

Roj: **STS 928/2002 - ECLI:ES:TS:2002:928**Id Cendoj: **28079130062002100491**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **6**Fecha: **12/02/2002**Nº de Recurso: **160/2000**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO ORDINARIO**Ponente: **JOSE MANUEL SIEIRA MIGUEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

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 Sr. Abajo Abril en nombre y representación del COLEGIO NOTARIAL DE CATALUÑA, contra el Real Decreto 1828/1999, de 3 de Diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación. Habiendo sido parte recurrida el Sr. Abogado del Estado en nombre y representación de la Administración General del Estado y el Procurador Sr. Peñalver Garceran 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, 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 Abajo Abril, 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 fé.

SEGUNDO.- El Sr. 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 Sr. Peñalver Garceran 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.- Concluidas 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.

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 50/97, de 27 de Noviembre, 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:



1º 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 solo 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 50/97 o de disposiciones orgánicas de la Administración General del Estado o de las organizaciones dependientes o adscritas a ella.

2. 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 50/97, 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 solo 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 periodo 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 este es el supuesto normal previsto en la norma, esta solo 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 1.999 y 11 de Marzo de 1.991).

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 derecho 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 50/97 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 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 del artículo 24.1 de la Ley 50/97.

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 quién, conforme al artículo 22.5 de la Ley 26/84, 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 Carredores de Comercio y los Notarios operada por Ley 55/99 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 éste 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 mas, tal y como sostiene el Sr. 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 donde se nos dice que esta entidad es "... 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 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 1.958. 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 1.958 (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 pág. 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 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, 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 2.001, estamos ante un Reglamento que tiene un significado esencialmente técnico registral, dictado en desarrollo de la Ley 7/98, 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 mas 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 esta 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 sentencia de 19 de Junio de 2.000 que establece que: "Como tuvimos ocasión de recordar en sentencia de 17 de Enero de 2.000, el Consejo de Estado es, ex art. 107 CE, 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, mas 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). Por imperativo de su propia Ley orgánica (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 1.996, 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 1.996, 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 1.962, 22 de octubre de 1.981, 15 de Enero, 12 de Julio y 10 y 29 de Diciembre de 1.982, 15 y 16 de Junio de 1.983 y 31 de Mayo de 1.986, entre otras). Es cierto que a partir de 1.987 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 y 2 de Junio y 29 de Octubre de 1.987, 12 y 17 de Febrero, 5 de Marzo, 26 de Abril y 20 de Octubre de 1.988, 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 el Alto Organismo consultivo (SSTS 1 de Marzo, 5 de Abril, 14 de mayo y 30 de Diciembre de 1.988, 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), 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 y 16 de Junio de 1.989, 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 1.991, 20 de Enero de 1.992, 8 de Julio de 1.994 y 3 de Junio de 1.996, entre otras), aunque no deja de hacerse alguna referencia al principio de economía procesal (STS 25 de Febrero de 1.994), 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 1.988, 7 de Julio de 1.989, 25 de Septiembre de 1.989 y 12 de Enero de 1.990, y sentencias de esta Sala las de 7 de Mayo de 1.987, 1 de octubre de 1.988, 19 de Julio de 1.989, 5 de Febrero de 1.990, 10 de Mayo de 1.990, 11 de Marzo de 1.991, 24 de Septiembre de 1.991, 17 de Octubre de 1.991 y 25 de Septiembre de 1.992, entre otras. Si bien, como ya se señaló en la de 1 de Octubre de 1.988 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 1.988, 27 de Noviembre de 1.995, 14 de Octubre de 1.996, 28 de Enero, 10 de Noviembre de 1.997, y, sobre todo, la de 17 de Enero de 2.000), 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 B.O.E. 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. Solo 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 2.000, 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 7/98 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 Sr. Abogado del Estado en el sentido de que el tenor del artículo 11.4 de la Ley 7/98, que establece que solo serán inscribibles las sentencias estimatorias, implica que una interpretación correcta del precepto impugnado debe llevar a idéntica conclusión.

El razonamiento del Sr. 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 7/98. 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 nº 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 7/98.

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 7/88.

El Sr. 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 7/88 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 resultados 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 7/88 ya era posible acudir a la figura de la ejecución provisional que se instaura en el ámbito del proceso civil por Ley 34/84, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo también cierto que esa ejecución provisional no suponía ni supone la terminación del proceso que solo 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 éstos efectos, entre las sentencias declarativas, constitutivas o de condena, pues solamente éstas 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 (STC 92/98 y 67/84).

