

Documento y firma electronicos y valor probatorio

Auto Tribunal Supremo núm. 28/2007 (Sala de lo Penal, Sección 1)(JUR 2007\44477), de 11 enero.....	1
Sentencia Tribunal Superior de Justicia La Rioja núm. 213/2006 (Sala de lo Social, Sección 1)(JUR 2007\33541),de 30 mayo	9
Sentencia Audiencia Provincial Zaragoza núm. 18/2005 (Sección 5ª)(JUR 2005\38035), de 14 enero.....	19
Sentencia Audiencia Provincial Tarragona núm. 20/2004 (Sección 3ª) (AC 2005\197), de 27 diciembre	26
Sentencia Tribunal Superior de Justicia Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª) (JUR 2006\88441), de 25 junio 2004	33
Sentencia Audiencia Provincial Tarragona (Sección 2ª) (JUR 2004\118400), de 25 febrero 2004.....	40
Sentencia Audiencia Provincial Madrid núm. 336/2003 (Sección 14ª) (JUR 2003\247772), de 17 junio	43
Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª)(RJ 2002\2562), de 12 febrero 2002.....	47
Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) (RJ 1997\8251), de 3 noviembre 1997	85

Auto Tribunal Supremo núm. 28/2007 (Sala de lo Penal, Sección 1)(JUR 2007\44477), de 11 enero

Jurisdicción: Penal

Recurso de Casación núm. 10372/2006.

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz.

PRESUNCION DE INOCENCIA: Vídeo y película: prueba obtenida ilegalmente: inexistencia: grabación de las cámaras de seguridad de una empresa: no necesitan de autorización judicial.

El Tribunal Supremo inadmite a trámite el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, Sección Segunda, de fecha 24-02-2006, en la que se condenó a los acusados como autores criminalmente responsables de un delito de homicidio consumado y de un delito de robo con violencia y con empleo de armas, concurriendo en ambos la agravante de abuso de superioridad, a las penas de catorce años de prisión e inhabilitación absoluta por el primer delito, y de cuatro años y seis meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de privación de libertad por el segundo, así como al pago de la correspondiente indemnización civil.

Texto:

En la Villa de Madrid, a once de enero de dos mil siete.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO Por la Audiencia Provincial de Almería (Sección 2ª), en el rollo de Sala núm. 25/2004, dimanante del sumario núm. 18/2004 del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Almería, se dictó sentencia de fecha 24 de febrero de 2006 (JUR 2006, 185418), en la que se condenó a Juan María y a Ignacio como autores criminalmente responsables, cada uno de ellos, de un delito de homicidio consumado, previsto y penado en el artículo 138, y de un delito de robo con violencia y con empleo de armas, previsto y penado en los artículos 237 y 242.1º y 2º, todos ellos del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), concurriendo en ambos la agravante de abuso de superioridad del artículo 22.2ª CP, a las penas de catorce años de prisión e inhabilitación absoluta por el primer delito, y de cuatro años y seis meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de privación de libertad por el segundo, indemnización conjunta y solidaria a los herederos del fallecido y a los perjudicados en las sumas que se detallan en el fallo, con el interés legal del dinero, así como abono por mitad de las costas procesales.

SEGUNDO Contra dicha sentencia fue interpuesto recurso de casación por el penado Juan María, mediante la presentación del correspondiente escrito por la Procuradora de los Tribunales Sra. Dª. Dolores Hernández Vergara, invocando como motivo único, al amparo de los artículos 849.1º y 5.4 de la LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635), la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución (RCL 1978, 2836).

Asimismo, contra la sentencia recaída en la instancia fue interpuesto recurso de casación por el penado Ignacio, representado por la Procuradora Sra. Dª. Olga Martín Marquez, invocando como motivos los de vulneración de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ, en relación con el derecho a la presunción de inocencia, «ex» artículo 24.2 de la Constitución; y de vulneración de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ, por infracción del derecho a un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 de la Constitución, en relación con los artículos 448 y 741 de la LECrim (LEG 1882, 16).

TERCERO En el trámite correspondiente a la substanciación del recurso el Ministerio Fiscal se opuso al mismo.

CUARTO Conforme a las normas de reparto aprobadas por Sala de Gobierno de este Tribunal Supremo, es Ponente de la presente resolución el Magistrado Excmo. Sr. Don Juan Saavedra Ruiz.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Juan María

PRIMERO Como único motivo de casación denuncia este recurrente, al amparo de los artículos 849.1º de la LECrim (LEG 1882, 16) y 5.4 de la LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635) la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia, consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución (RCL 1978, 2836).

A) Alega la defensa que en la sentencia impugnada no se acredita de forma inequívoca que su representado haya cometido delito alguno, dado que las pruebas practicadas ¿contradictorias entre sí? no conducen a la destrucción de su presunción de inocencia, pues no hubo testigos directos de los hechos, ni se ha encontrado en poder del acusado objeto alguno que le relacione con el robo y el homicidio enjuiciados, ni restos de sangre en sus ropas que evidencien tal participación. Impugna, asimismo, la validez de una de las testificales ¿prestada por la novia del recurrente y atendida por la Sala «a quo» para fundamentar la condena?, así como los fotogramas obtenidos de la grabación de una cámara de vídeo, entendiéndose que la falta de autorización y de supervisión judicial de su contenido vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías.

B) Tiene declarado el Tribunal Constitucional (por todas, STC núm. 135/2003, de 30 de junio [RTC 2003, 135]) que el derecho a la presunción de inocencia se configura como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas. Por tanto, «sólo cabrá constatar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el "iter" discursivo que conduce de la prueba al hecho probado».

En palabras de la STS núm. 919/2006, de 4 de octubre (RJ 2006, 8417), cuando se denuncia en casación la vulneración de este derecho fundamental reconocido en el art. 24.2 CE, en principio esta Sala tiene que respetar la valoración de la prueba hecha por el Tribunal de instancia, de modo que nuestra función se reduce a una triple comprobación:

1ª. Comprobar que en verdad se practicaron esas pruebas, que ha de expresar la sentencia recurrida en su propio texto, con el contenido de cargo que, para condenar, se les atribuyó, para lo cual han de examinarse las actuaciones correspondientes (prueba existente).

2ª. Comprobar que esta prueba de cargo fue obtenida y aportada al proceso con observancia de las correspondientes normas constitucionales y legales (prueba lícita).

3ª. Comprobar que tal prueba de cargo, existente y lícita, ha de considerarse razonablemente bastante como justificación de la condena que se recurre (prueba suficiente), con las dificultades que supone el deslindar esta comprobación de la tarea de revisión de la prueba que, como acabamos de decir, compete a la Sala de instancia.

C) A la valoración del acervo probatorio determinante de la participación de ambos procesados en los hechos aparece dedicado el F.J. 2º de la sentencia impugnada, donde el Tribunal deja previa constancia de que para ello «se ha contado con la declaración de los propios acusados prestada con todas las garantías en el juzgado; con la declaración

de la novia de uno de ellos prestada en el sumario bajo los auspicios del art. 448 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y de otros testigos que han declarado en el juicio».

Acto seguido, el Tribunal examina detalladamente cada uno de tales medios de prueba. En primer lugar, habiéndose acogido los procesados en el plenario a su derecho a no declarar, el órgano «a quo» tiene en cuenta las declaraciones que anteriormente habían prestado en sede judicial, las cuales fueron debidamente sometidas a contradicción en la vista y que, como señala el Tribunal de instancia, resultan plenamente válidas en tanto que obtenidas con todas las garantías constitucionales, pues «ni por los procesados ni por el Letrado que les asistió se manifestó objeción alguna» en instrucción. Así, desarrollando tales extremos hemos de decir que, frente a las manifestaciones de la defensa en cuanto a lo inadecuado del intérprete que estuvo presente, consta en las actuaciones que el ahora recurrente, de nacionalidad lituana, fue asistido por intérprete de lituano en su declaración de instrucción (F. 162 a 164), constatando que contestó libremente cuanto estimó oportuno en relación con las preguntas que le fueron formuladas, y contando durante su desarrollo con la debida asistencia de Letrado, quien no efectuó protesta alguna, por lo que la queja carece del más mínimo sustento. Por lo que afecta a la declaración del coprocesado Vaidas (F. 159 a 161), también de nacionalidad lituana, cierto es que figura como intérprete de rumano el que estuvo presente en su declaración, desconociéndose en esta instancia si tal referencia obedece a un mero error de transcripción o a la realidad de lo sucedido, si bien en cualquier caso deviene intrascendente a los fines de validez de la declaración, dado que de su contenido se desprende la plena comprensión por el declarante del interrogatorio al que fue sometido, así como que ni el procesado ni su Abogado formularon queja alguna al respecto.

En cuanto al contenido de tales declaraciones, resalta la Sala de instancia que ambos procesados vinieron a reconocer su participación en los hechos enjuiciados, describiendo profusamente el «modus operandi» utilizado. Precisa el Juzgador que sus manifestaciones «son claras, coinciden en lo esencial y vienen a relatar cómo ambos fueron al lugar donde trabajaba el fallecido sobre las 21 horas, al llegar Ignacio tocó y abrió Kestutis a quien le dijeron que se iban a llevar el dinero de la oficina, amenazando Ignacio a éste con un cuchillo; que ambos le estuvieron pegando para que abriera la caja fuerte, sacando de su interior otra caja más pequeña, admitiendo (el recurrente) que él la abrió con un cuchillo. Dicen que fue Ignacio quien puso la cuerda alrededor del cuello de la víctima y que estuvieron allí (declaración de Juan María) hasta que aquél falleció. Reconocen que se llevaron los cigarrillos, el teléfono de la víctima y que el dinero lo repartieron (en) la casa de Juan María».

Como elemento corroborador de lo anterior, el Tribunal tiene en cuenta el testimonio que en fase instructora prestó la novia del ahora recurrente ¿cuya aptitud como prueba de cargo, prestada con todas las garantías, examinaremos en relación con el segundo de los motivos aducidos en el siguiente recurso?, la cual refirió que ambos acusados se marcharon sobre las 20 horas del día 3 de febrero y que cuando regresaron sobre las 2 horas ya del día 4 de febrero «los oyó hablando en la cocina, levantándose y observando cómo traían bolsas de plástico llenas de paquetes de tabaco rubio y dinero por un valor de unos 1400 euros, además de monedas; que vio también un teléfono móvil» y que, cuando Ignacio se fue al servicio, el recurrente «sacó otra cantidad de dinero que llevaba escondido en el calcetín».

Asimismo, el Tribunal contó en la vista con las manifestaciones del agente de la Guardia Civil K-...-B, quien dirigió la investigación de los hechos y manifestó en el plenario, como dato que otorga veracidad a la versión de la anterior testigo, que pudo comprobar la presencia de Ignacio en el domicilio del recurrente en la noche de autos y a las horas referidas por aquélla por medio del taxista que lo había conducido hasta allí. Igualmente, en el ejercicio de sus funciones investigadoras de los hechos, este agente declaró que interrogó al gerente de la empresa, el cual le entregó la grabación de las cámaras de seguridad del interior del edificio en el intervalo correspondiente al momento de comisión de los hechos, de cuyas secuencias la Policía realizó un reportaje fotográfico por medio del cual los procesados fueron identificados por un testigo, viniendo a coincidir además las ropas que vestían en tales secuencias con las que fueron localizadas en sus domicilios.

De cuanto antecede la Audiencia Provincial extrae una inferencia de cargo contra ambos procesados, en un razonamiento que no sólo aparece sustentado en prueba de cargo válidamente obtenida, sino asimismo bastante para estimar enervada su presunción de inocencia.

Por todo ello, el motivo debe ser inadmitido a trámite, al amparo del artículo 884.1º de la LECrim.

Recurso de Ignacio

SEGUNDO En el primer motivo, invocado al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635), denuncia este recurrente la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, «ex» artículo 24.2 de la Constitución (RCL 1978, 2836).

A) Sucintamente, si bien con idéntica esencia impugnativa a la expresada en el motivo interpuesto por el anterior recurrente, este procesado viene a impugnar el fallo condenatorio dictado en su contra por la Audiencia de origen, por entender insuficiente la prueba en que se sustenta.

B) En aras de evitar reiteraciones innecesarias, hemos de dar por reproducido cuanto ha sido expuesto en el anterior fundamento de la presente resolución, dado que los fundamentos doctrinales y fácticos antes referidos afectan por igual a ambos recurrentes, en tanto que coautores de los hechos enjuiciados.

La suficiencia de la prueba y la racionalidad de la inferencia de cargo no ofrecen duda alguna, por lo que no cabe entender que frente a su contenido aún impere la inicial presunción de inocencia que la Constitución reconoce a todo acusado.

Procede inadmitir a trámite el motivo, al amparo del artículo 884.1º de la LECrim (LEG 1882, 16).

TERCERO El segundo motivo invoca, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635), la vulneración de precepto constitucional, que debe entenderse referido al derecho a un proceso con todas las garantías, en relación con los artículos 448 y 741 de la LECrim (LEG 1882, 16) y 24.2 de la Constitución (RCL 1978, 2836).

A) Impugna el recurrente la aptitud, como pruebas de cargo válidas obtenidas con todas las garantías procesales, de las declaraciones de los procesados, de la declaración de la novia de uno de ellos y del soporte de la grabación efectuada por las cámaras de seguridad.

B) El supuesto de hallarse un testigo propuesto por cualquiera de las partes en el extranjero ¿o en ignorado paradero? y que hayan fracasado las gestiones practicadas para localizarlo, es uno de los que ¿según han declarado desde antiguo tanto el Tribunal Constitucional (SSTC 154/90 [RTC 1990, 154] y 41/91 [RTC 1991, 41]) como esta Sala (ya desde SSTC de 15 de enero de 1991, 16 de junio de 1992 [RJ 1992, 5396] y 28 de mayo de 1997 [RJ 1997, 4136])? permite prescindir de la presencia del testigo en cuestión en el acto del juicio oral al amparo del artículo 730 LECrim, que exige en tal caso que se dé lectura a sus declaraciones obrantes en los autos para posibilitar así que en tal momento aquéllas sean sometidas a contradicción.

Por otro lado, en relación con la videovigilancia y la presunta colisión de esta medida con derechos fundamentales constitucionalmente consagrados, en el preámbulo de la reciente Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre (RCL 2006, 2206), de la Agencia Estatal de Protección de Datos, sobre el tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras, se recoge el criterio ya fijado por el Tribunal Constitucional en cuanto a la proporcionalidad que debe imperar en el uso de tales medios de vigilancia, que, pese a ser un concepto jurídico indeterminado, quedó expresado en la STC núm. 207/1996 (RTC 1996, 207): «Una exigencia común y constante para la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales, entre ellas las que supongan una injerencia en los derechos a la integridad física y a la intimidad, y más en particular de las medidas restrictivas de derechos fundamentales adoptadas en el curso de un proceso penal, viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. En este sentido, hemos destacado que, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida posible más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)».

C) El cumplimiento de las garantías constitucionales en las declaraciones como imputados de los recurrentes ha sido examinado en el primer fundamento de la presente resolución, a cuyo contenido nos remitimos.

En relación con la declaración sumarial de la novia del coprocesado Juan María, alega el recurrente que, habiendo sido propuesta como testigo y no compareciendo al plenario a ratificar sus anteriores manifestaciones, lo depuesto por ella en instrucción resulta inválido como prueba de cargo, al carecer de las garantías de la prueba preconstituida.

Efectivamente, la declaración de esta testigo, de nacionalidad lituana, fue propuesta por el Ministerio Fiscal y por las defensas en sus escritos de conclusiones provisionales, si

bien consta en autos (oficio policial de 12/02/2006) que cuantas gestiones policiales se realizaron para la averiguación de su paradero arrojaron un resultado negativo, sin que pudiera ser citada para el juicio. Esto mismo, de conformidad con la doctrina de esta Sala, permitiría validar sus manifestaciones de instrucción sin más requisito que el de someterlas a contradicción en el plenario, por la vía del artículo 730 de la LECrim.

No obstante, a mayor abundamiento, lo cierto es que en el presente caso la declaración de esta testigo sí se prestó ante el Juez instructor con expresa referencia a su recepción «a los efectos de lo dispuesto en el art. 448 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal «y con estricto cumplimiento de su contenido, para garantizar su aptitud como prueba preconstituida (según lo evidencian los F. 168 y 169, con expresa remisión a lo declarado a los F. 67 a 72 y 156 y 157), no sólo por medio de la presencia de un intérprete de lituano (para que tanto la declarante como los imputados ¿también presentes en dicho acto? comprendieran su contenido), sino también por la presencia del Ministerio Fiscal y del Letrado de ambos imputados, presencia que pudiéramos llamar «efectiva» al desarrollarse con pleno respeto de los principios de igualdad de armas y de contradicción, siéndoles concedida la palabra a las partes en dicho acto para interrogar a la testigo acerca de cuanto estimaran conveniente, sin que por ninguna de ellas se le formulara pregunta alguna. La queja, por tanto, carece de toda base y la incorporación al juicio de las declaraciones de esta testigo «ex» artículo 730 de la LECrim, interesada por el Ministerio Fiscal mediante su lectura (último folio del acta del plenario), cumple todas las garantías, siendo prueba de cargo totalmente válida.

En cualquier caso, por esta vía pretende el recurrente impugnar de nuevo la suficiencia de la prueba de cargo valorada por la Sala «a quo», olvidando que no es en esta declaración en el único elemento en el que la sentencia centra la condena, sino que la pieza clave la constituyen las contundentes manifestaciones de los propios procesados en instrucción, a lo que se une no sólo el testimonio de esta mujer, sino también los clichés que sitúan a ambos procesados junto con el fallecido en el lugar y hora de los hechos (que permitieron su identificación), así como el hallazgo en sus respectivos domicilios de ropas que coinciden con las vestidas por los individuos que, según la grabación, cometieron los delitos.

En cuanto a estos clichés, pretende el recurrente negarles validez como piezas de convicción, por no haber sido autorizada judicialmente la grabación de la que derivan la secuencias por las que fueron identificados. Olvida el recurrente que los supuestos en los que es preceptiva dicha autorización judicial son aquéllos en los que se proceda clandestina o subrepticamente a captar imágenes de personas sospechosas en los lugares que deban calificarse de privados por desarrollar en ellos tales sospechosos su vida íntima (por todas, STS núm. 1733/2002, de 14 de octubre [RJ 2002, 8963]). Nada obsta, en cambio, a que un establecimiento privado decida dotar sus instalaciones con mecanismos de captación de imágenes, en su propia seguridad y en prevención de sucesos como el enjuiciado, siempre que las videocámaras se encuentren en zonas comunes, es decir, excluyendo aquellos espacios en los que se desarrolle la intimidad (v. gr. aseos).

En el caso examinado, los recurrentes invadieron la nave industrial, captándose las imágenes de los mismos agarrando a la víctima en una zona común como es el almacén (F. 120 a 138). La aportación a las actuaciones de la grabación y de los fotogramas

obtenidos de la misma, a los fines de facilitar la investigación policial y sumarial de los hechos, constituyese un supuesto típico de documento electrónico, aceptado en el proceso actual, cuya unión a los autos habilita al Juzgador para valorarla, al menos, como pieza de convicción, de conformidad con el artículo 726 de la LECrim, en el presente caso, no presenta objeción alguna, por lo ya indicado.

Por todo ello, procede inadmitir a trámite el motivo invocado, al amparo del artículo 884.1º de la LECrim.

En su consecuencia, procede adoptar la siguiente parte dispositiva:

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: NO HABER LUGAR A LA ADMISIÓN del recurso de casación formalizado por los recurrentes, contra sentencia (JUR 2006, 185418) dictada por la Audiencia Provincial de origen, en la causa referenciada en el encabezamiento de esta resolución.

Las costas del recurso se imponen a la parte recurrente.

Así lo acordaron y firman los Excmos. Sres. que han constituido Sala para ver y decidir esta resolución.

Sentencia Tribunal Superior de Justicia La Rioja núm. 213/2006 (Sala de lo Social, Sección 1)(JUR 2007\33541),de 30 mayo

Jurisdicción: Social

Recurso de Suplicación núm. 193/2006.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Loma-Osorio Faurie.

Texto:

T.S.J.LA RIOJA SALA SOCIAL

LOGROÑO

SENTENCIA: 00213/2006

Sent. Nº 213-2006

Rec. 193/2006

Ilmo. Sr. D. Miguel Azagra Solano.

Presidente.

Ilmo. Sr. D. Cristóbal Iribas Genua.

Ilmo. Sr. D. Luis Loma Osorio Faurie.

En Logroño, a treinta de mayo de dos mil seis.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de Suplicación nº 193/2006 interpuesto por METZELER A.P.S., S.A. asistido del Ldo. D. Fernando Beltrán Aparicio contra la SENTENCIA del Juzgado de lo Social nº UNO de La Rioja de fecha 29 DE DICIEMBRE DE 2005, y siendo recurrido D. Jose Ángel asistido del Ldo. D. Pablo Rubio Medrano, ha actuado como PONENTE EL ILMO. SR. DON Luis Loma Osorio Faurie.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos, por D. Jose Ángel se presentó demanda ante el Juzgado de lo Social número UNO de La Rioja, contra METZELER A.P.S., S.A. en reclamación por DESPIDO.

SEGUNDO.- Celebrado el correspondiente juicio, con fecha 29 DE DICIEMBRE DE 2005 recayó sentencia cuyos hechos probados y fallo son del siguiente tenor literal:

"HECHOS:

PRIMERO.- Don Jose Ángel prestó servicios para la empresa demandada, Metzeler Automotive Profile Systems, S.A., dedicada a la actividad de industrias químicas, caucho, desde el 1 de Noviembre de 1990, con la categoría profesional de oficial de primera, y salario de 77,81 euros brutos diarios, incluida parte proporcional de pagas extraordinarias.

SEGUNDO.- Mediante carta de fecha 13 de Octubre de 2005 la empresa demandada comunicó al trabajador la extinción de su contrato de trabajo, por causas objetivas, con efectos de la misma fecha, al amparo del artículo 52,d) del Estatuto de los Trabajadores, que se consignan en la referida comunicación obrante a los folios 4 y 5 de autos, cuyo contenido se da por reproducido, en síntesis, por faltas de asistencia al trabajo que aun justificadas, superan el 25% de las jornadas hábiles en cuatro meses discontinuos, en los meses de Noviembre de 2004, Marzo, Abril y Junio de 2005, un total de 23 días hábiles, siendo las jornadas efectivas de trabajo de 82 días; y siendo el índice de absentismo laboral en el centro de trabajo superior al 5% en cada uno de los meses referidos. En la misma comunicación la empresa pone a disposición del trabajador la indemnización de 14759,28 euros, correspondiente a veinte días de salario por año de servicio, la cantidad de 2264,17 euros por falta de preaviso; y el ingreso en cuenta de liquidación y finiquito del contrato.

TERCERO.- Don Jose Ángel ha estado en situación de incapacidad temporal por enfermedad común los siguientes periodos: del 15 al 18 de Noviembre de 2004; 26 de Noviembre de 2004; 21 a 23 de Marzo de 2005; 4 a 14 de Abril de 2005; 2 de Junio de 2005; 24 a 30 de Junio de 2005, lo que supone un absentismo del 28,05% al ser las jornadas de trabajo efectivas en dichos meses de 82 días.

CUARTO.- El actor no ostenta ni ha ostentado en el año anterior al despido la condición de representante de los trabajadores.

QUINTO.- Instado el 20 de Octubre de 2005 el preceptivo acto de conciliación ante el Organismo competente del Gobierno de La Rioja, se celebró el día 8 de Noviembre de 2005 con el resultado de "sin avenencia".

F A L L O : Estimo la demanda formulada por Jose Ángel contra Metzeler Automotive Profile Systems, S.A., y en su virtud declaro la improcedencia del despido efectuado, condenando a la empresa demandada a la readmisión del actor en su puesto de trabajo, en las mismas condiciones que regían antes del despido, o a que le indemnice con la cantidad de 52521,75 euros, a razón de 45 días de su salario por año de servicio; y al abono en todo caso de la cantidad de los salarios dejados de percibir desde la fecha del

despido: 13 de Octubre de 2005, hasta la finalización de este procedimiento, a razón de 77,81 euros brutos diarios."

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por METZELER A.P.S., S.A., siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el pase de los mismos al Ponente para su examen y resolución.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sentencia nº 692 del Juzgado de lo Social número Uno de La Rioja, de fecha 29 de diciembre de 2005, estimando la pretensión subsidiariamente deducida en la demanda, declaró improcedente el despido por causas objetivas, por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, del actor y condenó a la empresa a que, a su opción, le readmita o le indemnice en la suma que señala, y le abone en todo caso los salarios de tramitación. Contra dicha sentencia se interpone por la representación letrada de la empresa demandada recurso de suplicación. Articula el mismo a través de dos motivos de revisión fáctica, adecuadamente amparados en el apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, y de tres motivos de censura jurídica sustantiva que, también correctamente, ampara en el apartado c) del mismo artículo y Ley procesal.

SEGUNDO.- Como con reiteración ha venido recordando esta Sala, para que pueda prosperar en suplicación la revisión de los hechos declarados probados por el Magistrado de instancia, han de cumplirse los siguientes requisitos: 1) Han de concretarse los documentos o pericias en los que se base (artículo 194.3 LPL). No es, entonces, suficiente la usual remisión a la documental o pericial «en su conjunto» o a «la que obra en autos», sin especificar el concreto folio o folios en los que ésta consta. La documental ha de ser pública o privada reconocida en juicio. La pericial, en conformidad con el principio de contradicción, debe estar ratificada, salvo en el caso de dictámenes oficiales que obren dentro del mismo expediente administrativo del que forman parte (como sucede en los procesos de incapacidad permanente con los informes del Equipo de Valoración de Incapacidades). 2) No son admisibles la testifical, el interrogatorio de las partes (incluida la ficta confessio) o la prueba indiciaria, porque contraen su eficacia a la instancia y, en concreto, a su práctica dentro del juicio oral, con la inmediación, oralidad y concentración que caracteriza a éste. 3) Tampoco la declaración de las partes o la testifical cuando aparezcan enmascaradas de documental, lo que es frecuente (declaración de una de las partes que obra en escritura pública, informe de detective privado, declaración de autoridad o funcionario público, pero respecto de hechos que no constan en los archivos que tiene a su cargo, etc.). 4) La indicación del concreto hecho que se trata de modificar o suprimir es necesaria y, en su caso, la redacción del texto alternativo que se pretende para el mismo. Esta última es exigencia no prevista específicamente en la ley, pero que facilita a la otra parte la contradicción y permite a la Sala que pueda obrar en correspondencia con lo pedido. Tal rigorismo puede salvarse, pero sólo cuando del recurso se desprende claramente lo pretendido por la parte. 5) La revisión ha de ser trascendente para el signo del fallo, es decir, ha de constituir un elemento de hecho que tenga relevancia, más o menos inmediata, para la parte dispositiva de la sentencia. Es contrario a la economía procesal la constancia de datos

que ninguna relación guardan con el objeto litigioso o que tan sólo guardan una relación lejana. 6) La prueba ha de ser fehaciente, es decir, debe reflejar la verdad por sí sola, y con ello el error del Juzgador, sin otras consideraciones colaterales, hipótesis o conjeturas, porque, si éstas se admitieran, la Sala se encontraría suplantando al Juez de lo Social en la valoración de la prueba, como si de un nuevo juicio se tratara (una mera apelación) y no resolviendo un recurso que tiene naturaleza extraordinaria. En este sentido, no son admisibles tampoco los motivos de recurso basados en deducciones u operaciones matemáticas de cierta complejidad. 7) Puede solicitarse la revisión de cuanto tenga contenido fáctico y obre, sin embargo, de forma indebida en los Fundamentos de Derecho de la sentencia del Juez de lo Social. Al contrario, los conceptos jurídicos o predeterminantes del fallo se tendrán por no puestos, y de ser solicitada su constancia, serán rechazados por la Sala. 8) Siempre que exista un mínimo de actividad probatoria, que haya permitido la valoración judicial, resulta inadmisibles la llamada prueba negativa, es decir, la revisión fundada en la simple alegación de la carencia de pruebas referidas al hecho de que se trate. 9) Los errores materiales o aritméticos pueden ser subsanados a través del recurso de aclaración, sin acudir a la vía de la suplicación más que cuando aquél fuese desestimado. 10) Puede solicitarse la constancia de los hechos sobre los que las partes mantuvieran verdadera y estricta conformidad, sin necesidad de que estuvieran avalados por prueba documental o pericial alguna. Pues bien, en su motivo inicial pretende la recurrente la revisión del hecho declarado probado primero, en el sentido de sustituir la expresión "prestó servicios ... desde el 1 de Noviembre de 1990" por la que propone de "viene prestando relaciones laborales ... desde el 10 de noviembre de 1990", y en el de adicionar al final del texto la siguiente frase: "siendo su antigüedad la de 14 de noviembre de 1995". Cita para avalar su pretensión revisora un informe de vida laboral -folio 35-; un certificado de empresa emitido por el Director Adjunto de RR.HH. de la misma el 17 de octubre de 2005 -folio 40-; fotocopia de tres contratos de trabajo -folios 52 a 55, 75 y 76-; fotocopia de solicitud de baja en la Seguridad Social por fin de contrato, emitida por la empresa el 1-10-95 -folio 56-, comunicación de cese y liquidación al 01/10/95 -folios 57 y 58-. El motivo no prospera por las siguientes razones: A) La iniciación de su prestación de servicios a la demandada la refiere el actor en su demanda al 1 de noviembre de 1990 -hecho primero de su escrito de demanda-, y no fue negado por la demandada en el acto del juicio al contestar a la demanda, a pesar de que el artículo 85.2 de la Ley de Procedimiento Laboral señala, para ese trámite, que "El demandado contestará afirmando o negando concretamente los hechos de la demanda", de manera que tal cuestión la introduce novedosamente en el recurso, sin dar oportunidad a la contraparte de defenderse con respecto a la misma. B) Porque de los documentos ofrecidos como revisorios, algunos de ellos emitidos unilateralmente por la propia empresa (certificado de empresa, solicitud de baja en la Seguridad Social), no se desprende de forma directa, fehaciente y no necesitada de razonamientos, la certeza del texto propuesto. C) Porque, al haber sido valorados en sana crítica los citados documentos y en conjunto con el resto de la prueba documental aportada a los autos y testifical, según afirma la Juez de instancia en su fundamento jurídico primero, lo que pretende ahora la recurrente es que la Sala efectúe una nueva valoración de la prueba practicada, para lo que legalmente carece de competencia, y que sustituya el imparcial, objetivo y soberano criterio de la Juez de instancia en la valoración de la misma, por el propio, subjetivo y, naturalmente, interesado criterio de la parte, lo cual no es admisible. D) A mayor abundancia, por su intrascendencia, dado que aquí la interrupción de la cadena de contratos temporales el 1 de octubre de 1995 por un período superior a veinte días, no se plantea en relación con

la legalidad de la extinción del último de los que la ha integrado, sino a efectos de fijar la antigüedad, cuestión que ya ha sido resuelta en sentido contrario al pretendido por la empresa recurrente por esta Sala, resolviendo recursos en que la misma era parte, en Sentencias nº 226/05, nº 228/05 y nº 229/05, de 25 de octubre de 2005, nº 266/05, de 15 de noviembre de 2005, nº 17/06 y nº 18/06, de 2 de febrero de 2006, siguiendo la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en Sentencia de 23 de mayo de 2005 (RCUD nº 1401/2004). Y, además, porque aunque en el motivo quinto del recurso se vuelve a mencionar esta cuestión en relación con la cuantía de la indemnización por despido, sin embargo en el suplico del mismo sólo pide a la Sala "Desestimar íntegramente la demanda, declarando que el despido del actor es procedente, con las consecuencias legalmente establecidas inherentes a tal pronunciamiento absolutorio", sin petición subsidiaria alguna. Y también ha de fracasar el motivo segundo. En él la empresa recurrente insta la adición, al final del hecho probado tercero, de un párrafo nuevo del siguiente tenor literal: "El índice de absentismo total de la plantilla del Centro de trabajo de Cantabria, contando sólo la enfermedad común sin la maternidad, ha sido superior al 5%, y en concreto en los meses de referencia Noviembre de 2004 fue el 8%, marzo de 2005 fue el 7,12%, abril de 2005 fue el 8,27% y el mes de junio de 2005 fue el 8,15%. Estos datos han sido obtenidos a través de los registros informáticos que obran en poder de la Empresa". Ofrece para acreditarlo únicamente el documento obrante en el folio 92, consistente en certificación emitida por el Director Adjunto de RR.HH. de la empresa el 13 de diciembre de 2005, ratificado por él mismo en prueba testifical en el acto del juicio. Dicho documento ya ha sido valorado en sana crítica por la Magistrado "a quo" de forma específica en su fundamento cuarto, para concluir que la demandada "no ha acreditado el índice de absentismo de la empresa en el mismo período", conclusión cuya supresión no ha instado la recurrente y que resulta incompatible con el texto adicional propuesto para el hecho probado tercero. Expresa el referido fundamento y la Sala comparte que, "correspondiendo al empleador, conforme al artículo 217 de la ley de Enjuiciamiento Civil, no ha acreditado el índice de absentismo de la empresa en el mismo periodo, no siendo suficiente a efectos de dicha acreditación un certificado aportado por la propia empresa, sin otro soporte probatorio, de índices de absentismo, sin aportar para su corroboración, relación nominal de trabajadores que han faltado de forma repetida e intermitente al trabajo, en el periodo de referencia, boletines de cotización a la Seguridad Social, partes de incapacidad temporal, o cualquier otro documento que permita tener conocimiento cierto de que concurre en el centro de trabajo en el periodo dicho un índice de absentismo total de la plantilla del centro superior al 5%".

TERCERO.- Por el cauce del apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, referente al objeto de "Examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia", el motivo tercero denuncia la infracción de las siguientes normas procesales: artículo 326.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y artículos 90 y 94 de la Ley de Procedimiento Laboral, así como la del artículo 1225 del Código Civil, que dispone que "El documento privado, reconocido legalmente, tendrá el mismo valor que la escritura pública entre los que lo hubiesen suscrito y sus causahabientes", citando además sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Combate nuevamente la recurrente la valoración efectuada por la Juez de instancia de la certificación de la empresa que se señalaba en el motivo anterior, expresando que su criterio "se considera que vulnera los preceptos legales invocados y la Jurisprudencia citada, por cuanto el documento analizado es un medio de prueba admitido en Derecho (artículo 90 de la LPL), no impugnado por la otra parte en el momento procesal oportuno (artículo 94 y

326.1 de la LEC) y que al haber sido adverbado a presencia judicial se considera que adquiere el rango de prueba plena, por aplicación del artículo 1225 del C.C.". Han de realizarse, al respecto, las siguientes consideraciones que conducen a la desestimación del motivo: A) No debe confundirse la "habilidad" del documento como medio de prueba arts. 90 y 94 LPL- con su "eficacia" o fuerza probatoria-arts. 326 LECiv. y 1225 CC.-. B) En este caso, el documento en cuestión ha sido admitido como medio de prueba e incorporado a los autos -al folio 92-, de manera que no se han vulnerado los citados preceptos de la Ley de Procedimiento Laboral. C) Y tampoco el artículo 1225 del Código Civil. En primer lugar porque, frente a lo afirmado por la recurrente de que el documento no ha sido "ni siquiera impugnado de adverso", consta en el acta del juicio -folio 18- cómo en período de conclusiones la representación del actor manifestó: "La jurisprudencia por ello exige una prueba plena para acreditar el absentismo total de la empresa y no basta un simple certificado como en este caso". En segundo lugar porque, como ha señalado el Tribunal Supremo (Sala Civil), interpretando este artículo, en Sentencias de 24 de marzo de 1981 y 3 de julio de 1995, esta eficacia se limita a las personas que cita el precepto ("los que lo hubiesen suscrito y sus causahabientes"), y, en Sentencias de 23 y 24 de marzo, 27 de junio y 22 de octubre de 1992, que pueden ser tomados en cuenta ponderando su grado de credibilidad atendidas las circunstancias del caso. D) Y tampoco ha resultado infringido el artículo 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Dispone el citado artículo, incluido el apartado 3, añadido por la disposición adicional 10 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre: "Artículo 326. Fuerza probatoria de los documentos privados.1. Los documentos privados harán prueba plena en el proceso, en los términos del artículo 319, cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudiquen.2. Cuando se impugne la autenticidad de un documento privado, el que lo haya presentado podrá pedir el cotejo pericial de letras o proponer cualquier otro medio de prueba que resulte útil y pertinente al efecto. Si del cotejo o de otro medio de prueba se desprendiere la autenticidad del documento, se procederá conforme a lo previsto en el apartado tercero del artículo 320. Cuando no se pudiere deducir su autenticidad o no se hubiere propuesto prueba alguna, el tribunal lo valorará conforme a las reglas de la sana crítica. 3. Cuando la parte a quien interese la eficacia de un documento electrónico lo pida o se impugne su autenticidad, se procederá con arreglo a lo establecido en el artículo 3 de la Ley de Firma Electrónica". En el presente caso, al haber sido cuestionada por el actor la veracidad del contenido del documento, no es aplicable el apartado 1 del precepto, sino el 2, de manera que, a falta de otras pruebas, debía ser valorado conforme a las reglas de la sana crítica, como efectivamente realizó la Juez "a quo".

