reflexión se diría, de las partes antes del ejercicio de acciones colectivas. Lo que no ofrece duda es que la actual fórmula del Reglamento carece de idoneidad a todos los efectos.

Sobre la fórmula empleada por la Ley y el Reglamento cabe preguntarse si estamos en realidad ante una calificación adaptada a las circunstancias del caso o, como hasta ahora se ha sostenido, se trata de un simple dictamen sin trascendencia alguna, tanto en el caso de petición conjunta de las partes como en el de solicitud unilateral. En principio, nada se acerca a la calificación «jurídica»; todo parece indicar que se trata de brindar a las partes la posibilidad de allanar el camino para evitar la contienda judicial. Puesto que al final todo quedó en una solución muy devaluada, se reafirma la necesidad de que el dictamen se reconduzca a un arbitraje debidamente regulado (legalizado y reglamentado).

Muy pocas veces se utiliza la palabra «calificación» en el Reglamento del RCGC, prácticamente en el artículo 14 (Actuación profesional del Registrador) y 22.4 (Dictamen de conciliación). En ninguno de los supuestos anteriores existe una calificación jurídica, que es como se entiende el término en el ámbito de actuación de los Registradores de la Propiedad. No hay, por tanto, en el primer caso, una labor intelectual de adecuación de lo presentado al orden jurídico, de su estudio, interpretación, análisis y consecuencias, al tra-

(142) CABANAS TREJO, RICARDO (*ob. cit.*, pág. 12) aventura un próximo control de los Tribunales, no sólo en este dictamen de calificación, sino, parece, en todo el Reglamento, al modo de lo ocurrido con la reciente reforma, de los Reglamentos Hipotecario y del Registro Mercantil. El tiempo dirá... y llegó después de este trabajo y antes de su publicación (STS de 12 de febrero de 2002 y STS de 19 de febrero de 2002) (señor GONZÁLEZ NAVARRO).

Por su parte, GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ («Las condiciones generales en la contratación electrónica», en *La Ley*, núm. 5227, 17-01-2001) aporta una serie de consideraciones sobre la extralimitación reglamentaria, la reserva de ley en materia de contratación, en definitiva, el principio de jerarquía normativa en relación al Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación electrónica y telefónica con condiciones generales, muchas de las cuales serían trasladables al Reglamento del Registro de CGC que, según la autora, se ha realizado, junto con la anterior, *aún con mayor desidia técnica que la norma legal de la que ambas traen causa*.

tarse de una mera comprobación de concurrencia de determinados requisitos; ni en el segundo que, cuando se refiere al término calificación, y estando de acuerdo la doctrina de que se trata de una mera opinión propia de un dictamen jurídico sin mayor alcance (143), se desvincula de su sentido jurídico para, dada la nula trascendencia que tiene, tener el significado de ser una mera anécdota, un exabrupto que se devalúa por sí mismo. Sorprende la pretendida equiparación de este nuevo Registro con el de la Propiedad en la utilización de una terminología no acorde con lo que la misma representa. No es difícil comprender que ni el dictamen de «conciliación», ni la calificación tienen la más mínima sintonía con lo que cualquier jurista entiende por calificación, y más si la misma corresponde a los Registradores de la Propiedad.

Lo que sí se puede discutir es si la entrada de la calificación jurídica en la inscripción-depósito de cláusulas abusivas reporta algún beneficio en todo este entramado jurídico o, por el contrario, debe ser desechada por no resultar acorde con nuestro sistema jurídico y su necesaria evolución. Se ha dicho que todo lo que sea salirse de los esquemas actuales sobre Condiciones Generales y su Registro supondría permitir que los predisponentes pudieran sacar provecho de la legislación creada para la sola protección del consumidor. A ello cabe oponer que la normativa sobre consumidores no es absolutamente incompatible con darle entrada a los predisponentes para que ellos mismos, «los legales», facilitaran toda actuación al consumidor (144). En la propuesta anterior se observa que el régimen de calificación es compatible con el de arbitraje o jurisdicción sin entorpecer la actuación de otras profesiones jurídicas. La opción es legislativa y el avance en esta materia, ante la efectividad de cada actuación con respeto de la que corresponda al ámbito judicial y otros profesionales jurídicos, puede ser enorme.

(143) En este sentido, GÓMEZ GÁLLIGO (*ob. cit.*). Vid. también CABANAS TREJO y BONARDELL LEZANO (*ob. cit.*, págs. 52 y sigs.).

