

BOLETÍN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

Año LXIV

Núm. 2.123

Diciembre de 2010



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE JUSTICIA

ISSN: 1989-4767

NIPO: 051-10-003-3

www.mjusticia.es/bmj

Enlaces

Publicaciones del Ministerio de Justicia

Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado. <https://cpage.mpr.gob.es>

Contacto

Contacto Boletín

Edita

Ministerio de Justicia
Secretaría General Técnica

Maquetación

Subdirección General de Documentación y Publicaciones

ISSN

1989-4767

NIPO

051-10-003-3

Depósito Legal

M.883-1958

En este número:

- ACUERDO DE 28 DE OCTUBRE DE 2010, DEL PLENO DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO 3/2010, SOBRE REUTILIZACIÓN DE SENTENCIAS Y OTRAS RESOLUCIONES JUDICIALES (pág. 3170)

NORMAS PARA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS

1. Los trabajos que se remitan para su publicación en el *Boletín de Información* del Ministerio de Justicia deberán ser inéditos, y no estar pendientes de publicación en otra revista.

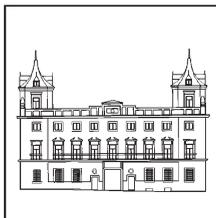
2. Tendrán una extensión mínima de 20 páginas, sin exceder, en principio, de 50, y deben ir mecanografiados a espacio y medio. Deberán remitirse por correo electrónico a la dirección publicaciones@mjusticia.es. Si optan por realizar el envío por correo ordinario, los trabajos se presentarán en papel DIN A-4 acompañados del correspondiente soporte electrónico.

3. Irán precedidos de una página en la que se haga constar: título, nombre del autor (o autores), dirección postal, número de teléfono, correo electrónico, profesión y, en su caso, nombre de la institución o entidad donde preste servicios profesionales.

4. El trabajo irá encabezado por su título, nombre del autor y profesión o cargo. Deberá ir precedido de un breve resumen que sintetice el contenido del artículo y de un sumario.

5. Las notas, referencias bibliográficas, abreviaturas, subrayados, etc., se harán de acuerdo con las normas usuales en publicaciones científicas. Además de las notas a pie de páginas, o en sustitución de ellas, podrá incluirse al final una breve referencia bibliográfica orientativa sobre la materia objeto de estudio en el trabajo.

6. Los trabajos deberán remitirse a la Subdirección General de Documentación y Publicaciones. Ministerio de Justicia, c/ San Bernardo, 62, 28071 Madrid, teléfonos 91 390 44 29 y 91 390 21 49.



AÑO LXIV • 15 DICIEMBRE 2010 • Núm. 2123

SUMARIO

Páginas

DISPOSICIONES GENERALES

JEFATURA DEL ESTADO

Instrumento de Ratificación del Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996 (<i>Ref.</i>).....	3169
Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo (<i>Ref.</i>).....	3169

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Cuestiones de inconstitucionalidad n.º 1882, 4108, 4111, 4112, 4978 y 4982 de 2010, en relación con el apartado segundo de la disposición adicional trigésima cuarta de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.	3169
Cuestiones de inconstitucionalidad n.º 3510, 4059, 4109, 4110, 4977, 4980, 4981, 4983 y 4984 de 2010, en relación con el párrafo primero del apartado segundo de la disposición adicional trigésima cuarta de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social... ..	3170

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

- Acuerdo de 28 de octubre de 2010, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento 3/2010, sobre reutilización de sentencias y otras resoluciones judiciales..... 3170

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN

- Acuerdo entre el Reino de España y el Principado de Andorra para el intercambio de información en materia fiscal, hecho en Madrid el 14 de enero de 2010 (*Ref.*).... 3187

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA

- Orden EHA/3061/2010, de 22 de noviembre, por la que se modifican el modelo 347 de declaración anual de operaciones con terceras personas aprobado por Orden EHA/3012/2008, de 20 de octubre, el modelo 390 de declaración-resumen anual del Impuesto sobre el Valor Añadido aprobado por Orden EHA/3111/2009, de 5 de noviembre y el modelo 190 para la declaración del resumen anual de retenciones e ingresos a cuenta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas sobre rendimientos del trabajo y de actividades económicas, premios y determinadas ganancias patrimoniales e imputaciones de renta aprobado por Orden EHA/3127/2009, de 10 de noviembre. (*Ref.*)... 3187
- Orden EHA/3062/2010, de 22 de noviembre, por la que se modifican las formas de presentación de las declaraciones informativas y resúmenes anuales de carácter tributario correspondientes a los modelos 038, 156, 159, 170, 171, 180, 181, 182, 183, 184, 187, 188, 189, 190, 192, 193, 194, 195, 196, 198, 199, 291, 296, 299, 340, 345, 346, 347, 349, 611 y 616 y por la que se modifica la Orden EHA/1658/2009, de 12 de junio, por la que se establece el procedimiento y las condiciones para la domiciliación del pago de determinadas deudas cuya gestión tiene atribuida la Agencia Estatal de Administración Tributaria. (*Ref.*).... 3188
- Orden EHA/3063/2010, de 25 de noviembre, por la que se desarrollan para el año 2011 el método de estimación objetiva del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y el régimen especial simplificado del Impuesto sobre el Valor Añadido. (*Ref.*).... 3188

MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN

- Resolución de 28 de octubre de 2010, de la Intervención General de la Seguridad Social, por la que se aprueba la instrucción de contabilidad para las entidades que integran el sistema de la Seguridad Social. (*Ref.*)... 3188
- Resolución de 24 de noviembre de 2010, de la Dirección General de Trabajo, por la que se corrige error en la de 7 de octubre de 2010, por la que se publica la relación de fiestas laborales para el año 2011. (*Ref.*).... 3188

COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Ley 5/2010, de 12 de julio, de medidas fiscales para el fomento de la actividad económica. (Ref.)..	3188
Ley 8/2010, de 29 de octubre, de medidas tributarias en el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados para la reactivación del mercado de viviendas, su rehabilitación y financiación, y otras medidas tributarias. (Ref.)..	3188

AUTORIDADES Y PERSONAL

NOMBRAMIENTOS Y SITUACIONES

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Magistrados	3189
-------------------	------

MINISTERIO DE JUSTICIA

Nombramientos	3190
Destinos	3190
Situaciones	3190

COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Comunidad Autónoma del País Vasco	3191
Comunidad Autónoma de Cataluña	3191
Comunidad Autónoma de Galicia	3191
Comunidad Autónoma de Andalucía	3192
Comunitat Valenciana	3192
Comunidad Autónoma de Canarias	3192
Comunidad Foral de Navarra	3192
Comunidad de Madrid	3192

OPOSICIONES Y CONCURSOS

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Carrera judicial	3193
Funcionarios del Subgrupo A1	3193
Letrados al servicio del Tribunal Supremo	3193

MINISTERIO DE JUSTICIA

Cuerpos de Gestión Procesal y Administrativa.....	3193
Personal Laboral	3194
Cuerpo de Auxilio Judicial	3194
Notarias	3194

OTRAS DISPOSICIONES

TRIBUNAL SUPREMO

Conflictos de jurisdicción	3195
----------------------------------	------

MINISTERIO DE JUSTICIA

Recursos	3212
Bienes muebles.	3213
Mutualidad General Judicial. Asistencia Sanitaria	3214
Demarcación y planta judicial	3214
Cartas de servicios.....	3214
Comunidades Autónomas	3215
Grandezas y Títulos del Reino	3216

MINISTERIO DE DEFENSA

Recursos	3219
----------------	------

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

Recursos	3219
----------------	------

MINISTERIO DE SANIDAD, POLÍTICA SOCIAL E IGUALDAD

Recursos	3220
----------------	------

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

RECURSOS.	3221
----------------	------

JURISPRUDENCIA

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	3298
DECISIONES Y SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO	3350

CONSEJO DE MINISTROS

VIERNES, 26 DE NOVIEMBRE DE 2010

Sanidad, Política Social e Igualdad 3359

ACTUALIDAD 3361

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS 3364

CRÓNICA 3366

**El Boletín no se solidariza necesariamente con las opiniones sostenidas
por los autores de los originales publicados**

ISSN: 1989-4767

Depósito Legal: M. 883-1958

NIPO: 051-10-003-3

Edita: Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones
San Bernardo, 62 - 28015 Madrid

Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado

DISPOSICIONES GENERALES

JEFATURA DE ESTADO

Acuerdos internacionales

INSTRUMENTO de Ratificación del Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996. (Publicado en el «BOE» núm. 291 de 2 de diciembre de 2010.)

REAL DECRETO-LEY 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo. (Publicado en el «BOE» núm. 293 de 3 de diciembre de 2010.)

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Cuestiones de inconstitucionalidad

CUESTIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD n.º 1882, 4108, 4111, 4112,

4978 y 4982 de 2010, en relación con el apartado segundo de la disposición adicional trigésima cuarta de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. («BOE» núm. 290 de 1 de diciembre de 2010.)

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, por Auto de 15 de noviembre actual, ha acordado declarar la extinción de las cuestiones de inconstitucionalidad núms. 1882, 4108, 4111, 4112, 4978 y 4982 de 2010, por desaparición sobrevenida de su objeto, planteada la primera de ellas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla y todas las demás por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en relación con el apartado segundo de la disposición adicional trigésima cuarta de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en la redacción dada por la disposición final segunda de la Ley 25/2006, de 17 de julio, y que en su día fueron admitidas a trámite.

Madrid, 15 de noviembre de 2010.–La Secretaria de Justicia del Pleno, *Herminia Palencia Guerra*.

CUESTIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD n.º 3510, 4059, 4109, 4110, 4977, 4980, 4981, 4983 y 4984 de 2010, en relación con el párrafo primero del apartado segundo de la disposición adicional trigésima cuarta de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. («BOE» núm. 290 de 1 de diciembre de 2010.)

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, por Auto de 15 de noviembre actual, ha acordado declarar la extinción de las cuestiones de inconstitucionalidad núms. 3510, 4059, 4109, 4110, 4977, 4980, 4981, 4983 y 4984 de 2010, por desaparición sobrevenida de su objeto, planteada la primera de ellas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias y todas las demás por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en relación con el párrafo primero del apartado segundo de la disposición adicional trigésima cuarta de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en la redacción dada por la disposición final segunda de la Ley 25/2006, de 17 de julio, y que en su día fueron admitidas a trámite.

Madrid, 15 de noviembre de 2010.–La Secretaria de Justicia del Pleno, *Herminia Palencia Guerra*.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Reutilización de resoluciones judiciales

ACUERDO de 28 de octubre de 2010, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento 3/2010, sobre reutilización de sentencias

y otras resoluciones judiciales. («BOE» núm. 282 de 22 de noviembre de 2010.)

I

Como sucede con otras instancias pertenecientes al sector público, el Poder Judicial genera una gran cantidad de información en forma de sentencias y otras resoluciones judiciales que, más allá de su finalidad primaria en relación con los procedimientos en los que son dictadas, resultan de interés general y son por ello objeto de utilización por los operadores jurídicos y por el resto de ciudadanos. En la cadena de transmisión de esa información a los destinatarios de la misma aparecen agentes intermediarios que, aportando a dicha información un valor añadido de mayor o menor alcance, hacen una reutilización de la misma, sea o no con fines comerciales.

Corresponde al Consejo General del Poder Judicial reglamentar lo relacionado con el suministro, difusión y reutilización de la información que el Poder Judicial genera en forma de sentencias y otras resoluciones judiciales, de acuerdo con la competencia que le otorga el artículo 107.10 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para la «publicación oficial de las sentencias y otras resoluciones que se determinen del Tribunal Supremo y del resto de órganos judiciales», competencia que incluye, «previo informe de las Administraciones competentes», el establecimiento por vía reglamentaria del «modo en que habrán de elaborarse los libros electrónicos de sentencias, la recopilación de las mismas, su tratamiento, difusión y certificación, para velar por su integridad, autenticidad y acceso, así como para asegurar el cumplimiento de la legislación en materia de protección de datos personales».