CUARTO.- Por el mismo cauce procesal, el motivo cuarto denuncia la infracción, por el concepto de interpretación errónea, de los artículos 52 d) y 53.1, en relación con el 49.1. l), del Estatuto de los Trabajadores, y de la Jurisprudencia, citando al efecto cuatro sentencias de Tribunales Superiores de Justicia, y ninguna del Tribunal Supremo ni del Tribunal Constitucional, únicos tribunales cuya doctrina reiterada constituye jurisprudencia. El Estatuto de los Trabajadores, en su artículo 49.1, l) permite la "extinción del contrato" "Por causas objetivas legalmente procedentes", y regula esa extinción por causas objetivas en sus artículos 52, referente a las causas que lo justifican, y 53, referente a los requisitos de forma y a sus efectos. El artículo 52 dispone: "El contrato podrá extinguirse: d) Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20 por 100 de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, o el 25 por 100 en cuatro meses discontinuos dentro de un período de

doce meses, siempre que el índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo supere el 5 por 100 en los mismos períodos de tiempo. No se computarán como faltas de asistencia, a los efectos del párrafo anterior, las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, licencias y vacaciones, enfermedad o accidente no laboral, cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de salud, según proceda". (En redacción modificada por disposición adicional 7.6 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre). Como tuvo ocasión de señalar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 19 de diciembre de 2003-citada por la aquí recurrida-, dictada en Recurso de Suplicación nº 2552/2003, y esta Sala comparte: "Nuestro ordenamiento jurídico establece, entre las causas de extinción del contrato de trabajo, algunas que agrupa bajo la denominación de causas objetivas (art. 49-1-I ET) y que, por no estar sujetas a un incumplimiento culpable del trabajador, generan en éste derecho a una indemnización, si bien de menor cuantía (veinte días de salario por año de servicio, con tope de doce mensualidades: art. 53-1-b ET) que la fijada para los casos en que el empresario despide sin concurrir causa justa para ello (cuarenta y cinco días por año, con límite máximo de cuarenta y dos mensualidades: art. 56-1-a ET). Una de esas causas es la que cabe identificar, genéricamente, con el término de absentismo y deriva de que el trabajador falte repetidamente al trabajo en determinadas circunstancias: a) de una parte, sus propias ausencias han de tener una cierta entidad, que el precepto cuantifica en que han de alcanzar el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, o el 25% en cuatro meses discontinuos dentro de un período de doce meses; b) además, que sean ausencias intermitentes, lo que excluye el caso en que se cumplan esos parámetros pero por una única ausencia prolongada; c) finalmente, que el absentismo del trabajador, así medido, venga acompañado de un determinado nivel de absentismo global en el centro de trabajo, al exigirse que en el mismo período de tiempo que se toma referencia para él, el índice de absentismo total de la plantilla del centro rebase el 5%. Ahora bien, el párrafo segundo del art. 52-d) ET se encarga de precisar que no computarán, como faltas de asistencia, a los efectos del párrafo anterior de esa norma, determinado tipo de ausencias, que concreta en unas específicas, en lista cerrada: las debidas a huelga legal por el tiempo de duración de ésta, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo o enfermedades causadas por éste, parto o lactancia, las licencias y vacaciones, así como la enfermedad o accidente cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos. Merece la pena destacar que, con esa configuración, se pone de manifiesto que no se trata de tipificar como causa de extinción la poca rentabilidad que para una empresa tiene un trabajador que falta mucho tiempo al trabajo, ya que de ser así no se excluirían ausencias de ningún tipo (o, cuando menos, un abanico tan amplio de supuestos) ni se exigiría que fueran intermitentes y, por supuesto, tampoco se vincularía al nivel de absentismo de la plantilla del centro. No radica ahí la razón de ser de la norma o, mejor dicho, ese trastorno no se considera suficiente como para sacrificar el interés del trabajador por mantener el contrato. La finalidad es otra: es una norma destinada a combatir el absentismo en las empresas, otorgando al empresario esa facultad extintiva cuando los niveles globales que soporta son altos, en la medida en que

ello acarrea una disfunción importante, no sólo por el coste directo de la ausencia (o de su sustitución) sino por el indirecto que supone la singular dificultad de suplir ausencias cortas, permitiéndole la extinción de contratos de trabajo, pero no de cualquier trabajador sino sólo de aquellos que son partícipes activos en esa situación. Se explica, así, que se exijan niveles de absentismo a nivel de centro, como también que las ausencias del trabajador afectado deban ser intermitentes, que se excluyan de cómputo un determinado tipo de ausencias e, incluso, la misma selección de éstas". Pues bien, en el presente caso, como se desprende del relato de hechos probados de la sentencia de instancia, contenido tanto en su formal declaración de los mismos como en su fundamentación jurídica, aparece acreditado el cumplimiento del primer requisito, que es el del porcentaje de ausencias intermitentes del actor, pero no el, acumulativamente exigido, de que el índice de absentismo total del centro de trabajo en el mismo período tomado como referencia superase el 5%. No ha incurrido, por tanto, la sentencia en las infracciones legales que se le achacan en el motivo, lo que conduce a su desestimación.

QUINTO.- Finalmente, el motivo quinto denuncia la infracción, por inaplicación, del artículo 53.5, en relación con el artículo 56.1, y del artículo 59.3, todos ellos del Estatuto de los Trabajadores, así como de la jurisprudencia contenida en Sentencias que cita del Tribunal Supremo. Argumenta la parte recurrente que, de la indemnización por despido improcedente establecida en la sentencia recurrida, ha de detrarse la cantidad abonada como indemnización con la comunicación de extinción por causas objetivas, así como de los salarios de tramitación lo abonado como preaviso. Y, por otra parte, vuelve a discrepar del cómputo de la prestación de servicios anterior al 1 de octubre de 1995 a efectos de la indemnización por despido. Cierto es que el artículo 53.5 del Estatuto de los Trabajadores dispone: "La calificación por la autoridad judicial de la nulidad, procedencia o improcedencia de la decisión extintiva producirá iguales efectos que los indicados para el despido disciplinario, con las siguientes modificaciones: ... b) Si la extinción se declara improcedente y el empresario procede a la readmisión, el trabajador habrá de reintegrarle la indemnización percibida. En caso de sustitución de la readmisión por compensación económica, se deducirá de ésta el importe de dicha indemnización". Y también que las dos primeras sentencias que cita, relativas a la indemnización por despido de deportistas profesionales, señalan que la Sala de suplicación, para revisar la indemnización reconocida, podrá "tomar en consideración otros datos no tenidos en cuenta en la instancia, bien constaren ya en la sentencia recurrida, bien sean objeto de adición en el recurso". Pero también este motivo está llamado al fracaso, en base a las siguientes consideraciones: A) Ni en la redacción judicial de los hechos probados de la sentencia de instancia, ni en las adiciones postuladas por la recurrente al amparo del apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, constan los datos que pretende sean tenidos en cuenta por la Sala en este motivo. B) Como ya se ha anticipado en el fundamento segundo de esta resolución, la recurrente no ha articulado en el suplico de su recurso pretensión alguna al respecto, sino únicamente la desestimación íntegra de la demanda y la absolución de la demandada. C) Lo que se refiere a lo ajustado a Derecho del cómputo de los contratos temporales sucesivos anteriores al finalizado el 1 de octubre de 1995, ya ha sido resuelto en el apartado D) del fundamento segundo de la presente sentencia, con referencia a sentencias anteriores de la Sala que resolvían recursos en que era parte la misma empresa, en las que se establecía, siguiendo la más reciente del Tribunal Supremo, la doctrina de que, expresada en síntesis, señalaba que, "el tiempo de servicios no se modifica por el hecho de haber existido interrupciones más o menos largas en el servicio al mismo empleador,

máxime si tales interrupciones fueron por imposición de este último". D) Nada obsta para que la detracción legalmente prevista que haya de hacerse de cantidades ya abonadas, se determine en ejecución de sentencia, caso de ser necesario. Debiéndose hacer notar al respecto cómo la parte recurrente, en su escrito de anuncio del recurso -folios 129 y 130 de los autos- expresó lo siguiente: "De conformidad con lo dispuesto en los artículos 226 y 227 del citado Texto Legal, se acompaña resguardo del BANESTO, acreditativo de haberse efectuado el depósito legal de 150,25 Euros, así como la cantidad objeto de condena que asciende a 44.393,55 Euros, - resultante de los siguientes conceptos: Indemnización por importe de 37.762,47 Euros (52.521,75 Euros menos la cantidad de 14.759,28 Euros, que fue entregada al trabajador junto a la carta de despido objetivo) y el importe de 6.631,08 euros correspondiente a los salarios de tramitación calculados desde la fecha del despido el 13 de octubre de 2005 hasta el 12 de enero de 2006, fecha de la consignación en la cuenta de depósitos del Juzgado-, a los efectos de poder formalizar recurso de suplicación", y efectivamente consignó la cantidad por ella misma calculada -folio 131-, sin que el Juzgado ni la parte recurrida hayan considerado tal consignación insuficiente.

SEXTO.- Como consecuencia de cuanto se ha expuesto, procede desestimar el recurso de suplicación interpuesto y confirmar la sentencia recurrida. Y, al no gozar la empresa recurrente del beneficio de asistencia jurídica gratuita y en cumplimiento de lo ordenado en los artículos 202.1 y 4 y 233.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, ha de disponerse la pérdida de la consignación y del depósito que constituyó para recurrir, a los que se dará el destino legal cuando la presente sentencia sea firme, y condenarle a abonar al Letrado impugnante de su recurso la cantidad de seiscientos euros en concepto de honorarios.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

F A L L A M O S

: Que debemos desestimar y DESESTIMAMOS EL RECURSO DE SUPPLICACIÓN interpuesto por la representación letrada de METZELER AUTOMOTIVE PROFILE SYSTEMS, S.A. contra la Sentencia nº 692 del Juzgado de lo Social número Uno de La Rioja, de fecha 29 de diciembre de 2005, dictada en autos promovidos por DON Jose Ángel contra la recurrente en reclamación por DESPIDO, y CONFIRMAMOS DICHA SENTENCIA. Disponemos la pérdida de la consignación y del depósito constituidos para recurrir, a los que se dará el destino legal cuando la presente sentencia sea firme, y condenamos a la empresa recurrente a abonar al Letrado impugnante de su recurso la cantidad de seiscientos euros, en concepto de honorarios.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, debiendo anunciarlo ante esta Sala en el plazo de DIEZ DIAS mediante escrito que deberá llevar firma de Letrado y en la forma señalada en los artículos 215 y siguientes y concordantes de la Ley de Procedimiento Laboral. Si el recurrente es empresario que no goce del beneficio de justicia gratuita y no se ha hecho la consignación oportuna en el Juzgado de lo Social, deberá ésta consignarse en la cuenta que esta Sala tiene abierta con el nº 2268-0000-66-0193-06 del BANESTO, Código de entidad 0030 y Código de oficina 8029 pudiendo sustituirse la misma por aval bancario, y el depósito para recurrir

de 300,51 euros deberá hacerse ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Expídanse testimonios de esta resolución para unir al Rollo correspondiente y autos de procedencia, incorporándose su original al correspondiente libro de Sentencias.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Magistrado-Ponente, Ilmo. Sr. D. Luis Loma Osorio Faurie, celebrando audiencia pública la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, de lo que como Secretaria de la misma doy fe.

Sentencia Audiencia Provincial Zaragoza núm. 18/2005 (Sección 5ª)(JUR 2005\38035), de 14 enero

Jurisdicción: Civil

Recurso núm. 180/2004.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Ignacio Medrano Sánchez.

CONTRATOS MERCANTILES.

Texto:

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

ZARAGOZA

SENTENCIA: 00018/2005

SENTENCIA núm. 18/05

ILMOS. Señores:

Presidente Acctal:

D. ANTONIO LUIS PASTOR OLIVER

Magistrados:

D. JUAN IGNACIO MEDRANO SÁNCHEZ

D. ROBERTO GARCIA MARTINEZ

En ZARAGOZA, a catorce de enero de dos mil cinco.

En nombre de S.M. el Rey,

VISTOS por esta Sección Quinta de la Audiencia Provincial de ZARAGOZA, en grado de apelación, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 421/2003, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 7 de ZARAGOZA, a los que ha correspondido el ROLLO DE APELACIÓN núm. 180/2004 , en los que aparece como parte apelante-demandante C.B.H. RE-DIST, S.L., representado por el procurador D. FERNANDO PEIRE AGUIRRE, y asistido por el Letrado D. FERNANDO VIÑAS DOT, y como parte apelante-demandada DKV PREVIASA, S.A. SEGUROS Y REASEGUROS, representado por el procurador D. ISAAC GIMENEZ NAVARRO y asistido por el Letrado D. JOSE MARGALEJO MURO; siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. JUAN IGNACIO MEDRANO SÁNCHEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los de la sentencia apelada de fecha 13 DE ENERO DE 2004, cuyo FALLO es del tenor literal: "FALLO.- Estimando parcialmente la demanda

interpuesta por CBH RE-DIST, S.L. contra DKV PREVIASA, S.A. SEGUROS Y REASEGUROS, debo condenar a ésta última a:

- 1.- Satisfacer a la actora en la cantidad de SIETE MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y NUEVE EUROS CON VEINTIUN CENTIMOS (7469,21 EUROS).
- 2.- Al pago de los intereses legales desde la reclamación judicial hasta su completo pago.
- 3.- Sin hacer expresa condena en costas.

Estimando parcialmente la reconvención formulada por DKV PREVIASA, S.A. SEGUROS Y REASEGUROS contra C.B.H. RE-DIST, S.L., debo:

- 1.- Declarar y declaro que la propiedad de la cartera significada en la reconvención pertenece a DKV Seguros, como elemento integrador de su masa patrimonial, en virtud de su adquisición a través del Convenio de Cesión de Cartera operado entre DKV Seguros y la COMISIÓN LIQUIDADORA DE ENTIDADES ASEGURADORAS sobre la totalidad de la cartera de LA NORDICA en virtud de su adquisición en fecha 30 de marzo de 2000 reflejada en la O. de 4 de abril de 2000, publicada en B.O.E. de 21 de abril de 2000.
- 2.- Declarar y declaro el derecho de DKV PREVIASA, S.A. SEGUROS Y REASEGUROS a obtener de C.B.H. RE-DIST, S.L. una indemnización por daños y perjuicios derivada de lucro cesante cuya cuantificación deberá fijarse conforme al artículo 712 de la L.E.C.
- 3.- Sobre las costas, conforme al artículo 394 de la L.E.C. no se hará expresa condena.

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes por la representación procesal de ambas se interpusieron contra la misma sendos recursos de apelación; y dándose traslado a la parte contraria se opusieron al recurso del contrario, remitiéndose las actuaciones a esta Sección Quinta de la Audiencia, previo emplazamiento de las partes.

TERCERO.- Recibidos los Autos y cinta de video; y una vez personadas las partes, se formó el correspondiente Rollo de Apelación con el número ya indicado, señalándose día para deliberación, votación y fallo el trece de Septiembre de dos mil cuatro

CUARTO.- En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A) EL RECURSO DE C.B.H REDIST, S.L.:

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia se alzarán ambas partes.

En el recurso de la mercantil demandante se cuestionarán las afirmaciones básicas que han servido estructuralmente para sus pronunciamientos, señaladamente que aquélla parte resolviera unilateralmente el contrato mediante el cuestionado correo electrónico de fecha 12 de diciembre de 2001 (documento nº 5 de la contestación y pruebas periciales

practicadas en relación al mismo), con la seciente repercusión de ese posicionamiento con relación a las subvenciones fijas pactadas contractualmente, así como la negación del comportamiento desleal que se imputa en la contestación y reconvencción a la recurrente, consistente la misma en una ilícita cesión de cartera a otra entidad aseguradora, y en base a la negación de ambas circunstancias negativas, esto es inexistencia de denuncia unilateral y de comportamiento desleal, que deben abonar al reconocimiento de la indemnización por clientela.

SEGUNDO.- Uno y otro fundamento del recurso deben decaer.

En relación al correo electrónico porque ciertamente el mismo no viene avalado por la certificación de firma electrónica, ello no impide que pueda ser valorada como prueba. Las periciales han permitido constatar que, en abstracto, un correo electrónico puede haber sido objeto de manipulación, de manera que el valor probatorio de la cabecera "from" es cuestionable, nulo según el perito de la parte demandante, y sólo manipulable a través de medios sofisticados por personas con grandes conocimientos informáticos según el perito de la demandada.

Y en esa tesitura y atendiendo al valor que como prueba ordinaria puede tener un correo electrónico en principio no se ve razón que justifique o haga arrojar sombra de dudas o sospechas al recibido en varios de los responsables de DKV. Debe repararse en este sentido que el informe pericial del demandante es abstracto o genérico. Hace referencia a las posibilidades de manipulación de una cuenta de correo, en forma tal que alguien ajeno a su titular haya podido, bien crear otra cuenta de correo con la misma dirección o código de identificación de su titular, bien acceder a la del demandante. El primer supuesto estaría exento de prueba, y el segundo no parece razonable presumirlo pues hay que conocer la contraseña para su acceso.

Tan esto es así que aquél perito no afirma que el correo recibido fuera objeto de manipulación sino que en abstracto pudo serlo, no decantándose en uno u otro sentido (12:57:40), por lo que tal pericial no es sino un ejercicio técnico, en su parte escrita de no fácil comprensión, sobre la mayor fiabilidad o no de un correo electrónico.

Pero es que además si hay que acudir al comportamiento de las partes como elemento accesorio que sirva para sacar una conclusión sobre la realidad o mejor dicho autenticidad de aquél correo, la misma habrá de ser favorable. El elemento externo más visible del contrato, la que tiene una correspondencia más directa con el mismo ofreciendo además una cadencia temporal, en este caso mensual, será precisamente la discutida subvención fija, que DKV dejaría de abonar precisamente en febrero de 2002 (hecho séptimo de la demanda), lo que se corresponde al contenido de ese correo, y sobre todo la falta de respuesta del recurrente a la supresión del pago de aquella subvención: aparte de manifestaciones de parte en su interrogatorio, el rastro documentado de su primera queja ante tal supresión no sería, tal y como se detalla en su propia demanda (hecho octavo) hasta en comunicación detallada el 30 de diciembre de 2002 (folio 203) sino cuando existiría la primera reclamación documentada, de manera prácticamente previa a la resolución contractual e inicio del conflicto.

Pero es además, a criterio de la Sala, la prueba practicada ha acreditado que la recurrente mantuvo un comportamiento contrario a la buena fe y a la lealtad que

contractual y legalmente le era exigible, pues con toda la imprecisión que se quiera, difícil de salvar por lo que luego se dirá, es claro que la demandante utilizó su realidad subyacente, su estructura social familiar, para ir derivando en términos significativos la cartera de DKV hacia otra aseguradora.

No es necesario aquí acudir a la teoría del levantamiento del velo de las personas jurídicas para alcanzar esa conclusión. La recurrente adoptó actitudes tendentes a forzar la baja de las distintas pólizas y paralelamente a través de uno de los integrantes de la estructura familiar realizó un pase de cartera a otra aseguradora, pero en términos que tal cartera volvería en su plenitud a aquella estructura familiar subyacente de la mercantil recurrente, mediante la constitución de una nueva sociedad también, al menos en parte, mediadora, y con aportación a la misma de aquella cartera por parte del miembro familiar que aparecía formalmente como nuevo mediador ante la también nueva aseguradora.

Las pruebas testificales en este sentido fueron suficientemente esclarecedoras a criterio de la Sala, reveladoras de unas bajas desproporcionadas. El propio representante de la aseguradora beneficiada del pase de cartera se vería obligado a reconocer la satisfacción que resultaba de la valorable aportación de cartera realizada por Diego (12:33:30).

La utilización de la estructura familiar y de diferentes realidades societarias no dice sino del carácter instrumental que todo ello tuvo para consumir el pase de cartera.

TERCERO.- Y sentado lo anterior la solución a la indemnización por clientela que se pretendía en la demanda y ahora en el recurso presenta fácil solución. Pues si el artículo 7.2 de la Ley 9/1992, de 30 de abril, de seguros privados dispone que el contenido del contrato será el que las partes acuerden libremente y se regirá supletoriamente por las normas generales aplicables al contrato de agencia, lo previsto en la carta o documentos es claro al establecer una diferenciación en el régimen jurídico de los derechos económicos del agente una vez extinguido el contrato, según se trate de causas imputables o no a la agencia, pues así como para este último se contiene un reconocimiento del derecho a la clientela, aun no exento de cierta confusión (artículo 5.2.A) del clausulado del contrato), para el primer supuesto se reguló por las partes la inexistencia de "ningún derecho económico sobre los contratos por ella intermediados, incluida la indemnización por a que se refiere el artículo 28 de la Ley sobre Contratos de Agencia", la que es conforme con esta regulación supletoria según dispondrá la mencionada Ley, en su artículo 30.a), que excluye el derecho a la indemnización por clientela, también a los daños y perjuicios, cuando, tanto cuando el contrato se extingue por incumplimiento del agente como cuando el agente hubiere denunciado el contrato, lo que fatalmente deberá conducir a la desestimación del recurso en este particular.

A su vez debe decaer también toda pretensión a seguir percibiendo la subvención fija pactada entre las partes a partir del mes de febrero de 2002.

CUARTO.- El último punto objeto del recurso de apelación interpuesto por la mercantil "C.B.H. Re DIST, S.L." atañe a la estimación parcial de la demanda reconventional en el particular de la misma en que se le condena a abonar el lucro cesante.

La Sala ha de estar con la sentencia de instancia en cuanto a la conclusión probatoria que constituye el presupuesto de dicha acción, y de la que nos hemos de reiterar pues ya lo hemos expuesto con anterioridad, que está suficiente y claramente acreditado el pase de cartera.

Es verdad que tal y como se viene a reconocer en el mismo recurso al finalizar su argumentación, y tal y como razona la sentencia de instancia, en la caída de cartera, que se cifra en 460 pólizas, pueden concurrir una pluralidad de causas en términos tales que no puede objetivarse el quantum imputable a la actuación desleal que supuso el incentivar el pase de cartera, lo que lleva a la sentencia de instancia, en extremo que no ha sido recurrida por la aseguradora, a diferir a la fase de ejecución su concreción. Pero esa indeterminación no excluye la apreciación del comportamiento desleal ni su determinación se configura como un presupuesto de la acción resarcitoria: bastaría con la existencia de una única póliza para entender vulnerada la interdicción de la modificación que previene el artículo 9.1 de la Ley de 30 de abril de 1992 de mediación de seguros privados, Y como la sentencia de instancia razona esa modificación se produjo de manera, no aislada o simbólica, sino que fue de notable entidad.

B) EL RECURSO DE D.K.V., S.A., SEGUROS Y REASEGUROS:

QUINTO.- El recurso interpuesto ofrece una serie de peculiaridades procesales. En primer lugar llamará la atención que en el escrito de preparación del recurso (artículo 457 de la L.E.C.) se adelantará que la discrepancia con la sentencia se refiere a "la omisión de extensión a las "sucesoras" de C.B.H. Re DIST, de la declaración de obligación de restitución de cartera solicitada (punto 3º suplico)". El ámbito de la preparación del recurso es llamativo porque en la sentencia de instancia no es que se haya omitido esa extensión a las sucesoras de la demandante, sino que contiene una íntegra omisión del apartado tercero del suplico. Además porque no ya en la sentencia sino tampoco en el suplico de la demanda se pide una condena a la restitución de la cartera. Ni en el punto tercero (en parte declarativo y en parte de condena) ni en el punto quinto (de condena).

En el escrito de interposición del recurso (artículo 458 de la L.E.C.) ya se hará extensivo su alcance a la íntegra omisión de los apartados tercero y quinto del suplico de la demanda (lo que supondría un exceso en relación al contenido de la preparación del recurso), aunque lo que más parece preocupar en el recurso es la omisión de la extensión de las condenas impuestas a las "sucesoras" de "CBH Re DIST", considerando que aquéllos pronunciamientos contenidos en los apartados tercero y quinto del suplico están admitidos en la fundamentación jurídica de la sentencia (fundamento noveno) y porque tal omisión condenaría a la práctica ineficacia de la acción restitutoria de la propiedad de la cartera.

SEXTO.- Para que decaiga el recurso bastaría recordar lo ya antes dicho: la aseguradora recurrente no pidió la restitución de la cartera. Pidió la declaración de incumplimiento contractual del agente (punto 1º), que se declarara que a cartera era de su propiedad por su lícita adquisición a la CLEA (punto segundo), así como, en un complejo suplico, se declarara el ilegal pase de cartera y la recuente infracción del deber de lealtad (parte declarativa), así como a la pérdida al derecho de comisionamiento futuro (acción de condena).

En el punto cuarto se ejercitaban las acciones resarcitorias, aquí no impugnadas, y en el punto quinto se contemplaba otra acción de condena, de no hacer, de no culminar cualquier acción de despojo.

En ningún momento ha pedido la restitución de la cartera, Ni lo ha pedido pero tampoco lo ha podido pedir. Una cartera de seguros no es sino un activo comercial. Por tanto algo esencialmente dinámico, que se puede perder en razón a una pluralidad de causas, algunas comerciales y lógicas en cualquier actividad empresarial, y otras que pueden ser patológicas, como será, también en parte, en el supuesto de autos en el que se considera probado que el agente propició y promovió el pase de cartera a otra aseguradora. Y que jurídicamente es irre recuperable, pues la posición jurídica del agente es puramente accidental en las estructuras negociales de las pólizas que integran aquella cartera, dado que los elementos subjetivos básicos de los mismos son, no sólo la aseguradora, sino también los asegurados. A estos no se les puede imponer un cambio de aseguradora no sólo sin haber sido llamados al proceso, que no lo han sido, sino aunque efectivamente hubieran sido llamados al proceso, pues a nadie se le puede imponer un determinado vínculo negocial. Tampoco podría hacerse sin llamar a demás a la aseguradora beneficiada por ese pase de cartera del mediador. Es decir que lo que no cabe en estos supuestos de pase de cartera con infracción de lo contractualmente pactado y la determinada legalmente (artículo 9.1, de la Ley de 30 de abril de 1992, de mediación de seguros privados), es una restitución in natura.

No es posible jurídicamente, de manera que lo único posible es pedir lo que se pidió, es decir la acción resarcitoria por equivalente, esto es el valor de esa cartera.

Cierto que parte de ese punto del suplico está implícitamente admitido (el ilícito pase de cartera propiciado por el agente), pero la sentencia de instancia se ha parado allí, en parte por evidentes razones de prudencia procesal, al eludir nombrar a la aseguradora beneficiada por ese pase de cartera, que no ha sido llamada al proceso y a la que no sería posible, sin vulnerar el principio de contradicción atribuir participación alguna en aquél hecho del mediador.

Y eso hace ociosa la invocación a cualesquiera sucesoras del agente. Además porque procesalmente ello no sería posible sin haber sido llamadas al proceso. Estaban perfectamente identificados al tiempo de presentarse la demanda reconvenicional todos los elementos subjetivos, personas físicas y jurídicas, a los que se atribuye participación en la realización del pase de cartera (hecho sexto de la demanda reconvenicional). Por tanto una cosa es que se pueda acudir al levantamiento del velo de las personas jurídicas para poner en evidencia una actuación desleal, lo que ni siquiera eso ha sido necesario, y otra muy diferente es que se les pueda imponer a las mismas conductas sin haber sido llamadas al proceso: la vulneración del principio constitutivo del proceso como es el de contradicción es palmario y está vedado por el por el artículo 24 de la Constitución Española. SEPTIMO.- Al desestimarse los recursos de apelación procede imponer a las partes apelantes las costas causadas por sus respectivos recursos (arts. 398 y 394 L.E.C.).

VISTOS los artículos citados y pertinente y general aplicación

F A L L A M O S

Se desestiman los recursos de apelación interpuestos por ambas partes contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia Número Siete de Zaragoza y recaída en el juicio declarativo ordinario nº 421/03, la que se confirma en su integridad, imponiendo a los recurrentes las costas causadas por sus respectivos recursos.

Remítase las actuaciones al Juzgado de procedencia, juntamente con testimonio de la presente, para su ejecución y cumplimiento, debiendo acusar recibo.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Sentencia Audiencia Provincial Tarragona núm. 20/2004 (Sección 3ª) (AC 2005\197), de 27 diciembre

Jurisdicción: Civil

Recurso de Apelación núm. 133/2004.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Sergio Nasarre Aznar.

CONTRATOS BANCARIOS: TARJETA DE CREDITO: reclamación de cantidad: procedencia: utilización fraudulenta de la tarjeta: supuesta sustracción indebida de cantidad por un tercero: falsificación/duplicación de la tarjeta: responsabilidad de la entidad emisora: ausencia de negligencia en la custodia por el titular: falta de acreditación de la infalibilidad del sistema respecto al sistema de número secreto o PIN. La Audiencia Provincial de Tarragona declara no haber lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia de fecha 09-01-2004 dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de El Vendrell.

Texto:

En Tarragona, a veintisiete de diciembre de dos mil cuatro.

Visto ante esta Sección 3ª de la Audiencia Provincial el recurso de apelación interpuesto por Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid representado en la instancia por el Procurador D. José Roman Gómez contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de El Vendrell, en fecha de 9-1-2004, en autos de juicio verbal número 362/03 en los que figura como demandante DÑA. Aurora y como demandado Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid.

ANTECEDENTES DE HECHO

ACEPTANDO y dando por reproducidos los de la Sentencia recurrida y,

PRIMERO Que la sentencia recurrida contiene la siguiente parte dispositiva:

«Estimar en su integridad la demanda presentada por el Procurador Sr. Dionisio, en nombre y representación de Dª. Aurora, condenando a Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid a que abone a la actora la cantidad de 1.061 euros más los intereses legales devengados a partir de la fecha de la interpelación judicial y con expresa condena a la parte demandada al pago de las costas procesales devengadas en la presente instancia».

SEGUNDO Que contra la mencionada sentencia se solicitó la preparación de la apelación y, evacuado ese trámite, se interpuso recurso de apelación por la parte DEMANDADA sobre la base de las alegaciones que son de ver en el escrito de alegaciones presentado.

TERCERO Dado traslado a las demás partes personadas del recurso presentado para que formulen oposición al recurso o impugnación de la sentencia apelada, por la parte ACTORA se interesa la confirmación de la sentencia apelada.

VISTO y siendo ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Sergio Nasarre Aznar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO La parte recurrente alega como motivos del recurso los siguientes: 1) error en la apreciación de la prueba, respecto al testimonio del imputado por la utilización fraudulenta de la tarjeta de crédito de la Sra. Aurora; 2) carga de la prueba: señala que no corresponde a Caja Madrid probar que la utilización fraudulenta de la tarjeta es imputable a la Sra. Aurora, por su negligencia en su custodia; 3) el hecho de que existiese realmente una duplicación de la tarjeta, en el que se basa el juzgador de instancia, no ha quedado realmente acreditado, debiendo realizarse las compras y las extracciones de dinero con la tarjeta original y con el PIN (número identificativo o secreto) de la actora. Solicita, por todo ello la revocación de la Sentencia y que se dicte sentencia conforme a su contestación de la demanda. En su escrito de oposición a la apelación, la parte apelada, señala que no existió negligencia por parte de la Sra. Aurora puesto que ni le habían sustraído la tarjeta, que nunca se la había dejado a nadie ni nadie había tenido acceso a su número secreto y que las cantidades de dinero han sido extraídas sin su consentimiento y rebate el resto de argumentos de la apelante, solicitando la desestimación del recurso de apelación, el mantenimiento de la sentencia recurrida y la condena a costas de la apelante.

SEGUNDO Como es sabido, el contrato de tarjeta de crédito (sin distinguir entre crédito o débito, en sentido económico) es un contrato atípico y, tal y como señala la SAP Tarragona 30-3-2000 (AC 2000, 3417) es «caracterizado por ser de adhesión puesto que el titular de la tarjeta se limita a aceptar unas normas impuestas por la organización emisora, carece de regulación específica en nuestra legislación, salvo concretas referencias en los arts. 2 y 15 Ley 7/1995 de 23 marzo (RCL 1995, 979 y 1426) sobre Crédito al Consumo y art. 46 Ley 7/1996 de 15 enero (RCL 1996, 148 y 554) de Ordenación del Crédito Minorista; sin perjuicio de su sometimiento a la normativa bancaria y de la aplicación de la Ley 7/1998 de 13 abril (RCL 1998, 960) sobre Condiciones Generales de la Contratación. La normativa comunitaria contiene la Recomendación de la Comisión 590/1988 de 17 noviembre sobre «sistema de pago y en particular a las relaciones entre titulares y emisores de tarjetas» que recomienda a los suministradores de tarjetas la acomodación de su actividad a las disposiciones que contiene. El párr. 8.2 de su anexo para caso de sustracción o pérdida establece un sistema de responsabilidad objetiva del titular pero limitado en la cuantía hasta que notifique la desaparición, salvo que concurra negligencia por su parte». Si bien en el presente supuesto no se ha dado un caso de sustracción o pérdida de la tarjeta en sentido literal, sino una supuesta falsificación/duplicación, el resultado final ha sido el mismo: la supuesta sustracción indebida de cantidad por un tercero. Estas tres situaciones (extravío, pérdida y duplicación) son equiparadas en la SAP Castellón 12-2-2000 [AC 2000, 753] , recogida también en la SAP Asturias 18-3-2002 (AC 2002, 604) , en la que se señala que: «desde una perspectiva económica, ha de partirse, en el uso de las tarjetas de crédito, de una constatación innegable: existe un riesgo derivado de la emisión de tarjetas y su utilización. Riesgo de que la tarjeta se extravíe o sea robada, o duplicada, utilizada fraudulentamente, en suma, y con ello, se obtenga un beneficio económico -bien la extracción de dinero en cajero automático, bien la «adquisición» de bienes en comercios-. Y de ello, indudablemente, deriva un perjuicio, que puede afectar

al titular, al emisor, y al mismo propietario de la marca; puede ocurrir, también, que algún elemento de la relación contractual, ciertamente compleja -a tres-cuatro bandas, valga la expresión-, ya sea personal, ya sea mecánico del sistema, no actúe o lo haga defectuosamente: es claro, a la luz de la más elemental consideración jurídica, que dicho riesgo no debe recaer en la parte más débil, es decir, el titular de la tarjeta, usuario o consumidor (Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista).

El titular de la tarjeta no asume el riesgo en casos de pérdida o extravío, y la propia legislación, tanto a nivel europeo, como nacional, contempla la exención de su responsabilidad, siempre que cumpla unos mínimos deberes de diligencia; está generalizada, como enseña la experiencia, la contratación de seguros que cubran el período de responsabilidad del titular, siempre que éste no participe en el uso delictivo de la tarjeta. En nuestros días, es claro que, vistos los riesgos de una utilización «inadecuada», el titular de una tarjeta prescindiría de ella si el sistema no incentivara la actividad de usarla; en este contexto, no puede negarse la contribución al uso masivo de tarjetas por parte de los comercios adheridos, siendo indudable que existe una franca facilidad para dotarles de terminales operativos (de cualquiera de los tipos posibles, TPV, terminal punto de venta, el más usual, combina la identificación magnética y la firma del titular; TPI, terminal de pago integrado, cuando se asocia con una caja; y TPE, terminales de pago electrónico, que son independientes, no están conectados con las redes de tarjetas, sino que acumulan los datos electrónicamente, y, periódicamente, se transfieren los datos a las bases de datos de los ordenadores del sistema, requiriendo la lectura magnética de la tarjeta, y la inclusión de «firma electrónica», es decir, teclear un NIP en el terminal «ad hoc». Y añade «desde otra perspectiva, además, absolutamente racional, la legislación europea tiende a proteger al titular de la tarjeta -consumidor o usuario-, y es elemental: el cliente, es la base del negocio (sea venta de bienes de consumo, sea de productores financieros), y por tanto, los sujetos profesionales de la relación, comerciantes y entidades financieras, el propio «sistema», necesitan al cliente para obtener beneficios, y, en consecuencia, les es más fácil soportar -siquiera sea vía una posterior redistribución al consumidor, en forma más diluida-, las cargas que el riesgo del uso de tarjetas conlleva: de ahí que, como resulta de la información publicada en las propias Memorias Anuales de las entidades financieras, sea muy frecuente, cuando no una norma de conducta usual, en los casos de utilización ilegítima de tarjeta, la oportuna negociación para asumir conjuntamente las pérdidas, o bien, cuando no ha lugar a negociar con el titular de la tarjeta, el recurso al Organismo Dirimente «ad hoc».

Y es que no puede ocultarse que todos obtienen beneficio del uso de la tarjeta por su titular; el comerciante, el banco emisor, y el sistema que autoriza el uso de la marca de la tarjeta y presta sus programas informáticos, interconectados a sus propios bancos de datos. Es lógico, por tanto, que respondan, precisamente por esa actividad de riesgo, frente al perjudicado titular de la tarjeta, cuando se producen utilizaciones ilegítimas de la misma, y que, como en el caso de autos, aparezcan flagrantes fallos de la seguridad del sistema, como se expondrá más adelante, y todo ello, dentro de la regulación que, respecto a los respectivos deberes de diligencia, les atribuyen las legislaciones correspondientes».

Sobre el desequilibrio en el contrato atípico de tarjeta de crédito (reiteramos, sin distinguir entre los términos económicos o financieros de «tarjeta de crédito» y «tarjeta de débito») entre el banco (parte fuerte del contrato, incentivador de su uso y beneficiario de los

rendimientos económicos de dicho instrumento de pago) y el cliente (parte débil), se pronuncia la SAP Toledo de 1-7-99 (AC 1999, 1739) que señala que «tales normas incorporadas formulariamente al contrato presentado al cliente de la entidad bancaria o crediticia para su aceptación global, constituye un claro ejemplo de negociación en masa a través del llamado contrato de adhesión, cuyo contenido aparece predeterminado unilateralmente por la entidad emisora que goza de una posición dominante y sin posibilidad real de discusión o modificación precontractual por el usuario que quiera obtener el servicio derivado de la posesión de la tarjeta, constituyendo condiciones generales de un contrato tipo, aplicables por ello a todas las relaciones que con igual causa, surgen en el tráfico bancario. En la interpretación de las citadas cláusulas han de regir aquellos principios que buscan una mayor igualdad y equilibrio entre las partes, debiendo en todo caso resolverse las dudas hermenéuticas en favor del adherente, según se desprende de los dispuesto en los arts. 1288 del CC (LEG 1889, 27) y 10.2, párrafo segundo, de la LGDCU (RCL 1984, 1906) en los que se contiene la regla «contra stipulatorem» o «proferentem» y la de la aplicación de la condición más beneficiosa para el consumidor, principios recogidos igualmente en el art. 6 de la Ley 7/1998, de 13 de abril (RCL 1998, 960) , sobre Condiciones Generales de la Contratación».