(144) Muchas preguntas podríamos hacernos: ¿No puede sacar provecho el consumidor del provecho del predisponente? ¿No se trata de crear una legalidad en provecho de la sociedad sin que un sector perjudique a otro? ¿O creamos un nuevo campo de batalla con trampas buscando una miserable encerrona al enemigo? ¿Por qué el Derecho destinado a proclamar enemigos y no a conciliar sus diferencias haciéndolos partícipes de sus mutuas sinergias? ¿No es mejor aislar a los que contravienen la ley que unirlos con aquellos que no lo hacen y que no todos los predisponentes estén en el mismo «saco»? ¿No preferirá el consumidor el efecto *erga omnes* que la ocultación de lo que contrata? ¿Llegarán los predisponentes a tener en sus oficinas un Notario dando fe del recibo de condiciones para evitar la exclusión, o será mejor decirle al predisponente que lo publique y que tendrá sus efectos siempre que en lugar visible de su establecimiento se haga referencia a la inscripción? ¿No es mejor para el consumidor estudiar antes que firmar y no firmar y luego estudiar y, en su caso, desistir? ... en fin...

9. RELACIONES ENTRE EL ACTO DE CONCILIACIÓN Y FIGURAS ANÁLOGAS

a) OTRAS SOLUCIONES PARA LA PRETENDIDA PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

Hemos expuesto una actuación de Registrador, sin sacarlo de su estatuto jurídico, combinando una labor de calificación relativa en cuanto a sus efectos (sin la intensidad que permite un Registro de derechos reales) en la actuación que le es propia, con una labor arbitral que puede desarrollar, con exclusividad (sólo en las acciones colectivas), si hay convenio arbitral entre las partes legitimadas.

Con el anterior planteamiento, la «conciliación», institución inútil desde su concepción legal por los términos en que ha sido concebida, desaparecería en pro de la eficacia jurídica de la nueva concepción. En realidad, el acto de «conciliación», como servicio u obra (145), se ofrecía a las partes como medio de solución, al que voluntariamente se pueden someter, del conflicto de intereses surgido entre ellas debido a la utilización por la predponente de una cláusula «presuntamente» abusiva. Ésta podía ser la única finalidad pretendida; pero claro, otra cosa es que esta concepción voluntaria y no vinculante (en ningún caso) cumpliera con dicha finalidad, fuera acorde con nuestra idiosincrasia.

b) PROPUESTAS SUSTITUTIVAS DEL EJERCICIO DE ACCIONES INDIVIDUALES O COLECTIVAS

Ahora bien, fuera de la actual regulación y de nuestra nueva propuesta: ¿Es esta la única solución que ofrece nuestro Ordenamiento? Evidentemente, no. ¿Y si las partes deciden resolver sus diferencias por medio de otros institutos de nuestro Ordenamiento? ¿Estamos ante una cuestión de orden público que no puede sustraerse a la voluntad de los particulares? Y, ...si es de orden público, ¿qué justifica el que se adopten soluciones administrativas o ajenas al ámbito judicial? Dejamos esta cuestión (146) y, pensando que sea posible acudir a otros medios de solución del conflicto, veamos cuáles se pueden proponer.

(145) Se puede discutir si el dictamen solicitado por las partes al Registrador, si lo incardinamos también en su ámbito profesional de la función pública encomendada, tiene naturaleza de contrato de obra (obligación de resultado) o de servicio (obligación de medios). El dictamen en sí no es más que el resultado de la actividad desplegada y, sin duda, es el objeto pretendido por quienes lo solicitan. En conclusión, parece más acertado entender que en el encargo del dictamen las partes quedan sometidas al régimen del contrato de obra, sin desterrar una posible concepción de mandato.

(146) No sin antes dejar sentado que no resultaría descabellado incentivar soluciones de la iniciativa privada, y en particular la de la mediación. Así, que las organizaciones de

Sin perjuicio de las muchas propuestas que se pueden aceptar (147), puede ser sugerente la idea de acercarnos a los acuerdos sobre solución extrajudicial de conflictos laborales (148) entre empresarios y trabajadores o sus respectivas organizaciones representativas (en este caso podríamos hablar de conflictos de consumo entre predisponentes y consumidores). En esta normativa se acude a unos procedimientos que se rigen por los principios de gratuidad, celeridad, igualdad procesal, audiencia de las partes, contradicción e imparcialidad, respetándose, en todo caso, la legislación vigente y los principios constitucionales (149). Los procedimientos para dar solución a los conflictos planteados son el de mediación (basta la decisión de una de las partes y sólo obligará si con la intervención del mediador se logra, en plazo, el acuerdo entre las partes en conflicto) y el de arbitraje (con manifestación expresa de la voluntad de las partes de someterse a la decisión imparcial, siendo la resolución arbitral vinculante e inmediatamente ejecutiva, pudiendo recurrirse en anulación en los casos que se determina) (150).