Así pues, el presente Reglamento se dicta en desarrollo del citado artículo 107.10 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, si bien al

mismo tiempo deberá estar en consonancia con las disposiciones de la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre Reutilización de la Información del Sector Público, la cual constituye a su vez transposición de la Directiva 2003/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de noviembre de 2003, relativa a la reutilización de la información del sector público. Ello concuerda con lo dispuesto en el apartado 2 de la disposición adicional segunda de la citada Ley 37/2007, conforme al cual «las previsiones contenidas en la presente ley serán de aplicación a las sentencias y resoluciones judiciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 107.10 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y su desarrollo específico», pues lo que de esta disposición se deriva es que si bien las sentencias y demás resoluciones judiciales constituyen información del sector público susceptible de ser reutilizada de acuerdo con lo previsto en dicho cuerpo legal, el régimen jurídico de esa reutilización vendrá dado por lo previsto en el artículo 107.10 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial junto con el desarrollo específico del mismo.

II

Desde su nacimiento en 1997, el Centro de Documentación Judicial ha venido ocupándose de la recopilación, sistematización y difusión de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo y los demás órganos judiciales colegiados. En esa función se ha coordinado con los miembros de la Carrera judicial, con las Administraciones competentes en materia de Justicia y con operadores del mercado.

Con la llegada de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, el Centro de Documentación Judicial ha implantado un sistema de difusión de las sentencias y otras resoluciones judiciales que, expuesto de modo esque-

mático, se asienta sobre tres pilares. En primer lugar, la publicación oficial de las sentencias y otras resoluciones del Tribunal Supremo y resto de órganos judiciales colegiados, disponible a través de un buscador en línea, libremente accesible y gratuito, previa desagregación de los datos personales. En segundo lugar, el suministro de esas mismas sentencias y demás resoluciones judiciales a las denominadas empresas «infomediarias», mediante precio público, en soporte digital debidamente estructurado e igualmente con eliminación de los datos personales. En tercer lugar, el suministro de ese mismo material y en iguales condiciones, aunque sin exacción de precio público, a determinadas entidades u organismos para que los empleen sin finalidad comercial.

De este modo, y aun en ausencia de una regulación específica sobre la materia, el Centro de Documentación Judicial ha venido ocupándose de facto de gestionar la reutilización de las sentencias y otras resoluciones judiciales. En opinión de este Consejo es el momento oportuno, tomando impulso en el apartado 2 de la disposición adicional segunda de la Ley 37/2007, de dotar a esa acción del respaldo normativo necesario, encuadrando la gestión de la reutilización entre las competencias del Centro de Documentación Judicial y ordenando la actividad de los reutilizadores, dejando claro al mismo tiempo qué usos merecen quedar fuera de la noción de reutilización.

III

El presente Reglamento parte, desde luego, de la premisa de que las sentencias y otras resoluciones judiciales constituyen información susceptible de ser reutilizada. El concepto de reutilización es acotado mediante la combinación de una definición en positivo y una serie de exclusiones que vienen a perfilar mejor los contornos de la misma. En cuanto a la

primera, se define como todo uso de las sentencias y otras resoluciones judiciales que implique una utilización de segundo grado, es decir, que sirva para facilitar a terceras personas el acceso a esas sentencias y otras resoluciones judiciales o a productos con valor añadido elaborados a partir de las mismas, sea o no con finalidad comercial.

Por lo que se refiere a las exclusiones, quedan fuera de la noción de reutilización tanto los usos que se realicen en el contexto de las relaciones internas de los propios órganos del sector público, ya pertenezcan a las Administraciones Públicas y sus organismos o al Poder Judicial, como las aplicaciones que el propio Centro de Documentación Judicial realice a modo de utilizador primario de las sentencias y otras resoluciones judiciales, sea para cumplir con su finalidad genérica de poner la jurisprudencia a disposición del público en general, o para facilitar a los integrantes de la Carrera judicial la consulta de la misma a través de una base de datos de prestaciones avanzadas («Fondo Documental CENDOJ») que, sin embargo, no se ofrecerá a colectivos ajenos a la Administración de Justicia. Tampoco hay reutilización cuando las sentencias y otras resoluciones judiciales se emplean en el marco de las actividades docentes desarrolladas por la Escuela Judicial y de las restantes acciones formativas impartidas por el Consejo. Junto a ello, se excluyen los usos con finalidad puramente informativa de sentencias y otras resoluciones judiciales de actualidad que puedan obtenerse por medio de los gabinetes de comunicación de los propios órganos judiciales o del Consejo General del Poder Judicial, la aportación documental de sentencias en el seno de un procedimiento judicial para mejor fundar las posiciones de las partes, así como la necesaria comunicación que de las sentencias y demás resoluciones judiciales deba darse a las partes de un proceso, quienes podrán hacer difusión de

las mismas bajo ciertas condiciones, debiendo someterse a las exigencias de este Reglamento en caso de que pretendan hacer de ellas un uso que implique reutilización. En fin, queda también excluida, por no comportar realmente una utilización de segundo grado, la mera consulta para conocimiento personal de las sentencias y otras resoluciones judiciales que hayan sido puestas a disposición del público por el Centro de Documentación Judicial.

La reutilización, dependiendo de los usos o finalidades que persigan los reutilizadores, podrá quedar sujeta a especiales condiciones fijadas en una licencia, incluido el pago de un precio público, o bien efectuarse sin sujeción a condiciones especiales, más allá de las exigencias generales que se marcan a todo reutilizador conforme al artículo 3.6. Adicionalmente, para aquellas sentencias y otras resoluciones judiciales que no estén puestas a disposición del público desde el apartado correspondiente al Centro de Documentación Judicial dentro de la página o sitio oficial de Internet del Consejo General del Poder Judicial, se articula una tercera modalidad de reutilización a través de un procedimiento de autorización previa solicitud del interesado, de resultados del cual podrán o no imponerse al reutilizador ciertas condiciones, en atención nuevamente a la finalidad perseguida o al uso a que se vaya a destinar el material objeto de reutilización. Por consiguiente, encuentran reflejo en el presente Reglamento las tres modalidades de reutilización que se contemplan en el artículo 4.2 de la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre Reutilización de la Información del Sector Público.

Con carácter general, la reutilización de las sentencias y otras resoluciones judiciales generará un precio público. Ciertamente, la Ley 37/2007 no lo exige –tampoco la Directiva de la que es transposición– aunque sí autoriza su fijación a fin de repercutir los costes de trata-

miento de la información. Se considera que es una decisión de responsabilidad presupuestaria habida cuenta de los costes a que dan lugar la recopilación, conversión de formato, eliminación de datos personales y puesta a disposición de las sentencias y otras resoluciones judiciales. El cálculo de los costes será objeto de publicidad previa solicitud, tal y como se contempla en la propia Ley 37/2007.

La nueva reglamentación tendrá consecuencias para algunos de los convenios de reutilización que el Centro de Documentación Judicial tiene suscritos en la actualidad, ya que conforme al régimen que en el Reglamento se diseña algunas de las reutilizaciones que venían siendo gestionadas de forma gratuita y sin sujeción a especiales condiciones, tendrán que someterse a la obtención de una licencia y al pago de un precio público. De ahí, por cierto, que en la disposición adicional segunda se disponga la revisión en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor del Reglamento de todos los convenios y acuerdos de reutilización que estén en vigor, determinando a partir de ese momento el régimen que en cada caso sea aplicable de acuerdo con las modalidades de gestión establecidas en este Reglamento.

IV

En cuanto al régimen sancionador, establecido con base en el artículo 11.6 de la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre Reutilización de la Información del Sector Público, y en el artículo 127.1 y 2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se mantiene una tipología de infracciones y sanciones que se atiende en lo fundamental a la prevista en la Ley 37/2007, si bien con algunas especificaciones y adaptaciones terminológicas.

Debe tenerse en cuenta que los sujetos destinatarios de este régimen sancionador son los reutilizadores, en tanto desatendan los deberes que marca este Reglamento, o se aparten de las condiciones de uso establecidas en él o en las licencias o autorizaciones que se les concedan. El Reglamento residencia la potestad sancionadora en una Comisión especial del Consejo General del Poder Judicial, con la previsión de que sus resoluciones puedan ser objeto de recurso de alzada ante el Pleno, cuya decisión pondría fin a la vía administrativa. Para todo lo relacionado con la corrección disciplinaria de los integrantes de la Carrera judicial, así como de Secretarios y resto de personal al servicio de la Administración de Justicia, en el supuesto de que alguno de ellos desatendiera las prohibiciones o deberes emanados del presente Reglamento, éste simplemente se remite a las disposiciones legales que sean de aplicación.

V

Como resultado de la regulación contenida en el presente Reglamento, el Consejo General del Poder Judicial seguirá cumpliendo con su obligación de difundir las sentencias y otras resoluciones judiciales al público en general, al tiempo que facilitará esa misma información para su reutilización conforme a distintas modalidades que tendrán en cuenta la finalidad perseguida por el reutilizador, siempre sobre la base de condiciones justas, equitativas y razonables.

De este modo se aúnan dos finalidades básicas y perfectamente compatibles, pues así como cualquier ciudadano va a poder acceder gratuitamente al conocimiento de la doctrina de los tribunales mediante una consulta telemática, a través del buscador ofrecido desde el apartado correspondiente al Centro de Documentación Judicial dentro de la página o sitio oficial de Internet del Consejo General del Poder Judicial, también se

propiciará que cualquier sujeto interesado en reutilizar las sentencias y otras resoluciones judiciales tenga acceso a las mismas en condiciones de libre competencia, en su caso con sujeción a condiciones de licencia y a cambio del pago de un precio público. El Consejo es consciente de que, al facilitar a los «infomediarios» la materia prima necesaria para desarrollar su actividad, la reutilización está llamada a contribuir al crecimiento económico y a la creación de empleo, generando la posibilidad de acceder al manejo de la jurisprudencia mediante sofisticados instrumentos de búsqueda en repositorios cada vez más voluminosos, y dentro de un contexto jurídica y tecnológicamente en constante y rápida evolución.

VI

En virtud de la potestad reglamentaria de la que goza el Consejo General del Poder Judicial, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 108.2 y 107.10 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial,

El Pleno del Consejo General del Poder Judicial, en su reunión del día 28 de octubre de 2010, cumplido el trámite previsto en el artículo 110.3 de la citada Ley Orgánica, ha acordado aprobar el presente Reglamento:

TÍTULO I

Disposiciones generales

Artículo 1. *Objeto.*

1. El presente Reglamento tiene por objeto la regulación del régimen jurídico aplicable a la reutilización de las sentencias y otras resoluciones judiciales, en desarrollo del artículo 107.10 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y con respeto a las disposiciones de la Ley 37/2007, de 16 de noviembre,

sobre Reutilización de la Información del Sector Público.

2. A efectos de este Reglamento se entenderá por sentencias y otras resoluciones judiciales todas las resoluciones de carácter jurisdiccional dictadas por Jueces y Tribunales a excepción de aquellas que tengan por objeto la mera ordenación material del proceso.

3. La competencia para gestionar la reutilización de las sentencias y otras resoluciones judiciales a que se refiere este Reglamento la ejercerá el Consejo General del Poder Judicial a través del Centro de Documentación Judicial.

4. Todas las sentencias y demás resoluciones judiciales que suministre el Centro de Documentación Judicial a efectos de su reutilización en los términos del presente Reglamento serán proporcionadas una vez hayan quedado dissociadas de los datos de carácter personal que pudieran contener, a fin de dar cumplimiento a las disposiciones de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, sin perjuicio de las obligaciones legales o contractuales que frente a terceros deban asumir los reutilizadores en esta materia.