Y sobre la validez de las cláusulas de exoneración de responsabilidad del banco en el contrato de tarjeta de crédito se pronuncia la SAP Asturias 5-7-2002 en el siguiente sentido: «aunque la Caja se remite a las condiciones contractuales conforme a las cuales el cliente asume la obligación de custodia de la tarjeta, estipulándose en el art. 12.1 de las condiciones que «la responsabilidad del titular, titulares asociados y beneficiarios por la utilización fraudulenta realizada por terceras personas antes de la notificación de su pérdida, robo o extravío quedará limitada a 150 Ecus si estos hechos se denuncian antes de transcurridas 24 horas de su acaecimiento y siempre que no hubieren incurrido en dolo o negligencia grave. Sin perjuicio de otros supuestos, se entiende que concurre negligencia grave cuando el dato del PIN está de tal modo unido a la tarjeta que el robo o extravío de ésta conlleva información del PIN». No podemos soslayar que como se señala en la sentencia últimamente citada, en la que se enjuició un caso análogo al presente y en el que se incidía en el tema relativo a la asunción por el cliente de las obligaciones contractuales asumidas en la citada sentencia, se declaró que «siendo ello cierto, no lo es menos que cuando de condiciones generales se hable, no vale todo, y no son infrecuentes los casos en los que algunas de éstas se declaran nulas (y por tanto inaplicables) por resultar abusivas. Entre tales han de entenderse incluidas aquellas que establecen exoneraciones completas de responsabilidad, incluso antes de que se hubiese incorporado a nuestro ordenamiento la referida Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril (LCEur 1993, 1071) , sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Aunque nada de esto se alegue o diga en el proceso, no sería aventurado mantener que probablemente sean abusivas aquellas cláusulas que exoneran de responsabilidad en todo caso (es decir, sin tener en cuenta las circunstancias del caso concreto) a la entidad bancaria por los cargos realizados con tarjetas sustraídas antes de tener el banco conocimiento de dicha circunstancia. No obstante, como se ha dicho, en el caso de autos ha quedado suficientemente acreditado que no se dio una actuación diligente del cliente en la comunicación de la sustracción. Ahora bien, y en esto hay que convenir con el juzgador de instancia, lo que tampoco se dio fue una actuación enteramente regular (entendiendo por tal aquella ajustada a los términos de los contratos de afiliación a las redes de venta mediante tarjeta) de los establecimientos que aceptaron pagos con la tarjeta sustraída (aceptando firmas que poco parecido tenían con la del

cliente titular y sobrepasando, según parece, los límites previstos para la tarjeta de crédito). No puede, bien es cierto, desconocerse que la práctica del comercio camina en el sentido de no exigir la acreditación del cliente (en gran parte de los casos porque el riesgo de que el que presenta la tarjeta no sea el titular legítimo se halla cubierto por una póliza de seguro), alegando que se hace para no incomodar al cliente. En realidad, ocurre lo contrario: la exigencia de acreditación es la garantía, para el titular, de que no se permite el uso de la tarjeta a quien no es su legítimo titular. Sea como fuere, estas prácticas del comercio no pueden ir en perjuicio del titular de la tarjeta, y tampoco se diga por la representación legal del banco demandado que éste no tiene que responder de las actuaciones de los establecimientos que aceptaron la tarjeta Visa para el cobro de las mercancías vendidas».

TERCERO La cuestión la centran los Tribunales, pues, en quién debe asumir el riesgo de una utilización ilegítima de una tarjeta de crédito, así como la distribución de cargas entre entidad de crédito emisora de la misma y cliente titular de la tarjeta. Así, y teniendo en cuenta que éste es la parte débil en un contrato de adhesión, al cliente sólo se le puede exigir una mínima diligencia (art. 1104 CC [LEG 1889, 27]) en los siguientes aspectos: la notificación diligente de la sustracción de la tarjeta (o cualquier otro supuesto que pudiese conllevar la utilización ilegítima de la misma (SAP Asturias 18-3-2002 [AC 2002, 604]); en nuestro caso bien podría ser la notificación de la actividad ilegal que se ha desarrollado con la misma; sobre la flexibilidad en el plazo para dicha comunicación, ver la SAP Madrid 7-12-2000 (JUR 2001, 72321) y la negligencia general en su custodia o utilización (entre ello podríamos incluir la falta de diligencia en unir el número PIN a la tarjeta) (SAP Baleares 17-7-2002 [AC 2002, 2036]), no firmarla o no custodiarla suficientemente, tal y como señala la SAP Málaga 23-7-2002 (JUR 2002, 279283) . Pero más allá de esta diligencia que es exigible al cliente, a la entidad bancaria le corresponde, desde una óptica de la teoría económica del derecho, asumir los riesgos que conlleva la tarjeta en sí porque ella se lleva los beneficios (comisiones de uso, mantenimiento, recargos, intereses, reducción de volumen de trabajo a su personal, fidelización de la clientela, etc.; por todo ello las potencian); entre estos riesgos están las fugas de seguridad que la tarjeta pueda tener que puedan conllevar que sea utilizada fraudulentamente. Sobre las fugas de seguridad y la fragilidad del sistema que deben ser soportadas por la entidad emisora de la tarjeta se pronuncia la SAP Madrid 7-12-2000 en un supuesto de utilización ilegítima de la tarjeta por haber sido capturada por un cajero automático manipulado: «es evidente que dicha utilización se corresponde con un fallo del sistema que permite a terceras personas manipular los cajeros automáticos, quebrando su seguridad hasta el extremo de que el mismo emite mensajes incorrectos que inducen a confusión a los usuarios, y si bien es cierto que esta situación se produce por la intervención fraudulenta de terceras personas, las responsabilidades que de estos eventos dimanen frente a los clientes es del banco emisor de la tarjeta, quien necesariamente deberá responder, en su integridad de las consecuencias dañosas producidas, con independencia de que el cajero integrado en la red sea propiedad de otra entidad bancaria, circunstancia ésta irrelevante para el usuario, pues en el caso de que estos cajeros fueran por cualquier circunstancia más fácilmente manipulables -lo cual es una mera hipótesis sin soporte probatorio alguno-, o bien, no deberían estar integrados en la red o cuando menos, "Banco E., S.A". debería advertir a sus clientes de los riesgos que tal utilización pudiera comportar, careciendo de razón el Banco apelante cuando impugna la puesta en entredicho de la seguridad del sistema, y ello porque ante los hechos reconocidos por la propia parte, se pone de manifiesto una fisura en el mismo

que ha dado lugar, en el presente caso -que al parecer no es único cuando existe una dinámica fraudulenta perfectamente definida-, a un fallo en el sistema, con las consecuencias perjudiciales para la actora que la sentencia de instancia corrige, lo que obliga a la desestimación del recurso y a la confirmación de la sentencia de instancia». De todo ello debemos concluir que la responsabilidad inmanente a la emisión y uso de tarjetas de crédito corresponde a las propias entidades emisoras de dichas tarjetas (ya que fomentan el uso de un sistema más arriesgado que otros con más garantías pero menos ágiles, como los efectos de comercio) y sólo en el caso en que el titular de la misma incurriese en algún supuesto de falta de diligencia, debería ser responsable.

CUARTO La cuestión que se plantea ahora, y siendo éste el segundo de los motivos esgrimidos por la parte apelante, es quién debe asumir la carga de la prueba. Existen diversos motivos por los que debe ser la propia entidad de crédito la que la debe asumir: porque es generadora de la fuente de riesgo (las tarjetas las emite ella y, como hemos dicho, se beneficia ella, habiendo sistemas más seguros pero menos rentables y dinámicos económicamente), porque es la parte fuerte en un contrato de adhesión (art. 10 LGDCU [RCL 1984, 1906]), porque ella marca las reglas de funcionamiento y seguridad de las tarjetas (en el propio contrato de tarjeta de crédito) y porque ella está en condiciones, en su caso, de repetir contra otras entidades que pudiesen ser las causantes de dicho mal funcionamiento (las empresas de software o hardware que diseñan el sistema de seguridad de las tarjetas, las que diseñan los cajeros, las terminales para pago en los comercios o los mecanismos electrónicos para el control del acceso a las salas de los cajeros; los comercios por no haber solicitado el PIN, la exhibición del DNI o no haber comprobado la firma autorizada; la compañía, en su caso, emisora de la tarjeta que no prevé otros mecanismos extras de seguridad; el propio falsificador, comprobando las filmaciones en los cajeros donde se extrajeron las cantidades, etc.; naturalmente ello conlleva unos esfuerzos en recursos humanos y materiales que en ningún caso podrían ser realizados por el cliente y que debe soportar la entidad de crédito). Así, según la SAP Málaga 23-7-2002 [JUR 2002, 279283] , corresponde a la entidad de crédito probar la falta de diligencia del cliente que, en cualquier caso, debe ajustarse a las marcadas en el contrato de adhesión, vía art. 1214 CC (LEG 1889, 27) o vía art. 386 LECiv (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) ; en este mismo sentido la SAP Toledo 1-7-1999 (AC 1999, 1739) . Con ello queda establecido que corresponde a la recurrente probar la falta de diligencia de la recurrida (art. 217 LECiv). Respecto al primero de los argumentos de la parte apelante hay que entender que el juzgador de instancia valoró correctamente el hecho de que existiese una demanda penal por sustracción e, incluso llegase a haber un imputado aunque luego se sobreeseyese la causa, puesto que es un motivo más para reforzar la posición de la Sra. Aurora (que realizó inmediatamente la denuncia penal, según DVD 16:00) y que no aporta nada a la carga probatoria que, como ya se ha dicho, debe soportar la entidad de crédito recurrente. Y respecto al tercero de ellos, a juicio de esta Sala, el apelante no consigue probar ni el hecho de la sustracción de la tarjeta, ni la falta de diligencia en la conservación del PIN de la recurrida ni el correcto funcionamiento del sistema (que anularía la fuente de riesgo) (que a la tarjeta tuviera acceso la sobrina de la Sra. Aurora o que los familiares fuesen a su casa donde guardaba el documento con el PIN-DVD 13:51 y 14:39), no implica falta de diligencia, más allá de la que ostentaría cualquier buen padre de familia del art. 1104 CC [LEG 1889, 27]). Respecto a la sustracción, alega el recurrente que otras personas han podido tener acceso a dicha tarjeta en los puestos de trabajo de la recurrida (bar y fincas), lo que, a juicio de este Tribunal, no supone una falta

de diligencia de la recurrida, puesto que no se trata de una actividad especialmente arriesgada (llevar o dejar el bolso en el puesto de trabajo de uno), y que tampoco prueba que el PIN fuese junto a la tarjeta o estuviese escrito en ella. Que sigue alegando que sin dicho número hubiese sido imposible hacer las extracciones en los cajeros y que dicho número es imposible que se deduzca de la banda magnética, lo que no es compartido por la SAP Madrid 8-4-1999 (AC 1999, 1160) en los siguientes términos: «por lo que la única conclusión posible es que la tarjeta no es tan segura sino que la banda magnética resulta fácil de examinar para deducir el número por personas expertas, auténticos profesionales, como es público y notorio y sin que tampoco pruebe la demandada que sólo conste en el ordenador central de "D., S.A", porque son datos técnicos que precisan de la prueba correspondiente». Pero aunque fuese cierto que dicho número no se deduce de la banda magnética, debería la entidad de crédito haber aportado el correspondiente peritaje técnico de dicho funcionamiento (en DVD 9:03 el Sr. Jose Francisco, que es el DIRECCION000 de la oficina de la recurrente y no un técnico informático de seguridad -como lo demuestra en DVD 10:51, al no conocer la técnica del sistema-, reconoce que tarjetas duplicadas han sido utilizadas en autopistas, aunque no en comercios, y que podían ser utilizadas en cajeros, pero siempre con el PIN (9:38), que es imposible que sea deducido de la banda (DVD 11:36); lo mismo sucede con la declaración del subdirector -DVD 21:34- que tuvo que preguntar «a la central» para saber si el número PIN es deducible de la banda magnética; lo mismo en DVD 22:29), puesto que a pesar de las medidas de seguridad, lo cierto es que los «hackers» o salteadores pueden entrar en los sistemas informáticos, como también es público y notorio, y conseguir los códigos necesarios; es decir, no se considera probada ni la falta de diligencia de la recurrida ni la infalibilidad del sistema respecto al sistema de número secreto o PIN.

QUINTO Respecto a las costas del recurso de apelación, y atendiendo al fallo desestimando todas las pretensiones de la recurrente, y a los arts. 398.1 y 394.1 LECiv (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) , debe condenarse en costas a la parte recurrente.

Vistos los artículos citados, concordantes, demás normas de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de apelación interpuesto por Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 4 de El Vendrell de fecha de 9-1-2004, cuya resolución confirmamos íntegramente, imponiendo las costas del recurso a la recurrente.

Desvuélvanse los autos a dicho Juzgado, con certificación de la presente, a los oportunos efectos, interesándole acuse de recibo.

Así por nuestra sentencia, lo acordamos, mandamos y firmamos.

Sentencia Tribunal Superior de Justicia Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª) (JUR 2006\88441), de 25 junio 2004

Jurisdicción: Social

Recurso núm. 1925/2004.

Ponente: Ilma. Sra. D^a. Pilar Yebra-Pimentel Vilar.

DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y MORAL. DESPIDO. PROCESO SOCIAL.

Texto:

Recurso núm. 1925/04

BCQ

ILMO. SR. D. JUAN L. MARTÍNEZ LÓPEZ

PRESIDENTE

ILMA. SRA. D^a. PILAR YEBRA PIMENTEL VILAR

ILMO. SR. D. J. FERNANDO LOUSADA AROCHENA

A Coruña, veinticinco de junio de dos mil cuatro.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, compuesta por los Sres.

Magistrados citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 1925/04 interpuesto por IMPEX EUROPA S.L. contra la

sentencia del Juzgado de lo Social núm. TRES de Pontevedra siendo Ponente la ILMA. SRA. D^a. PILAR YEBRA PIMENTEL VILAR.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por D^a. Inmaculada en reclamación de RESOLUCIÓN CONTRATO siendo demandado IMPEX EUROPA, S.L.; D. Esteban y HALPER, S.L., con la intervención del MINISTERIO FISCAL, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 668/03 sentencia con fecha

veinticuatro de febrero de dos mil cuatro por el Juzgado de referencia que estimó parcialmente la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes:

"PRIMERO.- Doña Inmaculada, mayor de edad con D.N.I. núm. NUM000, viene prestando sus servicios para la empresa demandada IMPEX EUROPA S.L. desde el día 1 de abril de 1980 con la categoría profesional de oficial administrativo y desempeñando sus servicios en el centro de trabajo de la empresa sito en el Polígono Industrial Trabanca Badiña de Villagarcía. La fecha citada opera a efectos de antigüedad en virtud de reconocimiento del empresario, constituyéndose la empresa IMPEX en el año 1986 y trabajando para la misma desde esta fecha. La jornada laboral es de 40 horas semanales y el horario de trabajo de 9 a 13:30 horas y de 16 a 19:30 horas de lunes a viernes. A la relación laboral le es de aplicación lo dispuesto en el Convenio Colectivo para las empresas mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos publicado en el B.O.E. de 5 de junio de 2002. Su salario mensual es de 1505,06€ mensuales, incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias. Durante el año 2001 la empresa le abonaba las siguientes cantidades: Salario base, 733,51€; antigüedad, 79,63€; complemento puesto de trabajo, 12,89€ y gratificación voluntaria, 296,83€. No se procedió a los incrementos salariales previstos en convenio. La actora no ha ostentado cargo sindical, si bien se presentó a las elecciones sindicales por el sindicato CCOO./ SEGUNDO.- La demandante desempeñó sus funciones desde el inicio de su relación laboral en el departamento de contabilidad, llevando la contabilidad de la empresa en relación a acreedores, pagos, cobros, recibos domiciliados, control de gastos, gestiones ante organismos públicos, relaciones con las entidades bancarias, atender llamadas o personalmente a acreedores y clientes, preparación de cartas y pago de nóminas y seguros sociales. Hasta el año 1990 compartía su trabajo con Doña Elsa, año en el que entra en el departamento otra persona trabajando. Doña María Esther entró en la empresa en el año 2001 cuando Doña Inmaculada estaba de baja, encargándose la demandante de enseñar a la primera la mecánica del trabajo, existiendo igualmente otra persona a media jornada. Doña Penélope entró en el departamento en el año 2003. En la actualidad existen 5 personas en el departamento de contabilidad, facturando la empresa unos 6.010.121,04€ con un incremento paulatino de trabajo, sobre todo en los últimos cinco años./ TERCERO.- Doña Inmaculada era de la máxima confianza del administrador de la empresa Sr. Esteban , poseía la firma electrónica de la empresa y podía hacer pagos sin su consentimiento. Fue la única trabajadora que hizo reclamaciones salariales en relación a la retribución voluntaria que venía percibiendo, aumentando los conceptos salariales debidos con cargo a esta partida que se incorporó a la nómina en junio de 2002, no pagándole los atrasos. A partir de marzo de 2001 el administrador Sr. Esteban ha venido limitando las tareas de la demandante, sin apenas ocupación efectiva en la actualidad, no realizando apenas funciones de las desarrolladas anteriormente, llevando los asuntos personales del Sr. Esteban , como gestiones de la comunidad de vecinos, alquiler de pantalán o control de gastos, descargando sus trabajos en sus compañeros a quienes la demandante en ocasiones les pide trabajo. A mediados del año 2002 la situación de la demandante respecto al Sr. Esteban se acentuó, no solo en cuanto al aspecto profesional sino en relación al personal, existiendo críticas y reproches respecto a su trabajo y rendimiento en la empresa realizadas en público. En una ocasión le pidió que buscara una factura que no existía sobre unos

contenedores, tarea hecha por la Sra. Soledad, que le manifestó que no existían las facturas. Entre los compañeros se hacían comentarios en el trabajo sobre la vida privada de la demandante, no siendo su actitud la misma dentro de la empresa que fuera. La empresa en fechas señaladas regala a sus empleados regalos como cazadoras o botellas de vino que se entregan en las oficinas, no habiéndolos recibido la demandante, quien tampoco acudió a las últimas comidas./ CUARTO.- La actora permaneció de baja desde el día 12 de febrero a 9 de marzo de 2001 por depresión y tras reincorporarse al trabajo, causó nuevamente baja por trastorno depresivo el día 12 de septiembre de 2002 hasta el 4 de marzo de 2003. Con fecha 13 de noviembre causó nuevamente baja laboral por trastorno mixto ansioso depresivo. El día 10 de enero de 2003 inició consultas con el Psicólogo de la Unidad de Salud Mental del Salnes derivada de forma preferente por su médico de atención primaria. Inició consultas con Psiquiatra de la unidad el día 14 de enero de 2004, presentando afecto depresivo, labilidad emocional, síntomas de ansiedad e importante trastorno del ciclo sueño vigilia. El desencadenante de esta situación han sido las condiciones laborales negativas, que han condicionado un sentimiento de humillación y desvalorización. A pesar de una mejoría en su estado depresivo, persiste ansiedad anticipatorio ante una eventual vuelta al trabajo./ QUINTO.- Celebrado el acto de conciliación el día 27 de noviembre de 2003, ante el S.M.A.C. el mismo resultó sin avenencia respecto a la empresa IMPEX y sin efecto en cuanto al resto de codemandados".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Estimando parcialmente la demanda interpuesta por DOÑA Inmaculada frente a las empresas IMPEX EUROPA S.L. y HALPER S.L. y frente a DON Esteban declaro extinguida la relación laboral que unía a la demandante con la empresa IMPEX EUROPA S.L. condenando a la demandada a que indemnice a la demandante en la cantidad fijada para el despido improcedente y que se fija en 53.996,6€, condenándola igualmente a que le indemnice en la cantidad de 6000 euros en concepto de daños y perjuicios morales sufridos por la vulneración del derecho fundamental a la integridad moral que también se declara, absolviendo al resto de demandados de los pedimentos ejercitados en su contra. Todo ello con la intervención del Ministerio Fiscal".

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandada siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que estimando parcialmente la demanda interpuesta por D^a. Inmaculada, frente a las empresas Impex Europa SL y Halper SL y frente a D. Esteban declaró extinguida la relación laboral que unía a la demandante con la empresa Impex Europa SL, condenando a la demandada a que indemnice a la demandada en la cantidad fijada para el despido improcedente y que se fije en 53.996,6 euros, condenándola igualmente a que le indemnice en la cantidad de 6000 euros en concepto de daños y perjuicios morales sufridos por la vulneración del derecho fundamental a la integridad moral que también se declara, absolviendo al resto de los demandados de los pedimentos ejercitados en su contra.

Se alza en suplicación la representación procesal de la empresa condenada Impex Europa SL, interponiendo recurso en base a dos motivos, correctamente amparados en los apartados b) y c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, pretendiendo en el primero la revisión fáctica y denunciando en el segundo infracciones jurídicas.

SEGUNDO.- Con correcto amparo procesal en el apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, la parte recurrente pretende la revisión de los hechos declarados probados, y en concreto pretende las siguientes revisiones:

1.- En primer lugar pretende la adición al HDP 2 de la siguiente frase: "la actora no posee titulación académica" así como de otra con el siguiente tenor: "D^a María Esther es economista".

2.- En segundo lugar pretende la supresión en el HDP 3 de los siguientes párrafos: "fue la única trabajadora que hizo reclamaciones salariales en relación a la retribución voluntaria que venía percibiendo". "A partir de marzo de 2001 el administrador Sr. Esteban ha venido limitando las tareas de la demandante, sin apenas ocupación efectiva en la actualidad, no realizando apenas funciones de las desarrolladas anteriormente, llevando los asuntos personales del Sr. Esteban, como gestiones de la comunidad de vecinos, alquiler de pantalan o control de gastos, descargando sus trabajos en sus compañeros a quienes la demandante en ocasiones les pide trabajo. A mediados del año 2002 la situación de la demandante respecto del SR Esteban se acentuó, no sólo en cuanto al aspecto profesional sino en relación al personal, existiendo críticas y reproches respecto a su trabajo y rendimiento en la empresa realizadas en público. En una ocasión le pidió que buscara una factura que no existía sobre unos contenedores, tarea hecha por Doña. Soledad que le manifestó que no existían las factura. Entre los compañeros se hacían comentarios en el trabajo sobre la vida privada de la demandante, no siendo su actitud la misma dentro de la empresa que fuera. La empresa en fechas señaladas regala a sus empleados regalos como cazadoras o botellas de vino que se entregan en las oficinas, no habiéndolos recibido la demandante, quien tampoco acudió a las últimas comidas".

3.- En tercer lugar solicita la supresión en el HDP 4 del siguiente párrafo: "El desencadenante de esta situación han sido las condiciones laborales negativas, que han condicionado un sentimiento de humillación y desvalorización. A pesar de una mejoría en su estado depresivo, persiste ansiedad anticipatorio ante una eventual vuelta al trabajo".

Se hace necesario comentar, a la vista de cómo se encuentran formulados los motivos relativos a la revisión de hechos probados, que el presente recurso, cuya naturaleza es extraordinaria, y los motivos de suplicación son tasados, que para que pueda prosperar la revisión de los hechos declarados probados por la sentencia de instancia, es preciso que la modificación pretendida resulte directamente de los documentos propuestos sin necesidad de realizar conjeturas, formular hipótesis o acudir a razonamientos suplementarios. Esta propia Sala en diversas sentencias, indicó que constituye infracción de tal requisito el que el recurso se formule de manera libre y abierta sin articulación de motivos concretos (SSTS 23 enero 1990 [RJ 1990\202], 2 marzo 1990 [RJ 1990\2025]), o sin separación de los motivos de hecho y de derecho (SSTS 4 mayo 1984 [RJ 1984\2961], 21 diciembre 1989 [RJ 1989\9069], 13 febrero 1990 [RJ 1990\911]; SSTCT

20 abril 1988, 2 julio 1988) o que se formule en escrito incomprensible (STCT 10 abril 1989). Puesto que admitir un recurso con tal imprecisión equivaldría a que fuera construido el mismo por el Tribunal en beneficio de una de las partes -la recurrente- y con infracción del principio de igualdad (SSTCT 2 marzo 1984 [RTCT 1984\2019], 17 octubre 1985, 17 diciembre 1986, 22 mayo 1987 [RTCT 1987\10864], 12 diciembre 1988 [RTCT 1988\8488], 29 febrero 1989 [RTCT 1989\2233]; TSJ Aragón 15 marzo 1990 [AS 1990\681 O], TSJ Madrid 5 junio 1989; TSJ Valencia 28 marzo 1990, o 30 marzo 1990). Asimismo, por lo que respecta a la revisión de los motivos de hecho, las sentencias del TCT de 23 mayo 1975 (RTCT 1975\2617), 9 octubre 1986 (RTCT 1986\9227) y 13 febrero 1987 (RTCT 1987\3161) indican que es necesario que se cumplan los siguientes requisitos: a) señalar el hecho expresado u omitido en la sentencia que el recurrente estime equivocado; b) citar concretamente la prueba documental o pericial que por sí sola demuestre la equivocación del juzgador de instancia; c) que el recurrente fije de modo preciso el sentido o forma en que el error debe ser rectificado.

Lo que realmente hace la parte recurrente en el motivo examinado es exponer toda una serie de alegaciones-argumentaciones y valoraciones interesadas en tomo a los HDP, a diversas pruebas, incluida la testifical, y a cuestiones jurídicas; carentes en cuanto tales de eficacia con motivo de Suplicación del Art. 191.b L.P.L. En ningún caso, el motivo, en su interés contenido, resulta apto para desvirtuar el imparcial criterio judicial de instancia de valoración del conjunto probatorio, integrado por prueba documental, testifical (la que es de apreciación judicial en función de la inmediatez y que no admite «tachas» Art. 92.2 LPL), e interrogatorio de las partes, y explicitado en los HDP, respecto de los que no se justifica en términos del Art. 191-B LPL causa admisible para una revisión o modificación concreta.

Y en aplicación de la anterior doctrina, es evidente que debe rechazarse la triple solicitud de revisión de los HDP 2, 3 y 4, la adición interesada en primer lugar por cuanto se apoya en confesión, prueba inhábil par revisar, al no tener apoyo en documento o pericia alguno en virtud de lo dispuesto en el artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, la supresión del HDP 3 tiene su apoyatura únicamente en testifical, y la evidencia que la recurrente expresa respecto de la supresión de este hecho ha resultado negada en la sentencia, que ha valorado la prueba testifical y documental y llegado a la conclusión que plasma en el citado HDP 3, cuya supresión prácticamente se interesa, pues la propia sentencia razona sobre la prueba testifical. Por ello, al no existir documento ni pericia de la que se desprenda el error de la juzgadora de la instancia, y al aparecer la prueba testifical correctamente valorada, resulta imposible la aceptación del segundo de los motivos expuestos. Y por último, en cuanto a la supresión en el HDP 4 del párrafo señalado, sin apoyarse en documental alguna, o pericial, decir que la misma ha de correr igual suerte desestimatoria al no apoyarse en documental o pericial que por sí sola demuestre el error de la juzgadora de instancia.

TERCERO.- Con correcto amparo procesal en el apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, la parte recurrente en el segundo motivo del recurso, denuncia infracciones jurídicas, concretamente infracción, por aplicación indebida de los artículos 50.1.a) del ETT y artículos 10, 14, 15 y 18 de la Constitución Española, e infracción, por inaplicación de la doctrina jurisprudencial, sobre el acoso moral, alegando en síntesis que todos los cambios que se hayan podido producir, (sin trascendencia alguna para amparar una acción de resolución de contrato), traen causa y apoyo en las facultades de

organización de la empresa, que al crecer necesita de personal más cualificado, alegando asimismo que, por acoso ha de entenderse la presión laboral tendente a la autoeliminación de un trabajador mediante su denigración laboral, y en el supuesto de autos, estima que no se ha acreditado que la depresión se haya producido por una práctica de acoso. Por todo lo cual interesa la estimación del recurso, la revocación de la sentencia recurrida y la desestimación de la demanda y absolución de la demandada.

Tanto el relato fáctico, -y en concreto los hechos probados segundo, tercero y cuarto-, como las afirmaciones de hecho que se contienen en el segundo, tercero y cuarto de los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida, -pero con valor de hecho probado según reiterada jurisprudencia-, ponen palmariamente de manifiesto, una insistente conducta hostil hacia la trabajadora demandante, por parte del Administrador de la empresa demandada. Viéndose la actora sometida a una clara coacción y diferenciación en relación con sus compañeros, con órdenes imposibles de cumplir y una limitación progresiva de tareas, hasta el punto de quedar reducida a gestionar asuntos personales del administrador de la empresa, sin ocupación efectiva de lo que vino constituyendo su quehacer profesional desde el año 1986, y sin la autonomía e iniciativa de la que venía disfrutando, existiendo en definitiva una modificación sustancial de las condiciones de trabajo en relación con las tareas que venía desarrollando, lo que afecta a su moral acrecentando su situación de incomodidad e impotencia y que ha provocado finalmente que se le hayan diagnosticado una ansiedad depresiva. Esta conducta, que se inició en el año 2001 cuando entró en la empresa María Esther siendo la actora la que enseñó a esta última la mecánica de trabajo, y a partir de marzo de 2001 el administrador empezó a limitar las tareas de la demandante, sin apenas ocupación efectiva en la actualidad, no realizando apenas funciones de las desarrolladas anteriormente, llevando los asuntos personales del Sr. Esteban, (administrador de la empresa), tales como alquiler del pantalan, gestiones en la comunidad de vecinos etc., y ha tenido su culminación a mediados del año 2002, con la existencia de críticas y reproches respecto a su trabajo y rendimiento en la empresa, realizadas en publico, (hecho declarado probado tercero), y recomendar al resto de trabajadores que no hablasen con él, (hecho probado tercero in fine implícitamente, pues consta que la actitud de los compañeros de la actora no es la misma dentro de la empresa que fuera).

Esta serie de actitudes o conductas hostiles: el atentado contra las condiciones de trabajo que supone la pérdida de las funciones, el atentado contra la dignidad que implica la desacreditación ante sus compañeros, y el aislamiento que conlleva la actitud de sus compañeros, distinta en la empresa que fuera de la misma; configuran una situación de acoso moral (también denominado «mobbing»), que somete al trabajador a un trato degradante, conculcando el derecho a la integridad moral e interdicción de tratos degradantes, que protege el artículo 15 de nuestra Constitución, así como el artículo 4.2 e) del Estatuto de los Trabajadores (derecho básico a la consideración debida a su dignidad), constituyendo sin duda causa justa para que el trabajador pueda ejercitar, entre otras, la oportuna acción rescisoria, solicitando la extinción de su contrato de trabajo [artículo 50.1 apartados a) y c) del Estatuto de los Trabajadores]. Pues es evidente que la actitud acreditada mantenida por la empresa con la actora nunca se podría calificar de medida o facultad de organización de la empresa, pues es obvio que la empresa no puede alegar medidas de organización como justificantes de la relegación de funciones, no siendo esta una medida de organización del trabajo, sino una conducta que pretende el descrédito de una persona, reduciéndola y limitándola, tanto en el

trabajo, como en la esfera personal, pues el hecho de que crezca la empresa y se contrate a personal titulado, no puede justificar en modo alguno que se deje sin funciones a una trabajadora, que siempre vino desempeñando adecuadamente su trabajo, sin haber sido nunca sancionada, pues si la empresa crece, lo lógico sería repartir el trabajo entre todos los empleados, sin dejar a ninguno relegado sin apenas funciones siendo las pocas que realiza relacionadas no con la empresa, sino con asuntos particulares del propio administrador de la empresa.

Los razonamientos precedentes conllevan la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución recurrida, así como a la pérdida de los depósitos y consignaciones a las que se dará el destino legal, con imposición de las costas a la recurrente, incluidos los honorarios de la Letrado del trabajador demandante actuante en el recurso, que la Sala fija en la cantidad de 300 euros.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por IMPEX EUROPA S.L., contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. TRES de Pontevedra, de fecha veinticuatro de febrero de dos mil cuatro, dictada en autos núm. 668/03 seguidos a instancia de D^a. Inmaculada contra IMPEX EUROPA, S.L.; D. Esteban y HALPER, S.L. sobre RESOLUCIÓN CONTRATO, confirmando íntegramente la resolución recurrida. Dése a la consignación y al depósito constituidos para recurrir el destino legal, y procede condenar asimismo a la empresa demandada al abono en concepto de honorarios del letrado impugnante del recurso la cantidad de 300 euros.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, haciéndoles saber que contra la misma, sólo cabe Recurso de Casación para unificación de doctrina que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DIAS siguientes a la notificación de esta Sentencia y de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 218 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral y una vez firme, expídase certificación para constancia en el Rollo que se archivará en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias, previa devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.

Sentencia Audiencia Provincial Tarragona (Sección 2ª) (JUR 2004\118400), de 25 febrero 2004

Jurisdicción: Penal

Recurso núm. 196/2004.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier Hernández García.

FALTAS CONTRA EL PATRIMONIO. PROCESO PENAL.

Texto:

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE TARRAGONA

SECCION SEGUNDA

ROLLO APELACION Nº. 196/04

J. de Faltas n. 589/02

Instrucción 3 de Reus

MAGISTRADO

JAVIER HERNANDEZ GARCIA

S E N T E N C I A

En la ciudad de Tarragona, a veinticinco de febrero de dos mil cuatro.

Ha sido tramitado ante la Sección 2ª de esta Audiencia Provincial el recurso de apelación interpuesto por Luis Pablo , contra la sentencia de fecha 24 de febrero de 2003, dictada por el Juzgado de Instrucción nº. 3 de Reus, en Juicio de Faltas n. 589/02.

ANTECEDENTES PROCEDIMENTALES

ACEPTANDO los antecedentes de hecho de la sentencia recurrida y,

PRIMERO.- La sentencia recurrida declaró probado los hechos siguientes: "Probado y así se declara que el día 26 de octubre de 2002 Luis Pablo , conductor del vehículo matrícula D-.... repostó la cantidad de 32,01 euros de gasol, sin que abonara tal cantidad, pues en el momento en que fue preguntado sobre lo que había puesto manifestó que solo compraba unas pilas por importe de 5,35 euros, sin decir que además había repostado su vehículo OPEL FRONTERA, pagando los 5,35 euros con tarjeta de crédito, sin haber vuelto o haber abonado la cantidad."

SEGUNDO.-Dicha Sentencia contiene el siguiente Fallo:"Que debo condenar y condeno a Luis Pablo a la pena de un CINCO FINES DE SEMANA DE ARRESTO como autor de una falta de estafa, ya descrita y al pago de las costas procesales causadas, así como a que indemnice a CAMPSA RED de la Roudera de Reus en la suma de 32,01 euros."

TERCERO.- Contra la mencionada Sentencia se interpuso Recurso de Apelación por Luis Pablo , fundamentándolo en los motivos que constan en el escrito articulando el recurso.

CUARTO.-Admitido el recurso y dado traslado por término de diez días a las demás partes para que presentasen escritos de impugnación o adhesión, fue impugnado por el Ministerio Fiscal , tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Audiencia y una vez incoado el correspondiente Rollo y designado Magistrado-Ponente, quedaron los autos sobre la mesa del mismo para resolver.

HECHOS PROBADOS

UNICO.- Se admiten como tales los así declarados en la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.-: Como motivo principal la parte alega vulneración del derecho de presunción de inocencia. A su parecer la declaración de condena se basó en prueba insuficiente o, en todo caso, en una errónea valoración de la prueba producida. En este sentido, se afirma que fuera de la declaración del empleado de la gasolinera no ha quedado acreditado que el imputado repostara combustible. Ninguna grabación o documento electrónico se ha aportado que justifique, tan siquiera la presencia del vehículo en las instalaciones, por lo que mal puede afirmarse que no satisfizo el importe de un suministro inexistente.

El motivo no puede prosperar. La sentencia de instancia explícita con claridad el cuadro probatorio con el que ha construido tanto la declaración de hechos probados como la inferencia normativa de culpabilidad, cuya valoración se ajusta a inobjetables cánones de racionalidad reconstructiva. La declaración plenaria del empleado adquiere una especial fuerza convictora, no sólo por las condiciones intrínsecas de verosimilitud que reúne sino también porque ha venido corroborada periféricamente por la propia declaración del hoy recurrente quién vino a aceptar su presencia el día y a la hora que se recoge en la denuncia en la estación de servicio, al acreditar el pago electrónico de otras compras en dicho establecimiento. El propio empleado reconoce que tal pago se realizó pero que omitió informar del previo repostaje, apercibiéndose del mismo una vez el denunciado abandonó las instalaciones.

Como adelantábamos, no cabe reconocer lesión laguna del derecho a la presunción de inocencia.

SEGUNDO.- El motivo, de alcance subsidiario, resiste el juicio de subsunción. Para la aparte recurrente, los hechos en los términos que se declaran probados no permitiría observar la concurrencia del engaño suficiente que relama el tipo de la estafa. El empleado de la gasolinera habría descuidado de manera grosera de los deberes de

autoprotección que le incumbían. Una cosa es que la modalidad de autoservicio permita al consumidor suministrarse de combustible y otra muy diferente es que los empleados de la estación no deban preocuparse por que dicho servicio se pague. La ingenua explicación o la mera omisión de información, no adquieren en términos normativos, el valor de engaño causalmente relevante para producir el desplazamiento patrimonial perjudicial que reclama el tipo.

El motivo tampoco puede prosperar. Es cierto que el engaño se constituye en el elemento esencial de la conducta despatrimonializadora, hasta el punto que si no constituye la causa exclusiva y excluyente de la disposición, el perjuicio patrimonial sólo podría ser reparada acudiendo a las vías civiles. También es cierto que la eficacia del engaño debe medirse situacionalmente, caso por caso, y que en esa valoración de su eficacia normativa no puede dejar de tomarse en cuenta las condiciones del sujeto pasivo y los concretos deberes de diligencia o de autoprotección que le vinculan. Si el engaño puede superarse aplicando elementales actuaciones comprobadoras, aquel carecería de la carga de antijuricidad que reclama el tipo penal de la estafa. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, no cabe descartar ni la idoneidad causal ni una descuidada conducta protectora de su patrimonio por el empleado o factor mercantil del establecimiento. El engaño típico puede presentarse de manera multiforme y la idoneidad situacional permite, en ocasiones, que se presente de manera no alambicada. La puesta en escena, en terminología clásica de Carrara, puede constituir en la simple omisión de la información relevante, si desde una valoración ex ante y atendiendo al contexto relacional, puede vencer o neutralizar los deberes de autoprotección del sujeto pasivo. En el caso que nos ocupa, la modalidad de autorepostaje se basa en una implícita presunción de probidad que se asume por las partes del contrato, tanto el que se beneficia de la prestación como por el oferente de la misma. La ruptura de dicha regla de confianza, omitiendo el dato del repostaje, cuando aparece concebida como el mecanismo para la obtención fraudulenta del servicio, es causalmente relevante para que el empleado acepte, como es el caso, el pago parcial por la adquisición de otros productos. Situacionalmente, la maniobra engañosa no pierde ni eficacia ni disvalor normativo por que el empleado antes de aceptar el pago electrónico no comprobara la existencia de un consumo de combustible no revelado por el agente.

Ha existido, pues, un comportamiento defraudatorio penalmente significativo

TERCERO.-Las costas de esta alzada deben imponerse al apelante, por así disponerlo el artículo 240 LECrim.

F A L L O

En atención a lo expuesto, no haber lugar al recurso de apelación interpuesto por el Sr. Luis Pablo , contra la semtemcoa de 24 de febrero de 2003, cuya resolución confirmamos condenando en costas al apelante.

Notifíquese la presente resolución a las partes.

Estas es mi sentencia que firmo y ordeno.

Sentencia Audiencia Provincial Madrid núm. 336/2003 (Sección 14ª) (JUR 2003\247772), de 17 junio

Jurisdicción: Civil

Recurso de Apelación núm. 217/2002.

Ponente: Ilma. Sra. D^a. Amparo Camazón Linacero.