Con independencia de lo anterior, que miraba más a la solución de los conflictos propios de las acciones colectivas, para las acciones individuales en materia de cláusulas generales existen figuras contractuales, antes reducidas a ámbitos concretos, que se extienden no sólo a una aplicación generalizada en la «masa» de usuarios aspirantes a la obtención de un servicio determinado, sino también a nuevos ámbitos socialmente relevantes. Su aplicación en la vida práctica pasa a ser con el tiempo a la vez que más extensa, más intensa. Es por ello por lo que se advierte que instituciones como la de la mediación en la negociación contractual se extiende a

consumidores pactaran, antes de que se incorporasen a la pluralidad de contratos, las condiciones generales con la intervención del mediador voluntariamente aceptado por ambas. Las fórmulas pueden ser variadas y se puede tomar ejemplo de la negociación de los convenios colectivos de trabajo. Por supuesto que es necesario el Registro, e incluso una labor de intervención del Registrador (calificación que dejara la vía abierta al orden jurisdiccional, o, en su caso, arbitraje) o de quien voluntariamente aceptaran las partes quienes son los que, en definitiva, han de decidir (v.gr., en las acciones individuales para el arbitraje o la mediación, la razón nos dice que elegirán a un conocedor o experto en la materia de que se trate sea Notario, Catedrático, Abogado). Otro problema es que los predisponentes quieran ceder terreno, el que les permite imponer condiciones a los adherentes, sometiéndose a estas instituciones.

(147) VICENT CHULIÁ, FRANCISCO (*ob. cit.*) ha propuesto instituciones de conciliación como la del Servicio de Reclamaciones del Banco de España o el Jurado de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad, e incluso el Arbitraje de Consumo.

(148) Resolución de 2 de febrero de 2001 de la Dirección General del Trabajo (*BOE* 49/1 de 26 de febrero) por el que se dispone la inscripción en el Registro y publicación del II Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales (ASEC-II) y su Reglamento de aplicación (RASEC II).

(149) Artículo 7 del Acuerdo y del Reglamento de aplicación.

(150) Conforme al artículo 11.8 del Acuerdo y artículo 22.5 del Reglamento.

supuestos que antes eran resueltos por instituciones distintas de la mediación y aparece con fuerza, entre otras, la mediación familiar como necesidad demandada ante las deficiencias de los sistemas tradicionales de solución de conflictos.

Antes se atendía muy poco a la negociación y, después de ésta, se ofrecían instituciones de solución a las insatisfacciones del negocio resultante de la misma. Estas instituciones las han configurado los contratos dirigidos a la eliminación de incertidumbres jurídicas (transacción, compromiso, convenio arbitral, convenio de peritaje dirimente, reconocimiento, decisión del azar, etc.) en los que no tenía cabida la mediación, pues con ésta se aspira a resolver el conflicto de crear una relación jurídica, sin que se pueda imponer una decisión premeditada, mientras que con aquéllas se trata de resolver conflictos existentes en la relación jurídica ya creada (151), pudiéndose imponer una decisión si a ella se sometieron los contendientes. Ambas se podrían utilizar en evitación de conflictos de intereses que surgen de la contratación y de sus condiciones generales; las primeras cuando se discute sobre el carácter abusivo de una cláusula ya establecida (152), y la segunda (mediación) en la negociación del mismo contrato o, perfecto éste, negociando una posible novación o, en su caso, las consecuencias del mismo contrato. En fin, hoy la negociación y los que la facilitan adquieren mayor relevancia y protagonismo, no sólo como medio de agilizar y facilitar el consentimiento contractual, sino también como medida preventiva de seguridad. Se trata, en definitiva, de evitar el conflicto en las obligaciones, de no llegar a situaciones irreversibles.

Como veremos más adelante, es necesario incluirlas todas en un mismo «saco» ya que, en todo caso, estamos ante la solución de conflictos por la vía privada, y, en muchos supuestos, la creación de una nueva relación jurídica (153) viene determinada por la existencia de otra anterior, sin olvidar que

(151) Que surgen en su cumplimiento, en su consumación (frente a la mediación en la que el conflicto está en la perfección del negocio jurídico).