Artículo 2. *Concepto de reutilización.*

1. A los efectos de este Reglamento, se entiende por reutilización el uso de las sentencias y otras resoluciones judiciales por parte de personas físicas o jurídicas que las empleen, a su vez, para facilitar a terceras personas el acceso a tales sentencias y resoluciones, o a productos con valor añadido elaborados a partir de las mismas, sea o no con fines comerciales.

2. El concepto de reutilización comprende el empleo de métodos digitales de referencia o reenvío a la información existente en una red o sistema, tales como el enlace a ficheros electrónicos en los que se contenga la información, su indexación, la federación de búsquedas

aplicadas a la base de datos, así como cualesquiera otros procedimientos tecnológicos que permitan a terceras personas acceder a las sentencias y otras resoluciones judiciales.

3. No se considera reutilización:

a) La cesión o el intercambio de sentencias y otras resoluciones judiciales cuando tengan lugar entre órganos judiciales, o entre éstos y el Consejo General del Poder Judicial, así como entre Administraciones y organismos del sector público, siempre que sea dentro del ejercicio de las funciones públicas que tienen atribuidas.

b) La publicación oficial que realice el Consejo General del Poder Judicial de las sentencias y otras resoluciones judiciales para cumplir con los fines básicos de difusión de la jurisprudencia, lo que podrá efectuarse mediante un buscador accesible en línea puesto a disposición de todos los ciudadanos. Ese buscador no podrá incorporar un valor añadido que, por ser similar al de las bases de datos comercializadas por los reutilizadores profesionales, vaya en detrimento de la actividad de éstos, sin perjuicio de la funcionalidad que es inherente a todo buscador, la cual podrá ser objeto de mejoras y actualizaciones conforme a los avances tecnológicos existentes en cada momento.

c) La mera consulta con fines de conocimiento personal de las sentencias y otras resoluciones judiciales, efectuada a partir de la publicación electrónica de las mismas por el Consejo General del Poder Judicial.

d) La puesta a disposición por el Centro de Documentación Judicial de las sentencias y otras resoluciones judiciales para consulta de las mismas por parte de los miembros de la Carrera judicial, a través de una base de datos de prestaciones avanzadas («Fondo Documental CENDOJ») que podrá tener características similares a las de los productos co-

mercializados por los reutilizadores profesionales. El Consejo General del Poder Judicial podrá decidir, mediante acuerdo, extender el acceso a dicho producto a los miembros del Ministerio Fiscal y a otros cuerpos funcionariales de personal colaborador o al servicio de la Administración de Justicia.

e) La utilización interna de sentencias y otras resoluciones judiciales en el marco de las acciones formativas impartidas por el propio Consejo General del Poder Judicial, y en particular de las actividades docentes desarrolladas por la Escuela Judicial.

f) La divulgación a los medios de comunicación social, o especializados en información jurídica de actualidad, de sentencias u otras resoluciones judiciales puntuales por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados o del Consejo General del Poder Judicial, y la consiguiente publicación de dichas sentencias o resoluciones por los medios de comunicación social o en boletines informativos de actualidad jurídica, incluida la difusión mediante páginas webs u otras aplicaciones de Internet, siempre que predomine en ellas la finalidad de informar sobre la actualidad jurídica.

g) La aportación documental de sentencias y otras resoluciones judiciales que se realice en el seno de un procedimiento judicial para mejor fundar las posiciones de las partes.

h) La difusión de carácter aislado y ocasional que realicen las partes de un procedimiento judicial de las sentencias y demás resoluciones judiciales que les sean comunicadas por los respectivos órganos judiciales. Para cualquier otro uso que implique reutilización, deberán sujetarse al régimen que corresponda de acuerdo con las modalidades de reutilización reguladas en este Reglamento.

4. La reutilización que se realice a partir de una previa actividad que por su

parte no constituya reutilización, se regirá por la modalidad de gestión correspondiente de conformidad con las disposiciones de este Reglamento.

5. Lo dispuesto en este Reglamento deja a salvo el régimen jurídico establecido tanto para los actos de comunicación procesal, como para los actos de auxilio y cooperación judicial. Asimismo, quedará garantizado el acceso al texto de las sentencias y otras resoluciones judiciales en los términos previstos en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

TÍTULO II

Régimen jurídico de la reutilización

Artículo 3. *Modalidades de gestión de la reutilización.*

1. Las sentencias y otras resoluciones judiciales podrán ser objeto de reutilización de acuerdo con las siguientes modalidades de gestión:

a) Reutilización sin sujeción a condiciones especiales de licencia o autorización, salvo las condiciones establecidas con carácter general en el apartado 6 de este artículo.

b) Reutilización con sujeción a condiciones establecidas en licencias-tipo.

c) Reutilización previa solicitud, conforme al procedimiento previsto en el artículo 7, pudiendo incorporar la autorización eventualmente concedida condiciones establecidas en una licencia u otras condiciones particulares.

2. La reutilización de las sentencias y otras resoluciones judiciales estará abierta a todos los agentes potenciales del mercado, incluso en caso de que uno o más de los agentes exploten ya productos con valor añadido basados en aquéllas. Las licencias y autorizaciones de reutilización que se otorguen por el Centro de Documentación Judicial nunca

concederán derechos exclusivos y tendrán una duración anual, sin perjuicio de que puedan prorrogarse tácitamente en tanto se mantengan las condiciones requeridas para la concesión de las mismas. Mientras una licencia o autorización, o cualquiera de sus prórrogas, estén en vigor, el reutilizador podrá hacer cuantos actos de reutilización tenga por conveniente. Una vez extinguida la licencia o autorización, o la última de sus prórrogas, el reutilizador no podrá efectuar nuevos actos de reutilización, sin perjuicio de que puedan perdurar los efectos de los actos de reutilización realizados durante la vigencia de aquéllas.

3. El Centro de Documentación Judicial pondrá a disposición de los potenciales reutilizadores las sentencias y otras resoluciones judiciales en formato electrónico y por medio de una plataforma accesible telemáticamente desde el apartado correspondiente a dicho Centro dentro de la página o sitio oficial de Internet del Consejo General del Poder Judicial. Asimismo facilitará mecanismos de búsqueda de los documentos disponibles y creará sistemas de gestión documental como listados y bases de datos, siempre con arreglo a los avances tecnológicos en cada momento disponibles. Con carácter ordinario esta puesta a disposición comprenderá las sentencias y otras resoluciones judiciales dictadas por cualesquiera órganos judiciales colegiados, así como una selección de las dictadas por órganos judiciales unipersonales.

4. No obstante, las sentencias y otras resoluciones judiciales que no se encuentren puestas a disposición del público desde el apartado correspondiente al Centro de Documentación Judicial dentro de la página o sitio oficial de Internet del Consejo General del Poder Judicial, serán objeto en su caso de autorizaciones individualizadas, de acuerdo con el procedimiento descrito en el artículo 7. Los interesados en reutilizar tales sentencias

y otras resoluciones judiciales deberán ponerlo en conocimiento del Centro de Documentación Judicial a fin de preservar la integridad de la base documental del mismo y garantizar el acceso de otros reutilizadores a ese mismo contenido en igualdad de condiciones.

5. Con el fin de asegurar la publicación y difusión de las sentencias y otras resoluciones judiciales por el Centro de Documentación Judicial, en condiciones de igualdad para todos los potenciales reutilizadores, quedan prohibidas:

a) la facilitación directa por parte de los Juzgados y Tribunales o de sus Unidades Procesales de Apoyo Directo, o por parte de los Servicios Comunes Procesales, de sentencias y otras resoluciones judiciales para su reutilización.

b) la reutilización de sentencias y otras resoluciones judiciales no obtenidas a través del Centro de Documentación Judicial, salvo que se efectúe a partir de un previo acto que no constituya reutilización, de acuerdo con lo previsto en los apartados 3 y 4 del artículo 2.

6. Toda actividad de reutilización estará sometida a las siguientes condiciones generales:

a) Que el contenido de la información suministrada no sea alterado ni su sentido sea desnaturalizado. Ello incluye los marcadores electrónicos que por razón de control y seguridad haya introducido el Centro de Documentación Judicial en los ficheros informáticos que contengan las sentencias y otras resoluciones judiciales. Lo anterior no impide que los reutilizadores introduzcan en los documentos sus propios marcadores por razones de control y seguridad de sus productos. También podrán enriquecer la información enfatizando ciertos pasajes o trazando vínculos a otros documentos, siempre que tales añadidos sean leales, de forma que los terceros puedan percibir con claridad que esos elementos no forman parte de la información original,

y respeten la integridad y el sentido de los documentos objeto de reutilización.

b) Que se cite fielmente la fuente de suministro de la información y la fecha del material objeto de reutilización, lo que deberá hacerse en cada una de las sentencias o resoluciones judiciales que sean objeto de reutilización. A estos efectos, deberá estarse a la fecha de la sentencia o resolución judicial.

c) Que se verifique la disociación de los datos de carácter personal que dicho material aún pudiera contener, a fin de dar cumplimiento a las disposiciones de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

Artículo 4. *Reutilización sin sujeción a condiciones especiales de licencia o autorización.*

1. Las sentencias y otras resoluciones judiciales, podrán reutilizarse sin sujeción a condiciones especiales de licencia o autorización cuando dicha reutilización se realice por personas físicas en el marco de actividades docentes o de investigación científica, siempre que dicha reutilización carezca de finalidad comercial. A los efectos de este Reglamento se entenderá que la reutilización tiene finalidad comercial cuando depare al reutilizador una ganancia comercial o un beneficio económico directamente ligados a la actividad de reutilización.

2. Tampoco quedará sujeta a condiciones especiales de licencia o autorización la reutilización de sentencias y otras resoluciones judiciales efectuada con fines de información al público, siempre que tenga naturaleza ocasional, posea escasa entidad por el número de ítems que comprenda y carezca asimismo de finalidad comercial. A estos efectos, se entenderá que la reutilización tiene escasa entidad cuando afecte a un número inferior a cien resoluciones.

3. En todo caso, la reutilización a la que se refiere el presente artículo estará sujeta a las exigencias generales establecidas en el artículo 3.6, así como al régimen sancionador previsto en el título III.

Artículo 5. *Reutilización con sujeción a condiciones establecidas en licencias-tipo.*

1. Fuera de los casos señalados en el artículo anterior, las sentencias y otras resoluciones judiciales podrán reutilizarse con sujeción a condiciones establecidas en licencias-tipo, con independencia de que el reutilizador persiga o no una finalidad comercial.

2. El Centro de Documentación Judicial gestionará las licencias-tipo de reutilización de sentencias y otras resoluciones judiciales. Dichas licencias-tipo deberán estar disponibles en formato digital y ser procesables electrónicamente a través del apartado correspondiente al Centro de Documentación Judicial, dentro de la página o sitio oficial de Internet del Consejo General del Poder Judicial. Se entenderá que la oferta de contratación a través de licencias-tipo tiene validez durante todo el tiempo en que dichas licencias-tipo y sus condiciones permanezcan accesibles a los potenciales interesados en dicha página o sitio de Internet.

3. El Centro de Documentación Judicial deberá poner a disposición de los potenciales licenciarios las condiciones generales a que se sujetarán las licencias-tipo, de manera que aquéllos puedan conocer, almacenar y reproducir tales condiciones con anterioridad a la perfección de la licencia.

4. Las condiciones incorporadas en las licencias se atenderán a los siguientes criterios básicos:

a) Deberán ser claras, justas y transparentes.

b) No deberán restringir las posibilidades de reutilización ni limitar la competencia.

c) No deberán ser discriminatorias para categorías comparables de reutilización.

5. Las licencias deberán reflejar, al menos, la información relativa a la finalidad concreta, comercial o no comercial, de la reutilización, la duración de la licencia, las obligaciones del beneficiario y del organismo concedente, las responsabilidades de uso y modalidades financieras, y el precio público aplicable.