ABOGADOS: contrato de arrendamiento de servicios: derecho al cobro de honorarios: a cargo del cliente: estimación: consulta profesional efectuada a través de correo electrónico.

Texto:

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 14

MADRID

SENTENCIA: 00336/2003

Rollo: RECURSO DE APELACION 217 /2002

Ilmos. Sres. Magistrados:

AMPARO CAMAZON LINACERO

JUAN UCEDA OJEDA

MARIA JOSE ALFARO HOYS

En MADRID , a diecisiete de junio de dos mil tres .

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 14 de la Audiencia Provincial de MADRID , los Autos de JUICIO VERBAL 166/2001 , procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N. 59 de MADRID , a los que ha correspondido el Rollo 217 /2002 , en los que aparece como parte apelante D. Jose Daniel , y como apelado D. Iván , quien formuló oposición al recurso en base al escrito que a tal efecto presentó, sobre reclamación de cantidad , y siendo Magistrado Ponente la Ilma. Sra. D^a AMPARO CAMAZON LINACERO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia nº 59 de Madrid, en fecha 18 de julio de 2001 se dictó sentencia, cuya parte dispositiva es de tenor literal siguiente: "Que con estimación de la demanda formulada por Iván contra Jose Daniel , en rebeldía procesal, debo condenar y condeno a la parte demandada a abonar a la demandante la cantidad de 17.400.- pts. mas intereses legales desde la interpelación judicial. Se imponen las costas a la parte demandada".

SEGUNDO.- Notificada la mencionada resolución, contra la misma se interpuso recurso de apelación por la parte demandada al que se opuso la parte apelada y tras dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 457 y siguientes de la LEC, se remitieron las actuaciones a esta sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

TERCERO.- Por Providencia de esta Sección, se acordó para deliberación, votación y fallo el día 12 de junio de 2003.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida.

PRIMERO.- El actor, abogado en ejercicio perteneciente al Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, promovió juicio monitorio contra el demandado en reclamación del importe del precio correspondiente a la consulta profesional efectuada por el demandado a través de correo electrónico, y habiéndose opuesto el demandado mediante escrito dirigido al juzgado negando los hechos y alegando la falta de valor jurídico de los documentos aportados por el actor, a los que calificaba de fotocopias sin firma manuscrita o digital, así como la no aportación por el actor de informe pericial acreditativo de que los documentos que decía recibidos por correo electrónico estuvieran firmados electrónicamente por el demandado, se transformó el proceso monitorio en juicio verbal, no asistiendo el demandado al acto de la vista a pesar de haber sido advertido a través de la cédula de citación de que, caso de no comparecer, se le declararía en rebeldía procesal, por así disponerlo los artículos 442 y 440 de la Ley de Enjuiciamiento civil, y caso de proponerse y admitirse como prueba su declaración, podrían considerarse como admitidos los hechos del interrogatorio en los que hubiere intervenido personalmente y le fueran perjudiciales, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 304 y 440 de la Ley de Enjuiciamiento civil, y como quiera que la parte actora propuso como prueba el interrogatorio del demandado sobre los hechos de la solicitud inicial, aparte de la documental aportada con la última (factura de honorarios profesionales y documentos complementarios sobre la consulta profesional), y solicitó la declaración de confeso del demandado al amparo del artículo 304 de la Ley de Enjuiciamiento civil (admisión de hechos de la demanda), la sentencia de instancia declaró acreditados los hechos de la demanda y, en consecuencia, la existencia de la consulta profesional a través de correo electrónico y la deuda generada por la prestación de ese servicio y condenó al demandado al pago de la misma (17.400 pesetas, IVA incluido) y de los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda, así como al pago de las costas causadas en la instancia.

El demandado interpone recurso de apelación contra la sentencia de instancia alegando que no hay rebeldía procesal y que ya presentó escrito de oposición a la demanda en tiempo oportuno y que los documentos aportados por el actor no tienen valor jurídico alguno, siendo indiferente su comparecencia o no al acto del juicio, pues el conjunto de fotocopias aportado por el actor carece de fuerza probatoria al no aparecer su firma manuscrita, ni su firma electrónica, negando la existencia de contrato alguno y afirmando la falsedad de su contenido y la imposibilidad de que el actor pueda probar que ha sido él

quien le ha mandado unas fotocopias falsas, añadiendo que si el actor ha hecho un estudio sobre unas fotocopias falsas que alguien le ha mandado es un hecho que a él no le incumbe, debiendo asumir el letrado actor las consecuencias de su negligencia.

SEGUNDO.- La primera cuestión que debe resolverse, a la vista del escrito de oposición al recurso de apelación, es la admisibilidad o inadmisibilidad a trámite del citado recurso.

La sentencia fue notificada al demandado en la persona de su madre el día 19 de septiembre de 2001 y el escrito anunciando recurso de apelación (5 días) se remite al juzgado mediante correo certificado con sello de fechas del funcionario de correos de 20 de septiembre de 2001, teniendo entrada en el Registro General del Decanato de los Juzgados de Primera Instancia de Madrid el día 24 de septiembre de 2001, y lo mismo sucede con el escrito de interposición del recurso, pues emplazado el apelante en fecha 19 de octubre de 2001 (20 días), el escrito de interposición se remite por el mismo conducto en fecha 30 de octubre de 2001, teniendo entrada en el Registro General del Decanato de los Juzgados de Primera Instancia de Madrid en fecha 2 de noviembre de 2001, por lo que ambos escritos llegaron a la sede del Registro General dentro de los plazos legales (5 y 20 días respectivamente). Obviamente, no es la fecha de certificación sellada en los escritos remitidos a través del servicio de correos la que debe operar dados los términos del artículo 135 de la Ley de Enjuiciamiento civil, sino la de presentación de los escritos dirigidos al tribunal en el servicio del registro central establecido para la presentación de escritos, dado que su presentación ha de verificarse en la forma establecida en dicho artículo 135, más habiendo llegado en el supuesto presente ambos escritos dentro de los plazos legales al registro general y a pesar del erróneo medio utilizado en la presentación de los escritos, procede declarar, visto que el demandado apelante actúa por sí mismo en el proceso, bien admitido a trámite el recurso de apelación.

Tampoco debe llevar a la inadmisibilidad del recurso la mayor o menor precisión en los escritos de preparación e interposición del recurso de apelación, pues en definitiva queda clara la voluntad de impugnar todos los pronunciamientos del fallo y constan los motivos en que fundamenta el recurrente la impugnación.

TERCERO.- El estado de rebeldía procesal depende exclusivamente, por así establecerlo los artículos 440 y 442 de la Ley de Enjuiciamiento civil, dado que se trata de un juicio verbal por transformación del proceso monitorio, de la falta de asistencia del demandado al acto de celebración de la vista cuando de ello había sido advertido a través de la cédula de citación. Al margen de cual sea el valor probatorio que deba darse a los documentos aportados por el actor en justificación de la consulta profesional cuyo precio reclama en la demanda, lo cierto es que los hechos constitutivos de la pretensión del actor han quedado acreditados al tenerse como reconocidos por el demandado al amparo de lo dispuesto en los artículos 304 y 440 de la Ley de Enjuiciamiento civil y, en consecuencia, acreditada está la consulta profesional con examen de antecedentes efectuada por el demandado al letrado actor a través de correo electrónico, la corrección de la minuta de honorarios profesionales expedida por el letrado actor al adecuarse a las Normas Orientadoras del Colegio de Abogados de Madrid (2 y 10) y la deuda reclamada, por lo que, sin entrar en ninguna otra consideración, procede desestimar el recurso de apelación interpuesto por el demandado.

CUARTO.- Por la desestimación del recurso de apelación las costas causadas en esta alzada han de ser impuestas al apelante (artículo 398, en relación con el artículo 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento civil).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por don Jose Daniel contra la sentencia dictada en fecha 18 de julio de 2001 por el Juzgado de Primera Instancia número 59 de los de Madrid (juicio verbal dimanante del proceso monitorio 166/01) debemos confirmar como confirmamos dicha resolución, condenando a la parte apelante al pago de las costas causadas en esta alzada.

Hágase saber al notificar esta resolución las prevenciones del art. 248.4 de la LOPJ.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaria para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico.

PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.

Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª)(RJ 2002\2562), de 12 febrero 2002

Jurisdicción: Contencioso-Administrativa

Recurso contencioso-administrativo núm. 160/2000.

Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Sieira Míguez.

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: De elaboración de disposiciones generales: requisitos de procedimiento: audiencia a las entidades afectadas: dictamen de la Secretaría General Técnica: necesidad de: ausencia de: examen: ante la participación de las entidades en el procedimiento. CONSUMO: Consumidores y usuarios: protección: registro de contratos administrativos y sentencias: ámbito: examen de.

Interpuesto recurso contencioso-administrativo contra el R.D. 1828/1999, de 3 diciembre, por el que se aprobó el Reglamento del Registro de condiciones generales de la contratación, el TS lo estima parcialmente y anula parcialmente los artículos 2.1 b), 2.1 c), 2.2 c), 5, 9.3, 9.5, 15.2, 17.1, 18, 19.2, 20.1, 20.3, 21.1, 22.2, 22.3, 22.4, 23 y 24.

Texto:

En la Villa de Madrid, a doce de febrero de dos mil dos. Visto por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida en Sección por los señores al margen anotados, el recurso contencioso-administrativo que con el número 160/2000 ante la misma pende de resolución, interpuesto por el Procurador señor A. A. en nombre y representación del Colegio Notarial de Cataluña, contra el Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre (RCL 1999, 3135), por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación. Habiendo sido parte recurrida el señor Abogado del Estado en nombre y representación de la Administración General del Estado y el Procurador señor P. G. en nombre y representación del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO Por la representación procesal del Colegio Notarial de Cataluña, se interpuso recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre (RCL 1999, 3135), por el que se aprueba el Reglamento de Registro de Condiciones Generales de la Contratación, el cual fue admitido por la Sala, motivando la publicación del preceptivo anuncio en el Boletín Oficial del Estado y la reclamación del expediente administrativo que, una vez recibido, se entregó al Procurador don Francisco José A. A., para que, en la representación que ostenta, formalizase la demanda dentro del plazo de veinte días, lo que verificó con el oportuno escrito en el que, después de exponer los hechos y alegar los fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando: dicte en su día Sentencia por la que, estimando íntegramente la presente demanda, declare nulo de pleno derecho el Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación, por los vicios de forma y de procedimiento causante de su nulidad que se denuncian en los Fundamentos de Derecho de Carácter Procesal de esta misma demanda o subsidiariamente al pedimento anterior y en todo caso, declare igualmente la nulidad de pleno derecho de los artículos 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21,

22, 23 y 24 del Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación aprobado por el artículo único del Real Decreto 1828/1999, en los términos y con el alcance que se exponen en los Fundamentos de Derecho Sustantivos de esta demanda, con condena en costas a la Administración demandada si se opusiera a dichas legítimas pretensiones por su temeridad y mala fe.

SEGUNDO El señor Abogado del Estado, en la representación que le es propia, se opuso a la demanda con su escrito de contestación en el que, después de alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando a la Sala: dicte sentencia por la que desestime el recurso interpuesto y declare la legalidad de la disposición recurrida.

Asimismo, por providencia de 18 de enero de 2001 se dio traslado de la demanda al Procurador señor P. G. para que la contestase. El mencionado Procurador evacuó el trámite conferido, contestando a la demanda, sobre la base de los hechos y fundamentos que consideró en apoyo de sus pretensiones, terminando por suplicar a la Sala: dicte sentencia desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto.

TERCERO Acordándose sustanciar este pleito por conclusiones sucintas, se concedió a las partes el término sucesivo de quince días cumplimentándolos con sus respectivos escritos en los que tras alegar lo que estimaron conveniente, terminaron dando por reproducidas las súplicas de demanda y contestación.

CUARTO Conclusas las actuaciones, para votación y fallo se señaló la audiencia del día cinco de febrero de dos mil dos, en cuyo acto tuvo lugar su celebración.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. José Manuel Sieira Míguez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO El recurrente alega, como primer fundamento de su impugnación de la disposición general objeto de recurso, inexistencia del trámite de audiencia, omisión de informe por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia e introducción de modificaciones al proyecto con posterioridad al dictamen del Consejo de Estado, todo lo cual determina, en opinión del recurrente, la nulidad de pleno derecho de la disposición impugnada.

En primer lugar y antes de entrar en el análisis del caso concreto que nos ocupa, entendemos imprescindible, como paso previo a dicho análisis, sentar la correcta interpretación del citado artículo 24.1.c de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre (RCL 1997, 2817), del Gobierno. El citado precepto dice literalmente:

«Artículo 24. Del procedimiento de elaboración de los reglamentos:

1. La elaboración de los reglamentos se ajustará al siguiente procedimiento:

a) La iniciación del procedimiento de elaboración de un reglamento se llevará a cabo por el centro directivo competente mediante la elaboración del correspondiente proyecto, al

que se acompañará un informe sobre la necesidad y oportunidad de aquél, así como una memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar.

b) A lo largo del proceso de elaboración deberán recabarse, además de los informes, dictámenes y aprobaciones previas preceptivos, cuantos estudios y consultas se estimen convenientes para garantizar el acierto y la legalidad del texto.

c) Elaborado el texto de una disposición que afecte a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, se les dará audiencia, durante un plazo razonable y no inferior a quince días hábiles, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley que los agrupen o los representen y cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la disposición.

La decisión sobre el procedimiento escogido para dar audiencia a los ciudadanos afectados será debidamente motivada en el expediente por el órgano que acuerde la apertura del trámite de audiencia. Asimismo, y cuando la naturaleza de la disposición lo aconseje, será sometida a información pública durante el plazo indicado.

Este trámite podrá ser abreviado hasta el mínimo de siete días hábiles cuando razones debidamente motivadas así lo justifiquen.

Sólo podrá omitirse dicho trámite cuando graves razones de interés público, que asimismo deberán explicitarse, lo exijan.

d) No será necesario el trámite previsto en la letra anterior, si las organizaciones o asociaciones mencionadas hubieran participado por medio de informes o consultas en el proceso de elaboración indicado en el apartado b).

e) El trámite de audiencia a los ciudadanos, en sus diversas formas, reguladas en la letra c), no se aplicará a las disposiciones que regulan los órganos, cargos y autoridades de la presente Ley, así como a las disposiciones orgánicas de la Administración General del Estado o de las organizaciones dependientes o adscritas a ella.

f) Junto a la memoria o informe sucintos que inician el procedimiento de elaboración del reglamento se conservarán en el expediente todos los estudios y consultas evacuados y demás actuaciones practicadas.

2. En todo caso, los proyectos de reglamentos habrán de ser informados por la Secretaría General Técnica, sin perjuicio del dictamen del Consejo de Estado en los casos legalmente previstos.

3. Será necesario informe previo del Ministerio de Administraciones Públicas cuando la norma reglamentaria pudiera afectar a la distribución de las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

4. La entrada en vigor de los reglamentos aprobados por el Gobierno requiere su íntegra publicación en el "Boletín Oficial del Estado"».

De la lectura del precepto en cuestión resulta lo siguiente:

«1 Es incuestionable la obligación legal de oír en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales y una vez elaborado el texto de la disposición, es decir, el proyecto de norma reglamentaria, a los ciudadanos cuyos derechos o intereses legítimos resulten afectados por la norma de que se trate, audiencia que sólo podrá omitirse en tres supuestos: a) cuando graves razones de interés público, que necesariamente deberán explicitarse en resolución motivada, lo exijan, b) cuando las organizaciones o asociaciones mencionadas en el apartado 1.c hubieran participado en la elaboración de la disposición por medio de la evacuación de informes o consultas a lo largo del proceso seguido a tal fin y, c) cuando se trate de disposiciones que regulan los órganos, cargos y autoridades a que se refiere la Ley 50/1997 o de disposiciones orgánicas de la Administración General del Estado o de las organizaciones dependientes o adscritas a ella.

2º Deberán motivarse las siguientes decisiones que se adopten en lo que al trámite de audiencia atañe.

- a) La omisión del trámite por graves razones de interés público.
- b) El establecimiento de un plazo inferior a quince días hábiles para llevar a cabo la audiencia.
- c) La apertura de información pública.
- d) La opción por el procedimiento de audiencia directa a los afectados o por el de audiencia a través de las organizaciones reconocidas en la Ley que los agrupen o representen y cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la disposición.

No parece que puedan ofrecer dudas los supuestos recogidos bajo las letras a y b anteriores.

En cuanto al supuesto a que se refiere la letra d, la interpretación que se sostiene resulta de las siguientes consideraciones: En primer lugar el precepto en cuestión, artículo 24.1.c de la Ley 50/1997, distingue claramente, en el párrafo segundo del apartado 1.c, entre audiencia a los ciudadanos afectados e información pública. La primera, preceptiva siempre, puede llevarse a cabo bien de forma directa, bien a través de las organizaciones y asociaciones representativas reconocidas en la Ley, en tanto que la segunda, encaminada a oír a la generalidad de los ciudadanos, resulten o no afectados sus derechos o intereses legítimos, solo procede en los casos en que la naturaleza de la disposición lo aconseje.

Que se trata de supuestos distintos resulta no sólo de la expresión "ciudadanos afectados" que utiliza la norma para establecer la necesidad de motivar la decisión que se adopte en cuanto al procedimiento a seguir, sino también del adverbio "asimismo" que tiene carácter claramente acumulativo y no alternativo. No es que deba optarse entre audiencia pública y audiencia a los ciudadanos afectados, la segunda es preceptiva en todos los casos, en tanto que la primera está en función de la naturaleza de la disposición. La opción, en lo que atañe a la segunda, se concreta al procedimiento elegido para llevar a cabo la audiencia, procedimiento que comprende tanto aspectos

formales como subjetivos y entre los primeros, naturalmente, el de si la audiencia ha de ser directa o por medio de organizaciones o asociaciones representativas legalmente reconocidas. Pretender reducir la opción a "información pública versus audiencia a ciudadanos afectados", así como la exigencia de motivación a los supuestos en que se opte por la información pública, es, en nuestra opinión, simplemente contrario a la norma y carente de fundamento, en otro caso debía haberse establecido con claridad el carácter alternativo entre la audiencia a los afectados y la información pública abierta a la generalidad de los ciudadanos, lo que la ley manifiestamente no hace.

Establecido que los trámites de audiencia a los ciudadanos e información pública son acumulativos y no alternativos, la exigencia de motivación, en los supuestos en que se opte por llevar a cabo la audiencia pública, resulta del significado del adverbio asimismo, que no es otro que "del mismo modo", por tanto, si la decisión de abrir período de información pública debe efectuarse "del mismo modo" que aquella en la que se establece el procedimiento para llevar a cabo la audiencia de los ciudadanos afectados, es claro que tal decisión debe ser motivada en función de la naturaleza de la disposición.

Tal motivación no será necesaria, por el contrario, cuando no se abra la información pública porque éste es el supuesto normal previsto en la norma, ésta sólo prevé la posibilidad de llevar a cabo tal trámite cuando lo aconseje la naturaleza de la disposición.

Sentado lo anterior podemos ya entrar en el análisis del caso concreto sobre la base de la reiterada doctrina de esta Sala en lo referente al carácter preceptivo del trámite de audiencia, doctrina que por reiterada resultaría innecesaria su cita (por todas Sentencias de 6 de julio de 1999 [RJ 1999, 5920] y 11 de marzo de 1991 [RJ 1991, 2382]).

En primer lugar debemos poner de manifiesto que los recurrentes incurren en un error cuando identifican (apartado III B 1 de los Fundamentos de Derecho del escrito de demanda) la audiencia directa con la información pública. La primera, como ya ha quedado explicitado, la refiere la norma como una de las formas posibles de llevar a cabo la audiencia a los ciudadanos cuyos derechos o intereses legítimos resulten afectados por la disposición de que se trate, en tanto que la segunda, referida a la generalidad de los ciudadanos con independencia de que se afecten o no sus derechos o intereses legítimos, viene condicionada a que la naturaleza de la disposición aconseje llevarla a cabo.

A la vista de lo anterior es claro que la alegación de nulidad por no haberse motivado la decisión de no someter la disposición a información pública no puede prosperar.

Cuestión distinta es la relativa a la falta de motivación en cuanto al procedimiento elegido para llevar a cabo la audiencia a los ciudadanos afectados. No hay duda de que a lo largo del procedimiento de elaboración de la disposición que se recurre en ningún momento se dicta resolución motivada en cuanto al procedimiento para llevar a cabo la audiencia a que se refiere el artículo 24.1.c de la Ley 50/1997 en relación a los ciudadanos cuyos derechos o intereses legítimos resulten afectados por la norma, tal y como impone el párrafo segundo del citado artículo 24.1.c. Consecuencia de ello es que nos encontramos ante una clara infracción del ordenamiento jurídico, pero antes de resolver si tal infracción acarrea "per se" la nulidad que se pretende, es necesario resolver si ello supone que se haya prescindido total y absolutamente del procedimiento

establecido, tal y como exige el artículo 62 de la Ley de Régimen Jurídico (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246) o, en otro caso, estamos ante la omisión de un requisito indispensable o se ha generado indefensión a los interesados.

Resulta evidente que la simple omisión de la resolución motivada en cuanto al procedimiento elegido para llevar a cabo la audiencia a los ciudadanos afectados no supone "per se" la omisión total del procedimiento legalmente establecido, ni siquiera se trata de una infracción que suponga la omisión de un trámite o requisito indispensable, ya que lo esencial es la audiencia y no el que se lleve a cabo en una u otra de las formas legalmente establecidas, sin que tampoco pueda sostenerse que el no haberse optado por la audiencia directa suponga que se haya generado una situación de indefensión de los interesados en el procedimiento.

La cuestión pues se concreta en determinar si el trámite de audiencia se ha llevado a cabo a través de las organizaciones o asociaciones representativas reconocidas por la Ley o, caso de no ser así, tales organizaciones participaron o no en el procedimiento por medio de informe o consulta, lo que haría innecesario el trámite de audiencia conforme al apartado c) del artículo 24.1 de la Ley 50/1997.

Examinadas las actuaciones nos encontramos con que han emitido informe a lo largo del procedimiento los siguientes organismos o entidades: Confederación Española de Organizaciones Empresariales, Asociación Española de Banca, Asociación Hipotecaria de España, Asociación Nacional de Entidades de Financiación, Instituto Nacional de Consumo, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Consejo General del Notariado, Consejo General del Poder Judicial, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Consejo de Consumidores y Usuarios y el Consejo de Estado. El recurrente no obstante sostiene que no han intervenido, ni por vía de informe ni por trámite de audiencia, organismos tales como el Consejo General de la Abogacía, el Consejo General de Corredores de Comercio, la Asociación de Consumidores y Usuarios y la Agencia de Protección de Datos.

La tesis del recurrente no puede prosperar por cuanto en lo que atañe a las Asociaciones de Consumidores ha informado el Consejo de Consumidores y Usuarios quien, conforme al artículo 22.5 de la Ley 26/1984 (RCL 1984, 1906 y ApNDL 2943), constituye el órgano de representación y consulta a nivel nacional y está integrado por representantes de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios.

Es lo que a los Corredores de Comercio se refiere, aun admitiendo sus funciones informativas en el ámbito de sus competencias conforme a los artículos 93 y 95 del Código de Comercio, concurren dos razones esenciales para desestimar el alegato del recurrente: de una parte la fusión de los Corredores de Comercio y los Notarios operada por Ley 55/1999 (RCL 1999, 3245 y RCL 2000, 606) determina que el defecto haya quedado subsanado por cuanto en los autos aparece informe del Consejo General del Notariado, por otra, es doctrina de esta Sala que en casos como el que nos ocupa no cabe alegar indefensión por infracciones que no afecten al recurrente sino a terceros. Idéntico argumento, en lo que a este último punto se refiere, cabría utilizar en relación con la alegación relativa al Consejo General de la Abogacía y a la Agencia de Protección de Datos, pero es más, tal y como sostiene el señor Abogado del Estado: "Baste señalar que el Consejo General de la Abogacía no ha sido oído porque sus funciones no tienen

relación con el objeto de la norma". Para ello es suficiente comparar el art. 1 del Estatuto General de la Abogacía (RCL 1982, 2294, 2656 y ApNDL 20) donde se nos dice que esta entidad "... es el organismo ejecutivo, coordinador y representativo de los Colegios de Abogados en cuanto a las funciones que le son propias", remisión estatutaria al contenido del art. 9 de la Ley de Colegios Profesionales (RCL 1974, 346 y ApNDL 5773) que, a su vez, reconoce en sus apartados i) y j) la competencia para emisión de informes sobre proyectos de modificación de la legislación de colegios profesionales o, de carácter fiscal que afecten directa y concretamente a la profesión de abogado en los términos del art. 130.4 de la Ley de 1958 (RCL 1958, 1258, 1469 y 1504; RCL 1959, 585 y NDL 24708). Además, por la remisión que hace el art. 9.a) al art. 5 de la misma Ley en relación con el ámbito del Consejo General, habría que incluir aquí la función de informe sobre disposiciones que afecten de forma concreta y directa a la profesión de abogado en los términos del art. 130.4 de la Ley de 1958 (apartado j). Este grupo normativo debe ponerse en relación con el objeto de la norma que es el desarrollo de la previsión legal contenida en el art. 11 de la Ley y se circunscribe a regular la organización y funcionamiento del Registro creado por dicho precepto legal. Así lo reconoce el Consejo de Estado en la pg. 18 de su dictamen donde señala que estamos ante "... un registro de cláusulas contractuales y sentencias ... al servicio de los consumidores y usuarios...". Por consiguiente, la norma es ajena a los fines legales del Consejo General de la Abogacía, de manera que no es preceptiva la audiencia del mismo en el procedimiento de elaboración del reglamento. Es más, atendido el objeto del Registro, tal y como viene caracterizado por el art. 11 de la Ley de Condiciones Generales de Contratación (RCL 1999, 131) y descrito en el preámbulo del Reglamento de desarrollo de dicho precepto, cuando señala que se trata de un Registro de cláusulas contractuales y de sentencias cuya finalidad primordial es proteger al consumidor frente a las cláusulas abusivas y evitar que las mismas se incluyan en los contratos celebrados con los consumidores, demuestra claramente que no tiene que ver con los fines atribuidos al Consejo General de la Abogacía. Es claro que otra interpretación supondría que siempre que se elabore una norma jurídica hay que oír al Consejo General de la Abogacía por ser atinente el Derecho a la profesión del Abogado, lo que, sencillamente es absurdo».

Lo mismo puede decirse de la Agencia de Protección de Datos. El Reglamento aquí recurrido no se encuentra subsumido en el ámbito de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales (RCL 1999, 3058), entre otras razones porque no recoge datos personales, sino que desarrolla la previsión legal contenida en el art. 11 de la Ley de Condiciones Generales de Contratación mediante un sistema de depósito de condiciones generales como medio de publicidad. Estamos, por consiguiente, ante un Registro de formularios o modelos que utilizan condiciones generales y de ejecutorias. Por consiguiente, el ámbito de la norma nada tiene que ver con las competencias propias de la Agencia de Protección de Datos.

Por otra parte, como decíamos en nuestra sentencia de 31 de enero de 2001 (RJ 2001, 1083), estamos ante un Reglamento que tiene un significado esencialmente técnico registral, dictado en desarrollo de la Ley 7/1998 (RJ 1999, 131), en cuya elaboración se ha oído a los Colegios Profesionales y Corporaciones antes mencionadas y que son las que representan intereses legítimos, sin que sean equiparables estos intereses a los de los Abogados.

Una segunda cuestión planteada por el recurrente es que el informe de la Secretaría General Técnica no ha recaído sobre el texto definitivo del Proyecto sino sobre el primero de los textos elaborados por la Dirección General de los Registros y el Notariado. Ha de admitirse que tal proceder constituye un vicio del procedimiento, pero de él no cabe extraer una conclusión de nulidad de pleno derecho, no se da ninguno de los supuestos del artículo 62 de la Ley de Régimen Jurídico ni tampoco estamos ante un supuesto de anulabilidad por defecto de forma ya que no concurren los requisitos del artículo 63.2 de la citada Ley. Así lo entiende también el Consejo de Estado cuando afirma que la tramitación del expediente ha sido correcta quedando cumplidas las exigencias legales, afirmación que realiza pese a advertir que el informe de la Secretaría General Técnica hubiera sido más correcto emitirlo una vez efectuadas todas las consultas antes mencionadas, ya que al no hacerse así se limita el alcance del informe.

Una última cuestión plantea el recurrente en orden a la nulidad por defecto de tramitación de la disposición impugnada, tal es la relativa a las alteraciones que ha sufrido ésta tras el informe del Consejo de Estado en aspectos que no fueron sugeridos por tal informe.

En este punto conviene recordar aquí la doctrina de esta Sala, por todas sentencias de 19 de junio de 2000 (RJ 2000, 6242) que establece que: «Como tuvimos ocasión de recordar en sentencia de 17 de enero de 2000 (RJ 2000, 263), el Consejo de Estado es, «ex» art. 107 CE (RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875), el supremo órgano consultivo del Gobierno que actúa con autonomía orgánica y funcional en garantía de su objetividad e independencia, que no forma parte de la Administración activa y se configura, más bien, como un órgano del Estado con relevancia constitucional al servicio de la concepción del Estado que la propia Constitución diseña (STC 56/1990, de 29 de marzo [RTC 1990, 56]). Por imperativo de su propia Ley Orgánica (RCL 1980, 921 y ApNDL 2796) (LOCE, en adelante), en el ejercicio de su función consultiva, el Consejo de Estado ha de velar por la observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, valorando los aspectos de oportunidad y conveniencia cuando lo exija la índole del asunto o lo solicite expresamente la autoridad consultante, así como la mayor eficacia de la Administración en el cumplimiento de sus fines; y de esta función genérica se derivan, como señala una STS de 16 de julio de 1996 (RJ 1996, 6428), tres importantes aspectos de su función: auxiliar a la autoridad consultante a los efectos del ejercicio de su competencia; ser garante de que la autoridad consultante actuará en los términos del mandato contenido en el art. 103 CE (servir con objetividad los intereses generales) y constituir, en cierto modo, un control que tiene su expresión en un dictamen que debe revestir las características de objetividad para procurar el correcto hacer del Gobierno y de la Administración.

En el ámbito de que se trata, en el de la elaboración de disposiciones reglamentarias, sin desconocer la importancia de la función de valoración de la oportunidad y conveniencia, resulta de la mayor trascendencia la relativa a la garantía de legalidad de la norma que se está elaborando (el control jurídico «ex ante» de la legalidad de la norma reglamentaria, en términos de STS de 14 de octubre de 1996 (RJ 1996, 8651), y sin perjuicio, claro está, del control de esta Jurisdicción). Es por ello por lo que la más reciente jurisprudencia de esta Sala resalta el carácter esencial que institucionalmente tiene el dictamen del Consejo de Estado en la elaboración de las normas reglamentarias en que resulta preceptivo, resaltando, además, el carácter final que le atribuye el art. 2.4 LOCE.

La jurisprudencia, tomando en cuenta esta importancia o trascendencia, exigió, desde antiguo, con especial rigor el cumplimiento de trámite y apreció la nulidad de las normas reglamentarias dictadas sin cumplirlo (SSTS de 6 y 12 de noviembre de 1962 [RJ 1962, 4464, 4111], 22 de octubre de 1981 [RJ 1981, 4634], 15 de enero [RJ 1982, 6], 12 de julio y 10 [RJ 1982, 4740, 7955] y 29 de diciembre de 1982 [RJ 1982, 8114], 15 [RJ 1983, 3527] y 16 de junio de 1983 [RJ 1983, 3534] y 31 de mayo de 1986 [RJ 1986, 4603], entre otras). Es cierto que a partir de 1987 se inicia una línea jurisprudencial que, en atención al principio de economía procesal, relativiza la trascendencia invalidante de la omisión del informe del Consejo de Estado, afirmando que la misma no impedía a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa entrar a conocer del fondo del asunto -la conformidad o no a Derecho de la disposición reglamentaria- y que, si efectuado el control se acreditaba dicha conformidad, carecía de sentido declarar una nulidad en sede jurisdiccional para que el Consejo de Estado viniera después a decir lo que ya se había constatado (SSTS 7 de mayo [RJ 1987, 5241] y 2 de junio [RJ 1987, 5908] y 29 de octubre de 1987 [RJ 1987, 7438], 12 y 17 de febrero [RJ 1988, 1133], 5 de marzo [RJ 1988, 1780], 26 de abril [RJ 1988, 3232] y 20 de octubre de 1988 [RJ 1988, 8029], entre otras). Pero también lo es que tal línea jurisprudencial ha coexistido con la que reproduciendo los viejos criterios, seguía afirmando y declarando la nulidad de pleno derecho de la norma reglamentaria cuando se había omitido, indebidamente, el dictamen del Alto Organismo consultivo (SSTS 1 de marzo [RJ 1988, 1640], 5 de abril [RJ 1988, 2614], 14 de mayo [RJ 1988, 3866] y 30 de diciembre de 1988 [RJ 1988, 10155], entre otras).

Esta divergencia jurisprudencial requería una clarificación que satisficiera las exigencias derivadas del principio de seguridad jurídica y de la propia función que el Tribunal Supremo está llamado a desempeñar en el otorgamiento de certeza en el Derecho, que ha sido resaltada por la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 71/1982 [RTC 1982, 71]), en orden al grado de exigibilidad de la intervención del Consejo de Estado. Así, en SSTS de la Sala Especial de Revisión de 10 de mayo (RJ 1989, 3744) y 16 de junio de 1989 (RJ 1989, 3750), se pone de manifiesto que dicho órgano Consultivo cumple un control preventivo de la potestad reglamentaria para conseguir que se ejerza con ajuste a la Ley y al Derecho. No es correcto pues volatilizar esta cautela previa que consiste en el análisis conjunto de cada disposición general mediante su confusión con el control judicial posterior, configurado en el art. 106 CE, casi siempre casuística y fragmentario y siempre eventual. La intervención del Consejo de Estado no se queda, por tanto, en un mero formalismo sino que actúa como una garantía preventiva para asegurar, en lo posible, la adecuación a Derecho del ejercicio de la potestad reglamentaria. Esta doctrina tiene continuidad en sentencias posteriores (SSTS 23 de junio de 1991, 20 de enero de 1992 [RJ 1992, 622], 8 de julio de 1994 [RJ 1994, 5677] y 3 de junio de 1996 [RJ 1996, 4923], entre otras), aunque no deja de hacerse alguna referencia al principio de economía procesal (STS 25 de febrero de 1994 [RJ 1994, 6352]), que tiene, sin duda, trascendencia en este ámbito, pero no para subsanar la omisión de trámites que no han tenido lugar en la vía administrativa, sino para evitar la innecesaria retroacción de los mismos cuando aparece evidente su inutilidad.

Por otra parte, la jurisprudencia ha venido reconociendo la necesidad de que en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales, en cumplimiento de lo dispuesto en los arts. 105.a) de la Constitución y 130.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo, se conceda audiencia a las organizaciones o asociaciones interesadas

reconocidas por la Ley -sentencias de la Sala de Revisión del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1988 (RJ 1988, 5060), 7 de julio de 1989 (RJ 1989, 3850), 25 de septiembre de 1989 (RJ 1989, 3851) y 12 de enero de 1990 (RJ 1990, 335), y sentencias de esta Sala las de 7 de mayo de 1987 (RJ 1988, 4730), 1 de octubre de 1988 (RJ 1988, 7602), 19 de julio de 1989 (RJ 1988, 7602), 5 de febrero de 1990 (RJ 1990, 1399), 10 de mayo de 1990 (RJ 1990, 4545), 11 de marzo de 1991 (RJ 1991, 2382), 24 de septiembre de 1991 (RJ 1991, 6968), 17 de octubre de 1991 (RJ 1991, 7845) y 25 de septiembre de 1992 (RJ 1992, 8472), entre otras-. Si bien, como ya se señaló en la de 1 de octubre de 1988 (RJ 1988, 9123) respecto de la concesión de una nueva audiencia, siendo preceptivo pero no vinculante el informe del organismo consultado, la no concesión de un segundo trámite de audiencia no puede decirse, con carácter general, que sea productora de indefensión, por corresponder al Gobierno la facultad decisoria en orden a la definitiva redacción de la disposición general, que oportunamente conoció el criterio mantenido por el organismo consultado.

Por consiguiente, debe partirse de la afirmación de la necesidad de efectuar las referidas consultas preceptivas al Consejo de Estado y a dichas organizaciones representativas de intereses afectados por la norma que se trata de aprobar, so pena de incurrir en nulidad de pleno derecho la disposición reglamentaria, sin perjuicio de que la aplicación del principio de economía procesal, en el sentido expuesto, determine la existencia de ciertas excepciones singulares a la regla general formulada. Entre ellas, en el presente caso, se trata de precisar la exigibilidad del trámite, en el supuesto de que informado un proyecto de norma reglamentaria por el Consejo de Estado y evacuado el trámite de audiencia, se introduzca alguna modificación o adición al mismo. Y, a este respecto ha de tenerse en cuenta que, conforme reiterada doctrina de esta Sala (SSTS 22 de febrero de 1988 [RJ 1988, 1446], 27 de noviembre de 1995 [RJ 1995, 8944], 14 de octubre de 1996 [RJ 1996, 8651], 28 de enero [RJ 1997, 1220], 10 de noviembre de 1997 [RJ 1997, 8584], y, sobre todo, la de 17 de enero de 2000 [RJ 2000, 63]), cuando las modificaciones introducidas en el texto definitivo no son sustanciales resulta innecesaria tanto una nueva audiencia y examen por el Consejo de Estado como una nueva audiencia de las entidades representativas de intereses; de manera que, en tales casos, las discordancias entre el proyecto inicial, objeto de audiencia y dictamen, y el texto definitivo no son determinantes de la nulidad o anulabilidad de la norma aprobada».

Así las cosas, de las modificaciones que el recurrente cita como introducidas con posterioridad al dictamen del Consejo de Estado algunas no han dado lugar a impugnación concreta del articulado, lo que pone de manifiesto la conformidad del propio recurrente con su legalidad; otras lo han sido a instancias del propio Consejo de Estado; en otras, como acontece por ejemplo en el caso del art. 2.2.c, la modificación imputada no es tal puesto que tanto en el texto informado por el Consejo de Estado como en el publicado en el BOE la ejecución provisional da lugar a la cancelación de la anotación preventiva; en unas terceras, como es el caso del art. 19.2, el recurrente se queja de que no se asume la observación del Consejo de Estado sobre el «valor jurídico» de la información formal facilitada por el Registrador, o no se asume de forma plena, como en el caso del artículo 22; finalmente, como acontece en lo que atañe a la supresión del párrafo 2 del apartado 2 del artículo 15, sobre liquidación de impuesto de transmisiones, la modificación responde a un principio de coherencia con lo dispuesto en el artículo 7. Sólo en los casos de los artículos 2.1.b, 2.1.c, 10.1, 14.5, 15.5, 18.1.1, 20.3 y 23.2, se apuntan modificaciones que son objeto de impugnación específica, pero ninguna de ellas

supone una alteración sustancial atendiendo a las dos perspectivas en que, como decimos en la sentencia de 17 de enero de 2000, caben ser consideradas, esto es, tanto desde el punto de vista relativo, por la innovación que supone respecto al texto informado, como desde el punto de vista absoluto, por su importancia intrínseca. Por tanto no está justificada una declaración de nulidad, sin perjuicio de la valoración que merezcan las impugnaciones específicas al articulado al ser analizadas separadamente.