(152) ¿No podrían transigir el predisponente y el adherente, e incluso la asociación de consumidores, sobre la interpretación que debe darse a la misma, o sobre la posible novación modificativa del contrato en orden a la cláusula discutida? ¿Y someterse a un árbitro?...

(153) Así, la mediación que, según dijimos, surge para la formación definitiva de un contrato (perfección) puede venir impuesta, siempre por voluntad de las partes, por la existencia de fuertes tensiones en el período precontractual (negociación), del que, desde luego, pueden surgir responsabilidades (vid. MORENO QUESADA, B., *La formación del contrato*; o, más reciente, «Oferta, aceptación y conclusión del contrato», de CARLOS CUADRADO PÉREZ, en *Publicaciones del Real Colegio de España*, Bolonia, 2003); luego, al fin y al cabo, el fin último de la mediación va a ser el mismo que en los demás medios de solución privada de conflictos: pacificar intereses contrapuestos. Con ello salvamos la primera, y quizá fundamental, diferencia que separa la mediación del resto de instituciones y, también, por ello deben tener un tratamiento unificado.

mientras que en figuras como la del arbitraje las partes deciden *a priori* vincularse con la decisión que el tercero adopte, en la mediación, el punto de encuentro (concurso de voluntades), si lo hay, entre las partes, resultado de la intervención mediadora, también es vinculante. En el primer caso se trata de intervención y decisión del tercero y en el segundo intervención del tercero y decisión de las partes (154).

Relacionado con lo anterior está el denominado por la doctrina «arbitrador», que se incluye dentro de lo que ha venido en llamarse arbitraje impropio o arbitrio de tercero, y que algún autor ha llegado a reconocer que no se trata más que de un mediador que presta sus buenos oficios al estilo de los extintos hombres buenos del acto de conciliación (155).

La propuesta de equiparación con el resto de figuras existentes para dirimir controversias no parece que sea una idea actual. Ya la Ley de arbitraje de 1953 hacía referencia a los mediadores en el artículo 3.2 cuando hablaba de la intervención dirimente de un tercero cuya decisión podía ser aceptada, expresa o tácitamente, después de emitida. Para completar este estudio sería necesario preguntarse si el mediador toma decisiones o se limita a conectar a las partes para que sean ellas las que, finalmente, adopten una decisión. Ahora baste con decir que esta última opción de actitud prácticamente pasiva del mediador ni se da en la práctica, ni sería aceptable por una sociedad mucho más consciente de sus derechos y exigente con los prestadores de cualquier actividad o servicio.

En los mismos términos de la antigua Ley se pronuncia el mismo artículo de la nueva Ley 36/1988, de 5 de diciembre, reconociendo, de esta manera, al mediador sin poder de decisión. Esta concepción vendría a configurar al árbitro de equidad como un mediador al que las partes le conceden el poder de decidir la contienda. Así el mediador, propiamente dicho, se queda, su labor acaba, en la mediación, mientras que el árbitro media y decide.

(154) Con todo, no podemos dejar de advertir que el laudo arbitral tiene fácil ejecución por la vía judicial, mientras que el negocio resultante de la intervención mediadora puede dar lugar a futuros conflictos (fundamentalmente, incumplimiento total o parcial) a resolver por la vía declarativa.

(155) Por su parte, GARCÍA PÉREZ, CARMEN (*El arbitraje testamentario*, Valencia, 1999) señala que la Ley de Arbitraje de Derecho Privado, de 22 de diciembre de 1953, intentó poner fin a la confusión entre árbitro y arbitrador, correspondiendo al primero resolver un conflicto pendiente con efectos de cosa juzgada, y al segundo completar o integrar una relación jurídica no definida totalmente que sólo vincula (obliga) en la medida en que se ajuste a la equidad, sin menoscabo de las prudentes pautas del *arbitrium boni viri* propuestas por los interesados (STS de 10 de marzo de 1986) o, lo que es igual, no puede obligar cuando su decisión se haya producido con manifiesta inequidad. A su vez, señala que dicha ley unifica al árbitro con el amigable componedor, de manera que aquél podrá actuar conforme a Derecho o con sujeción al leal saber y entender. Hasta esta ley, las soluciones conforme al leal saber y entender, y sin sujeción a procedimiento alguno, correspondieron a los llamados amigables componedores.