6. Los beneficiarios de las licencias tendrán derecho:

a) A disponer de un apartado dentro de la página o sitio oficial de Internet del Consejo General del Poder Judicial desde el que seleccionar la información que deseen obtener.

b) A que la información les sea entregada en ficheros electrónicos debidamente tratados, homogeneizados y con los datos personales eliminados.

c) A reutilizar la información en los productos que elaboren, cualquiera que sea su formato, soporte y destino. Los beneficiarios de una licencia no podrán realizar nuevos actos de reutilización una vez haya expirado el plazo inicial de concesión o cualquiera de sus prórrogas.

7. Además de respetar las condiciones generales exigibles a todo reutilizador y de atenerse a las condiciones particulares de cada tipo de licencia, los beneficiarios de las licencias deberán soportar las reclamaciones de terceros a que pueda dar lugar la elaboración de productos de valor añadido a partir de la información suministrada por el Centro de Documentación Judicial.

8. De cara a la formalización y ejecución de las licencias, el Centro de Documentación Judicial deberá dar informa-

ción clara, comprensible e inequívoca sobre los siguientes extremos:

a) Los distintos trámites que deben seguirse para obtener la licencia y para dar cumplimiento al contenido de la misma. Ello exigirá la concreción de los medios técnicos que deberá seguir el interesado para corregir errores en la introducción de datos, y la expresión de la lengua o lenguas en que podrá formalizarse y ejecutarse la licencia. La tramitación de las licencias deberá ser accesible a las personas con discapacidad.

b) El momento en que se entenderá formalizada la licencia y el modo en que la misma quedará documentada, lo que deberá articularse en ambos casos por procedimientos electrónicos, teniendo el licenciatario derecho a acceder a una copia del documento electrónico en que haya quedado formalizada la licencia.

En todo caso, la licencia será concedida automáticamente y por vía telemática sin necesidad de que medie autorización caso por caso, siempre que sea solicitada por el interesado tras haber tenido éste opción de conocer las condiciones a que la misma se sujeta.

9. Queda prohibida la cesión a terceros de la licencia de reutilización, salvo que aquélla opere por disolución o cambio de titularidad de la entidad beneficiaria de la licencia. Los ficheros entregados a un reutilizador por el Centro de Documentación Judicial, así como la información contenida en ellos, no podrán ser cedidos a terceros reutilizadores si no es mediante productos de valor añadido elaborados en el ejercicio de la actividad como reutilizador.

Artículo 6. *Contraprestaciones económicas.*

1. La reutilización de sentencias y otras resoluciones judiciales con sujeción a condiciones de licencia o autorización dará lugar al cobro de una contraprestación económica en forma de precio pú-

blico, que se abonará una sola vez en el momento de suministro de cada sentencia o resolución. Dicho precio público distinguirá entre la reutilización con finalidad comercial y la reutilización con finalidad no comercial, conforme al criterio contenido en el artículo 4.1. Los ficheros electrónicos que contengan las sentencias y otras resoluciones judiciales podrán incorporar características más o menos avanzadas en función del tipo de precio público pagado por el reutilizador.

2. Los precios públicos que se establezcan por la reutilización, se modularán en atención al volumen de sentencias y demás resoluciones judiciales que sean suministradas para su reutilización.

3. Los precios públicos aplicables al suministro de sentencias y otras resoluciones judiciales para su reutilización con sujeción a condiciones de licencia o autorización son los fijados en el Anexo del presente Reglamento. El Pleno del Consejo General del Poder Judicial, a propuesta del Centro de Documentación Judicial, podrá revisar periódicamente dichos precios públicos, en las condiciones previstas en la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos.

4. El Centro de Documentación Judicial pondrá a disposición del público telemáticamente, a través del apartado correspondiente dentro de la página o sitio oficial de Internet del Consejo General del Poder Judicial, los precios públicos aplicables al suministro de sentencias y resoluciones judiciales para su reutilización, así como, previa solicitud, la base de cálculo utilizada para determinar el precio público y los factores tenidos en cuenta para su cálculo.

Artículo 7. *Reutilización sujeta a autorización previa solicitud del interesado.*

1. Las solicitudes de autorización de reutilización de sentencias y otras resoluciones judiciales que no se encuentren

puestas a disposición del público por el Centro de Documentación Judicial a través de la página o sitio oficial de Internet del Consejo General del Poder Judicial, deberán dirigirse a dicho Centro por aquellas personas físicas o jurídicas interesadas en dicha reutilización a través del formulario normalizado previsto al efecto, en el que se indicarán con exactitud las sentencias o resoluciones que se desea reutilizar y la finalidad, comercial o no comercial, perseguida.

2. Cuando una solicitud esté formulada de manera imprecisa o incompleta, el Centro de Documentación Judicial pedirá al solicitante que la concrete, indicándole expresamente que si así no lo hiciera se le tendrá por desistido de su solicitud, en los términos previstos en el artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

El solicitante deberá concretar o completar su petición en el plazo de diez días a contar desde el día siguiente al de la recepción de dicho requerimiento. A estos efectos, el solicitante podrá recabar el apoyo del Centro de Documentación Judicial a fin de delimitar el contenido de la información solicitada, siempre que asuma previa y expresamente el pago de los costes que dicha asistencia genere.

El cómputo del plazo para resolver la solicitud se entenderá suspendido por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario o, en su defecto, por el transcurso del plazo concedido, informándose al solicitante de la suspensión del plazo para resolver.

3. El Director del Centro de Documentación Judicial resolverá las solicitudes de reutilización en el plazo máximo de veinte días desde la recepción de la solicitud. Cuando por el volumen y la complejidad de la información solicitada resulte imposible cumplir el citado plazo

se podrá ampliar el plazo de resolución en otros veinte días. En este caso deberá informarse al solicitante, en el plazo máximo de diez días, de toda ampliación del plazo, así como de las razones que lo justifican. En todos los casos, a efectos de dar respuesta a la solicitud de reutilización, el Centro de Documentación Judicial valorará la procedencia de obtener y tratar las sentencias o resoluciones solicitadas, teniendo en cuenta, entre otros factores, el grado de dificultad para su obtención y las variables presupuestarias implicadas.

4. Las resoluciones que tengan carácter estimatorio autorizarán la reutilización, supeditándola o no al cumplimiento de determinadas condiciones en función de si, por su carácter y finalidad, la reutilización solicitada encaja o no en alguno de los supuestos contemplados en el artículo 4. Las condiciones impuestas en la autorización podrán ser coincidentes con las de las licencias-tipo correspondientes, incluido el cobro de la contraprestación económica. En todo caso, la resolución estimatoria supondrá la puesta a disposición de las sentencias o resoluciones solicitadas en el mismo plazo previsto en el apartado anterior para resolver.

5. Si la resolución denegara total o parcialmente la reutilización solicitada, se notificará al solicitante, comunicándole los motivos de dicha negativa en los plazos mencionados en el apartado 3 de este artículo.

6. Las resoluciones que decidan sobre las solicitudes de reutilización deberán contener una referencia a las vías de recurso a que pueda acogerse en su caso el solicitante, en los términos previstos en el artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

7. Si en el plazo máximo previsto para resolver y notificar no se hubiese dictado resolución expresa, el solicitante podrá entender desestimada su solicitud.

TÍTULO III

Régimen sancionador

Artículo 8. *Infracciones.*

1. Se consideran infracciones muy graves:

a) La desnaturalización del sentido de la información para cuya reutilización se haya concedido la licencia o autorización.

b) La alteración muy grave del contenido de la información para cuya reutilización se haya concedido la licencia o autorización.

2. Se considerarán infracciones graves:

a) La reutilización de sentencias y otras resoluciones judiciales sin la correspondiente licencia o autorización, en los casos en que éstas sean requeridas.

b) La reutilización de sentencias y otras resoluciones judiciales para una finalidad distinta de aquélla para la que se concedió la licencia o autorización.

c) La alteración grave del contenido de la información para cuya reutilización se haya concedido una licencia o autorización.

d) El incumplimiento grave de condiciones impuestas en la licencia o autorización, o previstas en este Reglamento. En todo caso, se entenderá que comportan tal incumplimiento:

1.º La reutilización de sentencias y otras resoluciones judiciales no obtenidas a través del Centro de Documentación Judicial, salvo que se efectúe a partir de un previo acto que no constituya reutili-

zación, de acuerdo con lo previsto en los apartados 3 y 4 del artículo 2.

2.º La cesión a terceros de la licencia de reutilización, así como de los ficheros entregados o puestos a disposición de un reutilizador por el Centro de Documentación Judicial o de la información contenida en ellos, salvo la que se realice en concepto de productos de valor añadido elaborados por el reutilizador en el ejercicio de su actividad como tal.

3. Se considerarán infracciones leves:

a) La alteración leve del contenido de la información para cuya reutilización se haya concedido una licencia o autorización, así como la alteración leve de los marcadores electrónicos que por razones de control y seguridad haya introducido el Centro de Documentación Judicial en los ficheros informáticos que contengan las sentencias y otras resoluciones judiciales.

b) La ausencia de cita de la fuente de suministro o de la fecha del material objeto de reutilización.

c) El incumplimiento leve de condiciones impuestas en la correspondiente licencia o autorización, o previstas en este Reglamento.

4. La facilitación directa de sentencias y otras resoluciones judiciales a los reutilizadores por parte de los Juzgados y Tribunales o sus Unidades Procesales de Apoyo Directo, o por parte de los Servicios Comunes Procesales, podrá dar lugar a las correcciones disciplinarias que en cada caso procedan, de acuerdo con las correspondientes disposiciones legales.

Artículo 9. *Sanciones.*

1. Por la comisión de las infracciones recogidas en el artículo anterior, se impondrán a los reutilizadores las siguientes sanciones:

a) Sanción de multa de 50.001 a 100.000 euros por la comisión de infracción muy grave.

b) Sanción de multa de 10.001 a 50.000 euros por la comisión de infracción grave.

c) Sanción de multa de 1.000 a 10.000 euros por la comisión de infracción leve.

Por la comisión de infracción muy grave y grave, además de las sanciones previstas en las letras a) y b), se podrá sancionar al infractor con la revocación de la licencia concedida y con la prohibición de reutilizar documentos sometidos a licencia o autorización durante un periodo de tiempo entre 1 y 5 años.

2. Las sanciones se graduarán atendiendo a los efectos de la infracción sobre la integridad y autenticidad de la información reutilizada así como el acceso a la misma, al volumen de dicha información, a los beneficios obtenidos por el infractor, al grado de intencionalidad, a los daños y perjuicios causados, a la reincidencia y a cualquier otra circunstancia que sea relevante para determinar el grado de antijuridicidad y de culpabilidad presentes en la concreta actuación infractora.

3. El Director del Centro de Documentación Judicial será competente para ordenar la incoación del correspondiente procedimiento sancionador, debiendo designar un Letrado del Centro de Documentación Judicial para que actúe como instructor, así como notificar al interesado la incoación del procedimiento. La resolución del expediente sancionador y la imposición, en su caso, de la sanción correspondiente, corresponderán a la Comisión específicamente creada para este fin en virtud de la disposición adicional tercera del presente Reglamento. Contra las resoluciones en materia sancionadora que adopte dicha Comisión cabrá recurso de alzada ante el Pleno del Consejo Ge-

neral del Poder Judicial, cuya decisión pondrá fin a la vía administrativa.

4. La potestad sancionadora se ejercerá, en todo lo no previsto en el presente Reglamento, de conformidad con lo dispuesto en el título IX de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

5. El régimen sancionador previsto en este Reglamento se entiende sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal en que pudiera incurrirse, que se hará efectiva de acuerdo con las correspondientes normas legales. Asimismo, de conformidad con lo previsto en el último apartado del artículo anterior, queda a salvo la responsabilidad disciplinaria que en su caso pudiera exigirse a los integrantes de la Carrera judicial, o a Secretarios y resto de personal al servicio de la Administración de Justicia, por la desatención de los deberes o prohibiciones emanados de lo dispuesto en el presente Reglamento.