SEGUNDO Alega el recurrente la nulidad del artículo 2.1.b y 2.1.c por cuanto establecen que serán objeto de inscripción en el Registro de Condiciones Generales de Contratación las ejecutorias de sentencias firmes dictadas tanto en el ejercicio de acciones individuales como colectivas, suprimiendo la exigencia establecida en el artículo 11.4 de la Ley 7/1998 que tales sentencias sean estimatorias. La extralimitación de precepto impugnado respecto del texto de la Ley es manifiesta, sin que quepa acudir a soluciones interpretativas como la que pretende el señor Abogado del Estado en el sentido de que el tenor del artículo 11.4 de la Ley 7/1998, que establece que sólo serán inscribibles las sentencias estimatorias, implica que una interpretación correcta del precepto impugnado debe llevar a idéntica conclusión.

El razonamiento del señor Abogado del Estado es precisamente el que debió haber conducido a la Administración a redactar el precepto impugnado de conformidad con lo prevenido en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y no a establecer redacciones reglamentarias que resultan manifiestamente contrarias al artículo 11.4 de la Ley 7/1998. El precepto impugnado establece como inscribibles las ejecutorias de las sentencias firmes, con independencia de que estas sean estimatorias o desestimatorias, cuando la Ley limita la inscripción exclusivamente a las primeras. Por tanto los apartados b y c del núm. 1 del artículo 2 deben ser anulados, aun cuando el resto del contenido de los citados preceptos se ajuste al mandato legal, incluida la referencia a la cláusula afectada, que responde, al igual que en el apartado 2.c a que luego nos referiremos, a lo dispuesto en el artículo 11.8.c de la Ley 7/1998.

Impugna también el recurrente el inciso final del párrafo segundo del apartado 2.c del artículo que nos ocupa por cuanto extiende la cancelación de las anotaciones preventivas a la ejecución provisional de la sentencia sin esperar a que el proceso finalice, lo que resulta contrario a lo que se establece en el párrafo dos del artículo 11.3 de la Ley 7/1998.

El señor Abogado del Estado dice que la anotación preventiva puede ser entendida como una medida cautelar a la que sustituye la sentencia al ser ejecutada, máxime cuando la regla general es la ejecución provisional de las sentencias, y que la expresión «terminación del procedimiento» que utiliza la Ley 7/1998 no es sinónimo de sentencia firme. Tal afirmación aunque inicialmente correcta necesita algún comentario. La ejecución provisional es una institución procesal especial de naturaleza ejecutiva. Los actos desarrollados como consecuencia de la resolución estimatoria de la ejecución provisional forman parte de un proceso de ejecución, cierto es que quedan pendientes o a las resultas del proceso de declaración que se sigue sobre los derechos aún en litigio, pero ello no justifica ni desnaturaliza su carácter ejecutivo.

Se ha querido equiparar la ejecución provisional con una medida cautelar. Así sería si se establece como premisa que se quiere prevenir el riesgo de que durante la sustanciación

del recurso el vencido trate de sustraerse a sus obligaciones, de tal modo que impida la futura ejecución, en tal caso podríamos hablar de un «periculum in mora», fundamento y eje básico de toda medida cautelar. Sin embargo existen notas que diferencian nítidamente ambas instituciones. Las medidas cautelares tienen una finalidad instrumental, se arbitran en función de una ulterior ejecución a fin de garantizar ésta, y normalmente son homogéneas, semejantes o similares, a las que en su día deben adoptarse para hacer efectivo el pronunciamiento judicial. Por el contrario, la ejecución provisional no es sólo homogénea sino idéntica y no tiene un carácter instrumental en función de la eventual ejecución al desarrollarse ya la fase ejecutiva, aun cuando esté condicionada al resultado del proceso de declaración.

El hecho de que sea necesario, por lo general, la prestación de fianza, o que pueda ser utilizada con el fin de prevenir posibles maniobras fraudulentas del deudor, no justifica su equiparación con las medidas cautelares. Su naturaleza resulta típicamente ejecutiva y no solamente preventiva o funcional en relación a una futura y posible ejecución que ya se desarrolla.

Conviene recordar igualmente que cuando se aprueba la Ley 7/1998 ya era posible acudir a la figura de la ejecución provisional que se instaura en el ámbito del proceso civil por Ley (RCL 1984, 2040; 1985, 39; ApNDL 4257), de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo también cierto que esa ejecución provisional no suponía ni supone la terminación del proceso que sólo se produce cuando se alcanza sentencia firme o tiene lugar alguno de los supuestos de renuncia, transacción, caducidad desestimación o allanamiento previstos en la Ley.

Finalmente es importante diferenciar, a estos efectos, entre las sentencias declarativas, constitutivas o de condena, pues solamente estas últimas pueden ser objeto de ejecución provisional, con dos puntualizaciones:

- a) La denominada ejecución impropia de las sentencias declarativas y constitutivas, que puede solicitarse siempre que no produzca perjuicios irreparables (SSTC 92/1998 [RTC 1998, 92] y 67/1984 [RTC 1984, 67]).
- b) El supuesto de que eventualmente se acumulen en éstas otras peticiones de condena, pues no hay inconveniente en la ejecución parcial ceñida a la parte estimatoria de las acciones de condena.

Así las cosas hemos de analizar el alcance del artículo 11.3 párrafo 2º de la Ley 7/1998 y así resulta que en el mismo se establece que: «Dichas anotaciones preventivas tendrán una vigencia de cuatro años a contar desde su fecha, siendo prorrogables hasta la terminación del procedimiento en virtud de mandamiento judicial de prórroga». El recurrente interpreta que prorrogado el período de vigencia de la anotación preventiva dicha prórroga necesariamente debe serlo hasta la terminación del proceso. En este punto nos encontramos con que el legislador al aprobar el artículo 11.3 de la Ley 7/1998 previó la posibilidad de que la anotación preventiva quedase sin efecto antes de la terminación del proceso y estableció expresamente que aquélla fuese prorrogable hasta la terminación del mismo caso de que no se produjese antes de los cuatro años de vigencia inicial de la anotación.

La cancelación de la anotación preventiva como consecuencia de la ejecución provisional de la sentencia, de conformidad con lo establecido en las leyes procesales, sólo cabría entenderla, atendida la finalidad del Registro, si se admitiese que tal ejecución provisional conlleva la inscripción de la ejecutoria junto con el texto de la cláusula afectada, pero ello choca con dos obstáculos: en primer lugar que el artículo 11.4 de la Ley declara que son inscribibles las ejecutorias en que se recojan sentencias firmes, no, por tanto, aquellas que hayan sido objeto del recurso y no cabe por vía reglamentaria alterar el mandato de la Ley, ni siquiera con el argumento de que tal alteración es consecuencia de lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000 (RCL 2000, 34, 962; RCL 2001, 1892) en virtud del principio de que la ley posterior deroga la anterior, tal principio no es aplicable al caso de autos en el que estamos ante una norma especial que debe prevalecer frente a las normas generales y por otra parte la ejecución provisional ya se admitía en la Ley de Enjuiciamiento Civil anterior, artículos 385 y concordantes, pese a lo cual la Ley 7/1998, posterior a aquélla, estableció específicamente en el artículo 11.4 limitar la inscripción a las ejecutorias de sentencias estimatorias firmes y por tanto no cabe efectuarla en vía de ejecución provisional; en segundo lugar ha de tenerse en cuenta que la inscripción por su propia naturaleza tiene vocación de permanencia, lo que resultaría incompatible con el carácter provisional de la ejecución, en tanto que la anotación preventiva compagina mejor con esa idea de provisionalidad. El precepto por tanto ha de ser anulado en los extremos impugnados.

TERCERO Impugna a continuación el recurrente el art. 3.1 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1828/1999 (RCL 1999, 3135) en cuanto establece que el Registro de Condiciones Generales de la Contratación constituye una sección del Registro de Bienes Muebles. El recurrente no cita precepto alguno de rango de Ley como infringido, probablemente porque no existe, ya que el Registro que nos ocupa se creó por la Ley 7/1998 que así lo dispone en su artículo 11 y este mismo precepto, en su párrafo segundo, habilita para que la organización del citado Registro se regule por vía reglamentaria. No cabe duda que la decisión de configurar el Registro de Condiciones Generales de la Contratación como Registro separado o como una sección del Registro de Bienes Muebles es una decisión netamente organizativa, para cuya adopción en vía reglamentaria la Administración está plenamente habilitada sin limitación alguna. La impugnación por tanto debe desestimarse.

CUARTO También debe ser desestimada la impugnación que el recurrente efectúa del artículo 4 y que fundamenta exclusivamente en que la considera incompleta por cuanto no prevé, afirma, todos los supuestos posibles.

De nuevo el recurrente omite la cita de precepto legal alguno que considere infringido y de nuevo hemos de reiterar aquí que lo que determina o no la nulidad de un precepto reglamentario es que resulte contrario a las previsiones legales o regule materia que tenga reserva de Ley, pero en modo alguno tal nulidad puede venir determinada porque se estime que es más o menos acertada técnicamente. La impugnación por tanto ha de ser desestimada.

QUINTO El recurrente fundamenta la impugnación que efectúa del artículo 5 en el hecho de que la expresión «solo el deposito de Condiciones Generales de la Contratación es voluntario» resulta contraria al artículo 11.4 de la Ley 7/1998 que establece que «podrán

ser objeto de inscripción, cuando se acredite suficientemente al registrador, la persistencia en la utilización de cláusulas declaradas judicialmente nulas».

La interpretación sistemática del artículo 11 de la Ley 7/1998 nos lleva a la conclusión de que el legislador utiliza las expresiones «podrán» y «deberán» con la clara finalidad de distinguir los supuestos en que es potestativo el acceso al Registro de Condiciones Generales de la Contratación de aquellos otros en que resulta imperativo. Así, en el número dos del precepto citado, se establece que «podrán» inscribirse las cláusulas contractuales que tengan el carácter de condiciones generales de la contratación, igual expresión potestativa utiliza el apartado cuarto respecto de la persistencia en la utilización de cláusulas declaradas judicialmente nulas; por el contrario, en el apartado cuatro, se establece que «serán» objeto de inscripción, ahora sí con carácter imperativo, las ejecutorias en que se recojan las sentencias firmes estimatorias, y en el apartado tres se establece, igualmente de forma imperativa, que «serán objeto de anotación preventiva las demandas ordinarias de nulidad o declaración de no incorporación y las acciones colectivas».

Un último argumento cabe utilizar en defensa de esta tesis, que la finalidad del Registro no es otra que defender los intereses de la generalidad de los ciudadanos frente a la utilización de cláusulas abusivas o ilegales, por ello en aquellos supuestos en que se declara la ilegalidad de las cláusulas o se cuestiona por vez primera, la inscripción o anotación preventiva respectivamente es obligatoria y no lo es en los casos del núm. 2 y párrafo 2º del núm. 4 del artículo 11 de la Ley 7/1998, en los que no se cuestiona la legalidad o la cláusula ya ha sido declarada nula e inscrita previamente. Este criterio se compagina mejor con la idea de seguridad en el tráfico jurídico, no otra es la finalidad del Registro, expulsando del mismo aquellas cláusulas que resulten nulas, lo que no se conseguiría si el acceso al Registro fuese siempre voluntario, en tanto que ningún plus a esa seguridad jurídica aporta la obligatoriedad de la inscripción de la persistencia en la utilización de cláusulas ya inscritas. En este punto debemos destacar que lo dicho en las exposiciones de motivos no es ley y por tanto no sirve para desvirtuar lo dispuesto en el articulado.

Por tanto atendida una interpretación tanto sistemática como literal resulta que no sólo la inscripción de Condiciones Generales de la Contratación es voluntaria, sino que esa voluntariedad alcanza también a la inscripción de la persistencia en la utilización de cláusulas declaradas judicialmente nulas. El precepto por tanto debe ser anulado.

SEXTO El recurrente fundamenta la impugnación que efectúa del artículo 7 en el hecho de que en el mismo se dispone que no se exigirá constancia alguna sobre la situación fiscal relativa a la documentación, tipo, modelo o ejemplar de las condiciones generales de la contratación que se presenten a inscripción, por cuanto, entiende el recurrente, tal disposición contradice lo dispuesto en el art. 54.1 del Real Decreto Legislativo 1/1993 (RCL 1993, 2849).

La impugnación no puede prosperar. No estamos ante un Registro de contratos sino ante un Registro de cláusulas contractuales y sentencias, diferente de los Registros inmobiliarios por más que su gestión se encomiende a los registradores de la propiedad y mercantiles.

El Registro de Condiciones Generales de la Contratación es un registro de cláusulas contractuales y sentencias que responde a una lógica radicalmente diversa a la de los Registros de carácter inmobiliario, estamos ante un registro al servicio de los consumidores y usuarios cuya finalidad primordial, según la Ley 7/1998 que ha de interpretarse a la luz de la Constitución y de la Directiva, es, como apuntábamos en el fundamento anterior, proteger al consumidor frente a las cláusulas abusivas, y evitar que se incluyan tales cláusulas en los contratos celebrados con consumidores, sobre todo como medio para hacer efectivo el ejercicio de acciones contra las condiciones generales no ajustadas a la Ley. El Registro ha de ser ante todo un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores y la consecuente protección de éstos, teniendo en cuenta que la calificación como abusivas de las cláusulas corresponde, en exclusiva, a los jueces y tribunales.

Este carácter del Registro justifica la no exigencia de nota alguna de carácter fiscal en cuanto no publicita derechos y tienen mero carácter informativo. El precepto, por tanto, es conforme a Derecho.

SEPTIMO Al examinar la impugnación que se hace del artículo 8 del Reglamento aprobado por Real Decreto que nos ocupa y que se funda en el hecho de que en el mismo se establece que las condiciones generales se inscribirán, clasificarán y consultarán por razón de la persona del predisponente, nos encontramos de nuevo con una impugnación en la que, lejos de fundarse en razones de legalidad, la crítica al precepto obedece a razones de mayor o menor corrección técnica, lo que en modo alguno puede determinar una declaración de nulidad. Por tanto la impugnación debe rechazarse.

Por idénticas razones deben también rechazarse las impugnaciones que se hacen a los artículos 11, 13, 16 y 19.3 dado que todos ellos obedecen a un fundamento común.

OCTAVO Al enfrentarse al artículo 9 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 1828/1999, el recurrente formula varias objeciones. En primer lugar impugna el núm. 2 del citado precepto en relación con el párrafo 8 del mismo. El recurrente entiende que al regular la presentación de las condiciones generales o de las resoluciones judiciales en el Registro para su inscripción se incide en la regulación de otros Registros públicos, los de la Propiedad y Mercantiles, por cuanto se prevé que tal presentación pueda hacerse en cualquiera de ellos o en los de Bienes Muebles existentes en España, al tiempo que en el núm. 8 se dispone que:

«Si la presentación se hubiera realizado en un Registro no competente, el registrador practicará asiento de presentación en su Diario y remitirá el mismo día al registrador de destino competente por telecopia, correo electrónico o similar, copia de los modelos presentados, lo que hará constar al pie de la solicitud. Por la misma vía el registrador de destino acusará recibo en el mismo día o, si éste es inhábil en su Registro, el día siguiente hábil y en lo sucesivo se entenderá con el presentante. El registrador de origen consignará este acuse de recibo por medio de nota al margen del asiento de presentación en el Libro Diario».

La impugnación no puede prosperar por cuanto el precepto impugnado no hace sino regular un aspecto organizativo del Registro de Condiciones Generales de la Contratación, con la libertad que le da la norma habilitante, artículo 11 de la Ley 7/1998, que no establece limitación alguna, apoyándose en la estructura de los Registros de la Propiedad y Mercantiles, tal y como prevé la exposición de motivos de la citada Ley que establece expresamente en su apartado III que «se trata de un Registro... que aprovechará la estructura dispensada por los Registradores de la Propiedad y Mercantiles». Por otra parte la modificación que la regulación que se efectúa puede suponer del Reglamento Hipotecario (RCL 1947, 476, 642 y NDL 18733) y de la Ordenanza del Registro de Venta a Plazos no quiebra el principio de jerarquía normativa, todo ello sin que pueda olvidarse que el artículo 96.2 de la Ley 24/2001 (RCL 2001, 3248) da una nueva redacción al artículo 222.8 de la Ley Hipotecaria (RCL 1946, 886 y NDL 18732) disponiendo que «Los Registradores en el ejercicio de su función pública, estarán obligados a colaborar entre sí, ...».

Las razones sobre la necesidad o no de efectuar la regulación de la materia a que se refiere el apartado 2 del artículo 9 impugnado en la forma en que se hace carecen de valor jurídico y no merecen ser tomadas en consideración. De nuevo nos encontramos con razones de oportunidad y no de legalidad.

A continuación el recurrente tacha de ilegal la expresión «o recomiende» que se contiene en el núm. 3 del artículo 9 que analizamos. En efecto el precepto impugnado establece que los modelos se presentarán por duplicado con solicitud suscrita por el que los utilice (se refiere a las condiciones generales) o recomiende. El precepto resulta manifiestamente contrario al artículo 11.8 de la Ley 7/1998 que dispone que: «La inscripción de las condiciones generales podrá solicitarse:

- a) Por el predisponente.
- b) Por el adherente y los legitimados para ejercer la acción colectiva, si consta la autorización en tal sentido del predisponente. En caso contrario, se estará al resultado de la acción declarativa.
- c) En caso de anotación de demanda o resolución judicial, en virtud del mismo mandamiento, que las incorporará».

En ningún momento el legislador se refiere a quien recomienda el uso de las condiciones generales. La interpretación que se sostiene al contestar la demanda, en el sentido de que la referencia al recomendante que se efectúa en el Real Decreto lo es como mandatario del predisponente, no puede ser asumida ya que el precepto impugnado habla de solicitud firmada por quien utilice las condiciones generales o las recomiende, referencia que se efectúa de forma alternativa y sin salvedad de ningún tipo, nada permite interpretar que la firma del recomendante lo sea como mandatario del predisponente.

El propio señor Abogado del Estado viene implícitamente a admitir la ilegalidad del precepto cuando sostiene que una interpretación distinta a la que efectúa, considerar al «recomendante» como mandatario del predisponente, es insostenible, sin duda porque

entiende que el precepto resulta ilegal fuera de la interpretación que sostiene y que ya hemos señalado no resulta aceptable.

Igualmente el recurrente considera ilegal el apartado 5 del precepto analizado inciso primero que dice «En caso de falta de conformidad del predisponente, solo podrán ser objeto de depósito las condiciones generales en virtud de ejecutoria de la sentencia firme estimatoria de una acción declarativa, de cesación o de retractación».

Entiende el recurrente que por imperativo del artículo 11.8.c. de la Ley 7/1998 el precepto impugnado debió añadir que el mandamiento judicial deberá ir acompañado del texto de la cláusula afectada.

La impugnación no puede prosperar por cuanto la exigencia a que se refiere el recurrente viene establecida en el apartado 6 del precepto en cuestión en el que se dispone que «cuando se trate de resoluciones judiciales referentes a condiciones generales de la contratación, para la presentación deberá acompañarse mandamiento al efecto presentado por duplicado que contenga literalmente las condiciones generales afectadas...», tal disposición cumple el mandato legal contenido en el artículo 11.8.c de la Ley 7/1998 de que a la ejecutoria se incorporarán las condiciones generales que deben ser objeto de inscripción.

Por último el recurrente centra sus críticas en la ilegalidad del art. 9.5 inciso final, por cuanto establece que la anotación preventiva de la demanda se practicará si el juez, a instancia del interesado, así lo ordena. Entiende el recurrente que el precepto contradice en este punto lo dispuesto en el artículo 11.3 de la Ley 7/1998 que establece el carácter imperativo de la anotación preventiva.

Ya hemos razonado, al analizar el artículo 5 del Real Decreto que nos ocupa, el carácter obligatorio de la inscripción de la ejecutoria en que se recojan las sentencias firmes estimatorias y de las anotaciones preventivas, por tanto el precepto que nos ocupa, en cuanto deja a la voluntad del interesado y a la discrecionalidad del juez la anotación preventiva, resulta contrario al mandato del legislador. No es obstáculo para esta conclusión el carácter rogado del proceso civil, sin duda el legislador quiso, y así lo hizo, establecer una excepción en la materia que nos ocupa atendida la naturaleza y finalidad del Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

NOVENO El recurrente impugna a continuación el artículo 10 en cuanto exige, cuando de presentación por vía telemática o soporte magnético se trate, que se utilice firma electrónica avanzada que permita apreciar la identidad el remitente.

De nuevo nos encontramos con un supuesto en el que el recurrente, lejos de imputar vicios de legalidad al precepto impugnado, fundamenta su crítica en razones de oportunidad, por tanto, como ya hemos dicho reiteradamente, la impugnación debe desestimarse.

DECIMO Dos son las críticas que el recurrente efectúa al artículo 14 del Real Decreto que estamos analizando y se centran en los apartados 4 y 5 del mismo.

En relación con el apartado 4 que dice: «El registrador suspenderá el depósito de las condiciones generales ilegibles en tanto se aclaran sus términos por el predisponente, sin perjuicio de las facultades que en el ejercicio de la función jurisdiccional corresponde a jueces y tribunales», el recurrente sostiene que implica un solapamiento de la función judicial.

Considera el recurrente que la expresión «sin perjuicio de las facultades que en el ejercicio de la función jurisdiccional corresponde a jueces y tribunales», implica admitir que tanto el juez como el registrador pueden, al mismo nivel, efectuar el control de los requisitos de incorporación al Registro de las Condiciones Generales.

La interpretación del recurrente no parece pueda ser asumida por la Sala por cuanto es claro que la facultad del registrador de suspender el depósito sólo alcanza a los supuestos en que las condiciones generales resulten ilegibles, sin que el concepto ilegible ofrezca dudas sobre su significado y el concepto «aclaran» no tiene otro significado que hacer legible lo ilegible. Es evidente, el propio recurrente lo admite, que ante tal circunstancia no cabe otra alternativa al registrador. La expresión «sin perjuicio» debe entenderse referida al reconocimiento de la competencia exclusiva de jueces y tribunales para resolver cualquier discrepancia en orden a la concurrencia o no de los requisitos de incorporación, incluso si el presentante entendiese que no se da la ilegitimidad alegada por el Registrador.

La impugnación al apartado 5 del artículo 14, que dice «La comunicación de la existencia de defectos al presentante se realizará mediante telecopia, correo electrónico o procedimiento telemático similar al domicilio señalado en la instancia y se hará constar al margen del Libro Diario. Caso de que el presentante careciera de medios de recepción telemáticos, la comunicación se hará por escrito y se remitirá por correo al citado domicilio, por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción», la fundamenta el recurrente en que, en su opinión, infringe el artículo 48.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.

La impugnación debe rechazarse ya que el precepto examinado en absoluto establece plazo de ningún tipo ni tampoco el artículo 48.2 de la Ley de Procedimiento establece nada sobre si el cómputo debe ser desde la fecha de la notificación u otra distinta. El recurrente afirma que la ilegalidad por infracción del artículo 48.2 citada deviene de la remisión que se hace a la legislación hipotecaria, pero tal remisión se efectúa en el artículo 24 del Real Decreto, por tanto ninguna relación tiene el precepto impugnado con una posible alteración en cuanto a la forma de cómputo de plazos, de fecha a fecha si son de meses o años, a que se refiere el precepto que se dice infringido.

Otra cuestión será si como consecuencia de la remisión a la legislación hipotecaria, caso de estimarse ajustada a Derecho, lo que más adelante se verá, y de las peculiaridades establecidas en la materia relativa a la forma de llevar a cabo las notificaciones por el Real Decreto que nos ocupa, aquélla no resultase de aplicación por ser contraria a la Ley 30/1992, mas tal cuestión excede del ámbito del precepto impugnado y habrá de ser resuelta por los tribunales en el caso concreto que pueda plantearse.

UNDECIMO El artículo 15 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1828/1999 es uno de los que mayores objeciones merece para el recurrente. Dice el precepto: «1. La persistencia en la utilización de cláusulas declaradas judicialmente nulas, por acción individual o colectiva, podrá ser objeto de inscripción separada en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, mediante el depósito, a instancia de cualquier adherente o legitimado para interponer acciones colectivas, del ejemplar de contrato en el que aparezcan tales cláusulas, siempre que previamente se haya inscrito la sentencia judicial firme de nulidad y se acredite al registrador suficientemente por cualquier medio admitido en derecho la persistencia en dicha utilización.

2. Se presumirá que existe persistencia en la utilización cuando los contratos en que aquéllas se incorporen tengan fecha posterior a la sentencia, siempre que hayan transcurrido tres meses desde la fecha de la inscripción de la sentencia firme en el Registro. El registrador comunicará al predisponente la presentación de estos contratos, para que en el plazo de siete días hábiles pueda hacer las alegaciones que estime conveniente.

3. Una vez acreditada la persistencia en la utilización, el registrador procederá a hacer constar la misma en el Registro mediante un asiento a continuación de la inscripción de la sentencia, salvo que existan asientos intermedios, en cuyo caso se hará constar a continuación de éstos. La persistencia en la utilización de condiciones generales declaradas nulas judicialmente podrá ser objeto de ulteriores asientos a medida que se exhiban al registrador nuevos contratos en que tales cláusulas se utilicen.

4. Tales asientos sólo podrán ser cancelados con el consentimiento de cada uno de los adherentes o legitimados para interponer las acciones colectivas a cuya instancia se hubiere practicado la inscripción o por resolución judicial firme.

5. El registrador de condiciones generales de la contratación comunicará al Ministerio de Justicia, en el mismo día que las hubiere practicado, las anotaciones preventivas realizadas por persistencia en la utilización de cláusulas nulas»...

Empieza el recurrente por sostener la ilegalidad del párrafo primero por referirse a las acciones individuales.

La impugnación debe rechazarse por cuanto el artículo 11.3 de la Ley 7/1998, al que se remite el párrafo del mismo artículo que establece la posibilidad de inscripción en los supuestos de persistencia en la utilización de cláusulas declaradas judicialmente nulas, no efectúa distinción alguna sobre si lo que se ejercitó fue una acción colectiva o se interpuso una demanda ordinaria de nulidad, a ambas se refiere el artículo 11.3.

Una cosa es que los efectos establecidos en el artículo 12.2 de la Ley 7/1998 sólo se prediquen de la acción colectiva de cesación y otra muy distinta que no pueda afirmarse la persistencia en la utilización de cláusulas declaradas judicialmente nulas por el hecho de que tal declaración se efectúe como consecuencia de acciones individuales. Tampoco es argumento válido la posibilidad de sentencias contradictorias ya que esta posibilidad también cabe en el supuesto de ejercicio de acciones colectivas.

Continúa el recurrente sosteniendo la ilegalidad del mismo párrafo 1 en cuanto establece «...mediante el depósito... del ejemplar del contrato en el que aparezcan tales cláusulas siempre que previamente se haya inscrito la sentencia judicial firme de nulidad».

Afirma el recurrente que el primer inciso altera el objeto del Registro, en tanto que el segundo impone un nuevo requisito no previsto en la Ley.

La impugnación no puede prosperar por cuanto la inscripción de la sentencia es imperativa conforme al artículo 11.4 de la Ley 7/1998. Tampoco puede sostenerse que se altere el objeto del Registro ya que lo que se inscribe no es el contrato sino la persistencia en la utilización de cláusulas declaradas judicialmente nulas, cláusulas cuya correspondencia con las declaradas nulas se hará constar en el Registro mediante el depósito del contrato.

A continuación el recurrente tacha de ilegal el párrafo 2 porque, afirma, al exigir, para presumir la persistencia, que hayan transcurrido tres meses desde la fecha de la inscripción de la sentencia firme en el Registro a la fecha del contrato, limita los efectos de una sentencia firme.

Contrariamente a lo que sostiene el recurrente no existe tal limitación. El precepto se ciñe a establecer una presunción «iuris tantum», sin perjuicio de que la persistencia se acredite por cualquier otro medio de prueba. Cuestión distinta es la de si tal presunción puede establecerse por vía reglamentaria lo que parece contradecir el mandato del artículo 1250 del Código Civil. Por otra parte la exigencia de la ley de acreditación de la persistencia no puede ser enervada por vía reglamentaria estableciendo una presunción.

El precepto por tanto en este punto debe ser anulado.

En relación con el apartado 4 del artículo que nos ocupa el recurrente sostiene su nulidad sobre la base de la expresión «o por resolución judicial firme».

El recurrente sostiene que el precepto en cuestión resulta contradictorio con el artículo 24 de la Ley 7/1998 en cuanto en éste se establece un régimen sancionador para los casos de persistencia en la utilización o recomendación de condiciones generales declaradas respecto de las que haya prosperado una acción de cesación o retractación.

Efectivamente, establecida por el procedimiento administrativo previsto en el número 2 de este precepto la persistencia y efectuada la inscripción, si posteriormente en el procedimiento sancionador se estimase que no procede sancionar por considerar no acreditada la existencia de tal persistencia y la resolución administrativa deviniese firme, parece que debería ser posible cancelar la inscripción en base a tal resolución firme.

Ahora bien tal razón no es una razón de legalidad sino de oportunidad, de corrección técnica que no puede ser valorada a efectos de una pretendida declaración de nulidad, puesto que en modo alguno puede inferirse del artículo 24 de la Ley 7/1998 que la resolución administrativa declarando que no procede sancionar tenga fuerza para cancelar la inscripción efectuada, por otra parte no puede olvidarse que la no sanción puede venir determinada por circunstancias ajenas a la no persistencia.

Por último el recurrente sostiene la nulidad del núm.5 del artículo 15 del Real Decreto impugnado en base a que afirma, no cabe anotación preventiva por persistencia en la utilización de cláusulas nulas. La impugnación no puede prosperar dado que si bien la persistencia es objeto de inscripción y no de anotación preventiva, examinando el precepto en relación con los restantes apartados del artículo, especialmente con el apartado uno que habla de inscripción, es claro que debe entenderse referido a un hipotético proceso judicial encaminado a la declaración de persistencia, que podrá tener lugar por iniciativa directa, o como recurso contra la resolución del Registrador teniendo por no acreditada aquélla.

DUODECIMO El artículo 17.1 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1828/1999 es objeto de impugnación por entender el recurrente que al disponer que «se considerará como fecha de la inscripción para todos los efectos legales la del asiento de presentación que deberá constar en la inscripción misma».

Al utilizar el precepto examinado la expresión «para todos los efectos legales» debe necesariamente entenderse que lo que en él se dispone atañe también al plazo para la prescripción de las acciones colectivas de retractación y cesación, en consecuencia el precepto impugnado altera de forma manifiesta el mandato del artículo 19 de la Ley que establece con claridad que el plazo a tales efectos se computa desde la fecha de la inscripción, concepto jurídico éste con un significado propio que no cabe confundir con el de asiento de presentación. Por tanto la impugnación debe prosperar y el precepto, en el apartado impugnado, ser anulado.

DECIMOTERCERO El recurrente fundamenta la crítica que dirige al artículo 18 del Real Decreto impugnado en el hecho de que aquél resulta contrario los artículos 5 y 7 de la Ley 7/1998 por cuanto duda el recurrente que el requisito de la firma a que se refieren el núm. 1 del art. 5 y el apartado a) del art. 7 citados sea prescindible. Igualmente, continúa afirmando, caso de que fuera prescindible, el precepto impugnado contraviene el carácter voluntario de la inscripción ya que de la Ley 7/1998 no se desprende que la incorporación por referencia sólo quepa en el caso de las condiciones generales de contratación que hubieran sido objeto de inscripción. Finalmente sostiene el recurrente que el precepto establece una «prueba plena» e implica cuando menos una inversión en la carga de la prueba contraria al artículo 10. bis de la Ley 26/1984.

En cuanto a la primera de las cuestiones ha de señalarse que del tenor literal del artículo 5 de la Ley 7/1998 la exigencia de firma viene referida al contrato, contrato en el que se deberá hacer referencia, aunque no dice en qué forma, a las condiciones generales incorporadas al mismo. El mandato contenido en el artículo 7 en el sentido de que no quedarán incorporados al contrato las condiciones generales «cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario en los términos resultantes del artículo 5», tampoco parece en principio que implique la necesidad de que las condiciones generales figuren transcritas literalmente y firmadas en todo caso, ya que la firma del artículo 5, referida al contrato, sólo se exige en los contratos elaborados por escrito a que se refiere el núm. 1 del mismo. Por otra parte, como ya hemos apuntado, la referencia que el contrato debe hacer a las condiciones generales no se exige que implique transcripción literal de las mismas en el contrato. La interpretación que los responsables de consumo (Instituto Nacional de Consumo y CC AA) puedan efectuar, y a la que se refiere el recurrente, no puede estimarse vinculante.

Así las cosas, es claro que la incorporación por referencia es posible siempre que las condiciones generales estén suficientemente identificadas en el contrato y se cumplan los requisitos, establecidos en el párrafo segundo del número dos del artículo 5 de la Ley 7/1998, de información expresa y entrega de un ejemplar de las mismas al adherente. Lo que ya no resulta tan claro es que la presunción que se establece en el precepto impugnado resulte contraria al principio de voluntariedad de depósito de las condiciones generales. El precepto no limita la incorporación por referencia a los casos en que las condiciones generales hayan sido inscritas previamente, es claro que de hacerlo así resultaría ilegal ya que, como hemos dicho, el artículo 5 de la Ley 7/1998 utiliza la expresión «referencia», lo que ocurre, y aquí enlazamos con la tercera alegación formulada por el recurrente, es que el precepto establece una presunción «iuris tantum», no una prueba plena que es un concepto jurídico distinto, cuando se cumplan los requisitos que en él se establecen. La cuestión nuevamente es la de si cabe o no establecer tal presunción por vía reglamentaria, y ello resulta en opinión de la Sala contrario, como ya se dijo al analizar el artículo 15, al artículo 1250 del Código Civil.

El precepto por tanto debe ser anulado.

DECIMOCUARTO El recurrente tacha de ilegalidad el artículo 19 del Real Decreto que nos ocupa en cuanto contradice el principio de publicidad al limitar el derecho a la información en cuanto dispone que «...la publicidad formal, que se realizará bajo la responsabilidad y control profesional del registrador, que la dota de valor jurídico...». La cuestión que aquí se plantea queda claramente formulada en el informe del Consejo de Estado en cuanto establece que no es adecuado definir el Registro de Condiciones Generales de la Contratación como un «Registro Jurídico» por cuanto ninguna norma de nuestro ordenamiento define lo que es un registro jurídico, ni tal calificación puede ni debe suponer ir más allá de lo dispuesto en la Ley sobre los efectos jurídicos de la inscripción que la Ley 7/1998 limita a la prescripción de las acciones colectivas de cesación y retractación. Por otra parte, la utilización del término publicidad es equívoco. El carácter meramente informativo y de publicidad del Registro implica asumir la idea última de facilitar el conocimiento general por todos para evitar el establecimiento y mantenimiento de cláusulas abusivas, por tanto habida cuenta el mandato del legislador de que todas las personas tienen derecho a conocer el contenido de los asientos, éste es el sentido más directo que ha de darse a la publicidad del Registro como acceso del público a la información en aquél contenida.

Dicho esto hemos de advertir que aparte de un cambio sistemático, los números 1 y 2 del artículo 20 del texto publicado eran el núm. 3 del artículo 19 del sometido a dictamen del Consejo de Estado, no se introducen en la redacción definitiva del Real Decreto modificaciones sustanciales que puedan permitir entender que se ha subsanado el defecto puesto de relieve con carácter esencial por el Consejo de Estado.

Ni la referencia a la publicación periódica del contenido del Registro, ni la precisión que se hace en el número 4 al artículo 20 sobre el traslado que el registrador central dará al Consejo de Consumidores y Usuarios y al Instituto Nacional del Consumo de las modificaciones habidas en la base de datos, ni siquiera la sustitución de la expresión «publicidad» por «información» que se produce en el núm. 2 del artículo 19, sirven, como vamos a ver, para subsanar la limitación del acceso del público al Registro y por tanto

del derecho legal a conocer el contenido de los asientos registrales. En efecto, de una parte tal limitación se patentiza con la referencia que introduce «ex novo» el núm. 2 del artículo 19 a una publicación periódica del contenido de los asientos registrales, sin duda como consecuencia de la crítica al precepto formulado por el Consejo de Estado. Tal publicación, como veremos, no permite el conocimiento puntual del contenido del Registro y por otra parte ofrece una información que el carácter disyuntivo de la conjunción utilizada parecería que quiere dejarse al margen de la responsabilidad y control del registrador y que tampoco se considera como una forma de publicidad formal a la que se contraponen, sin que tampoco pueda considerarse como publicidad instrumental, ni continuada, sea esta última una forma de publicidad o sólo un modo de información sobre la publicidad instrumental, como más adelante analizaremos, según tenor literal del artículo 20.6.

El Real Decreto que nos ocupa, en sus artículos 19 y 20 utiliza, sin duda movido por el deseo de salvar la objeción formulada por el Consejo de Estado, una defectuosa técnica al emplear de forma ambigua los conceptos «publicidad» e «información» que aparecen en el artículo 19.2 y en el artículo 20.6. En efecto en el artículo 19.2 el concepto información es el género y el concepto publicidad, al igual que publicación, son los modos o formas en que puede tener lugar la información, por el contrario en el 20.6 la «información» es el modo de hacer llegar al ciudadano o interesado la «publicidad» instrumental. Esta utilización, aparentemente contradictoria, surge como consecuencia de la nueva redacción que se da al artículo 19.2, tras el informe del Consejo de Estado, tratando de salvar la objeción formulada por éste, mediante un mero cambio de palabras que no resulta suficiente si no va acompañado un cambio en el planteamiento de fondo sobre el modo de facilitar el acceso al Registro para que así resulte efectivo el mandato legal de publicidad del mismo.

La cuestión, como decimos, es si en la nueva redacción se atiende la exigencia plasmada en el informe del Consejo de Estado, en el sentido de que se garantice el acceso público-directo al Registro de manera que éste sea un Registro abierto al conocimiento de todos, en lugar de limitar el derecho legal a conocer el contenido del Registro a solicitar una certificación o nota simple informativa que dota a la información de valor jurídico.