En realidad la mediación se asemeja a una transacción en la que no sólo intervienen las partes, sino a la que se llega con ayuda de un tercero (mediador), si bien hay que matizar que (la mediación) es transacción en cuanto a la primera parte del concepto legal (156) y sólo indirectamente en cuanto a la segunda. Sabemos que en la formación del negocio jurídico las partes dan, prometen o retienen fundamentalmente con relación al objeto del negocio. Y también sabemos que por la mediación, en principio, no se evitan pleitos o se pone término al comenzado, pues mientras no se forma el contrato objeto de mediación no hay vínculo obligatorio entre las partes contratantes con el resultado de posibles incumplimientos. Sin embargo, también es cierto que, además de que la negociación podría llegar a ser fuente de responsabilidad que puede ser evitada con una buena intervención mediadora, un contrato bien concluido debido a una intervención mediadora profesional puede evitar futuras contiendas judiciales. Por tanto, o el mediador, además de facilitar esa transacción, adopta decisiones que luego son aceptadas (o no) por las partes o, por el contrario, se limita a facilitar, sin decidir, esa transacción.

c) CONCLUSIÓN: NECESIDAD SOCIAL

El dinamismo social actual y la especialización en el conocimiento impuesta no sólo por el avance de la ciencia del Derecho (y de todas) sino también por la excesiva reglamentación de lo cotidiano, impiden, por un lado, tener la necesaria dedicación que requiere la negociación y, por otro, la imprescindible información para evitar lesiones no deseables. La inseguridad que ello produce hace demandar a la sociedad especialistas, informadores, que «apacigüen» el conflicto de intereses y se preocupen de que el resultado de la negociación sea lo más equitativo posible. El coste social de negociar con los «ojos cerrados» y luego intentar reparar una lesión no querida con el arma del incumplimiento es demasiado alto. La prevención y previsión se antepone como solución. La seguridad jurídica debe ser preventiva, y a ello contribuyen no sólo las medidas que novedosamente nos da el legislador o propone la doctrina, sino también las figuras a las que nos referimos que requieren del debido «empuje» institucional para su revitalización.

Nos encontramos, pues, ante una cuestión fundamental, y no es otra que la exigencia social de atender a todas las vías de solución posibles.

(156) Recordemos el artículo 1.809 del Código Civil: «*La transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado*».

La exigencia social, en el presente caso, viene referida a la extensión de estas soluciones a nuevos supuestos que, tradicionalmente, han dependido, para la solución de los conflictos que generan, de otras instituciones distintas (157). No hay más remedio que acudir a la mediación y a los contratos llamados de eliminación de incertidumbre jurídica. Hoy, lejos de reducir estas instituciones al ostracismo, se está en la búsqueda de una nueva ubicación para su estudio, utilizándose la genérica y más actual denominación de «FORMAS ALTERNATIVAS DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS» (Alternative Dispute Resolution —ADR—).

Todas las piezas del puzzle tienen su sitio. Estamos, por tanto, en disposición de afirmar que la potenciación por los profesionales del Derecho de las técnicas de ADR es necesaria como medio para evitar posibles abusos, o para no agravar los ya producidos. En defecto de las anteriores no nos queda más que acudir voluntariamente al sustitutivo de la jurisdicción (arbitraje) (158), debidamente regulada y potenciada como única alternativa al actual funcionamiento del sistema judicial que requiere un necesario sosiego en pro de la calidad jurídica que, hoy por hoy, es imposible alcanzar. En este sentido, es necesario replantearse las funciones que pueden desempeñar los Registradores, en defensa de la legalidad y con la institución arbitral, desde su propio estatuto y concepción jurídica, en esta nueva «oleada» de incertidumbres futuras que ha provocado el Derecho de consumo.

FRANCISCO JAVIER GARCÍA-VALDECASAS ALEX

(157) No se puede obviar que estamos ante una realidad que la sociedad pone en evidencia, que se palpa todos los días: la insuficiencia de los mecanismos tradicionales de solución de conflictos o, si se prefiere, suficiencia, pero con insatisfacción del resultado. Todos sabemos que la tutela judicial tardía no es tutela y que el colapso judicial no sólo supone la demora de la solución, sino la falta de calidad y de argumentación de la decisión.

(158) El Ministro de Justicia presentó a principios de 2001 al Parlamento la trascendental Reforma de la Justicia, proyecto para una nueva Justicia que se asienta sobre una serie de ejes de pretensiones futuras entre las que destaca el siguiente (punto 4): «*Un capítulo especialmente importante lo constituye la reforma de las reglas procesales para que, sin merma de garantías, se agilicen todo lo posible. Ello se completa con fórmulas para reducir la litigiosidad y con reforzamiento de diversos procedimientos de solución extrajudicial de conflictos*» (Diario *La Ley*, año XXII, núm. 5310, 17 de mayo de 2001).