Disposición adicional primera. *Rango normativo del Anexo.*

El anexo que se incorpora al presente Reglamento, donde se contienen los precios públicos a los que se refiere el artículo 6, tiene rango de Instrucción del Consejo General del Poder Judicial, pudiendo ser modificado por Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial.

Disposición adicional segunda. *Acuerdos o convenios de reutilización de sentencias que no se ajusten a las previsiones de este Reglamento.*

En el plazo máximo de tres meses a partir de la entrada en vigor de este Reglamento, el Consejo General del Poder Judicial revisará todos los convenios y acuerdos en vigor para la entrega y reutilización de sentencias y otras resoluciones judiciales, y determinará la moda-

lidad de reutilización aplicable en cada caso conforme a lo establecido en el presente Reglamento. Esta revisión no afectará en ningún caso a la información ya reutilizada en virtud de dichos convenios y acuerdos, sin perjuicio de las medidas que deban adoptarse para los suministros de sentencias y otras resoluciones judiciales solicitados al Centro de Documentación Judicial tras la entrada en vigor de este Reglamento.

Disposición adicional tercera. *Comisión sancionadora en materia de reutilización de sentencias y otras resoluciones judiciales.*

1. Se crea una Comisión especial del Consejo General del Poder Judicial para la resolución de los procedimientos sancionadores en materia de reutilización de sentencias y otras resoluciones judiciales, a los que se refieren los cuatro primeros apartados del artículo 9. Dicha Comisión estará compuesta por tres Vocales, que deberán ser nombrados a tal efecto, junto con sus correspondientes suplentes, por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial. La duración del mandato de los integrantes de esta Comisión será de un año, con posibilidad de reelección.

2. La Comisión elegirá de entre sus miembros, por mayoría, al Presidente. Para su válida constitución será necesaria la presencia de todos sus miembros, quienes en caso de imposibilidad de asistir serán sustituidos por los correspondientes suplentes. La adopción de acuerdos tendrá lugar por mayoría y quien presida tendrá voto de calidad. Las deliberaciones de la Comisión serán reservadas y los asistentes deberán guardar secreto sobre las mismas. Actuará como Secretario un Letrado del Centro de Documentación Judicial, quien levantará acta sucinta de las reuniones y de los acuerdos adoptados.

Disposición adicional cuarta. *Aplicación del Reglamento a acuerdos no jurisdiccionales procedentes de las distintas Salas del Tribunal Supremo y de otros Tribunales.*

Podrán ser objeto de reutilización de acuerdo con las disposiciones de este Reglamento los acuerdos sobre unificación de criterios y coordinación de prácticas procesales alcanzados por las distintas Salas del Tribunal Supremo y de otros Tribunales. Dicha reutilización deberá canalizarse mediante autorización previa solicitud del interesado.

Disposición final única. *Entrada en vigor.*

Este Reglamento entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Madrid, 28 de octubre de 2010.–El Presidente del Consejo General del Poder Judicial, *José Carlos Dívar Blanco*.

ANEXO

Precios públicos aplicables a la reutilización de sentencias y otras resoluciones judiciales sujeta a condiciones de licencia o autorización

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 6, se fijan los precios públicos aplicables a la reutilización de sentencias y otras resoluciones judiciales sujeta a condiciones de licencia o autorización:

1. Precio público por cada copia de sentencia u otra resolución judicial suministrada para fines comerciales:

1,27 € por copia de sentencia/resolución, IVA no incluido.

1,50 € por copia de sentencia/resolución, IVA 18 % incluido.

A este precio serán aplicables los siguientes descuentos, en función del vo-

lumen anual de sentencias u otras resoluciones suministradas:

Hasta 10.000 sentencias o resoluciones por año: Sin descuento.

De 10.001 a 50.000 sentencias o resoluciones por año: Un 15% de descuento.

De 50.001 a 100.000 sentencias o resoluciones por año: Un 25% de descuento.

De 101.000 a 200.000 sentencias o resoluciones por año: Un 35% de descuento.

De 200.001 sentencias o resoluciones por año en adelante: Un 50% de descuento.

2. Precio público por cada copia de sentencia u otra resolución judicial suministrada para fines no comerciales:

0,43 € por copia de sentencia/resolución, IVA no incluido.

0,50 € por copia de sentencia/resolución, IVA 18 % incluido.

Cuadro actualizado de las disposiciones reglamentarias vigentes del Consejo General del Poder Judicial

Reglamento n.º	Título	Fecha de aprobación y publicación	Modificaciones
1/1986	Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial.	22-4-1986 (B.O.E. 5-5-1986)	Artículo 118: El Reglamento 1/98, de tramitación de quejas y denuncias, adiciona el nuevo artículo 122 bis. Artículo 120: modificado por acuerdo del Pleno de 28-1-87 (BOE de 2-2-87). Artículos 121, 140: afectados por la Ley Orgánica 16/1994, que da una nueva redacción al artículo 146 de la Ley Orgánica 6/1985. Artículos 157 y 168: la referencia hecha en ellos a la Ley de Procedimiento Administrativo debe entenderse hecha a la Ley 30/92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Por Acuerdo del Pleno de 25-6-2008, se modifican los arts. 46, 74, 75 y 76. (BOE de 10-7-2008).
	Acuerdo por el que se ordena la publicación de los Reglamentos de la Carrera Judicial (1/95), de la Escuela Judicial (2/95), de los Jueces de Paz (3/95), de los Organos de Gobierno de Tribunales (4/95), y de los Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales (5/95).	7-6-1995 (B.O.E. 13-7-1995)	Modificado por el Acuerdo de 20-12-95 (BOE de 28-12-95), 20-3-1996 (BOE de 28-3-96) en el particular relativo a la entrada en vigor del Reglamento 5/1995 y por el de 26-7-2000, en el particular relativo a la derogación del Reglamento 4/95.
1/1995	Reglamento de la Carrera Judicial	7-6-1995 (B.O.E. 13-7-1995)	Título VIII (artículos 170 a 173) modificado por Acuerdo del Pleno de 10-12-97 (BOE de 29-12-97). Artículos 48.4 y 5, 172, 249.1 y 3 y 250.2: por acuerdo de la Comisión Permanente de 9-6-98 se dispone el cumplimiento de la sentencia dictada por la Sección 7ª de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 15-10-97. Título III (artículos 108 a 114): modificado por Acuerdo del Pleno de 25-2-98 (BOE de 6-3-98). El Tribunal Supremo, Sala 3ª, Sección 7ª, en sentencia de 15-10-99 desestima el recurso 174/98 presentado por la asociación profesional Unión Judicial Independiente contra el acuerdo anterior. El Tribunal Supremo, Sala 3ª, Sección 7ª, en sentencia de 21-10-99 desestima el recurso 165/98 presentado por la Asociación de Jueces y Magistrados F. Contra el acuerdo anterior. Artículos 98 a 104: modificados por acuerdo del Pleno de 14-10-98 (BOE de 26-10-98), que también introduce una disposición transitoria. Artículos 31, 32, 33 y 48 afectados por el Reglamento de Jueces Adjuntos. Por Acuerdo del Pleno de 7 de marzo de 2001 (BOE de 13-3-2001) se derogan los artículos 4 a 30, suprimiéndose igualmente las remisiones que a los referidos preceptos se efectúan en otros artículos del Reglamento. Por Acuerdo del Pleno de 6 de noviembre de 2001 (BOE de 21.11.2001) se modifican los artículos 131.2 regla 4ª, 132, 133.1 y 143.5, añadiendo un nuevo artículo 133 bis y un nuevo apartado 8 al artículo 143, todos ellos relativos a Magistrados suplentes y Jueces sustitutos. Por Acuerdo del Pleno de 19 de junio de 2002 (BOE de 29.11.2002) se modifican los artículos 249,250 y 252, relativos a permisos y licencias. Por Acuerdo del Pleno de 12 de febrero de 2003 (BOE de 22.2.2003) se adiciona un nuevo apartado 4 al artículo 252, relativo a licencias por circunstancias personales y familiares.

Reglamento n.º	Título	Fecha de aprobación y publicación	Modificaciones
			<p>Por Acuerdo del Pleno de 12 de marzo de 2003 (BOE de 21.3.2003) se modifican los artículos 33, 130 y 199, creando un nuevo Título V "de los Jueces en expectativa de destino".</p> <p>Por Acuerdo del Pleno de 23 de septiembre de 2003 (BOE de 3/10/2003) se incorpora un nuevo Capítulo V (Art. 104 bis 1 a 104 bis 11), especialización en asuntos de lo mercantil, pasando el V a ser V bis.</p> <p>Por Acuerdo del Pleno de 25 de febrero de 2004 (BOE 28.2.2004) se modifican diferentes artículos referentes al tiempo mínimo de permanencia en los destinos y provisión de plazas.</p> <p>Por Acuerdo del Pleno de 2 de abril de 2008 (BOE 11.4.2008) se añade al Título I, un Capítulo II con la denominación de "Ingreso en la Carrera Judicial de las personas con discapacidad", que comprende los nuevos arts. 4 a 11.</p> <p>Por Acuerdo del Pleno de 26 de noviembre de 2008 se modifican los arts. 231 y 236.1, a efectos del cómputo del permiso de 3 días del art. 373.4 de la LOPJ (BOE 8.12.2008).</p> <p>Por Acuerdo del Pleno de 23 de diciembre de 2008 se modifica el Capítulo IV del Título XII que pasa a denominarse "Licencias, permisos y reducciones de jornada para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, y por razón de violencia de género", que comprende los arts. 241 a 243 ter. (BOE 5.1.2009).</p> <p>Por Acuerdo del Pleno de 19 de noviembre de 2009 se modifica el Título V BIS, arts. 131.2.4ª.2 y 134.1, en lo relativo a la inclusión de prórroga anual de los nombramientos de magistrados suplentes y jueces sustitutos. (BOE 27.11.2009).</p>
2/1995	Reglamento de la Escuela Judicial.	7-6-1995 (B.O.E. 13-7-1995)	<p>Artículos 10, 39, 40, 41, 42 y 43 afectados por el Reglamento de Jueces Adjuntos.</p> <p>Por Acuerdo del Pleno de 8 de mayo de 2002 (BOE de 17.5.2002) se adiciona al número 1 del artículo 4 un nuevo apartado referente a la incorporación de un nuevo miembro al Consejo Rector de la Escuela.</p>
3/1995	Reglamento de los Jueces de Paz.	7-6-1995 (B.O.E. 13-7-1995)	
1/1997	Reglamento del Centro de Documentación Judicial.	7-5-1997 (B.O.E. 23-5-1997)	<p>Por acuerdo del Pleno de 18 de junio de 1997 (BOE de 23.5.97) se aprueba la Instrucción sobre remisión de sentencias judiciales al CGPJ para su recopilación y tratamiento por parte del Centro de Documentación Judicial.</p> <p>La sentencia de la Sala 3ª, Sección 7ª, de 7 de febrero de 2000 desestima el recurso interpuesto contra el citado acuerdo de 18 de junio de 1997.</p>
1/1998	Reglamento de tramitación de quejas y denuncias relativas al funcionamiento de los Juzgados y Tribunales.	2-12-1998 (B.O.E. 29.1.1999)	<p>La disposición adicional única del Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 14 de abril de 1999 por el que se adiciona el Título VII del Reglamento 5/1995, dispone la aplicación de esta norma reglamentaria al Reglamento de Tramitación de Quejas y Denuncias, especialmente en los aspectos referidos a las competencias para la creación de servicios comunes.</p> <p>Por acuerdo del Pleno de 22 de septiembre de 1999 (BOE de 19.10.99) se aprueba la Instrucción 1/99 que contiene el protocolo de servicios y los formularios de tramitación de quejas y reclamaciones y previa información al ciudadano.</p>