Si comparamos la redacción sometida al dictamen del Consejo de Estado y la publicada en el BOE vemos, como ya hemos puesto de relieve, que en el párrafo 2 del artículo 19 se sustituye la palabra «publicidad» por «información», pero sin embargo se mantiene que esa información sobre los asientos sólo pueda tener lugar de dos formas, mediante la publicidad formal (se omite toda referencia a la publicidad instrumental y a la continuada) o a través de la publicación periódica de su contenido, de tal modo que se establece claramente que esta publicación periódica es algo distinto de la publicidad formal.

La publicación a que se refiere «ex novo» el artículo 19.2 no permite conocer puntualmente el contenido exacto del Registro, quizás por eso la propia administración autora de la norma no la considera una forma de publicidad formal, tampoco puede incluirse en la instrumental, a la que se refiere el núm. 4 del artículo 20, que reproduce el núm. 1 del mismo precepto del texto sometido a dictamen del Consejo de Estado, calificando como tal a la base de datos del Registro Central, ni tampoco como publicidad

continuada, más bien información continuada sobre la publicidad instrumental, según el tenor literal del núm. 6 del artículo 20, 20.3 en el texto sometido al Consejo de Estado, lo que supone una clara contradicción entre la literalidad del precepto y la rúbrica del mismo, puesto que sólo hay dos formas de publicidad, la formal y la instrumental, siendo la continuada una modalidad de información. La única explicación razonable a todo lo anterior es la utilización de forma ambigua de los términos información y publicidad.

Pues bien, si la publicación periódica no sirve para cumplir la exigencia legal de publicidad del Registro por la razón antes dicha y esa exigencia tampoco la cubre «per se» la publicidad instrumental, ya que ella sólo alcanza, según el núm. 4 del artículo 20, a un extracto de las condiciones generales depositadas y de las resoluciones judiciales inscritas o demandas anotadas preventivamente (sin duda un defecto de redacción ha hecho que el precepto hable de resoluciones judiciales inscritas o anotadas preventivamente ya que la anotación preventiva sólo afecta a las demandas), y además se refiere sólo al acceso telemático.

Únicamente la publicidad formal permite un conocimiento exacto del contenido del Registro ya que es la única que conforme al artículo 20.1 recoge literalmente el contenido de las condiciones generales, extremo éste indispensable para que pueda hablarse de registro público. Consecuencia de lo anterior es que la sustitución de la expresión «publicidad» por «información» en el núm. 2 del artículo 19 no sirve para subsanar el defecto denunciado por el Consejo de Estado y en consecuencia la crítica formulada por éste mantiene todo su valor.

El Consejo de Estado, tras poner de relieve la no gratuidad de la información facilitada por el Registrador, lo que por otra parte se infiere de la lectura de los artículos 19, 20 y 21, de los que resulta que sólo la publicación anual de las sentencias judiciales inscritas tiene carácter gratuito, ya que únicamente de ésta predica el artículo 21 tal carácter y por tanto «a sensu contrario» ha de concluirse que el mismo no se da en los supuestos de los artículos 19 y 20 dado que es indudable que el autor de la norma cuando quiso otorgar carácter gratuito a la información facilitada por el Registrador así lo hizo, dice lo siguiente:

«No obstante todo lo manifestado, y dando un paso más en el análisis de la publicidad tal y como se contempla en el Reglamento que ahora se informa, resulta equívoca la utilización del término "publicidad". Ya en el dictamen de 31 de octubre de 1996, este Consejo de Estado se refería al carácter meramente informativo y de publicidad del Registro, lo que significa conectar la idea última de facilitar el conocimiento general por todos para evitar el establecimiento y mantenimiento de las cláusulas abusivas frente al poder del vendedor o del prestador de servicios. Mientras que en relación con el registro inmobiliario los terceros son siempre terceros concretos, que pueden tener algún interés legítimo en relación con el bien inmueble registrado, en el caso de las condiciones generales de la Ley ha previsto de forma directa que "todas las personas tienen derecho a conocer el contenido de los asientos registrales", y éste es el sentido más directo que ha de conferirse a la publicidad del registro, como acceso del público a la información contenida en el mismo, pero no como instrumento que acentúa o protege el poder del predisponente vendedor o prestador de servicios.

También el examen conjunto del Reglamento proyectado permite deducir que la utilización del modelo del Registro de la Propiedad y Mercantil dificulta o impide el objetivo perseguido por la directiva comunitaria. Ello puede resultar de la regulación relativa al acceso del público al Registro de Condiciones Generales de la Contratación, o sea, de la posibilidad de conocimiento del contenido del mismo por cualquier ciudadano.

El proyecto no deja claro el carácter de ese acceso del público al Registro y distingue en preceptos separados, como ya se ha dicho, la publicación de las sentencias inscritas, la publicidad de los asientos (información según texto publicado), publicidad instrumental y continuada. Esta última permite el acceso telemático, al parecer no gratuito, de la base de datos, mientras que el art. 19 (19, 20.1 y 2 del texto publicado) que es el que regula el derecho de todas las personas a conocer el contenido de los asientos registrales, contiene una regulación que dificulta considerablemente el acceso libre directo y sin cargas económicas del Registro. No se alcanza a entender qué se quiere decir al referirse al valor jurídico del conocimiento del contenido de los asientos registrales, salvo "a sensu contrario" de que sólo se tendrá acceso a conocer el contenido de los asientos registrales, con la intermediación directa del registrador, es decir, no sólo su responsabilidad y control profesional, lo que le corresponde como encargado del Registro, sino dotando del necesario valor jurídico a esa información, lo que obliga a solicitar (y costear) una certificación o nota simple informativa. El resultado directo es impedir el acceso directo al Registro, y limitar el derecho legal a conocer el contenido de los asientos registrales al derecho a solicitar una certificación o nota simple informativa, obligando a que esa información se dote siempre de valor jurídico, que no sea estrictamente un registro abierto al conocimiento de todos. El consumidor y usuario que se encuentra frente a predisponentes poderosos, se coloca en la misma situación que al legitimado concreto en un problema de tráfico inmobiliario.

Una cosa es que de esa información se quiera deducir una consecuencia jurídica y la responsabilidad y control profesional del registrador dote de valor jurídico probatorio a la correspondiente certificación, y otra es que sólo a través de ese valor jurídico probatorio, con la consiguiente carga burocrática y coste económico, pueda obtenerse esa información lo que desnaturaliza el registro e impide que cumpla la función que la ley le ha encomendado».

Así las cosas el precepto es contrario al artículo 11.5 de la Ley 7/1998 en cuanto contiene la expresión «que la dota de valor jurídico», bien entendido que la publicidad formal no puede quedar limitada a la certificación y a la nota simple.

DECIMOQUINTO En relación con el artículo 20 el recurrente plantea las objeciones a los apartados 1, 3 y 5 del mismo que a continuación analizaremos.

En relación con el apartado 1 sostiene que limita el acceso a la información y es contrario a la fe pública judicial.

La objeción en cuanto a la primera de las cuestiones entiende la Sala queda contestada en el fundamento anterior en el sentido de que debe ser estimada.

Respecto de la limitación que se alega de la fe pública judicial, lo cierto es que no se alcanza a comprender puesto que ninguna relación tienen los secretarios judiciales con

la gestión del Registro. Una cosa es que sea bajo la responsabilidad y control profesional del registrador como se haga efectiva la publicidad formal del contenido del Registro y otra muy distinta que ello limite la capacidad de los secretarios judiciales para emitir certificaciones de las resoluciones judiciales.

Distinta suerte debe correr la impugnación al párrafo quinto que el recurrente concreta en la inclusión de la expresión «desde cualquiera de ellos». El recurrente considera más conveniente y acorde al artículo 11 de la Ley 7/1998 que el acceso telemático puede efectuarse de forma libre y no esté limitado a que se efectúe desde cualquiera de los Registros. Podrá estarse o no de acuerdo con la opción adoptada en el Reglamento pero lo que no cabe afirmar es que éste limite el principio de publicidad. Desde el momento en que a los registradores corresponde el control y la responsabilidad sobre la información que sale del Registro parece asumible que el acceso telemático se realice desde cualquiera de éstos y no en la forma que pretende el recurrente.

Finalmente nos queda por analizar la impugnación que se formula al número tercero del precepto que analizamos y que dice «La publicidad formal podrá obtenerse a través de cualquier registrador de la propiedad, mercantil o de bienes muebles de España. Los registradores mercantiles podrán hacer constar en la publicidad formal que expidan la circunstancia de que la sociedad o entidad inscrita ha depositado condiciones generales de sus contratos».

El recurrente sostiene que el precepto transcrito vulnera el artículo 23.1 del Código de Comercio que dispone que «la publicidad se hará efectiva por certificación del contenido de los asientos expedida por los Registradores o por simple nota informativa o copia de los asientos y de los documentos depositados en el Registro».

El precepto que nos ocupa parece olvidar de una parte que el Registro de Bienes Muebles, del que el Registro de Condiciones Generales de la Contratación constituye una sección, es un Registro independiente del Registro de la Propiedad y del Registro Mercantil, por más que transitoriamente esté a cargo del registrador de la propiedad y mercantil que en el momento de la entrada en vigor del Real Decreto ostente la competencia. Así las cosas es claro que el artículo 23 del Código de Comercio limita la publicidad que puede ofrecer el Registro Mercantil al contenido de los asientos del propio Registro, contenido que está limitado a los datos a que se refiere el artículo 16 del Código de Comercio sin que sea lícito extenderlo por vía reglamentaria a la información contenida en un Registro distinto, aunque éste se encuentre a cargo del mismo titular de forma transitoria, y sin que la obligación de colaboración que impone el artículo 22.8 de la Ley Hipotecaria, en la redacción que le da la Ley 24/2001 justifique el contenido del precepto, una cosa es el auxilio y colaboración entre los registradores y otra que al informar sobre el contenido de un asiento se faciliten datos que no figuran en el mismo y sí en un Registro distinto.

El precepto por tanto es contrario a una norma de rango superior y debe ser anulado.

DECIMOSEXTO Considera igualmente el recurrente que el artículo 21.1 del Real Decreto es contrario a la legislación en materia de protección de datos en cuanto dispone la realización de una publicación anual de las sentencias judiciales inscritas, a cargo del registrador y clasificadas por sectores y predisponentes.

Entiende el recurrente que la información facilitada por el registrador a través de la publicación anual a que se refiere el precepto impugnado infringe la normativa sobre protección de datos y por tanto afecta a los derechos a que se refiere el artículo 18.4 de la Constitución que es el que define el alcance de la protección que otorga la Ley Orgánica 15/1999 (RCL 1999, 3058) de Protección de Datos.

El Registro de Condiciones Generales de la Contratación, como ya se ha dicho con anterioridad, no es más que un registro de formularios o modelos de cláusulas, y por tanto no alberga datos personales en el sentido del artículo 2 de la Ley Orgánica 15/1999, ni incide en las libertades públicas y derechos fundamentales de las personas, sin que a ello obste que se inscriban las ejecutorias en que se contenga el «fallo» de las sentencias firmes (estimatorias) tal y como el propio Real Decreto admite, no las sentencias en su integridad.

Ahora bien, el artículo que ahora nos ocupa, al contrario de lo que acontece en el artículo 19.2, que se refiere a la publicación periódica del contenido de los asientos registrales como un medio de facilitar la información sobre aquéllos, no constituye un instrumento para hacer efectivo el carácter público del Registro y garantizar la oportunidad real de que cualquiera pueda conocer su contenido, ya que no se refiere a la publicación de los citados asientos sino a algo muy distinto que está fuera del objeto del Registro de Condiciones Generales de la Contratación. En efecto es objeto del Registro la inscripción de las ejecutorias a que se refiere el artículo 11.4 de la Ley 7/1998, inscripción que para que se cumpla la finalidad del Registro basta que se concrete en su contenido a la parte dispositiva de la sentencia y al texto de la cláusula afectada, así lo establece el Real Decreto que nos ocupa, alcance éste que el propio recurrente no discute ya que su impugnación de este precepto en nada se refiere a este extremo. Así las cosas es claro que la sentencia no es objeto de inscripción, lo es la ejecutoria en que se contiene su parte dispositiva, por tanto el realizar una publicación con las sentencias cuya ejecutoria fue objeto de inscripción va más allá del contenido de los asientos registrales, resulta ajena al objeto del Registro y por tanto excede también de las facultades que corresponden al registrador, sin que exista habilitación legal para ello. Por otra parte la publicación íntegra de sentencias judiciales implica dar a la publicidad datos contenidos en el cuerpo de la sentencia que no recogen en el fallo y sí pueden afectar a aspectos amparados por la Ley 15/1999 y el artículo 18.4 de la Constitución. El precepto por tanto debe ser anulado.

DECIMOSEPTIMO Al artículo 22 el recurrente le formula tres objeciones de legalidad. La primera, referida al apartado 1 en cuanto éste se refiere a que las partes podrán, previamente a la interposición de las acciones colectivas, someter la cuestión «ante el registrador provincial de Condiciones Generales de la Contratación competente...».

Lejos de referir su objeción a una concreta disposición con rango de ley, el recurrente la fundamenta en meras razones de oportunidad por cuanto, dice, deja sin resolver «una serie de supuestos». La objeción debe ser desestimada por las mismas razones ya explicitadas al examinar el artículo 4.

La objeción que se formula al núm. 2 se concreta a la excepción que en el mismo se establece al carácter no vinculante del dictamen del registrador. El precepto resulta

manifiestamente contrario al artículo 13 de la Ley 7/1998 que claramente dispone que «El dictamen del Registrador no será vinculante», sin que establezca excepción alguna, excepción que no cabe establecer por vía reglamentaria. Tampoco es válido acogerse a disposiciones legales anteriores que pretendidamente pudieran amparar tal excepción ya que estamos ante un mandato contenido en una norma especial y que por tanto ésta prevalece frente a cualquier otra norma general de igual rango. El precepto por tanto debe ser anulado en el extremo impugnado, es decir, en cuanto a la expresión «salvo que las dos partes expresamente lo hicieran constar así en la solicitud o se aprecie que alguna cláusula esté incluida en las previstas en la disposición adicional primera de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios» máxime cuando, en lo que al segundo inciso atañe, la valoración jurídica de si la cláusula examinada incurre en alguno de los supuestos del art. 10 bis de la Ley 26/1984, en la redacción que le da la Ley 7/1998, corresponde exclusivamente a los jueces y tribunales. Por otra parte la falta de fuerza vinculante del dictamen del registrador, viene justificada por el hecho de que la decisión en caso contrario no afectaría sólo a las partes, sino también puede incidir en terceros en cuanto crearía una apariencia de legalidad que podría influir en sus decisiones, más aún si se tiene en cuenta lo dispuesto en el artículo 17 sobre el plazo de prescripción de las acciones colectivas. No podemos olvidar la naturaleza del Registro, distinta, insistimos, a la de los Registros inmobiliarios, ya que su finalidad es proteger el interés general de que no se incorporen al tráfico jurídico cláusulas nulas con el carácter de condiciones generales y este fin último trasciende al simple interés de las partes.

En cuanto al apartado 3 del artículo que examinamos, el recurrente entiende que excede de las posibilidades del reglamento disponer que el Registrador podrá «determinar el alcance o interpretación» de alguna de las cláusulas cuando se le someta la cuestión a dictamen en los términos del núm. 1 del mismo precepto.

El recurrente sostiene que el artículo 13 de la Ley 7/1998 limita esas facultades a proponer una redacción alternativa y dictaminar sobre la adecuación a la Ley de las cláusulas controvertidas.

La objeción debe prosperar por cuanto o bien la interpretación da lugar a una redacción nueva que no ofrezca dudas, en cuyo caso estamos en el supuesto de redacción alternativa o, en caso contrario, se está interfiriendo claramente en las facultades de los jueces y tribunales en cuanto a la interpretación de las cláusulas contractuales a la hora de resolver litigios entre partes.

Por último el recurrente impugna el apartado 4 que dice «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 art. 14, sino la plena adecuación de las cláusulas a la Ley y a este Reglamento».

En primer lugar hemos de señalar que no se ha mantenido la redacción sometida a dictamen del Consejo de Estado en la que se decía que el dictamen a que se refiere este apartado lo sería «sin otro alcance que el previsto para el dictamen de conciliación», es decir, con el mismo alcance que éste, sino que en la redacción definitiva tal expresión se sustituye por la de «sin los efectos del dictamen de conciliación», ahora bien, ello no

supone una consulta en la que el registrador efectúa un asesoramiento en el que expresa su «personal y propia opinión» como dice el señor Abogado del Estado, sino que la utilización del vocablo «calificación» con el significado jurídico que éste tiene en el mundo del Derecho Registral hace que estemos ante algo más que el simple asesoramiento, se está otorgando al registrador facultades para efectuar una valoración jurídica que excede de sus competencias, únicamente los jueces y tribunales tienen capacidad para determinar con pleno valor jurídico la total adecuación al ordenamiento jurídico de unas condiciones generales, como ya se ha puesto de manifiesto al analizar el artículo 14.4 y solo en base a la tesis que aquí se sostiene se mantuvo su legalidad.

DECIMOCTAVO El artículo 23 es objeto de impugnación en cuanto establece los recursos que proceden en vía administrativa frente a las decisiones del registrador y cuando queda abierta la vía judicial cual es el orden jurisdiccional competente.

Todas las materias tienen reserva de ley por cuanto afectan, bien a normas procesales, bien a normas de procedimiento administrativo.

Tanto el artículo 105 de la Constitución, en lo que al procedimiento administrativo se trata y por tanto también a los recursos de tal naturaleza, como los artículos 117.3 de la Constitución y 2.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2635 y ApNDL 8375) en lo que a atribución de competencia a un orden jurisdiccional para conocer de una materia atañe, establecen reserva de ley. La cuestión ha sido ya tratada en sentencias de esta Sala, por todas las de 22 de mayo de 2000 (RJ 2000, 6275), en la que se sostiene la doctrina que ahora manifestamos. La impugnación por tanto debe prosperar.

DECIMONOVENO El recurrente impugna finalmente el artículo 24 en cuanto efectúa una remisión al Reglamento del Registro Mercantil (RCL 1957, 317, 354; NDL 25940) y en su defecto el Reglamento Hipotecario «en especial» (ésta es la expresión que el recurrente considera determinante de la ilegalidad) en cuanto a libros, asientos y publicidad formal. El recurrente fundamenta su tesis en la distinta naturaleza de éstos Registros y el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

Es cierto que el precepto impugnado contiene la cláusula «en cuanto no se oponga a su naturaleza», mas ello no es suficiente para garantizar la seguridad jurídica que toda norma debe proporcionar. Una remisión abierta al Reglamento del Registro Mercantil y al Reglamento Hipotecario, habida cuenta la diferente naturaleza de estos con el de Condiciones Generales de la Contratación que determina que la supletoriedad no pueda aplicarse con carácter general, crea una situación de inseguridad jurídica que no desaparece con la simple inclusión de una cláusula de salvaguardia excesivamente genérica. El precepto por tanto debe ser anulado.

VIGESIMO No concurren los requisitos del artículo 139 de la Ley Jurisdiccional (RCL 1998, 1741) en orden a una condena en costas.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación.

FALLAMOS

Que estimando en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Colegio Notarial de Cataluña debemos declarar y declaramos no ser conformes a derecho y anulamos los preceptos del Reglamento aprobado por Real Decreto 1828/1999 (RCL 1999, 3135) que a continuación se citan:

Artículo 2.1.b «Las ejecutorias en que se recoja el fallo de las sentencias firmes dictadas en el ejercicio de una acción individual de nulidad o no incorporación de condiciones generales, junto con el texto de la cláusula afectada».

Artículo 2.1.c «Las ejecutorias en que se recoja el fallo de las sentencias firmes dictadas en el ejercicio de una acción colectiva de cesación, retractación o declarativa de condiciones generales, junto con el texto de la cláusula afectada».

Artículo 2.2.c en el siguiente párrafo «o que lleve a cabo la ejecución provisional de la sentencia dictada en el mismo, de conformidad con lo establecido en las vigentes leyes procesales».

Artículo 5 «Voluntariedad del depósito salvo en sectores obligatorios.

De los distintos objetos de inscripción en el Registro de las condiciones generales sólo el depósito de las condiciones generales de la contratación es voluntario, salvo que se trate de un sector específico de la contratación impuesto por el Gobierno, a propuesta conjunta del Ministerio de Justicia y del Departamento ministerial correspondiente».

Artículo 9.3 en cuanto incluye la expresión «o recomiende».

Artículo 9.5 en el siguiente párrafo «Entretanto se tomará anotación preventiva de la demanda si el juez, a instancia del interesado, así lo ordena».

Artículo 15.2 párrafo primero en cuanto dispone «se presumirá que existe persistencia en la utilización cuando los contratos en que aquéllas se incorporen tengan fecha posterior a la sentencia, siempre que hayan transcurrido tres meses desde la fecha de la inscripción de la sentencia firme en el Registro».

Artículo 17.1 en cuanto dispone «Se considerará como fecha de la inscripción para todos los efectos legales la del asiento de presentación que deberá constar en la inscripción misma».

Artículo 18 «Incorporación de condiciones generales depositadas. Los requisitos establecidos en los arts. 5 y 7 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación (RCL 1998, 960) se entenderán cumplidos cuando conste en las condiciones particulares del contrato una referencia y un recibí, firmados por el adherente, a los datos de inscripción de las mismas en el Registro de Condiciones Generales y en la que figure que se le ha entregado un ejemplar de ellas. Esto no será de aplicación cuando alguna norma exija la incorporación material de las condiciones generales al documento».

Artículo 19.2 en cuanto dispone «que la dota de valor jurídico».

Artículo 20.1 «La publicidad formal podrá realizarse mediante certificación o nota simple informativa. En ambos casos recogerá literalmente las condiciones generales depositadas. El registrador expedirá las notas simples informativas en el mismo día de la solicitud y las certificaciones en el plazo máximo de dos días por persona respecto de la que se solicita información».

Artículo 20.3 inciso segundo en cuanto dice «Los Registradores mercantiles podrán hacer constar en la publicidad formal que expidan la circunstancia de que la sociedad o entidad inscrita ha depositado condiciones generales de sus contratos».

Artículo 21 «Publicación. 1. El registrador central de condiciones generales de la contratación realizará además una publicación anual donde consten las sentencias judiciales inscritas como consecuencia del ejercicio de acciones individuales o colectivas de nulidad o no incorporación, así como de acciones colectivas de cesación, retractación o declarativas de condiciones generales, clasificadas por sectores y predisponentes. 2. Cualquier interesado tendrá derecho a obtener gratuitamente esta publicación. 3. El registrador central remitirá gratuitamente esta publicación al Consejo de Consumidores y Usuarios, al Instituto Nacional de Consumo y a los órganos responsables de consumo de las Comunidades Autónomas».

Artículo 22.2 en cuanto establece «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 (RCL 1984, 1906 y ApNDL 2943)».

Artículo 22.3 en cuanto dispone «o en determinar el alcance o interpretación de alguna de ellas».

Artículo 22.4 «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 art. 14, sino la plena adecuación de las cláusulas a la Ley y a este Reglamento».

Artículo 23 «Recursos. 1. Ante la decisión del registrador de no practicar asiento de presentación, no expedir publicidad formal, o no emitir el dictamen de conciliación, y en general ante el incumplimiento de los deberes que le impone este Reglamento, el interesado podrá recurrir en queja directamente ante la Dirección General de los Registros y del Notariado. 2. Contra la decisión del registrador de suspender o denegar la inscripción o anotación preventiva de las condiciones generales o de la persistencia en su utilización cuando hayan sido declaradas judicialmente nulas, y en general contra la negativa a practicar cualquier asiento distinto del de presentación, podrá el interesado recurrir en vía gubernativa en los términos previstos en la legislación hipotecaria. En estos casos la resolución de la Dirección General no admitirá ulterior recurso, sin perjuicio de acudir a la vía judicial civil».

Artículo 24 «Aplicación supletoria de los Reglamentos Mercantil (RCL 1957, 317, 354; NDL 25940) e Hipotecario (RCL 1947, 476, 642 y NDL 18733).

En todo lo no previsto en los artículos anteriores y en cuanto no se oponga a su naturaleza, se aplicará lo establecido en el Reglamento del Registro Mercantil, y en su defecto en el Reglamento Hipotecario, en especial en cuanto a libros, asientos y publicidad formal».

No ha lugar a efectuar una expresa condena en costas.

Publíquese este fallo en el Boletín Oficial del Estado a los efectos previstos en el artículo 72.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio (RCL 1998, 1741), Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Así por esta nuestra sentencia firme, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

VOTO PARTICULAR

Que, al amparo de lo dispuesto por el artículo 260.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2635 y ApNDL 8375), formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Jesús Ernesto Peces Morate, a la sentencia, de fecha 12 de febrero de 2002, pronunciada por esta Sala Tercera (Sección Sexta) del Tribunal Supremo, en el recurso contencioso-administrativo núm. 160/2000 al disentir de algunos razonamientos expresados por la mayoría para justificar su decisión, aun cuando se comparta ésta, y de otros cuya conclusión resolutoria tampoco es coincidente con nuestro parecer:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO En el primer fundamento jurídico de la sentencia, después de transcribir el artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre (RCL 1997, 2817), de Organización, Competencia y Funcionamiento del Gobierno, se lleva a cabo una interpretación de su contenido de la que respetuosamente discrepamos, porque la mayoría de mis colegas entienden que el precepto exige motivar la decisión administrativa que opte por una audiencia corporativa o una audiencia especial y singular a cada afectado.

Opino, sin embargo, que la motivación requerida por dicha norma es la que decide entre la audiencia corporativa o la información pública, para lo que debe tenerse en cuenta la naturaleza de la disposición.

Esta interpretación que sugerimos parece más acorde con la literalidad del precepto constitucional, recogido en el artículo 105 a), según el cual «la ley regulará la audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten», y es coincidente con la del Tribunal Constitucional en su Sentencia 102/1995, de 26 de junio (RTC 1995, 102), en cuyo fundamento jurídico decimotercero se expresa que «La audiencia de los interesados y de los ciudadanos, individual a través de la información pública o corporativamente, a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas legalmente, está prevista por el texto constitucional (artículo 105.a)».

Declara la Sala que no es necesario motivar la no apertura de información pública por ser la falta de ésta el supuesto ordinario previsto en la norma.

Discrepamos, sin embargo, de ese parecer porque, a nuestro entender, es preciso explicar los motivos por los que un Reglamento no se somete a información pública sino sólo a la audiencia corporativa, lo que, en definitiva, vendrá determinado por la naturaleza de la disposición.

Comparto la tesis del Colegio recurrente cuando sostiene que «como la audiencia directa de los interesados en el procedimiento, como audiencia diferenciada de la audiencia corporativa, se instrumenta a través de la información pública, la expresión asimismo, utilizada por frase "in fine" del primer párrafo, evidencia que la decisión de no someter a información pública debe ser motivada, motivación que debe versar acerca de lo que la naturaleza de la disposición aconseje, y que no podrá omitirse si concurre una respuesta afirmativa al concepto jurídico indeterminado, salvo que existan graves razones de interés público que en tal caso habrán de explicitarse».

Ahora bien, la nulidad de pleno derecho, en que la Corporación recurrente sostiene que incurre el Reglamento impugnado por haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para su elaboración, no radica en la falta de motivación del procedimiento elegido para elaborarlo, sino, por una parte, en la omisión del trámite de audiencia a determinados colectivos de ciudadanos, a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley que les agrupan o representan, y de otra por haber omitido el trámite de información pública a pesar de que la naturaleza de la disposición aconsejaba someterlo a ella.

A lo primero la sentencia da la oportuna respuesta, con la que coincidimos por entender que no se ha olvidado la audiencia de organización o asociación alguna, reconocida por ley, que agrupe o represente a ciudadanos directamente afectados por la disposición general y cuyos fines guarden relación directa con ésta.

En cuanto a lo segundo, la sentencia guarda silencio por entender, como ya dijimos, que la falta de información pública es el supuesto ordinario previsto en la norma, de modo que sólo la decisión de someter a información pública debe ser motivada (párrafos tercero.2 c), séptimo y octavo del fundamento jurídico primero de la sentencia).

La concreta cuestión planteada por el Colegio Profesional recurrente de ser el Reglamento impugnado de tal naturaleza que aconsejaba la información pública, requiere una respuesta que, a mi juicio, no se da en la sentencia.

Aunque el Reglamento impugnado organice un Registro público de Condiciones Generales de la Contratación con la finalidad de proteger a los consumidores frente a cláusulas abusivas, para evitar que éstas se incluyan en los contratos que aquéllos celebren, en desarrollo del artículo 11 de la Ley 7/1998, de 13 de abril (RCL 1998, 960), y del artículo 7 de la Directiva 93/13, CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993 (LCEur 1993, 1071), lo cierto es que su significado es primordialmente técnico, lo que desaconseja un trámite de información pública, ya que ésta no constituiría una garantía de mayor acierto en su regulación, mientras que resulta plenamente necesaria la audiencia corporativa que se ha dado y que por las razones expresadas en la sentencia considero suficiente.

SEGUNDO La sentencia anula el artículo 5 del Reglamento impugnado, pero la razón en que se basa tal decisión es que el artículo 11.4 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, contempla también, como potestativa, la inscripción de la persistencia en la utilización de cláusulas declaradas judicialmente nulas, a diferencia de las anotaciones, previstas en el apartado 3 del indicado precepto, y de la inscripción de las ejecutorias, en que se recojan sentencias firmes estimatorias, que se reputan necesarias, al utilizarse en el precepto la expresión serán con significado imperativo, a diferencia de podrán, de carácter meramente facultativo o voluntario.

Opino, al igual que mis colegas, que el precepto es nulo de pleno derecho por apartarse del sistema previsto por el artículo 11.2,3 y 4 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, para las inscripciones y anotaciones en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, pero no porque el carácter potestativo o necesario de aquéllas se derive de las expresiones podrán y serán utilizadas en la Ley, sino porque de la propia regulación legal se deduce que, mientras la inscripción de las ejecutorias en que se recojan sentencias firmes estimatorias es necesaria por imperativo del artículo 22 de la propia Ley, y así se recoge abiertamente en el capítulo V de su Exposición de Motivos, los otros tres supuestos son potestativos, incluidas las anotaciones preventivas de demandas, que, por más que el precepto utilice la expresión serán, lo cierto es que tales anotaciones preventivas no cabe acordarlas de oficio por impedirlo el artículo 721.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 (RCL 2000, 34, 962; RCL 2001, 1892).

Como cualquier otra medida cautelar específica, la contemplada en el apartado 3 del artículo 11 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, debe llevarse a cabo por el procedimiento establecido para su adopción por los artículos 730 a 736 de la citada Ley de Enjuiciamiento civil, de modo que consideramos, a diferencia de lo declarado en la sentencia, que el último inciso del apartado quinto del artículo 9 del Reglamento impugnado (RCL 1999, 3135), en el que se dispone que «entretanto se tomará anotación preventiva de demanda si el juez, a instancia del interesado, así lo ordena», es acorde con el sistema legal y, por consiguiente, no debe ser declarado nulo de pleno derecho.

TERCERO La Sala estima conforme al artículo 11.8.c de la Ley 7/1998 el primer inciso del apartado quinto del artículo 9 del Reglamento impugnado dado que en el apartado sexto del mismo artículo se requiere que el mandamiento contenga literalmente las condiciones generales afectadas, como exige aquel precepto de la Ley.

A mi entender, no es esa la razón por la que la Corporación recurrente tacha de ilegal el indicado precepto del Reglamento impugnado, sino porque limita la inscripción en el Registro de las Condiciones Generales de la Contratación a los supuestos de sentencia firme, mientras que del contenido del artículo 11.8 c se deduce, según dicha Corporación, que también podrá solicitarse su inscripción en los casos de anotación preventiva de la interposición de una acción, dado que el mandamiento debe incorporar el texto de la cláusula afectada conforme a lo establecido concordadamente por los artículos 11.8 c) de la Ley 2.2 del Reglamento.

Opino que el inciso primero del apartado 5 del artículo 9 de este Reglamento es conforme a derecho, pero no por las razones expresadas en la sentencia sino porque los argumentos esgrimidos por el Colegio demandante no son atendibles.

El propio representante procesal de éste reconoce que es ilógico que por vía de anotación preventiva de la interposición de una acción declarativa se consiga la inscripción de una cláusula de Condiciones Generales de Contratación, de modo que lo que cabe solicitar, cuando se ha mandado anotar preventivamente una demanda, es la inscripción de la cláusula cuestionada en el pleito con el limitado alcance de una medida cautelar, y por ello es conforme al precepto legal que la norma reglamentaria disponga que, hasta tanto no haya sentencia firme estimatoria, se tomará anotación preventiva de la demanda si el Juez, a instancia del interesado, así lo ordena, ya que, como expusimos anteriormente, no cabe acordar la práctica de medidas cautelares de oficio.

CUARTO Para evitar en la práctica registral una exégesis diferente a la interpretación que hace la Sala del artículo 14.4 del Reglamento, me parece que debería declararse en la parte dispositiva de la sentencia que tal apartado del artículo 14 es ajustado a derecho siempre que se interprete y aplique en la forma y con el alcance expresados en esta nuestra sentencia, de lo que hay precedentes, como en la sentencia de 31 de enero de 2001 (RJ 2001, 1083) (recurso 507/1998), dado que la Jurisdicción, si bien carece de potestad para determinar la forma de cómo debe quedar redactado el precepto de una disposición general en sustitución del anulado, la ostenta para efectuar su correcta interpretación, a la que habrá de ajustarse en el futuro la aplicación de la norma.

QUINTO La Sala declara conformes a la Ley 7/1998 los apartados 1, 4 y 5 del artículo 15 del Reglamento que, en mi opinión, constituyen una auténtica extralimitación reglamentaria.

Este precepto regula la inscripción de la persistencia en la utilización de cláusulas declaradas nulas, de modo que la primera incongruencia con la Ley se manifiesta en su apartado quinto, en el que se alude a las anotaciones preventivas realizadas por persistencia en la utilización de cláusulas nulas, a pesar de que la ley sólo contempla una anotación preventiva respecto de la interposición de las demandas y no cuando de hacer constar en el Registro la persistencia en la utilización de cláusulas declaradas judicialmente nulas se trata porque, en este caso, el artículo 11.4, segundo inciso, de la Ley 7/1998, sólo permite su inscripción, y, por consiguiente, no cabe la anotación preventiva a que alude el Reglamento, sin que el esfuerzo de la Sala por salvar de la tacha de ilegalidad este apartado del artículo 15 resulte factible, ya que este precepto se limita a regular la inscripción que practica el registrador de la persistencia en el uso de cláusulas declaradas judicialmente nulas y no las anotaciones preventivas de demanda, contempladas en el artículo 11.3 de la Ley 7/1998, que tienen su propio régimen jurídico.

Otro tanto debe decirse del párrafo primero del artículo 15, en el que se permite la inscripción separada de la persistencia en la utilización de cláusulas declaradas judicialmente nulas por acción individual, a pesar de que, conforme al artículo 12.2 de la Ley 7/1998, la única acción que puede terminar en una condena de abstención futura es la acción colectiva.

La Sala muestra su oposición a la tesis del Colegio demandante, quien sostiene la ilegalidad de permitir la inscripción de la persistencia en la utilización de cláusulas declaradas nulas en virtud de acción individual, con el argumento de que el artículo 11.4

de la Ley 7/1998 alude a las cláusulas declaradas judicialmente nulas, lo que puede resultar tanto de una acción colectiva como individual.

Pienso, sin embargo, que el modelo registral creado por el artículo 11 de la Ley 7/1998 ha de integrarse en el sistema jurídico establecido por dicha Ley, del que se deduce que sólo la acción colectiva de cesación impide utilizar en el futuro la condición general declarada nula (artículo 12.2), mientras que la acción individual tiene por objeto un caso concreto, por lo que es posible que en otro proceso haya recaído sentencia declarando que es válida la cláusula, y, por consiguiente, no parece razonable inscribir la persistencia en la utilización de una cláusula declarada nula en virtud del ejercicio de una acción individual cuando es posible persistir en su uso sin incurrir por ello en infracción alguna.

Tal interpretación es consecuencia lógica también de lo dispuesto por el artículo 20.1 y 4 de la Ley, que regula los efectos de las sentencias resolutorias de acciones colectivas.

Aunque la sentencia estimatoria firme de una acción individual ha de inscribirse en el Registro (artículos 11.4 y 22 de la Ley), el predisponente no está compelido a abstenerse de utilizar la cláusula de nuevo y si la usa no incurre por ello en infracción alguna (artículo 24 de la Ley), ya que sólo se tipifica como sancionable la persistencia en la utilización o recomendación de condiciones generales respecto de las que ha prosperado una acción colectiva de cesación o retractación, por lo que si, como consecuencia de una acción individual, el predisponente no está obligado a abstenerse de utilizar la condición general declarada nula ni si la usa incurre en infracción alguna, es impropio del sistema contemplado en la Ley que el artículo 15.1 del Reglamento permita inscribir la persistencia en la utilización de cláusulas declaradas judicialmente nulas en virtud de acción individual.

El precepto examinado se extralimita del sistema definido en la Ley 7/1998 no sólo por lo expuesto sino porque, aun declaradas judicialmente nulas las condiciones generales como consecuencia de una acción colectiva, las exigencias y requisitos impuestos por la norma reglamentaria se apartan y contradicen lo dispuesto en el artículo 11.2 y 4 de la mencionada Ley.

Como advierte el Colegio recurrente, el objeto del Registro de Condiciones Generales son los formularios contractuales y las sentencias judiciales, pero no los contratos, por lo que resulta improcedente nada menos que el depósito del ejemplar del contrato, privando de él a su titular, a pesar de que para inscribir la persistencia bastaría con la exhibición del contrato, acreditativa de la cláusula, y otro tanto sucede con la exigencia reglamentaria de haberse inscrito previamente la sentencia firme de nulidad, cuando pudiera ocurrir que, aun sin haber tenido aun acceso al Registro dicha sentencia, se acredite, de forma suficiente, al registrador la persistencia en la utilización de la cláusula declarada judicialmente nula, de modo que el requisito de la previa inscripción es innecesario, pues puede probarse la firmeza de la sentencia estimatoria por cualquier medio admisible en derecho, entre otros la oportuna certificación o testimonio, que permitiría inscribir la contumacia en el uso de cláusulas declaradas judicialmente nulas.