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 7/88 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 periodo 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 7/98 previó la posibilidad de que la anotación preventiva quedase sin efecto antes de la terminación del proceso y estableció expresamente que aquella 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, solo 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, aquéllas 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 2.000 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 7/98, 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 1828/99 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 creo por la Ley 7/88 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 mas o menos acertada técnicamente. La impugnación por tanto ha de ser desestimada.

QUINTO.- El recurrente fundamenta la impugnación que efectúa del artículo 5º 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 7/98 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 7/98 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 aquéllos 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 nº 2 y párrafo 2º del nº 4 del artículo 11 de la Ley 7/98, 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 solo 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 7º 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 artº 54.1 del Real Decreto Legislativo 1/93.

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 mas 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 1828/99, el recurrente formula varias objeciones. En primer lugar impugna el nº 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 nº 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 7/98, 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 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 da una nueva redacción al artículo 222.8 de la Ley Hipotecaria 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 nº 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 7/98 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 quién 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 quién 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 Sr. 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 7/1988 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 7/88 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 7/98 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 del 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 solo 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 ilegibilidad 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 mas 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, aquella no resultase de aplicación por ser contraria a la Ley 30/92, mas tal cuestión excede del ámbito del precepto impugnado y habrá de ser resuelta por los tribunales en el caso concreto que pueda plantearse.

DECIMOPRIMERO.- El artículo 15 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1828/99 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 7/98, 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 7/98 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.

Continua 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 7/98. 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 7/98 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 éste 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 7/98 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 nº5 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.

DECIMOSEGUNDO.- El artículo 17.1 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1828/99 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 al artículo 5 y 7 de la Ley 7/98 por cuanto duda el recurrente que el requisito de la firma a que se refieren el nº 1 del art. 5 y el apartado a) del art. 7 citados sea prescindible. Igualmente, continua afirmando, caso de que fuera prescindible, el precepto impugnado contraviene el carácter voluntario de la inscripción ya que de la Ley 7/98 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 26/84.

En cuanto a la primera de las cuestiones ha de señalarse que del tenor literal del artículo 5 de la Ley 7/98 la exigencia de firma viene referida al contrato, contrato en el que se deberá hacer referencia, aunque no dice en que 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, solo se exige en los contratos elaborados por escrito a que se refiere el nº 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 C.C.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 7/98, 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 7/98 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 realizara 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 7/98 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, este 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 nº3 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 nº 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 nº 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 solo 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 B.O.E. 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 solo 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 nº 4 del artículo 20, que reproduce el nº 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, mas bien información continuada sobre la publicidad instrumental, según el tenor literal del nº 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 nº 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 solo afecta a las demandas), y además se refiere solo 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 este indispensable para que pueda hablarse de registro público. Consecuencia de lo anterior es que la sustitución de la expresión "publicidad" por "información" en el nº 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 solo la publicación anual de las sentencias judiciales inscritas tiene carácter gratuito, ya que únicamente de esta 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 1.996, 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 este es el sentido mas 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 7/98 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 mas conveniente y acorde al artículo 11 de la Ley 7/98 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 estos 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 mas 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 15/99 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 15/99, 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 aquellos, 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 7/98, 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 15/99 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 este 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 nº 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 7/98 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 este 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 26/84, en la redacción que le da la Ley 7/98, 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, mas 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 nº 1 del mismo precepto.

El recurrente sostiene que el artículo 13 de la Ley 7/98 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 Sr. 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.

DECIMO-OCTAVO.- 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 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 2.000, 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 y en su defecto el Reglamento Hipotecario "en especial" (esta 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 estos 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 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 1828/99 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 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".

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 e Hipotecario.

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 29/98, de 13 de Julio, 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, formula el Magistrado Excmo. Sr. Don 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 nº 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:

PRIMERO: En el primer fundamento jurídico de la sentencia, después de transcribir el artículo 24 de la Ley 50/97, de 27 de noviembre, 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, 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, y del artículo 7 de la Directiva 93/13, CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, 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.

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, 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 (recurso 507/1998), dado que la Jurisdicción, si bien carece de potestad para determinar la forma como 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 esta 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).

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.

SEPTIMO: 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.

FONDO DOCUMENTAL CINCO