Reglamento n.º	Título	Fecha de aprobación y publicación	Modificaciones
1/2000	Reglamento de los Órganos de Gobierno de Tribunales.	26.7.2000 (B.O.E. 8.9.2000)	Artículos 4 y 5, afectados por el Reglamento de Jueces Adjuntos. Por Acuerdo Reglamentario 3/2003, de 12 de marzo de 2003, (BOE de 21.3.2003) se modifican los artículos 60.3, 65 j) y 71.2.
2/2000	Reglamento de los Jueces Adjuntos.	25.10.2000 (B.O.E. 7.11.2000)	
1/2003	Reglamento de Estadística Judicial.	8.7.2003 (B.O.E. 21.7.2003)	
1/2005	Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales.	15.09.2005 (B.O.E. 27-08-2005)	Por Acuerdo del Pleno de 28-11-2007, (BOE de 12.12.2007), se modifica el art. 42.5 Por Acuerdo del Pleno de 17-07-2008, se modifican los arts. 38,42.4, 48, apartados 1 y 2, y se introduce en el Capítulo II del Título II una nueva Sección 7ª bis, con un artículo 82 bis. (BOE de 28.7.2008). Por Acuerdo del Pleno de 28-10-2008, se modifica la Disposición final del Acuerdo del Pleno de 17-07-2008. (BOE de 31.10.2008). Por Acuerdo del Pleno de 28-3-2009, se modifica el art. 902. (BOE de 16.5.2009).
2/2005	Reglamento 2/2005 de honores, tobianales y protocolo en los autos judiciales solemnes.	23.11.2005 (B.O.E. 18-12-2005)	Por Acuerdo del Pleno de 19-12-2007 (BOE de 18.01.2008) se modifican los arts. 6, 11, 15, 33 y 34 y se adiciona un nuevo art. 27 bis, para la inclusión de las reglas relativas al tobianato y precedencias de los Jueces de Paz.
1/2008	Reglamento 1/2008 sobre indemnizaciones en concepto de asistencia por razón de participación en Tribunales de oposiciones y otros procesos relativos a la Carrera Judicial.	23.4.2008 (B.O.E. 7-5-2008)	
1/2010	Reglamento 1/2010, por el que se regula la provisión de plazos de nombramiento discrecional en los órganos judiciales.	25.2.2010 (B.O.E. 5-03-2010)	
2/2010	Reglamento 2/2010 sobre criterios generales de homogenización de las actuaciones de los Servicios Comunes Procesales.	25.2.2010 (B.O.E. 12-03-2010)	
3/2010	Reglamento 3/2010 sobre realización de sentencias y otras resoluciones judiciales.	28.10.2010	

Véanse, además, las Disposiciones derogatorias del acuerdo de 7 de junio de 1985 (B.O.E. 13.7.85)

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN

Acuerdos internacionales

ACUERDO entre el Reino de España y el Principado de Andorra por el intercambio de información en materia fiscal, hecho en Madrid el 14 de enero de 2010. (Publicado en el «BOE» núm. 283 de 23 de noviembre de 2010.)

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA

Impuesto sobre el Valor Añadido, Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y operaciones con terceras personas

ORDEN EHA/3061/2010, de 22 de noviembre, por la que se modifican el modelo 347 de declaración anual de operaciones con terceras personas aprobado por Orden EHA/3012/2008, de 20 de octubre, el modelo 390 de declaración-resumen anual del Impuesto sobre el Valor

Añadido aprobado por Orden EHA/3111/2009, de 5 de noviembre y el modelo 190 para la declaración del resumen anual de retenciones e ingresos a cuenta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas sobre rendimientos del trabajo y de actividades económicas, premios y determinadas ganancias patrimoniales e imputaciones de renta aprobado por Orden EHA/3127/2009, de 10 de noviembre. (Publicada en el «BOE» núm. 289 de 30 de noviembre de 2010.)

Procedimientos tributarios

ORDEN EHA/3062/2010, de 22 de noviembre, por la que se modifican las formas de presentación de las declaraciones informativas y resúmenes anuales de carácter tributario correspondientes a los modelos 038, 156, 159, 170, 171, 180, 181, 182, 183, 184, 187, 188, 189, 190, 192, 193, 194, 195, 196, 198, 199, 291, 296, 299, 340, 345, 346, 347, 349, 611 y 616 y por la que se modifica la Orden EHA/1658/2009, de 12 de junio, por la que se establece el procedimiento y las condiciones para la domiciliación del pago de determinadas deudas cuya gestión tiene atribuida la Agencia Estatal de Administración Tributaria. (Publicada en el «BOE» núm. 289 de 30 de noviembre de 2010.)

Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas e Impuesto sobre el Valor Añadido

ORDEN EHA/3063/2010, de 25 de noviembre, por la que se desarrollan para el año 2011 el método de estimación objetiva del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y el régimen especial simplificado del Impuesto sobre el Valor Añadido. (Publicada en el «BOE» núm. 289 de 30 de noviembre de 2010.)

MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN

Seguridad Social. Contabilidad presupuestaria

RESOLUCIÓN de 28 de octubre de 2010, de la Intervención General de la Seguridad Social, por la que se aprueba la instrucción de contabilidad para las entidades que integran el sistema de la Seguridad Social. (Publicada en el «BOE» núm. 284 de 24 de noviembre de 2010.)

Calendario laboral

RESOLUCIÓN de 24 de noviembre de 2010, de la Dirección General de Trabajo, por la que se corrige error en la de 7 de octubre de 2010, por la que se publica la relación de fiestas laborales para el año 2011. (Publicada en el «BOE» núm. 291 de 2 de diciembre de 2010.)

COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Comunidad de Madrid. Medidas fiscales

LEY 5/2010, de 12 de julio, de medidas fiscales para el fomento de la actividad económica. (Publicada en el «BOE» núm. 283 de 23 de noviembre de 2010.)

Comunidad Autónoma de Galicia. Medidas tributarias

LEY 8/2010, de 29 de octubre, de medidas tributarias en el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados para la reactivación del mercado de viviendas, su rehabilitación y financiación, y otras medidas tributarias. (Publicada en el «BOE» núm. 292 de 3 de diciembre de 2010.)

AUTORIDADES Y PERSONAL

NOMBRAMIENTOS, SITUACIONES E INCIDENCIAS

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Nombramientos

ACUERDO de 22 de noviembre de 2010, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se nombra a don Emilio Moyano Martínez, Juez sustituto de los Juzgados del territorio de Canarias. (Publicado en el «BOE» núm. 289 de 30 de noviembre de 2010.)

REAL DECRETO 1515/2010, de 5 de noviembre, por el que se nombra Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña a don Miguel Ángel Gimeno Jubero. (Publicado en el «BOE» núm. 292 de 3 de diciembre de 2010.)

REAL DECRETO 1516/2010, de 5 de noviembre, por el que se nombra Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla a don Lorenzo Jesús del Río Fernández. (Publicado en el «BOE» núm. 292 de 3 de diciembre de 2010.)

Destinos

ACUERDO de 28 de octubre de 2010, del Pleno del Consejo General del Poder Judi-

cial, por el que se resuelve el concurso de méritos convocado por Acuerdo de la Comisión Permanente de 17 de agosto de 2010, para la provisión de puesto de trabajo en el Gabinete Técnico del Consejo. (Publicado en el «BOE» núm. 286 de 26 de noviembre de 2010.)

Situaciones

ACUERDO de 10 de noviembre de 2010, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se declara en la situación administrativa de excedencia voluntaria en la Carrera Judicial para el cuidado de un hijo a doña Cristina Milans del Bosch y Sánchez-Galiano. (Publicado en el «BOE» núm. 283 de 23 de noviembre de 2010.)

MAGISTRADOS

Situaciones

ACUERDO de 10 de noviembre de 2010, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se declara en la situación de excedencia voluntaria en la Carrera Judicial al Magis-

trado don Fernando Escribano Mora. (Publicado en el «BOE» núm. 283 de 23 de noviembre de 2010.)

ACUERDO de 28 de octubre de 2010, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se declara el reingreso al servicio activo de don José Ricardo García Pérez. (Publicado en el «BOE» núm. 284 de 24 de noviembre de 2010.)

REAL DECRETO 1362/2010, de 22 de octubre, por el que se declara la jubilación voluntaria por edad, de doña Manuela Carmena Castrillo. (Publicado en el «BOE» núm. 290 de 1 de diciembre de 2010.)

ACUERDO de 22 de noviembre de 2010, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que queda a disposición del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la Magistrada doña María Dolores Moure Jiménez. (Publicado en el «BOE» núm. 292 de 3 de diciembre de 2010.)

Adscripciones

ACUERDO de 16 de noviembre de 2010, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se adscribe a la Magistrada doña María Eugenia Alegret Burgués, a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. (Publicado en el «BOE» núm. 291 de 2 de diciembre de 2010.)

MINISTERIO DE JUSTICIA

Nombramientos

ORDEN JUS/2973/2010, de 5 de noviembre, por la que se nombran funcio-

narios del Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa de la Administración de Justicia. (Publicada en el «BOE» núm. 282 de 22 de noviembre de 2010.)

ORDEN JUS/3127/2010, de 23 de noviembre, por la que se nombra funcionario de la Escala de Gestión Procesal y Administrativa, en cumplimiento de la sentencia recaída en el recurso 403/2007, en relación al proceso selectivo convocado por Orden de 30 de agosto de 1991. (Publicada en el «BOE» núm. 292 de 3 de diciembre de 2010.)

Destinos

ORDEN JUS/2972/2010, de 5 de noviembre, por la que se otorgan destinos a los funcionarios del Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa de la Administración de Justicia, turno promoción interna, que superaron las pruebas selectivas convocadas por Orden JUS/3338/2008, de 10 de noviembre, en el ámbito de Península y Baleares. (Publicada en el «BOE» núm. 282 de 22 de noviembre de 2010.)

REAL DECRETO 1575/2010, de 19 de noviembre, por el que se resuelve un concurso de traslado para la cobertura de plazas vacantes en el Ministerio Fiscal. (Publicado en el «BOE» núm. 294 de 4 de diciembre de 2010.)

Situaciones

ORDEN JUS/3024/2010, de 18 de noviembre, por la que se declara en situación de excedencia voluntaria en la Ca-

rrera Fiscal a don Juan Moral de la Rosa. (Publicada en el «BOE» núm. 285 de 25 de noviembre de 2010.)

ORDEN JUS/3112/2010, de 18 de noviembre, por la que se acuerda su ingreso al servicio activo en la carrera fiscal a doña Inmaculada López Maldonado. (Publicada en el «BOE» núm. 291 de 2 de diciembre de 2010.)

RESOLUCIÓN de 22 de noviembre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se dispone la jubilación voluntaria del notario de Madrid, don Federico Paredero del Bosque Martín. (Publicada en el «BOE» núm. 292 de 3 de diciembre de 2010.)

COMUNIDADES AUTÓNOMAS

COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

Destinos

ORDEN de 5 de noviembre de 2010, del Departamento de Justicia y Administración Pública, por la que se otorgan destinos a los funcionarios del Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa de la Administración de Justicia, turno promoción interna, que superaron las pruebas selectivas convocadas por Orden JUS/3338/2008, de 10 de noviembre. (Publicada en el «BOE» núm. 282 de 22 de noviembre de 2010.)

ORDEN de 8 de noviembre de 2010, del Departamento de Justicia y Administración Pública, por la que se resuelve defi-

nitivamente el concurso específico en razón de idioma para la cobertura de los puestos singularizados de los Cuerpos de Gestión Procesal y Administrativa, Tramitación Procesal y Administrativa y Auxilio Judicial de la Administración de Justicia del Servicio Común Procesal General y de las Unidades Procesales de Apoyo Directo de los municipios de los partidos judiciales de Irun, Getxo, Eibar, Azpeitia y Amurrio. (Publicada en el «BOE» núm. 291 de 2 de diciembre de 2010.)

COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CATALUÑA

Destinos

RESOLUCIÓN de 5 de noviembre de 2010, del Departamento de Justicia, por la que se otorgan destinos a los funcionarios del Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa de la Administración de Justicia, turno promoción interna, que han superado las pruebas selectivas convocadas por la Orden JUS/3338/2008, de 10 de noviembre. (Publicada en el «BOE» núm. 282 de 22 de noviembre de 2010.)

COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA

Destinos

RESOLUCIÓN de 5 de noviembre de 2010, de la Dirección General de Justicia de la Consejería de Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia, por la que se otorgan destinos a los funcionarios del Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa de la Administración de Justicia, turno promoción interna, que superaron las pruebas selectivas convocadas por Orden JUS/3338/2008, de 10 de noviembre. (Publicada en el «BOE» núm. 282 de 22 de noviembre de 2010.)

COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA

Destinos

RESOLUCIÓN de 5 de noviembre de 2010, de la Dirección General de Oficina Judicial y Cooperación, de la Consejería de Gobernación y Justicia, por la que se otorgan destinos a los funcionarios del Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa de la Administración de Justicia, turno promoción interna, que superaron las pruebas selectivas convocadas por Orden JUS/3338/2008, de 10 de noviembre. (Publicada en el «BOE» núm. 282 de 22 de noviembre de 2010.)

COMUNITAT VALENCIANA

Destinos

RESOLUCIÓN de 5 de noviembre de 2010, de la Dirección General de Justicia y Menor, de la Consellería de Justicia y Administraciones Públicas, por la que se otorgan destinos a los funcionarios del Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa de la Administración de Justicia, turno promoción interna, que superaron las pruebas selectivas convocadas por Orden JUS/3338/2008, de 10 de noviembre. (Publicada en el «BOE» núm. 282 de 22 de noviembre de 2010.)

COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS

Destinos

RESOLUCIÓN de 5 de noviembre de 2010, de la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia, de la Consejería de Presidencia, Justicia y Seguridad,

por la que se otorgan destinos a los funcionarios del Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa de la Administración de Justicia, turno promoción interna, que superaron las pruebas selectivas convocadas por Orden JUS/3338/2008, de 10 de noviembre. (Publicada en el «BOE» núm. 282 de 22 de noviembre de 2010.)

COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA

Destinos

RESOLUCIÓN 234/2010, de 5 de noviembre, de la Dirección General de Justicia, del Departamento de Presidencia, Justicia e Interior, por la que se otorgan destinos a los funcionarios del Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa de la Administración de Justicia, turno promoción interna, que superaron las pruebas selectivas convocadas por Orden JUS/3338/2008, de 10 de noviembre. (Publicada en el «BOE» núm. 282 de 22 de noviembre de 2010.)

COMUNIDAD DE MADRID

Destinos

RESOLUCIÓN de 5 de noviembre de 2010, de la Dirección General de Justicia de la Consejería de Presidencia, Justicia e Interior, por la que se otorgan destinos a los funcionarios del Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa de la Administración de Justicia, turno promoción interna, que superaron las pruebas selectivas convocadas por Orden JUS/3338/2008, de 10 de noviembre. (Publicada en el «BOE» núm. 282 de 22 de noviembre de 2010.)

OPOSICIONES Y CONCURSOS

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Carrera Judicial

ACUERDO de 2 de noviembre de 2010, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se convoca para su provisión la Presidencia de la Audiencia Provincial de Cádiz. (Publicado en el «BOE» núm. 283 de 23 de noviembre de 2010.)

ACUERDO de 22 de noviembre de 2010, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se promociona a la categoría de Magistrado a los Jueces a quien corresponde por turno de antigüedad, y se anuncia concurso para cobertura de vacantes. (Publicado en el «BOE» núm. 291 de 2 de diciembre de 2010.)

ACUERDO de 30 de noviembre de 2010, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba la relación de aspirantes admitidos y provisionalmente excluidos para tomar parte en el proceso selectivo convocado por Acuerdo de 23 de septiembre de 2010, para proveer plazas de Magistrados entre juristas de reconocida competencia con más de diez años de ejercicio profesional. (Publicado en el «BOE» núm. 294 de 4 de diciembre de 2010.)

CORRECCIÓN DE ERRORES del Acuerdo de 22 de noviembre de 2010, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se promo-

ciona a la categoría de Magistrado a los Jueces a quien corresponde por turno de antigüedad, y se anuncia concurso para cobertura de vacantes. (Publicada en el «BOE» núm. 294 de 4 de diciembre de 2010.)

Funcionarios del Subgrupo A1

ACUERDO de 22 de noviembre de 2010, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se convoca concurso de méritos para la provisión de puesto de trabajo en el Gabinete Técnico. (Publicado en el «BOE» núm. 292 de 3 de diciembre de 2010.)

Letrados al servicio del Tribunal Supremo

ACUERDO de 2 de noviembre de 2010, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba la relación definitiva de aspirantes admitidos y excluidos para participar en el concurso convocado para provisión de plazas de Letrado al servicio del Tribunal Supremo. (Publicado en el «BOE» núm. 284 de 24 de noviembre de 2010.)

MINISTERIO DE JUSTICIA

Cuerpos de Gestión Procesal y Administrativa, Tramitación Procesal y Administrativa de la Administración de Justicia

ORDEN JUS/2977/2010, de 11 de noviembre, por la que se rectifican los Tribunales calificadoros únicos de los procesos

selectivos para ingreso en los Cuerpos de Gestión Procesal y Administrativa, Tramitación Procesal y Administrativa, acceso promoción interna y libre, y Auxilio Judicial, acceso libre, de la Administración de Justicia. (Publicada en el «BOE» núm. 282 de 22 de noviembre de 2010.)

trabajo de personal laboral en el ámbito del III Convenio Único. (Publicada en el «BOE» núm. 284 de 24 de noviembre de 2010.)

*Cuerpo de Auxilio Judicial
de la Administración de Justicia*

ORDEN JUS/3129/2010, de 18 de noviembre, por la que se rectifican los Tribunales Calificadores Delegados de los procesos selectivos para ingreso en los Cuerpos de Gestión Procesal y Administrativa, Tramitación Procesal y Administrativa, acceso libre y promoción interna, y Auxilio Judicial, acceso libre, de la Administración de Justicia. (Publicada en el «BOE» núm. 292 de 3 de diciembre de 2010.)

ORDEN JUS/3029/2010, de 16 de noviembre, que modifica la relación definitiva de aprobados del proceso selectivo para ingreso, por el sistema general de acceso libre, en el Cuerpo de Auxilio Judicial de la Administración de Justicia. (Publicada en el «BOE» núm. 285 de 25 de noviembre de 2010.)

Notarías

Personal laboral

ORDEN JUS/3018/2010, de 27 de octubre, por la que se convoca concurso de traslados para la provisión de puestos de

RESOLUCIÓN de 22 de noviembre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se convoca oposición entre notarios. (Publicada en el «BOE» núm. 292 de 3 de diciembre de 2010.)

OTRAS DISPOSICIONES

TRIBUNAL SUPREMO

Conflictos de jurisdicción

CONFLICTO DE JURISDICCIÓN n.º 2/2010, suscitado entre el Juzgado Togado Militar Territorial n.º 26 en el Sumario 26/01/2010 y el Juzgado de Instrucción número 3 de Melilla en las Diligencias Previas 1576/2009. («BOE» núm. 282 de 22 de noviembre de 2010.)

SALA DE CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN

Art. 39 LOPJ

Presidente Excmo. Sr. D. José Carlos Dívar Blanco

Sentencia N.º: 3/2010.

Rollo N.º: A 39/02/10.

Fecha Sentencia: 15/10/2010.

Conflicto de Jurisdicción: 2/2010.

Fallo/Acuerdo: Sentencia Resolviendo Conf. Jurisdicción.

Ponente Excmo. Sr. D.: Francisco Menchén Herreros.

Secretaría de Gobierno.

Tribunal Supremo.

Conflicto de Jurisdicción: 2/2010.

Secretaría de Gobierno.

Ponente Excmo. Sr. D.: Francisco Menchén Herreros.

Sentencia núm.: 3/2010

Excmos. Sres.:

Presidente: D. José Carlos Dívar Blanco.

Magistrados:

D. José Luis Calvo Cabello.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.

D. Francisco Monterde Ferrer.

D. Francisco Menchén Herreros.

La Sala de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo constituida por su Presidente y los Excmos. Sres. Magistrados anteriormente citados, dotados de la potestad jurisdiccional reconocida en la Constitución, dicta la siguiente:

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de octubre de dos mil diez.

Visto el presente conflicto positivo de jurisdicción núm. A39/02/10 suscitado entre el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Melilla (Diligencias Previas 1576/09) por un delito sin especificar por los hechos denunciados el día 11.12.2009 acordándose el sobreseimiento provisional y archivo y el Juzgado Togado Militar Territo-

rial n.º 26 (Sumario 26/01/10) por un presunto delito de abuso de autoridad en su modalidad de trato degradante del art. 106 del Código Penal Militar, siendo Ponente el Excmo. Sr. Francisco Menchén Herreros, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.–El Juzgado Togado Militar Territorial n.º 26 de Melilla, a resultas de la documentación remitida por la Asesoría Jurídica del Cuartel General de la Fuerza Terrestre de Sevilla en la que constaba copia de la denuncia formulada, el día 11 de diciembre de 2009, ante el Juez de Instrucción n.º 3 de Melilla por la Soldado doña S.D.G. contra el Cabo 1.º don G.C.R. (al que le imputaba un presunto trato degradante, humillante o vejatorio a resultas de una serie de hechos variados y mantenidos en el tiempo) acordó, mediante Auto de fecha 17 de febrero de 2010, la incoación de las Diligencias Previas n.º 26/2/2010 que, posteriormente fue elevado a Sumario n.º 26/01/2010, mediante Auto de 20 de abril de 2010, en el que, igualmente, el órgano judicial militar acordó requerir de inhibición al Juzgado de Instrucción n.º 3 de Melilla, al tener conocimiento de que por dicho Juzgado de la Jurisdicción Ordinaria se seguía un procedimiento en esclarecimiento de los mismos hechos.

Segundo.–El Juzgado de Instrucción n.º 3 de Melilla, a resultas de la denuncia antes reseñada de la Soldado doña S.D.G. contra el Cabo 1.º don G.C.R., había acordado, mediante Auto de fecha 17 de diciembre de 2009, la incoación de las Diligencias Previas, Procedimiento Abreviado n.º 1576/2009 que terminó con el sobreseimiento provisional, acordado mediante Auto de 23 de abril de 2010.

Tercero.–Recibido en el Juzgado de Instrucción n.º 3 de Melilla el requeri-

miento de inhibición que en fecha anterior a su archivo había acordado el Juzgado Togado Militar Territorial n.º 26 de Melilla procedió, mediante Auto de 7 de mayo de 2010, a decretar, a los efectos estrictamente formales o procesales de la cuestión competencial suscitada, la reapertura de su Diligencias Previas, Procedimiento Abreviado n.º 1576/2009, para, previo el correspondiente dictamen fiscal de competencia, acordar no acceder al requerimiento de inhibición efectuado por el Juzgado del orden militar y mantener su jurisdicción sobre sus Diligencias Previas y elevar sus actuaciones a esta Sala Especial de Conflictos, instando al Juzgado Militar a hacer lo propio, quedando así planteado el presente Conflicto de Jurisdicción.