También se excede el Reglamento impugnado de su cometido de desarrollo en el apartado cuarto del artículo 15 cuando limita la cancelación de la inscripción de la

persistencia en la utilización de cláusulas declaradas judicialmente nulas exclusivamente al consentimiento de cada uno de los adquirentes o legitimados para interponer las acciones colectivas, a cuya instancia se hubiese practicado la inscripción, y a la resolución judicial firme, a pesar de que en un procedimiento administrativo sancionador por persistencia en la utilización de condiciones generales, respecto de las que hubiese prosperado una acción de cesación, pudiera dictarse resolución administrativa, no impugnada en sede jurisdiccional, que declarase que no hubo tal persistencia, resultando incoherente con el sistema establecido en la Ley que tal declaración no tenga la virtualidad de cancelar el asiento de persistencia.

Señalan mis colegas, en cuanto a esta objeción de legalidad del precepto reglamentario que formula el Colegio demandante, que la terminación del procedimiento sancionador sin imponer sanción alguna podía venir determinada por circunstancias ajenas al hecho de la persistencia, pero a esto cabe replicar que en tal caso, lógicamente, no se produciría la cancelación, ahora bien, cuando la resolución administrativa declare inexistente o no acreditada la persistencia, debería decretarse la cancelación del asiento en que conste dicha persistencia por así requerirlo naturalmente el propio sistema de publicidad establecido por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sin que compartamos la afirmación, que se hace en la sentencia, de que ésta es simplemente una cuestión de oportunidad.

Estoy más de acuerdo en denominarla, como también hace la Sala en su sentencia, incorrección técnica del Reglamento, pero, a diferencia de su conclusión en el sentido de no poder ser valorada a efectos de la declaración de nulidad, opino que debe tener transcendencia a tal fin porque ese defecto de técnica incide negativamente en los derechos, intereses y garantías de quien figura en el Registro como contumaz en el uso de condiciones generales declaradas nulas, a pesar de no concurrir la reprochable persistencia en dicho uso, de modo que en sede jurisdiccional procede enmendar tal incorrección técnica, vulneradora de derechos, por el único medio de declarar su nulidad radical, pues a la Jurisdicción le está vedado, como hemos dicho, determinar la forma en que ha de quedar redactado el precepto (artículo 71.2 de la Ley Jurisdiccional 29/1998, de 13 de julio [RCL 1998, 1741]).

SEXTO En el apartado segundo del artículo 19 del Reglamento, no sólo se debe suprimir, para evitar su manifiesta ilegalidad, la expresión «que le dota de valor jurídico», sino también la que establece que la información «puede tener lugar como publicidad formal», ya que la libre información prevista en el artículo 11.6 de la Ley 7/1998, no puede quedar constreñida por formalidad de clase alguna y así lo reconoce la propia Sala al haber declarado nulo de pleno derecho el apartado primero del artículo 20 de dicho Reglamento.

Séptimo: Comparto la nulidad declarada del artículo 21 del Reglamento impugnado, pero no por las razones expresadas en la Sentencia, ya que, conforme a los artículos 11.4 y 22 de la Ley, el Juez debe ordenar la inscripción de las sentencias firmes estimatorias de acciones colectivas o individuales en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, por lo que, si bien la ejecutoria ha de recoger necesariamente el fallo junto con el texto de la cláusula afectada, como dispone el artículo 2.1 del propio Reglamento, ello no impide que en el mandamiento judicial se transcriba la sentencia firme estimatoria de una acción individual o colectiva, que con ese contenido aparecerá en el asiento

registral, mientras que lo que el precepto cuestionado establece no es más que la publicación de los extremos inscritos de la sentencia.

Creemos, por el contrario, que la ilegalidad radica en que la publicación periódica de las sentencias inscritas, a que alude el controvertido precepto, implica un uso y tratamiento de los datos del Registro de Condiciones Generales para una finalidad que no es meramente la de su publicidad a través del propio Registro sino mediante una publicación anual independiente y separada de los asientos del Registro, para lo que se precisaría una singular habilitación legal y hubiera requerido, además, oír en el procedimiento de elaboración del Reglamento cuestionado a la Agencia de Protección de Datos, a la que no se dio audiencia.

En definitiva, comparto la desestimación de los motivos de impugnación basados en haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para la elaboración del Reglamento impugnado, aunque por lo expresado en este voto discrepante, y también estoy de acuerdo en la nulidad de pleno derecho de los artículos 5 y 21 del Reglamento impugnado, pero no por las razones expuestas en la sentencia sino por los argumentos recogidos en este voto disidente, mientras que, en contra del parecer de la Sala, considero que el segundo inciso del apartado quinto del artículo 9 de dicho Reglamento es ajustado a derecho, pero son ilegales, sin embargo, los apartados primero, cuarto y quinto del artículo 15 del mismo Reglamento, aprobado por Real Decreto 1828/1999, de 5 de diciembre, e igualmente la expresión «puede tener lugar como publicidad formal» del artículo 19.2 de éste, debiendo declararse en la parte dispositiva de la sentencia la conformidad a derecho del artículo 14.4 de dicho Reglamento siempre que se aplique en la forma que la propia Sala lo interpreta en el fundamento jurídico correspondiente.

Dado en Madrid, en la misma fecha de la sentencia de la que se discrepa.

PUBLICACION.-Leída y publicada ha sido la anterior sentencia, juntamente con el voto particular, por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha de lo que como Secretario, certifico.

Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) (RJ 1997\8251), de 3 noviembre 1997

Jurisdicción: Contencioso-Administrativa

Recurso contencioso-administrativo núm. 532/1995.

Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Rouanet Moscardó.

IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURIDICOS DOCUMENTADOS: Cuestiones normativas: Reglamento del impuesto, aprobado por RD 828/1995, de 29 mayo: impugnación de diversos preceptos: anulación de los arts. 39 (sobre fijación de la base en subastas públicas), 54.3 y 62, b).2 (sobre reducción de capital por compra de acciones propias para amortizarlas), 64.5.2 (sobre liquidación provisional con base en el haber líquido de la sociedad, en casos de disolución), 70.4 y 74 (sobre sujeción a AJD de las escrituras de emisión y cancelación de obligaciones), 75.3 (sobre sujeción de la escritura de transformación de sociedades), 75.5 (sobre sujeción de la escritura de desembolso de dividendos pasivos) y 75.6 (sobre sujeción de la escritura de cambio de la condición de las acciones, de nominativas o al portador). Legalidad de las previsiones sobre requisitos para la tributación de los derechos de garantía, exclusivamente por el concepto de préstamo (art. 25.1); y sobre la inclusión, entre los documentos mercantiles, de los documentos electrónicos [art. 76.3, c).2]. Anulación parcial del art. 88.I, B), en cuanto omite la mención expresa a la exención concedida en favor de los bonos de caja emitidos por los Bancos Industriales y de Negocios.

El TS estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación Española de la Banca Privada (AEB) contra diversos preceptos del Reglamento General del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el RD 828/1995, de 19 mayo; todo ello «en el concreto sentido -estimatorio- expresado en el Fundamento de Derecho Duodécimo de esta sentencia (es decir, con las anulaciones totales o parciales, especificadas en el mismo, del texto de los artículos 39, 54.3, 62,b.2, 64.5.2, 70.4, 74, 75.3, 75.5 y 75.6)»; y, en consecuencia, se desestima el recurso «en lo que respecta a los artículos 25.1 y 76.3,c.2, cuya adecuación a derecho se confirma, dándose por reiterada, asimismo, la puntualización que, en relación con el artículo 88, se ha realizado en los precedentes Fundamentos de Derecho Undécimo y Duodécimo».

Texto:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Asociación Española de la Banca Privada (AEB) impugna, en el presente recurso contencioso-administrativo, la virtualidad jurídica, con el alcance que específicamente se concretará, de los artículos 25.1, 39, 54.3, 62, b).2, 64.5.2, 70.4, 74, 75.3, 75.5, 75.6, 76.3, c).2 y 88 del Reglamento General del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto 828/1995, de 29 mayo (RCL 1995\1816), publicado en el «Boletín Oficial del Estado» número 148 del día 22 de junio de 1995.

SEGUNDO.- El citado artículo 25.1 del mencionado Reglamento establece que «la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente por el concepto de préstamo, cuando la constitución de la garantía sea simultánea con la concesión del préstamo o en el otorgamiento de éste estuviera prevista la posterior constitución de la garantía».

La recurrente sostiene la necesidad de eliminar de dicho texto el requisito de que la constitución de la garantía sea simultánea con o esté prevista en la concesión contractual del préstamo, de acuerdo con la -según su opinión- doctrina jurisprudencial dictada sobre la materia, de la que se citaba una resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC), no por lo que la misma representaba, sino porque en ella se recogía la jurisprudencia de este Tribunal Supremo y, en concreto, el criterio plasmado en las Sentencias de 26 enero 1978 (RJ 1978\146) y 23 febrero 1981 (RJ 1981\446).

Frente a tal pretensión, debemos destacar que el precepto transcrito recoge la posición tradicional del Tribunal Supremo sobre esta cuestión, que, en un principio, se inclinó decididamente, salvo contadas excepciones, por el criterio de la simultaneidad y, posteriormente, matizó que dicha simultaneidad no debía entenderse como unidad de acto o formalización en el mismo documento, sino en el sentido de que del documento contractual inicial de constitución del préstamo tenía que derivarse tanto éste mismo como la garantía, o que ésta estuviese ya anunciada en la conformación de aquél.

En efecto, un análisis histórico de la normativa reguladora de la cuestión nos permite sacar las siguientes conclusiones:

a) En el antiguo Impuesto de Derechos Reales y sobre Transmisiones de Bienes, los préstamos garantizados con hipoteca o con otras cargas reales tributaban exclusivamente por la constitución de los derechos reales de garantía.

b) Sin embargo, el artículo 155.16 de la Ley 41/1964, de 11 junio (RCL 1964\1256, 1706; RCL 1965\665 y NDL 16159), de Reforma Tributaria, altera el tratamiento legal y establece que «la constitución y prórroga de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis en garantía de un préstamo tributarán exclusivamente por este último concepto...».

c) Dicho artículo pasó a ser el artículo 58 del Texto Refundido de la Ley y Tarifas de los Impuestos Generales sobre las Sucesiones y sobre Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Decreto 1018/1967, de 6 abril (RCL 1967\933, 1400 y NDL 16194).

d) Incomprendiblemente, la Ley 32/1980, de 21 junio (RCL 1980\1445 y ApNDL 7267), del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados omite el precepto anterior.

e) No obstante, reaparece en el artículo 15 del Texto Refundido de dicho Impuesto, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3050/1980, de 30 diciembre (RCL 1981\275 y ApNDL 7268), con la siguiente redacción: «la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente por el concepto de préstamo».

f) Tal texto es reiterado, al pie de la letra, en el artículo 18 (con algún simple matiz) del Reglamento del Impuesto aprobado por el Real Decreto 3494/1981, de 29 diciembre (RCL 1982\332, 1690 y ApNDL 7269), y, especialmente, en el artículo 15.1 del actual Texto Refundido del Impuesto aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 septiembre (RCL 1993\2849).

En general, la doctrina legal del Tribunal Supremo ha venido sentando, habitualmente, lo siguiente:

1. Para que haya un solo acto liquidable, es preciso que el préstamo y la garantía se pacten conjuntamente (Sentencia de 2 diciembre 1971 [RJ 1971\4822]).
2. Se admite que la garantía se preste con posterioridad, si la preveía el título constitutivo del préstamo (Sentencia de 30 noviembre 1977 [RJ 1977\4577]).
3. También se admite la sustitución de la garantía por otra, si estaba previsto en la escritura de constitución del préstamo (Sentencia de 10 febrero 1978 [RJ 1978\594]).

En definitiva, como no ha cambiado, respecto a la cuestión analizada, el texto normativo, desde el año 1967 hasta el Texto Refundido de 1993, ni la jurisprudencia generalmente aplicable, debe admitirse la validez y adecuación a derecho de la redacción actual del artículo 25.1 del Real Decreto 828/1995; y rechazarse, por tanto, en este punto, el recurso interpuesto.

En realidad, no puede pensarse que tal artículo haya incurrido en una extralimitación reglamentaria, ya que tan sólo se contrae a interpretar, aclarar o completar lo dispuesto en el artículo 15.1 del Texto Refundido de 1993 (siendo así, además, que, de tal modo, no ha hecho más que atemperarse al criterio mantenido por la jurisprudencia).

Cegar la vía reglamentaria a aspectos meramente aclaratorios o matizadores literariamente del Texto Refundido sería desvirtuar la potestad reglamentaria y dejarla reducida a una simple posibilidad de reproducir el texto legal habilitante.

Y, en este caso, no cabe pensar que el Reglamento condiciona lo que la ley considera incondicionado, pues tanto ésta como aquél no ofrecen dudas de que los derechos de hipoteca y demás derechos reales en garantía de un préstamo tributarán exclusivamente por este último concepto.

Lo que el Reglamento hace, con su precisión, es evitar que no (sic) se produzcan abusos o actuaciones (ostensiblemente no queridas por el legislador) destinadas a burlar el Impuesto o a establecer auténticas ficciones.

Además, el artículo 18 del anterior Reglamento de 1981 utilizaba la expresión «constitución de préstamos garantizados», lo cual implica que no se puede atribuir a dicha frase otro significado que el de préstamos y garantías simultáneos o de garantías previstas en el propio documento de constitución de aquéllos.

TERCERO.- El artículo 39 del Reglamento de 1995 dispone que «en las transmisiones realizadas mediante subasta pública notarial, judicial o administrativa, servirá de base el valor de adquisición, siempre que consista en un precio en dinero marcado por la ley o determinado por autoridades o funcionarios idóneos para ello; en los demás casos, el valor de adquisición servirá de base cuando el derivado de la comprobación no resulte superior».

La impugnación se constriñe a todo el párrafo (hasta el final) posterior a las palabras «siempre que».

No existe norma de rango legal que contemple la subasta pública como medio de adquirir bienes a efectos de la determinación de la base imponible en el Impuesto de autos, por lo que, en principio, es aplicable el artículo 19 del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 septiembre («la base imponible está constituida por el valor real del bien transmitido o del derecho que se constituya o ceda»).

La redacción del artículo 39 -que ahora se cuestiona-contraría una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (así, las Sentencias, entre otras, de 7 mayo 1991 [RJ 1991\4132], 1 diciembre 1993 [RJ 1993\9293] y 5 octubre 1995 [RJ 1995\9691]), que había establecido el criterio de la improcedencia de la comprobación en los casos de transmisión por subasta pública, al ser tal procedimiento el más adecuado para determinar, por la ley de la oferta y la demanda, el valor real del bien transmitido.

El Consejo de Estado, en su Dictamen, señala, al respecto, que «resulta conveniente añadir que procederá la comprobación no sólo cuando se aprecien irregularidades en la subasta y, en especial, insuficiencia en la publicidad de la licitación, sino también cuando haya suficiente constancia de que, por las circunstancias concurrentes, se ha utilizado el instrumento de la subasta con fines defraudatorios, en cuyo caso será de aplicación lo prevenido en el artículo 24 de la Ley General Tributaria (RCL 1963\2490 y NDL 15243) sobre el fraude de ley. Pero, fuera de estos casos, en que el valor real no coincide con el de remate por defectos, manipulación o insuficiencia de la propia subasta, habrá que estar al resultado de la misma».

El contenido literal del artículo 39 es, pues, muy confuso y desafortunado.

El concepto de valor de adquisición en el contexto de dicho precepto es ambiguo, sobre todo cuando se le condiciona a su determinación por autoridades o funcionarios idóneos para ello, pues tales posibles sujetos intervinientes lo que determinan es el justiprecio (artículo 1488 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), el avalúo (artículo 1495 del mismo Texto) o la tasación, pero no el precio del remate o, en definitiva, el valor de adquisición.

Los términos utilizados, con motivo de una subasta pública, en la citada Ley de Enjuiciamiento Civil, en el Reglamento General de Recaudación (RCL 1991\6 y 284) y en el Reglamento Notarial (RCL 1944\994; RCL 1945\57 y NDL 22309), suelen ser: Tasación o avalúo (el valor atribuido por los peritos); tipo de licitación (es el señalado para abrir la puja, que puede no coincidir con la tasación o el avalúo -pues las citadas normas obligan, en ocasiones, a determinadas deducciones-); tipos de primera y segunda subasta (ya que, si no existen posturas y queda desierta la primera subasta, se puede celebrar una segunda con un tipo de salida del 75% del de la primera); precio de

remate (es el precio que se produce en la adquisición por subasta del bien transmitido); y precio de adjudicación (es el precio que se señala cuando se adjudican los bienes o derechos al acreedor).

Y, evidentemente, el artículo 39 parece confundir, lamentablemente, valor de adquisición con tasación o avalúo, cuando, en realidad, dicho valor es, siempre, el precio de remate.

Y traiciona, indudablemente, el sentido que quiso dar al término valor de adquisición la Sentencia, antes citada, de 1 diciembre 1993, pues la misma habla de precio en dinero marcado por la ley o determinado por autoridades o funcionarios idóneos para ello para justificar que, en todas las subastas públicas, el precio (lógicamente, el de salida o tasación o avalúo -y, en general, el tipo de licitación-) viene establecido por la ley o por las autoridades o funcionarios comentados, y no se refiere a que existan subastas públicas en las que se pueda dar o no dar dicho requisito.

Además, el artículo 39 ignora no sólo el supuesto de subasta mediante empresas especializadas, introducido por el artículo 149 del Reglamento General de Recaudación de 20 diciembre 1990, sino también las modalidades del concurso y del concurso-subasta.

Ha de concluirse, por tanto (con estimación del recurso en este extremo), que el citado precepto debe ser anulado parcialmente, suprimiendo de su texto el párrafo completo, hasta el final, que empieza con las palabras «siempre que», sin que, frente a lo instado por la recurrente, quepa ampliarlo con unas líneas complementarias que reflejen la tesis sentada por el Consejo de Estado, porque ello implicaría desbordar el carácter revisor de esta Jurisdicción y porque no se está ante un caso comprendido en el artículo 85 de la misma, referente sólo a Ordenanzas Municipales (con la inteligencia, sin embargo, de que la frase «valor de adquisición» debe entenderse, en este precepto, como precio de remate).

CUARTO.- Los artículos 54.3 y 62, b).2 del Reglamento previenen que «la reducción del capital que sea consecuencia de la compra o adquisición por la sociedad de sus propias acciones para amortizarlas tributará por aquel concepto, sobre la base del valor nominal de las acciones amortizadas» y que «cuando la sociedad acuerde la reducción de capital para amortizar acciones propias, asumirá la condición de sujeto pasivo».

La impugnación, por la AEB, de tales preceptos es total, porque establecen la tributación sobre la base del valor nominal de las acciones amortizadas y la asunción por la sociedad de la condición de sujeto pasivo.

Deben destacarse como antecedentes orientadores los siguientes:

A) En el Texto Refundido de 1967, no existía aún el concepto independiente de «operaciones societarias» (que se introdujo en el año 1980).

En su artículo 54, se consideraba hecho imponible del Impuesto «la constitución, aumento y disminución de capital, prórroga, modificación, transformación y disolución de sociedades».

Y su artículo 70.13 reputaba que era la base imponible del Impuesto, «en la reducción (de capital), que produzca devolución o entrega de los bienes a los socios, el valor de éstos; si la reducción de capital se produjere mediante la adquisición por la sociedad de sus propias acciones, servirá de base el valor real de las acciones amortizadas».

Este precepto tiene su origen en el último párrafo del artículo 150.12 de la Ley de Reforma Tributaria de 11 junio 1964, que decía: «si la disminución de capital se produjere mediante la adquisición por la sociedad de sus propias acciones, servirá de base el valor real de las acciones amortizadas».

A su vez, dicho artículo era reflejo del 19, apartados 12 y 13, del Reglamento de Derechos Reales y sobre Transmisiones de Bienes de 15 enero 1959 (RCL 1959\273, 484, 616 y NDL 16173), que disponía: «12.- La disminución del capital social se liquidará cuando se produzca alguna devolución o entrega a los socios, y por el importe de ésta, con disolución de la sociedad»; y, «13.- Por igual concepto, y sobre la base del "valor nominal" de las acciones amortizadas, tributará la reducción de capital, mediante la compra o adquisición por la sociedad de sus propias acciones».

El artículo 5.12 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Derecho Reales y sobre Transmisiones de Bienes de 21 marzo 1958 (RCL 1958\795 y 941) sólo sujetaba, textualmente, «...así como toda disolución por disminución de capital...».

Como resumen de esta etapa normativa histórica anterior al año 1980, hay que señalar que la sujeción de la disminución o reducción de capital por adquisición por la sociedad de las acciones propias y su posterior amortización surgió por vía reglamentaria, en el año 1959, de donde fue recogida, ya por vía legal, en la Ley de Reforma Tributaria de 11 junio 1964.

La argumentación al respecto aducida por la Abogacía del Estado incurre en el error de desconocer la diferente legislación básica que, por lo examinado, existía en 1959 con relación a la actual: no se había promulgado aún la Ley General Tributaria de 1963, que fue la que estableció con toda claridad el principio de reserva legal para determinados aspectos de los tributos; y ello es lo que explica que el Texto Refundido de 1958, del que es complemento el Reglamento de 1959, tuviera un contenido sumamente reducido, dejando la mayor parte de la regulación al desarrollo reglamentario.

B) La Ley 32/1980, de 21 junio (RCL 1980\1445 y ApNDL 7267), crea, ya, el concepto o modalidad del hecho imponible de «operaciones societarias».

Es una regulación nueva e independiente del anterior y único hecho imponible de «transmisiones onerosas» del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, de acuerdo con la reforma tributaria del año 1978.

Su artículo 11 (hecho imponible) señala que «son operaciones societarias sujetas la constitución, aumento y disminución de capital, fusión, transformación y disolución de sociedades».

Y, según su artículo 13, «son sujetos pasivos, en la disolución de sociedades y reducción del capital social, los socios por los bienes y derechos recibidos».

Y «la base imponible (artículo 15), en la reducción de capital y disolución de sociedades, coincidirá con el valor real de los bienes o derechos entregados».

El Texto Refundido aprobado por el Real Decreto 3050/1980, de 30 diciembre, reproduce las normas de la citada Ley 32/1980, sin modificación alguna.

Y el Reglamento aprobado por el Real Decreto 3494/1981, de 29 diciembre, añade, en su artículo 25.5, que «no se practicará liquidación cuando la disminución de capital no diere lugar a la devolución de bienes o derechos a los socios».

Pueden sentarse, pues, como conclusiones de esta etapa, que:

a) Sólo queda sujeta la operación societaria de disminución o reducción de capital cuando se entreguen bienes o derechos a los socios o accionistas.

b) El sujeto pasivo es el socio que recibe los bienes o derechos.

c) La base imponible no es el capital reducido o disminuido, sino el valor real de los bienes o derechos entregados a los socios en su alícuota social disminuida o reducida.

d) La Ley 32/1980, el Texto Refundido de 1980 y el Reglamento de 1981 no han recogido las normas del Texto Refundido de 1967 y anteriores que disponían la sujeción de la disminución de capital por adquisiciones de acciones propias, precisamente porque no existe entrega de bienes o derechos a los socios o accionistas, ya que éstos lo que perciben es el precio de venta de sus acciones (que es un contrato de compraventa de valores mobiliarios, que tiene su propio régimen tributario: exención de todo impuesto, en virtud del artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores, 24/1988, de 28 julio [RCL 1988\1644; RCL 1989\1149 y 1781], y del artículo 45.I, B.15 del Texto Refundido del Impuesto de 1993).

C) En el Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 septiembre, el hecho imponible (artículo 19) es el mismo señalado en el Texto Refundido de 1980, si bien añade «las escisiones» de sociedades. Y lo mismo ocurre respecto a los sujetos pasivos (artículo 23: los socios que reciben los bienes o derechos) y respecto a la base imponible (artículo 25.5: el valor real de los bienes recibidos).

En consecuencia, y a la vista de todo lo expuesto, debe estimarse el recurso en el extremo que estamos examinando y anular los comentados preceptos impugnados, habida cuenta, en definitiva, que:

1. El artículo 54.3 del Reglamento de 1995 carece de todo apoyo legal e, incluso, contradice el principio fundamental de que sólo están sujetas a operaciones societarias las reducciones que impliquen la entrega a los socios de bienes o derechos (principio que se deduce del artículo 23 del Texto Refundido de 1993, que dispone que el sujeto pasivo es el socio que recibe los bienes o derechos, y, también, del artículo 25.5 del mismo, que establece que la base imponible es el valor real de los bienes o derechos recibidos).

2. Existe, pues, una total antinomia entre el artículo 54.3 del Reglamento de 1995, que dice que la base imponible es el valor nominal de las acciones amortizadas, y el antes citado artículo 25.5 del Texto Refundido de 1993 y el artículo 64.5, primer párrafo, del propio Reglamento, que determinan, por el contrario, que la base imponible es el valor real de los bienes recibidos.

3. En la adquisición por la sociedad de acciones propias existen dos actos distintos y separados:

-La compraventa de las acciones propias: En este acto se produce la disminución del neto patrimonial de la sociedad (pago del precio), pues las acciones que recibe carecen de sustancia o entidad patrimonial propiamente dicha, en la medida en que son una participación sólo del propio capital social.

Si la Ley no permitiera esta situación, se produciría la disminución del capital, por confusión, en el mismo momento de la compraventa.

La devolución al socio de parte del patrimonio social se lleva a cabo, precisamente, en el contrato de compraventa.

Pero no se olvide que esta compraventa está exenta del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales en virtud de lo dispuesto en el artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores de 1988 (y en el artículo 45.I, B.15 del Texto Refundido de 1993).

-Por el contrario, la disminución del capital social es un mero acto mercantil que no hace sino reflejar jurídicamente la reducción del patrimonio neto social, producida como consecuencia de la compraventa de acciones.

4. El artículo 62, b).2 del Reglamento de 1995 contradice, también, frontalmente, lo dispuesto en el artículo 23 del Texto Refundido de 1993 (sobre quién es el sujeto pasivo).

La tesis que se patrocina en las líneas precedentes ha sido recogida en el Plan General de Contabilidad de 1990 y, sobre todo, en el artículo 15.10 de la Ley 43/1995, de 27 diciembre (RCL 1995\3496 y RCL 1996\2164), reguladora del Impuesto de Sociedades («Las adquisiciones y amortizaciones de acciones propias no determinarán, para la sociedad adquirente, rentas positivas o negativas»).

Es decir, el socio vendedor recibe el precio y puede experimentar ganancia o pérdida. La sociedad compradora disminuye su patrimonio neto, por la cuantía del precio, en una operación inversa a la aportación de capital, sin experimentar ganancias o pérdidas.

Las diferencias entre el precio de compra y el valor nominal de las acciones y de la correspondiente reducción del capital nominal implican los correspondientes reajustes en las alícuotas de los socios sobre las reservas constituidas.

En definitiva, como arguye la recurrente, si bien el legislador ha definido como operación societaria sujeta al Impuesto la disminución de capital, no todas las reducciones de capital dan lugar u originan tributación por el concepto de operaciones societarias, sino sólo aquellas que llevan consigo un traslado o desplazamiento patrimonial.

Comoquiera que, en la reducción de capital para amortizar acciones propias, no hay entrega a los socios de bien o derecho alguno, el Reglamento de 1995 ha tenido que forzar su texto, en los dos artículos que aquí se analizan, e introducir una regulación contraria a lo que se dispone en el Texto Refundido de 1993 (regulación que predica, artificialmente, la condición de contribuyente de la propia sociedad y fija, como base imponible, el valor nominal de las acciones amortizadas, que normalmente no guardará relación alguna con el precio que por las mismas pagó la sociedad».

Todo ello pone de relieve la completa divergencia entre el hecho imponible «reducción de capital» definido en el Texto Refundido de 1993 y el hecho imponible (y el nuevo sujeto pasivo) introducidos, arbitrariamente, por el Reglamento de 1995: el primero se basa, siempre, en la devolución de aportaciones a los socios y en la personalidad del socio receptor de las mismas como sujeto pasivo, y, el segundo, soslayando toda referencia a una realidad patrimonial y a un precio verdadero, toma como hecho imponible una operación exclusivamente contable, adopta como base imponible una cifra (el valor nominal de las acciones amortizadas) que carece de toda significación económica y crea un sujeto pasivo artificioso, como es la propia sociedad.

QUINTO.- El artículo 64.5.2 del Reglamento de 1995 dispone que «en la disolución de la sociedad, hasta que sean conocidos los bienes y derechos adjudicados a los socios, la liquidación a cargo de éstos se practicará con carácter provisional sobre la base del haber líquido de la sociedad».

Dicho párrafo parece que ha pretendido resucitar el régimen que regía en el Reglamento de 1959; en efecto, su artículo 19.18 regulaba la obligación de practicar liquidación provisional del Impuesto, por parte de la sociedad, en el mismo supuesto y sentido que hemos transcrito (liquidación que se modificaba una vez se hubiera llevado a cabo la liquidación definitiva de la sociedad -según los valores reales de los bienes adjudicados o de la cuota de liquidación-).

En el Texto Refundido de 1958, sin embargo, no se contenía ninguna norma sobre este tema, que, por tanto, fue introducido por vía reglamentaria.

Pero, como hemos dicho en el fundamento anterior, en el año 1959 no estaba vigente la Ley General Tributaria, promulgada en el año 1963, cuyo artículo 10, a) es el que exige rango de ley para las disposiciones que fijen la base imponible y el devengo del impuesto (extremos de los que se ocupa el artículo que estamos analizando al establecer, aunque sea con carácter provisional, una base imponible y una fecha de devengo).

El artículo 70.13 del Texto Refundido de 1967 hacía también referencia a dicha liquidación provisional, practicada sobre el haber líquido de la sociedad o el doble del capital social.

Dicho régimen subsistió hasta la entrada en vigor del Reglamento aprobado por el Real Decreto 3494/1981, en virtud de lo establecido en la disposición transitoria sexta del Texto Refundido de 1967 y disposición final tercera del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto 3050/1980.

En estas normas de 1980 y 1981 no sólo se omitió la mención del haber líquido o del doble del capital social como bases imponibles alternativas y provisionales, sino también la misma hipótesis de liquidación provisional o la alusión al devengo con ocasión del simple acuerdo de disolución de la sociedad.

Lo único que se mencionaba es que, en caso de disolución, los sujetos pasivos serían los socios, por los bienes y derechos recibidos [artículos 23, b) del Texto Refundido de 1980 y 31, b) del Reglamento de 1981], que la base imponible estaría integrada por el valor real de los bienes y derechos entregados a los socios (artículos 25.3 y 33.4, respectivamente) y que el devengo, en las operaciones societarias, tendría lugar el día de la formalización del acto sometido a gravamen [artículo 52.1, b) del Texto Refundido de 1980], es decir, el del otorgamiento de la escritura del acto mencionado (artículo 65 del Reglamento de 1981).

Dichos preceptos eran la plasmación de la idea de que lo que en realidad se grava con motivo de la disolución de las sociedades es el desplazamiento patrimonial que la misma puede originar (partiendo, para ello, de la concepción de la disolución, no tanto como acto formal determinante de la apertura de la fase de liquidación, sino como proceso de extinción que se consuma cuando se produce el reparto del patrimonio social remanente entre los socios y se otorga la escritura señalada en el artículo 212 del Reglamento del Registro Mercantil (RCL 1996\2112) -cuya inscripción provoca la cancelación de la hoja registral de la sociedad-).

Los artículos 19 (hecho imponible), 23 (sujeto pasivo), 25.5 (base imponible), 24 (responsabilidad subsidiaria) y 49.1, b) (devengo) del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993 no hacen, en realidad, más que reproducir los preceptos de los años 1980 y 1981.

Por ello, la reintroducción en el artículo 64.5.2 del Reglamento de 1995 -que comentamos- del sistema preconizado en el Reglamento de 1959 no es sino una mera innovación reglamentaria, contraria, por lo expuesto, a la ley.

Procede, por tanto, estimar, en este punto, el presente recurso contencioso-administrativo y anular el párrafo del precepto que analizamos.

Efectivamente, como se ha apuntado, en la disminución y reducción del capital y en la disolución de la sociedad el hecho imponible, en concepto de operaciones societarias, no es el acto formal del acuerdo de disolución, sino el consecuente desplazamiento patrimonial de la sociedad a los socios (aunque en aquél suele estar, ya, implícito éste); por ello, el sujeto pasivo es el que recibe los bienes o derechos o a favor de quien se constituyen éstos últimos (en este caso, los socios de la sociedad disuelta); y, a su vez, la base imponible es el valor de los bienes y derechos recibidos, en el supuesto de adjudicación, o de la cuota de liquidación, en otro caso.

En consecuencia, el devengo no tiene lugar cuando la Junta General de Accionistas acuerda la disolución y refleja tal acto societario en escritura pública, para su obligada inscripción en el Registro Mercantil, sino cuando se adjudican de modo concreto los bienes o se aprueba la liquidación, el neto resultante y la cuota correspondiente (con la matización hecha anteriormente).

La realidad es que no existe norma legal alguna que habilite al Reglamento para anticipar el ingreso del Impuesto respecto de la fecha del devengo, ni para dar carta de naturaleza ficticia a una base imponible en función de una liquidación provisional anticipada -cual es el haber líquido de la sociedad que se deduzca del último balance-, por lo cual es evidente que, con el artículo 64.5.2, se ha cometido una clara transgresión del principio de legalidad [artículos 31 de la Constitución (RCL 1978\2836 y ApNDL 2875) y 10, a) de la Ley General Tributaria].

SEXTO.- Los artículos 70.4 y 74 del Reglamento de 1995 (ITPyAJD) establecen, respectivamente, que «En la cancelación de las obligaciones, bonos, cédulas y valores análogos, servirá de base el capital prestado, salvo que existan garantías reales, en cuyo supuesto servirá de base el capital garantizado»; y «Las primeras copias que documenten préstamos, sujetos a la modalidad de "transmisiones patrimoniales onerosas", incluso los representados por obligaciones, bonos, cédulas, pagarés y otros títulos análogos, no quedarán sujetas al gravamen gradual de "actos jurídicos documentados" sobre documentos notariales. Las que documenten la constitución de préstamos sujetos al Impuesto sobre el Valor Añadido, incluso los representados por obligaciones, bonos, cédulas, pagarés y otros títulos análogos, tributarán por el referido gravamen gradual cuando sean inscribibles en el Registro de la Propiedad o en el Registro Mercantil. Al mismo gravamen gradual de "actos jurídicos documentados" quedarán sujetas las primeras copias de escrituras notariales que documenten la extinción de préstamos de cualquier clase, incluso los representados por obligaciones, bonos, cédulas, pagarés y otros títulos análogos, siempre que sean inscribibles en el Registro de la Propiedad o en el Registro Mercantil».

La impugnación se refiere a la totalidad del artículo 70.4 y a los párrafos del artículo 74 en los que se establece el devengo del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados en las escrituras de emisión y cancelación de obligaciones, bonos, cédulas, pagarés y otros títulos análogos, cuando no tributen por la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas.

Hay que hacer una primera puntualización: debe tratarse de títulos emitidos por plazo superior a 18 meses, pues en caso contrario estarían sujetos al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, por el concepto de Documentos Mercantiles (artículo 76.1 del propio Reglamento de 1995: «Están sujetos... los pagarés, bonos, obligaciones y demás títulos análogos emitidos en serie, por plazo no superior a 18 meses, representativos de capitales ajenos, por los que se satisfaga una contraprestación establecida por la diferencia entre el importe satisfecho por la emisión y el comprometido a reembolsar al vencimiento»), en relación con el 45.I.15, último párrafo, del Texto Refundido de 1993.

Todos los antecedentes relativos a los presentes supuestos giran alrededor de la transposición -al menos en parte- a nuestro derecho de la Directiva 69/335/CEE, de 17 junio (LCEur 1969\86) (y otras posteriores complementarias); y son, en síntesis, los siguientes:

A) La Ley 32/1980, de 21 junio, reformó el anterior Texto Refundido de 1967, en el sentido de suprimir el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales respecto a la extinción de préstamos o empréstitos, concentrándose el gravamen sobre el acto de su

constitución o emisión (artículo 3.I, B). La constitución de préstamos o empréstitos hacía referencia implícita a la emisión de obligaciones, tal como se reflejaba en el artículo 7.1, c) («La cuota tributaria se obtendrá aplicando sobre la base liquidable el tipo del 1%, si se trata de la constitución de... préstamos, incluso los representados por obligaciones»).

Además, creó tal Ley la figura de las «operaciones societarias» (que no podían identificarse, estrictamente, sin embargo, con el «droit d'aportation» a que hace referencia la Directiva).

Reguló los tipos de gravamen del 1% (para las Sociedades de capitales) y del 0,75% (para las Sociedades personalistas), aplicables, sólo, a partir de la entrada en vigor, el 1 de enero de 1986, de la entonces todavía futura Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA).

Y, transitoriamente, creó, en su disposición transitoria tercera.2, el gravamen del 1% sobre la emisión de obligaciones (norma de derecho transitorio válida hasta el 1 de enero de 1986, en que, con la introducción del IVA, se iba a dispensar de todo gravamen a la calificable como «financiación externa» de las empresas). Situación coherente con lo establecido, al respecto, en la regulación del Impuesto General sobre el Tráfico de Empresas (ITE) -entonces vigente-, que gravaba las operaciones financieras, tomando como base las contraprestaciones, con un tipo del 5%.

Dicha disposición transitoria, comparada con el precedente artículo 7.1, c), antes citado, tenía como finalidad (lógicamente, so pena de reconocerle un simple alcance redundante) evitar que surgiese un nuevo gravamen con ocasión de la «extinción o amortización» del empréstito o de la «cancelación» de las obligaciones.

Es decir, la financiación externa de las empresas, tanto la bancaria como la canalizada a través de empréstitos, estaba gravada.

B) Con la Ley del IVA, 30/1985, de 2 agosto (RCL 1985\1984, 2463 y ApNDL 7277), desapareció dicha tributación pues, a resultas de la transposición de la Directiva antes mencionada, se declaró la exención, respecto a dicho gravamen, de las operaciones financieras y, en concreto, de la concesión de créditos y préstamos dinerarios, incluso mediante efectos financieros.

C) Y, paralelamente, y a partir del 1 de enero de 1986, se estableció, también, la exención en relación con el ITPyAJD, con objeto de mantener la congruencia impositiva.

El artículo 48.I, B.19 del Texto Refundido de 1980 eximía del impuesto, en todas sus modalidades, a «...los préstamos, cualquiera sea la forma en que se instrumenten, incluso los representados por pagarés, bonos, obligaciones y títulos análogos».

La exención se debía a la mencionada transposición, efectiva, de la citada Directiva 69/335/CEE, que eliminó, como veremos, todo gravamen sobre los actos de financiación externa de las empresas (como acontece con la emisión -y cancelación- de obligaciones a que aquí estamos haciendo referencia). Dicha Directiva, en efecto, influyó tanto en la Ley 32/1980 y en el Texto Refundido de 1980 (al someter la emisión de obligaciones al gravamen transitorio del 1% sólo hasta el 1 de enero de 1986) como en la Ley del IVA,

30/1985, y, más tarde, en la Ley 33/1987 (RCL 1987\2660 y RCL 1988\590) (al aplicar una exención técnica a la emisión de obligaciones -sin que ello implicase, tampoco, un gravamen del 050% sobre el acto de «cancelación», en cuanto incidiría sobre la financiación empresarial, en contra de lo estatuido por la Directiva-).

D) La Ley 29/1991, de 16 diciembre, sobre Adaptación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de la CEE, vino a establecer, en su Título I, la adaptación a la Directiva 90/434/CEE, de 23 julio (LCEur 1990\920), relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones; en su Título II, la adaptación a la Directiva 90/435/CEE, de 23 julio (LCEur 1990\921) , referente al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes; y, en su Título III, la adaptación del ITPyAJD a la precitada Directiva 69/335/CEE, de 17 junio, y a otras que la modificaron, en relación con el impuesto indirecto que grava las concentraciones de capitales.

E) El Texto Refundido de 1993 (que ya no contiene, obviamente, normas de derecho transitorio) no hace sino recoger las modificaciones introducidas desde 1980 y 1981 hasta su aprobación, sin innovar nada.

Su artículo 45.I, B.15 viene a declarar sujeta al ITPyAJD, pero exenta, la constitución de empréstitos representados por bonos, pagarés y obligaciones (exención calificable de técnica, como hemos apuntado antes, porque, sobre el mismo supuesto de hecho, incide el IVA, que es el que regula todos los actos de financiación de las empresas y su dispensa total de tributación, de acuerdo con lo fijado en las Directivas de la CEE).

F) No obstante lo expuesto, el Reglamento de 1995 ha introducido los artículos 70.4 y 74 que estamos analizando. Y sigue aludiendo a un gravamen sobre la cancelación de empréstitos que, como se razonará, carece de fundamento en el ordenamiento jurídico vigente.

Como colofón -y fundamento- de todo lo examinado, el artículo 11 de la Directiva 69/335/CEE establece que «Los Estados miembros no someterán a ninguna imposición, cualquiera que sea su forma: ... b) los empréstitos, incluidos los públicos, contratados en forma de emisión de obligaciones y otros títulos negociables, sea quien fuere el emisor, y todas las formalidades a ellos relativas, así como la creación, emisión, admisión para cotización en Bolsa, puesta en circulación o negociación de estas obligaciones y otros títulos negociables».

Dicho texto va más allá de la simple erradicación del gravamen sobre los títulos, ya que elimina toda carga fiscal sobre los empréstitos representados por obligaciones u otros títulos análogos; tal como ha quedado reflejado, ya, en la Sentencia de 25 mayo 1989 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Asuntos 15/1988, SpA Maxi Di versus Ufficio del Registro di Bolzano), que ha declarado que «el (citado) artículo 11 debe ser interpretado en el sentido de que un Estado miembro no está autorizado a someter a las sociedades de capitales, definidas como tales en el artículo 3 de la Directiva, por el hecho de haber emitido un empréstito..., a impuestos distintos de los mencionados en el artículo 12 de la misma Directiva».

Por tanto, el Reglamento de 1995 no puede exigir un gravamen sobre la emisión, ni sobre la extinción o cancelación, de empréstitos representados por obligaciones u otros títulos análogos, so pena de ir contra la normativa comunitaria (ya asumida progresivamente en nuestro ordenamiento, a través, sobre todo, de las antes comentadas normas de la Ley 32/1980, del Texto Refundido de 1980, del Reglamento de 1981 y de la Ley 30/1985).

Con base en lo indicado, pueden sentarse las siguientes conclusiones:

a) La «concentración» de capitales a que se refiere la Directiva no tiene nada que ver con el fenómeno de la concentración de empresas, pues lo que aquélla significa es poner en común o capitalizar las empresas bien vía de aportación o bien vía de endeudamiento, mediante la emisión de obligaciones, bonos, etc.

b) La Directiva integra el ordenamiento jurídico comunitario europeo, que tiene primacía y efecto directo sobre la normativa española, y, aunque no ostente la naturaleza de un Reglamento, obliga a todos los Estados miembros de la CEE a adaptar su derecho interno a la misma, cualquiera que sea la residencia del aportante o del suscriptor de las obligaciones, bonos, etc., porque fija, de un modo claro y preciso, y con una perfecta e incondicionada complitud jurídica, los objetivos a alcanzar y reúne, por tanto, los requisitos necesarios para esa aplicación directa (como cierre de la aplicación implícita y progresiva en la legislación de la que dimana la actual que ha sido objeto de examen). Y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en las Sentencias, entre otras, dictadas, en el asunto Sace, el 17 diciembre 1979, en el asunto Ratti, el 5 abril 1979 y, en el asunto Becker, el 19 enero 1982, tiene declarado, al efecto, que las disposiciones suficientemente precisas de una Directiva pueden, en ausencia o defecto de la legislación interna de desarrollo, producir efecto directo y ser aplicables por las jurisdicciones internas a los justiciables que las aleguen o a quienes beneficien.

c) La supresión de cualesquiera gravámenes sobre las operaciones de financiación externa de las empresas implica, asimismo, la supresión de la tributación de la amortización o cancelación de las obligaciones (pues ésta no tiene apoyo, tampoco, en las excepciones previstas en el artículo 12 de la propia Directiva).

d) La mencionada supresión es paralela a la exención de las operaciones de préstamo y crédito en la Directiva 77/338/CEE, de 17 mayo, según quedó plasmado en el artículo 8.1.18, b) de la Ley del IVA, 30/1985.

e) La configuración del ITPyAJD, tal como se regula en el Texto Refundido de 1993, es plenamente compatible con la de la imposición indirecta sobre concentración de capitales de la Directiva, pues, según el artículo 31.2 de aquél, el sometimiento a la modalidad de Actos Jurídicos Documentados opera cuando no se da la sujeción a la modalidad de Transmisiones Patrimoniales y, en cambio, en el artículo 11 de la Directiva, que es como una excepción del antes citado, ocurre que, tratándose de empréstitos, ni la transmisión ni la formalidad de los mismos están sujetas a tributación. En efecto, el mencionado artículo 31.2, que regula la cuota gradual del ITPyAJD, es tan general y abstracto que no colisiona frontalmente con dicho artículo 11 de la Directiva (artículo, este último, que sí es opuesto, sin embargo, a lo regulado en los artículos 70.4 y 74.2 y 3 del Reglamento de 1995).

En consecuencia, la exención prevista en el artículo 45.I, B).15 del Texto Refundido de 1993, interpretada en concordancia con el artículo 11 de la Directiva, comprende no sólo el Impuesto en su modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas sino también en su modalidad de Actos Jurídicos Documentados (en cuanto, mediante esta última, se grava la formalidad de la cancelación del empréstito); por lo que los artículos 70.4 y 74 (en la parte referente, al menos, a las obligaciones y títulos análogos) deben anularse, por ser contrarios a la interpretación indicada.

La Abogacía del Estado, en ocasiones diversas, ha expresado, al respecto, que la Directiva examinada no ha establecido una «no sujeción» (o exención), a la modalidad de Actos Jurídicos Documentados, de los documentos que contengan amortizaciones de obligaciones, pues entiende que los artículos 11 y 12 de aquélla regulan la imposición sobre transmisiones de un modo que no es trasvasable, con la suficiente precisión, a la «regulación interna» del ITPyAJD. Y, al efecto, afirma que, a la vista de la Directiva, no puede concluirse que el artículo 70.4 del Reglamento esté en contradicción con la misma; ni que en ésta se contemplen supuestos de sujeción a imposición de las formalidades cuando no hay sujeción a imposición de las transmisiones (pues -según su criterio- lo que ocurre en la Directiva es lo contrario: no sujeción a imposición de las formalidades de los empréstitos -artículo 11- y no sujeción, tampoco, de las transmisiones de bienes que no tengan como contrapartida participaciones sociales - artículo 12-). Y añade que dicha duplicidad de conceptos impositivos (transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados) dentro de un único impuesto -el ITPyAJD- es propia del «ordenamiento tributario interno» y la técnica utilizada para evitar casos de doble imposición por aplicar ambos conceptos no es reconducible a la técnica expresada en los artículos 11 y 12 de la Directiva.

Frente a dicha posición doctrinal, debe admitirse que la Directiva parte de los siguientes conceptos básicos:

-Distinción entre la imposición sobre las aportaciones a sociedades y el Impuesto del Timbre sobre los títulos (con la conclusión -en la Exposición de Motivos de la Directiva- de la conveniencia de suprimir este último).

-La idea de un mercado común con las características de un mercado interior implica que la aplicación del impuesto sobre la concentración de capitales a los que se concentren en el ámbito de una sociedad sólo sea factible una vez que dicha sociedad esté, ya, en el seno del Mercado Común; de modo que el mantenimiento de otros impuestos indirectos semejantes al impuesto sobre las aportaciones de capital o al impuesto del timbre sobre los títulos pone en peligro los fines perseguidos por las medidas previstas en la Directiva -imponiéndose, por tanto, su supresión-.

-Por eso, en el artículo 11 de la Directiva se señala que no estarán sujetas a ningún impuesto, cualquiera que sea su manifestación, las formalidades relativas a los empréstitos.

Por otra parte, cuando la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ha hablado de incompatibilidad entre el ordenamiento interno español y la normativa comunitaria (como ocurre en la Sentencia de 9 octubre 1992 [RJ 1992\8469]) se ha referido, básicamente, al

problema de los «préstamos hipotecarios» y no al supuesto de emisión y cancelación de bonos y obligaciones.

Pero la Sentencia de 4 noviembre 1996 (RJ 1996\8609) ha venido a coincidir con las consideraciones que han sido efectuadas con anterioridad en orden a la inexistencia de la fiscalidad sobre los empréstitos a partir del 1 de enero de 1986 (pues «el artículo 11 de la Directiva excluye de toda tributación la emisión de obligaciones o títulos análogos no sólo desde la perspectiva de la traslación patrimonial de los obligacionistas, cedulistas o bonistas a la entidad emitente, sino también por lo que respecta a la formalización de las operaciones -escrituras notariales, documentos mercantiles, etc.- e incluso por lo que atañe a los actos, trámites y formalidades para su emisión, admisión a cotización en Bolsa y, lo que es más importante, negociación o transmisión posterior de los títulos. Es decir, la exención alcanza fundamentalmente al Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados»).

SEPTIMO.- El artículo 75.3 del Reglamento de 1995 preceptúa que «las (escrituras notariales) que incorporen las operaciones no sujetas a la modalidad de operaciones societarias de prórroga o "transformación" de sociedad, tributarán por la cuota gradual de Actos Jurídicos Documentados sobre la base del haber líquido de la sociedad en el momento de la adopción del acuerdo; a estos efectos, se entenderá por "transformación" de sociedad el cambio de naturaleza o forma de la misma y por haber líquido el definido en el apartado 3 del artículo 64 de este Reglamento».

Se impugnan las referencias a la «transformación» de las sociedades como objeto de tributación, en razón, entre otros argumentos, a que, a efectos del gravamen gradual por Actos Jurídicos Documentados, la «transformación» debe asimilarse al cambio de objeto social, se trata de una alteración societaria que no afecta a ninguno de los parámetros económicos de la sociedad y, en consecuencia, ha de interpretarse como no sujeta a dicho gravamen gradual, por carecer de contenido valuable (al igual que ocurre con el cambio de objeto social, que, sin embargo, se declara expresamente no sujeto al referido impuesto).

La confusa redacción de los preceptos que en el Texto Refundido de 1993 y en el Reglamento de 1995 regulan el impuesto de la alícuota proporcional ha sido la causa, normalmente, de la interpretación que del mismo se ha venido haciendo, identificándolo con un gravamen puramente documental.

Y el hecho imponible de tal gravamen no es el documento; es, en realidad, la acción o situación atribuible o vinculada a una persona, en función de cuya realización, demostrativa de su capacidad económica, le es exigible el tributo. Por tanto, el hecho imponible del impuesto de cuota gradual de actos jurídicos formalizados en documentos notariales no es, propiamente, el documento notarial utilizado.

El hecho imponible es, en tal caso, una entidad compleja, constituida, entre otros elementos, por la realización de ciertos actos o contratos (en virtud de los cuales es exigible dicha modalidad de impuesto). En efecto, sin un acto jurídico, o sea, sin un acto humano, voluntario, consciente y productor de efectos jurídicos, no puede materializarse dicho gravamen tributario; por ello, en general, la no producción de efectos jurídicos de ciertos actos, que constituyen una simple ejecución de otros actos previos que ya

desplegaron anteriormente su eficacia, provoca que aquéllos, a pesar de cumplir los demás requisitos del presupuesto de hecho del Impuesto, queden fuera de su ámbito objetivo.

Y, junto a esa mencionada naturaleza de acto jurídico, deben comprenderse, como otros elementos necesarios para la sujeción impositiva, primero, el tener por objeto cantidad o cosa valuable, segundo, el no encontrarse sujetos a las modalidades de Transmisiones Patrimoniales Onerosas y Operaciones Societarias del ITPyAJD, ni al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, tercero, el formalizarse en documento notarial consistente en escritura o acta, y, cuarto, resultar inscribible en los Registros de la Propiedad, Mercantil o de la Propiedad Industrial.

Consideraciones, todas las expuestas, que pueden servir de prolegómeno al análisis no sólo del presente apartado 3 del artículo 75 sino también de los apartados 5 y 6 (asimismo objeto de impugnación).

La «transformación» de las sociedades ha estado sujeta al Impuesto de Derechos Reales (artículo 2, apartado XIX, del Texto Refundido de 1958 y Ley de 1964) y al ITPyAJD, tanto en el Texto Refundido de 1967 (artículo 54, apartado 3) como en la Ley 32/1980 y en su Texto Refundido de 1980 (artículo 19.1) por el concepto, en esta última, de Operaciones Societarias.

El Reglamento de 15 enero 1959 definió la «transformación» como el cambio de estructura o forma jurídica de las sociedades; y, el artículo 21 del Texto Refundido de 1980, como el cambio de la naturaleza o forma de las mismas.

La Ley 29/1991 (RCL 1991\2941 y RCL 1992\312), de Adaptación al derecho comunitario, suprimió del hecho imponible de las Operaciones Societarias la «transformación» de las sociedades.

Por tanto, el que las primeras copias de escrituras de transformación de sociedades puedan constituir el hecho imponible de la cuota gradual, al 0,50%, del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados no se planteaba antes de la citada Ley 29/1991 porque faltaba uno de los elementos antes descritos, como es el que el acto jurídico no estuviera sujeto a la modalidad de Operaciones Societarias (pues lo estaba, como hemos indicado).

El problema surge cuando, a resultas de dicha Ley 29/1991, la transformación deja de ser hecho imponible de la modalidad de Operaciones Societarias y no existe más norma legal que la del artículo 31.2 del Texto Refundido del ITPyAJD de 1980 (reproducido, a su vez, en iguales términos, en el artículo 31.2 del Texto Refundido de 1993).

Y el Reglamento de 1995 dispone, en esencia, que, como dicha transformación no está sujeta a la mencionada modalidad de Operaciones Societarias, sí lo debe estar, y lo está, a la cuota gradual de Actos Jurídicos Documentados (incurriéndose, así, en una clara incompatibilidad con la Directiva 69/335/CEE).

El artículo 4 de dicha Directiva dispone que los Estados miembros sólo gravarán por el «droit d'aportation», entre otros supuestos, la «transformación» de las sociedades

personalistas en sociedades capitalistas (con un tipo de gravamen no superior al 1%).

Luego, es necesario distinguir: a) En las transformaciones de sociedades personalistas a capitalistas puede exigirse la cuota gradual al 0,50% (porque no supera el tipo del 1% establecido en el derecho comunitario); b) En las transformaciones de sociedades capitalistas en personalistas no puede exigirse tributo alguno (porque, al constituirse la sociedad de capitales ya tributó por el «droit d'aportation»); y, c) En las transformaciones de sociedades personalistas en otras sociedades personalistas de forma diferente cabe exigir, también, la cuota gradual (por quedar al margen del derecho comunitario).

El supuesto indicado en la letra b) -que es el que aquí analizamos- supone, obviamente, una doble imposición del patrimonio de la sociedad, toda vez que ya ha sido gravado en el momento de su constitución y de la ampliación de su capital por la modalidad de Operaciones Societarias (situación que evita la Directiva a través de la inclusión en su artículo 4.3 la transformación de la sociedad como operación que no implica constitución de la misma y que, por tanto, no puede ser gravada por el derecho de aportación, según establece su artículo 10, ni por ningún otro tributo, a excepción de los previstos en su artículo 12 -que, en ningún caso, tiene relación o semejanza con la cuota gradual-).

Es, por tanto, rechazable que el Reglamento, por su cuenta y riesgo, haya establecido la figura tributaria del artículo 75.3, cuando se carece de una norma legal habilitante que lo sustente y cuando la única existente, el artículo 31.2 del Texto Refundido de 1993, presenta una interpretación reglamentaria y jurisprudencial que no sólo no propicia la sujeción a la cuota gradual de la escritura de transformación sino que, por el contrario, propugna la solución contraria.

Debe, pues, suprimirse en el mismo toda referencia a la comentada «transformación» (incluida su definición).

OCTAVO.- El artículo 75.5 del Reglamento dispone que «las (escrituras notariales) que documenten el acuerdo social de exigir el "desembolso de dividendos pasivos" tributarán por la citada cuota gradual de Actos Jurídicos Documentados, sobre la base del valor nominal del desembolso exigido».

Se insta la anulación total del precepto en base a que, en dichas escrituras, falta el requisito, previsto en el artículo 31.2 del Texto Refundido de 1993, de que contengan actos o contratos no sujetos a las modalidades de Transmisiones Patrimoniales Onerosas y Actos Jurídicos Documentados; habida cuenta que tales escrituras no son más que una fase necesaria de la operación de «ampliación de capital» (con nuevas aportaciones del mismo), que está sujeta a la modalidad impositiva de Operaciones Societarias y se devenga, por su importe total, al tiempo de la formalización de la escritura de ampliación, con independencia de que se proceda, simultáneamente, al desembolso total o parcial del valor de las acciones (según el artículo 64.1 del propio Reglamento de 1995 y los artículos 12 y 42 de la vigente Ley de Sociedades Anónimas [RCL 1989\2737 y RCL 1990\206]).

Antes de la Ley 32/1980, las ampliaciones de capital tributaban en función de las aportaciones de los socios y, cuando no se exigía el total desembolso de las acciones en

el momento de la suscripción de la escritura de ampliación, la tributación se iba exigiendo a medida que se formalizaban los diferentes desembolsos. Y no se daba lugar a que, en la escritura de ampliación de capital con desembolso parcial de las acciones, se exigiese, además del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, la cuota gradual del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados por la parte desembolsada del capital.

Con el cambio introducido en 1980, en razón a lo establecido en las Directivas comunitarias, se reputa hecho imponible de la ampliación del capital la emisión de las acciones y no los desembolsos pasivos, de modo que se gira una liquidación por el total importe de la ampliación al tiempo de otorgarse la escritura de su formalización, aunque el desembolso sea parcial. Y, por ello, como razona la entidad recurrente, las escrituras de dividendos pasivos cumplen la misma función que antes realizaba la escritura de ampliación por la parte del capital no desembolsada, y siguen formando parte del proceso de la ampliación -que puede desarrollarse en una o varias escrituras-, sin que sea ya pertinente, desde la perspectiva de la capacidad económica, que la imposición indirecta sobre la ampliación sea diferente según que el desembolso se haga de una sola vez o fraccionadamente.

El fundamento del texto reglamentario que ahora se impugna suele ser muy simplista: el acto de desembolso -se dice- no está incluido en la previa operación societaria de ampliación de capital «porque ambos actos tienen lugar por separado, se escrituran por separado y acceden al Registro Mercantil bajo distinta numeración».

Pero los desembolsos sucesivos en un aumento de capital no tributan por la cuota gradual al no cumplirse dos de los requisitos exigidos para la sujeción a tal modalidad, como son, por un lado, el tratarse de un acto sometido al Impuesto por Operaciones Societarias, en cuanto el aumento de capital, al igual que la constitución de la sociedad, es un acto tipificado dentro de su hecho imponible y la base es el importe nominal del capital y no la cifra efectivamente desembolsada, y, por otro lado, el no ser un acto o contrato inscribible, en el sentido sustancial del artículo 31.2 del Texto Refundido de 1993, sino simples flecos documentales de un acto principal, que ya tributó, en su momento, adecuadamente, en cuanto, además, tales flecos no integran, propiamente, un acto jurídico en sentido estricto, sino, más bien, una conducta humana debida, bien en virtud de una norma jurídica, o bien por constituir el resultado del cumplimiento de una obligación previamente aceptada.

En la Circular 3/1968 de la entonces Dirección General de lo Contencioso del Estado se decía, en síntesis: «El aumento de capital es un proceso formado por una serie de actos concatenados y dirigidos a un mismo fin (acuerdos sociales, emisión de los títulos, suscripción y desembolso de su valor, y entrega de los mismos); y, como tal proceso está comprendido en el hecho imponible del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, no puede quedar sujeta a la cuota gradual la escritura que documente el desembolso de dividendos pasivos, ya que, para que esto fuese así, se requiere que se trate de actos no sujetos, ya, al Impuesto antes citado; es decir, dicha escritura es un eslabón del procedimiento del aumento de capital, acto complejo sujeto al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, y no cabe, por tanto, gravar aisladamente, por cuota gradual, uno de sus elementos concretos».

Y la propia Dirección, el 11 de marzo de 1981, reiteró que no existían razones para modificar, como consecuencia de la entrada en vigor del artículo 31.2 del Texto Refundido de 1980 (ratificado por el 31.2 del Texto Refundido de 1993), el criterio, antes sentado, de no sujeción al concepto Actos Jurídicos Documentados, modalidad de cuota gradual.

La contraposición entre el artículo 75.5 del Reglamento y las Directivas comunitarias es, a mayor abundamiento, evidente, pues éstas son contrarias a que en nuestro ordenamiento los actos de financiación interna de la sociedad se graven en cuantía superior a la que soportan otras sociedades europeas.

Sorprende la confrontación del artículo mencionado del Reglamento con la Directiva 69/335/CEE pues, de un modo tajante, su artículo 4 grava el aumento de capital social de las sociedades capitalistas y su artículo 10, b) prohíbe que los Estados miembros perciban ningún impuesto, cualquiera que sea su forma, sobre las aportaciones... efectuadas en el ámbito de las operaciones contempladas en el citado artículo 4. O sea, desde la perspectiva de la Directiva, no importa si el desembolso de dividendos pasivos forma parte o no de la ampliación de capital, pues de lo que no cabe duda es de que supone una aportación realizada en el marco de una previa constitución o ampliación de capital, sujeta a la modalidad de Operaciones Societarias.

En consecuencia, el artículo 75.5, objeto de controversia, es nulo de pleno derecho.

NOVENO.- El artículo 75.6 del Reglamento señala que «las (escrituras notariales) que documenten el cambio de valor de las acciones de una sociedad o de su condición de nominativas al portador estarán sujetas a la cuota gradual de Actos Jurídicos Documentados sobre la base del valor nominal de las acciones cuyo valor o condición se modifique».

La impugnación se contrae, sólo, al cambio de la condición de las acciones de nominativas al portador.

De nuevo, el precepto que ahora analizamos contradice lo dispuesto en la Directiva 69/335/CEE (y, en concreto, en sus artículos 10 y 4), ya que ésta pretende promover la libre circulación de capitales a través de una armonización de los impuestos indirectos que gravan la concentración de los mismos, y dicha finalidad resulta obstaculizada cuando la Administración española grava a un tipo del 0,50% operaciones que, en realidad, no implican desplazamiento de capitales.

En la nueva Ley de Sociedades Anónimas, las acciones nominativas y al portador producen efectos jurídicos muy semejantes, puesto que, en sus normas, las primeras ya no producen el antiguo efecto de determinar unos «quorum» diferentes para la constitución de las Juntas. Y, en la actualidad, la única diferencia, entre dichas clases, es que sólo en el supuesto de las nominativas se admiten las restricciones a la transmisibilidad de las acciones -pero tal característica no depende sólo de la condición de nominativas o al portador de las acciones, sino que exige una modificación estatutaria posterior, que no tiene un claro contenido valuable-.

Luego, se está ante la presencia de un acto o contrato carente del requisito de «cantidad o cosa valuable», pues no da ni quita derecho alguno a los accionistas que éstos no tuvieran ya reconocidos por Ley o por los Estatutos sociales (en cuanto las acciones nuevas sustituyen a las antiguas sin aumento de capital social ni entrega a los accionistas de acciones distintas por más valor de las que ya poseían).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de esta Sala de 8 abril 1995 (RJ 1995\3650) (en la que se recoge la contestación, de fecha 24 de febrero de 1993, dada a una consulta, precisamente, de la propia AEB), se ha pronunciado, en relación con la sujeción, o no, de una escritura pública que contenga una modificación de acciones, antes al portador, transformándolas en nominativas, en el sentido de que, como tal escritura no tiene por objeto «cantidad o cosa valuable», y no se cumple lo previsto en el artículo 31.2 del Texto Refundido de 1993, no procede sujetarla a la cuota gradual del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, porque lo valuable es el capital social y éste no ha sido objeto de cambio o modificación alguna por la mencionada escritura, en cuanto permanece uno y el mismo antes y después de la formalización de la misma, sin poder atribuirse valor alguno al hecho de que una acción que antes era nominativa sea, desde una fecha concreta, al portador, o viceversa (pues, en definitiva, la escritura que modifica las acciones es independiente del valor de éstas y éste no es el objeto de la escritura).

DECIMO.- El artículo 76.3, c).2 del Reglamento de 1995 establece que «a efectos de lo dispuesto anteriormente, se entenderá por documento cualquier soporte escrito, incluidos los informáticos, por los que se pruebe, acredite o haga constar alguna cosa».

Se pretende eliminar, mediante la presente impugnación, la frase «incluidos los informáticos».

Cierto es que, como arguye la recurrente, casi toda la jurisprudencia que, con base en los artículos 578 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 1215 del Código Civil, aboga por la virtualidad jurídica del documento en soporte electrónico versa, principalmente, sobre la problemática de su admisión -siempre que se den todas las cautelas necesarias para cerciorarse de su autenticidad- como prueba procesal. Y se plantea la duda -razonable- de si los principios que rodean el gravamen fiscal de los documentos mercantiles son asimilables a los que se dan en el proceso judicial y de si el impuesto documental que se analiza es compatible con el soporte informático.

Y añade que es la incorporación de un crédito literal y autónomo al documento -que, para que entre en juego el gravamen tributario comentado, ha de realizar, necesariamente, una función de giro- lo que implica la acreditación, por sí mismo, del derecho económico de su legítimo tenedor para poder cobrar de la persona que se designe y en el lugar y fecha que, con independencia de los de su emisión, el propio documento señale, una cantidad determinada en dinero o signo que lo represente. Y entiende que no existe en nuestro ordenamiento jurídico precepto alguno que otorgue al tenedor de un soporte informático esa legitimación a que se ha hecho referencia, pues, en su opinión, no puede emitirse un título valor o documento mercantil sino con la firma de su emisor y tal firma y/o su constancia por escrito no puede suplirse -termina diciendo- por ningún soporte informático.

Pero tal punto de vista ha quedado, ya, obsoleto.

Estamos asistiendo, en cierto modo, en algunas facetas de la vida, incluso jurídica, al ocaso de la civilización del papel, de la firma manuscrita y del monopolio de la escritura sobre la realidad documental. El documento, como objeto corporal que refleja una realidad fáctica con trascendencia jurídica, no puede identificarse, ya, en exclusiva, con el papel, como soporte, ni con la escritura, como unidad de significación. El ordenador y los ficheros que en él se almacenan constituyen, hoy día, una nueva forma de entender la materialidad de los títulos valores y, en especial, de los documentos mercantiles.

Cierto que, en el Texto Refundido del ITPyAJD de 1993 e, incluso, en la Ley General Tributaria, no se hace referencia directa a este nuevo sistema documental. Pero ello no implica, de entrada, que la ampliación conceptual que, al respecto, se contiene en el precepto reglamentario que estamos examinando implique, sin más, una desvirtuación del principio de legalidad, ante una aparente falta de habilitación legal específica, pues no debe olvidarse que, dentro del alcance de la llamada reserva legal relativa, el Tribunal Constitucional ha declarado que aquellos elementos de las relaciones tributarias que no sean esenciales pueden quedar en manos, a efectos, de su matización y complementariedad aclaratoria, de los órganos titulares de la potestad reglamentaria y de las disposiciones generales que, en consecuencia, promulguen. Al fin y al cabo, no debe olvidarse que el ordenamiento jurídico, como sistema unitario y general, y no anclado en el puro positivismo legalista, goza de la fuerza normativa -expansiva- necesaria y suficiente como para justificar el ejercicio de la potestad reglamentaria de la Administración en la materia que examinamos.

Y, al respecto, debe tenerse consecuentemente en cuenta la proliferación de normas legales (y reglamentarias) que han venido patrocinando y recogiendo el uso, con los efectos jurídicos pertinentes, del documento en soporte electrónico. Así:

-La Ley del Patrimonio Histórico de 1985 (RCL 1985\1547, 2916 y ApNDL 10714) recoge, en su artículo 49, una definición amplia y completa de documento («toda expresión en lenguaje natural o convencional, y cualquiera otra expresión gráfica, sonora o de imagen, recogida en cualquier tipo de soporte material, incluido el informático»).

-La Ley del Mercado de Valores de 1988 regula las operaciones de Bolsa que se llevan a cabo mediante el Sistema de Interconexión Bursátil, integrado, como señala la propia Exposición de Motivos de la Ley, mediante una red informática.

-La Ley 37/1992, de 28 diciembre, sobre el IVA, permite, en su artículo 88.2, que las facturas puedan emitirse por vía telemática; posibilidad que ha sido más detallada en la Orden Ministerial de 22 marzo 1996 (RCL 1996\1114). Y el Reglamento del IVA, aprobado por el Real Decreto 1624/1992, de 19 diciembre (RCL 1992\2834 y RCL 1993\404), recoge, en su artículo 62.3, la posibilidad de llevar libros o registros de carácter informático, siempre que se ajusten a los requisitos señalados en el citado Reglamento.

-La Orden Ministerial de 24 julio 1996 (RCL 1996\2102), que desarrolla el Real Decreto de 22 diciembre 1995 (RCL 1995\3478 y RCL 1996\368) relativo, en el ámbito fiscal, a la declaración anual de operaciones con terceros, establece, en el apartado 2 del punto segundo, que «será obligatoria la presentación en soporte directamente legible por

ordenador de aquellas declaraciones anuales de operaciones con terceros que contengan más de cien personas o entidades relacionadas con la declaración».

-La Ley 30/1992 (RCL 1992\2512, 2775 y RCL 1993\246), de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común señala que los documentos emitidos por medios electrónicos, informáticos o telemáticos por las Administraciones Públicas gozan de la validez y eficacia del documento original, siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y conservación (asimilándose, en cuanto a su validez y eficacia, las copias de originales almacenadas por los citados medios).

-La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 (RCL 1985\1578, 2635 y ApNDL 8375) permite, a tenor de su artículo 230, la utilización por los Juzgados y Tribunales de cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos para el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus funciones, siempre que ofrezcan las adecuadas garantías de autenticidad e integridad.

-La propia Comunidad Europea ha potenciado el desarrollo de la transmisión electrónica de datos (programas Electronic Data Interchange), facilitando la celebración de contratos tipo entre pequeñas y medianas empresas, dándose al mensaje electrónico normalizado el mismo valor que al documento escrito y firmado.

De todo ello se desprende que la admisión del documento electrónico es una realidad en nuestro ordenamiento, «sub conditione», sin embargo, de acreditar su autenticidad.

En el caso que analizamos, el documento, que ha de cumplir, como antes hemos dicho, una función de giro [entendiéndose excluidos, por tanto, a tenor del artículo 76.4 del propio Reglamento, aquellos que se expidan con el exclusivo objeto de probar el pago de una deuda, informar de la cuantía de la misma o con cualquiera otra finalidad análoga que no quede incluida en el párrafo c) del apartado anterior -donde se definen los requisitos genéricos para que el documento cumpla la mencionada función de giro mercantil-], debe reunir, para gozar de predicamento jurídico, los elementos determinantes de su autenticidad y de su autoría, y, en especial, la firma de quien asume su contenido y la efectividad de su clausulado.

La firma es el trazado gráfico, conteniendo habitualmente el nombre, los apellidos y la rúbrica de una persona, con el cual se suscriben los documentos para darles autoría y virtualidad y obligarse con lo que en ellos se dice. Aunque la firma puede quedar reducida, sólo, a la rúbrica o consistir, exclusivamente, incluso, en otro trazado gráfico, o en iniciales, o en grafismos ilegibles, lo que la distingue es su habitualidad, como elemento vinculante de esa grafía o signo de su autor. Y, en general, su autografía u olografía, como vehículo que une a la persona firmante con lo consignado en el documento, debe ser manuscrita o de puño y letra del suscribiente, como muestra de la inmediatez y de la voluntariedad de la acción y del otorgamiento.

Pero la firma autógrafa no es la única manera de signar, pues hay otros mecanismos que, sin ser firma autógrafa, constituyen trazados gráficos, que asimismo conceden autoría y obligan. Así, las claves, los códigos, los signos y, en casos, los sellos con firmas en el sentido indicado. Y, por otra parte, la firma es un elemento muy importante

del documento, pero, a veces, no esencial, en cuanto existen documentos sin firma que tienen valor probatorio (como son los asientos, registros, papeles domésticos y libros de los comerciantes).

En consecuencia, aunque, al igual que en el caso de los documentos comunes, puede haber documentos electrónicos sin firma, el documento electrónico (y, en especial, el documento electrónico con función de giro mercantil) es firmable, en el sentido de que el requisito de la firma autógrafa o equivalente puede ser sustituido, por el lado de la criptografía, por medio de cifras, signos, códigos, barras, claves u otros atributos alfanuméricos que permitan asegurar la procedencia y veracidad de su autoría y la autenticidad de su contenido.

Por lo tanto, si se dan todas las circunstancias necesarias para acreditar la autenticidad de los ficheros electrónicos o del contenido de los discos de los ordenadores o procesadores y se garantiza, con las pruebas periciales en su caso necesarias, la veracidad de lo documentado y la autoría de la firma electrónica utilizada, el documento mercantil en soporte informático, con función de giro, debe gozar, como establece el artículo 76.3, c) del Reglamento de 1995, de plena virtualidad jurídica operativa.

Y debe desestimarse, en este punto, la demanda de la AEB.

UNDECIMO.- Por lo que respecta a la impugnación del artículo 88 del Reglamento de 1995 [no por lo que dice, sino por haber omitido la exención de los préstamos representados por bonos de caja de los Bancos Industriales y de Negocios, que incluía el artículo 59.I, B).9 del anterior Reglamento de 1981], es de resaltar que, aun cuando, en cierto modo, resulta superflua y ya sin objeto la pretensión al respecto formulada en estos autos, al haberse resuelto, en la Sentencia dictada por esta Sala, con fecha 3 octubre 1997 (RJ 1997\7744), en el Recurso contencioso-administrativo directo número 923/1993, promovido por la propia Asociación aquí recurrente, la AEB, que se anula el artículo 45.I, b) del Texto Refundido de 1993, en cuanto no contiene en su texto el apartado 9 del artículo 48.I, b) del anterior Texto Refundido de 1980 («Estarán exentos los préstamos representados por bonos de caja emitidos por los Bancos industriales y de negocios» -precepto reproducido, literalmente, como antes se ha dicho, en el artículo 59.I, B).9 del Reglamento de 1981-), tal decisión debe determinar, por las mismas razones expuestas, la anulación parcial del artículo 88.I, B del actual Reglamento de 1995, por mor de la misma omisión imputada al artículo 45.I, B del Texto Refundido de 1993.

DUODECIMO.- Procede, en consecuencia, a la vista de todo lo razonado y de acuerdo con el principio procesal de congruencia (que exige acomodarse, en su caso, a lo estrictamente pretendido por la entidad recurrente en su escrito de demanda), desestimar el recurso respecto a los artículos 25.1 y 76.3, c).2 del Reglamento del ITPyAJD de 1995, cuya adecuación a derecho se confirma, y estimarlo en lo que se refiere a los demás preceptos impugnados, en la forma propugnada por la Asociación Española de la Banca Privada, que, consecuentemente, quedarán conformados de la siguiente manera:

-En el artículo 39, se suprime la frase «siempre que consista en un precio en dinero o determinado por autoridades o funcionarios idóneos para ello. En los demás casos, el

valor de adquisición servirá de base cuando el derivado de la comprobación no resulte superior».

-Se anula totalmente el artículo 54.3 y, en el 62, b), se suprime la frase, del párrafo segundo, que dice: «cuando la sociedad acuerde la reducción de capital para amortizar acciones propias, asumirá la condición de sujeto pasivo».

-En el artículo 64.5, se suprime el párrafo segundo, en el que se señala: «en la disolución de la sociedad, hasta que sean conocidos los bienes y derechos adjudicados a los socios, la liquidación a cargo de éstos se practicará con carácter provisional sobre la base del haber líquido de la sociedad».

-Se anula totalmente el artículo 70.4 y, en todos los apartados del artículo 74, se suprime la expresión «incluso los representados por obligaciones, bonos, cédulas, pagarés y otros títulos análogos», lo que conlleva, asimismo, la supresión de las palabras «y empréstitos» del título del artículo.

-En el artículo 75.3, se suprimen las palabras «o transformación» y la frase «por transformación de la sociedad, el cambio de naturaleza o forma de la misma y», dejándose reducido el título del artículo al de «prórroga de sociedades».

-Se anula totalmente el artículo 75.5.

-En el artículo 75.6, se suprime la frase «o de su condición de nominativas al portador».

Y, por lo que afecta al artículo 88, se está a lo que se ha dejado sentado en (y/o se infiere de) la Sentencia de esta Sección y Sala dictada, con fecha 3 octubre 1997, en el recurso contencioso-administrativo directo interpuesto por la propia AEB contra el artículo 45.I, B) del Texto Refundido del ITPyAJD de 1993 (que ha sido reproducido, en lo esencial, en el mencionado artículo 88 del Reglamento).

DECIMOTERCERO.- No hay méritos para hacer expresa condena en las costas del presente recurso, por no concurrir, a tenor de todo lo argumentado, los requisitos exigidos para ello por el artículo 131 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (RCL 1956\1890 y NDL 19435).