Cuarto.–Recibidas las actuaciones en esta Sala Especial, se abrió el Rollo de Conflicto núm. A 39/02/10 entre el Juzgado de Instrucción n.º 3 de Melilla y el Juzgado Togado Militar Territorial n.º 26 de Melilla, en el que obra informe de la Fiscalía Togada, presentado el 8 de septiembre de 2010, en el que suplica se dicte resolución en la que se declare que el presente Conflicto de Jurisdicción positivo está bien planteado por el Juzgado Togado Militar Territorial n.º 26 de Melilla, al que procede atribuir la competencia jurisdiccional para conocer de las actuaciones.

El Fiscal de la Sala Segunda, por su parte, en informe presentado en este Tribunal el 10 de septiembre de 2010, estima que, «habiéndose acordado el sobreseimiento provisional por el Juzgado de Instrucción n.º 3 de Melilla, no existe un conflicto de jurisdicción real, en tanto, no siendo «cosa juzgada» la resolución del Juzgado de Instrucción, y refiriéndose como es lógico, al ámbito del Código Penal común, nada impide la continuación de su procedimiento por el Juzgado Togado Militar».

Quinto.–Instruida la Sala, se señaló para la deliberación y fallo del conflicto el día 13 de octubre de 2010, a las 10:00 horas, lo que ha tenido lugar con el resultado decisorio que a continuación se expresa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.–El conflicto positivo de jurisdicción suscitado entre el orden penal y el militar tiene como escenario, de un lado las Diligencias Previas 1576/2009 aperturadas por el Juzgado de Instrucción n.º 3 de Melilla el día 17 de diciembre de 2009 en esclarecimiento de los hechos denunciados el día 11 anterior por la Soldado D.ª S.D.G. contra el Cabo 1.º D. G.C.R. al que imputa un trato degradante. El citado Juzgado de Instrucción n.º 3, con fecha 23 de abril de 2010, tras las oportunas diligencias de investigación y no apareciendo justificada la perpetración del delito que dio motivo a la formación de la causa, acordó el sobreseimiento provisional y el archivo de la misma. De otro lado, el Juzgado Togado Militar Territorial n.º 26 de Melilla, que al tener conocimiento de la citada denuncia por la copia remitida, junto a otra documentación, por la Asesoría Jurídica del Cuartel de la Fuerza terrestre de Sevilla el día 17 de febrero de 2010, acordó mediante Auto de esa fecha la incoación de las Diligencias Previas n.º 26/2/2010 que posteriormente, mediante Auto de 20 de abril elevó a Sumario acordando requerir la inhibición al Juzgado de Instrucción n.º 3 para el conocimiento de los mismos hechos al entender que los mismos pudieran ser calificados provisionalmente y a estos solos efectos, como un delito del art. 106 del Código Penal Militar, abuso de autoridad en su modalidad de trato degradante al mediar una relación jerárquica militar entre la denunciante y el denunciado.

Recibido en el Juzgado de Instrucción n.º 3 el requerimiento de inhibición, decretó la reapertura de la causa a los solos efectos de decidir sobre el requerimiento de inhibición y, tras el informe del Ministerio Fiscal, acordó mantener la jurisdicción del Juzgado frente a la inhibición planteada. Así mismo, acordó, de nuevo el archivo de la causa.

Segundo.–La primera cuestión a la que debe dar respuesta la Sala es si nos encontramos ante un conflicto formalmente «mal planteado» o por el contrario un conflicto «bien planteado» que en este segundo supuesto debe ser resuelto conforme exige el art. 17.1 de la Ley Orgánica 12/1987, de 18 de mayo, de Conflictos Jurisdiccionales (LOCJ).

La primera de las posturas, que el conflicto está mal planteado, es apoyada por el Fiscal de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que sostiene que «no existe un conflicto de jurisdicción real, en tanto, no siendo «cosa juzgada» la resolución del Juzgado de Instrucción, y refiriéndose como es lógico, al ámbito del Código Penal común, nada impide la continuación de su procedimiento por el Juzgado Togado Militar». Por su parte la Fiscalía Togada entiende que el conflicto de jurisdicción existe y esta Sala Especial debe declarar expresamente en su resolución que el conflicto está «bien formado» y ello a pesar de mediar en el presente caso un Auto de archivo y sobreseimiento provisional adoptado por uno de los órganos judiciales en contienda; invoca en esta línea de razonamiento una Sentencia dictada, en supuesto análogo, de esta Sala Especial con fecha 11 de marzo de 1996 y las que le siguieron, que rectificaron así la consideración como «mal formados» que se había mantenido, también en supuestos análogos, en la Sentencia de 24 de junio de 1993 y otras.

Hemos dicho más recientemente, en Sentencia de esta Sala Especial, de 29 de marzo de 2006, que «la esencia del con-

flicto de jurisdicción estriba en que dos órganos pretenden conocer del mismo asunto --conflicto positivo--, o que los dos entiendan que a ninguno de ellos le corresponde su conocimiento --conflicto negativo--, de donde se derivaría que como presupuesto común el asunto concernido debe estar «vivo». Estimamos que en el presente caso, el asunto concernido, está ciertamente vivo aunque paralizado, y ello porque ni el auto de archivo equivale a un sobreseimiento definitivo, ni produce la excepción de cosa juzgada, ni en definitiva se impide la reapertura del procedimiento siempre que no juegue el instituto de la prescripción.»

En el presente caso, el Auto de archivo acordado por el Juzgado de Instrucción n.º 3 de Melilla equivale a una imposibilidad de avanzar con los elementos obrantes en las actuaciones, pero no impide esta posibilidad de reapertura de la investigación judicial; es el argumento que acoge la Sala para declarar bien constituido el conflicto de jurisdicción positivo. Al así declararlo esta Sala, no ignora que como ya hemos dicho existen resoluciones de esta Sala de Conflictos que han declarado mal formado el conflicto por tratarse de un escrito archivado, con la consecuencia de declarar inexistente el conflicto denunciado --en tal sentido Sentencias de 24 de Junio de 1993, 17 de diciembre de 1997 y 23 de marzo de 1999--, y por tanto con la consecuencia de poder seguir actuando la jurisdicción que se consideraba competente.

Por contra, en otros supuestos del todo semejantes al que ahora nos ocupa, las decisiones últimas de esta Sala han sido la de rechazar la tesis de que no existía conflicto de jurisdicción por haberse declarado el sobreseimiento provisional de las actuaciones concernidas, antes bien, se ha declarado que «...por la propia naturaleza de dicho sobreseimiento, el conflicto de jurisdicción permanece y debe ser resuelta en los términos legal-

mente procedentes...» --Sentencias de 11 de marzo de 1996, 5 de junio de 1996, 28 de diciembre 2001, 3 de octubre de 2003 y 29 de marzo de 2006, y ello porque resultaría no pequeño inconveniente, con lesión para el principio de unidad jurisdiccional, el que pudiera mantenerse la competencia de ambos Juzgados, el requerido que ya había acordado el sobreseimiento provisional y archivo de las actuaciones, y el requirente que podía seguir instruyendo, lo que provocaría una improcedente dualidad procedimental, con evidente riesgo de una inadmisibles discrepancia de resoluciones derivadas de unos mismos e iguales hechos.

Hemos de concluir, pues, con la expresa declaración de estar bien constituido el conflicto positivo de jurisdicción suscitado.

Tercero.--Pasando al fondo del conflicto planteado, hemos de anticipar que la Sala entiende que procede declarar que el conocimiento de los hechos denunciados corresponde a la jurisdicción militar.

A esa conclusión llegamos desde el análisis de que los hechos objeto de investigación en los procedimientos seguidos por uno y otro juzgado involucrados en el presente conflicto tendrían penalmente subsumibles --dicho sea provisoriamente y con las cautelas calificatorias inherentes a la actual coyuntura procesal, circunscrita a los fines competenciales o de reparto jurisdiccional que aquí nos ocupan-- no sólo en el tipo penal común al que se hace mención en el reseñado Auto de requerimiento de inhibición (el delito común de «trato degradante» del artículo 173 del Código Penal, en su modalidad, dentro de los «delitos contra la integridad moral», del conocido como «mobbing» o acoso moral en el ámbito laboral que, según reiterada jurisprudencia, incluye conductas como la de hacer señalamientos

negativos de forma continuada sobre una persona o criticarla constantemente, aislar a una persona dejándola sin contactos sociales, negar o difundir falsas informaciones o ridiculizarla constantemente, que pone en peligro su posición o deteriora el ambiente de trabajo y que es susceptible de dañar la personalidad, la dignidad o la integridad física o psíquica de un trabajador en el desempeño de sus funciones), sino también en la infracción penal militar tipificada en el artículo 106 del Código Penal Militar, esto es, el «trato degradante» que, como modalidad dentro de los «delitos de abuso de autoridad», contempla los supuestos en que la conducta penalmente reprochada se produce entre militares en relación jerárquica de subordinación (cual acontece en el presente caso, en el que el acoso a la integridad moral objeto de imputación se produce entre un superior jerárquico y su subordinada y, además, en un contexto no ajeno al ámbito castrense y a la Unidad militar en que ambos se hallan destinados).

Esa subsumibilidad penal militar de los hechos imputados otorga la competencia a la Jurisdicción Militar conforme a la regla del art. 12.1 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar (LOCOJM).

La citada norma es aplicable cuando se aprecia la existencia de un mero conflicto externo de leyes o normas penales (comunes y militares) que tipifiquen delitos que, hallándose en relación de alternatividad (o uno u otro se castiga), no se hallan en relación de «conexidad». Por ello se dice que en estos casos se trata, tan sólo, de un concurso de delitos impropio o «aparente».

Esta Sala Especial de Conflictos, a través de numerosas Sentencias, ha tenido oportunidad de poner de relieve la trascendencia de lo que parece determinado en el artículo 12.1 de la LOCOJM a

los efectos competenciales, y, entre otras muchas que cabría citar, la Sentencia de 11 de marzo de 1991 declara que lo primero que ha de examinarse es «si los hechos de autos pueden encajar o no en alguna de las normas tipificadoras de infracción criminal que recoge el Código Penal Militar», puesto que, según proclaman las Sentencias de 4 de noviembre de 1992, de 11 de julio de 1994 o de 18 de octubre de 2002, «lo que determina la competencia de la Jurisdicción Militar es, de acuerdo con el artículo 12.1 de la Ley Orgánica 4/87, que el posible delito esté incluido en el Código Penal Militar, es decir, que los hechos puedan ser constitutivos de un delito militar en el estricto sentido que se desprende del artículo 20 del mencionado Código, según el cual, son delitos militares las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas en este Código».

A lo que debe añadirse, como bien cuidan de especificar las precitadas Sentencias de esta Sala Especial de Conflictos de 11 de marzo de 1991 y de 18 de octubre de 2002, que el conocimiento del hecho en cuestión vendrá atribuido a tal especial Jurisdicción Militar «aunque también lo esté con el Código Penal común, incluso aunque este último sancione con pena más grave, según la modificación introducida en el artículo 12.1 por la Disposición Adicional 6.ª de la Ley Orgánica 2/89, de 13 de abril, Procesal Militar, todo ello en aplicación del criterio que concede preferencia a la Ley Especial (Código Penal Militar) sobre la Ley General (Código Penal Ordinario)». En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la Sala de conflictos de 27 de octubre de 2004 cuando señala que, para el caso de que no se trate de conexidad de varias infracciones penales, la competencia para conocer corresponde a la Jurisdicción Militar, incluso, aunque la conducta a enjuiciar estuviere castigada con menos pena en el Código Penal Militar, «dado el principio normativo contenido

en el artículo 12.1 (“lex specialis derogat generalis”).

Así pues, aunque el ejercicio de la Jurisdicción Militar se limita al «ámbito estrictamente castrense» (artículo 117.5 CE), el artículo 12.1 de la LOCOJM obliga a atribuir, en principio, a la Jurisdicción Militar, y salvo casos de «conexidad», el conocimiento de todos los supuestos en los que un hecho sea susceptible de ser subsumido en el Código Penal común y en el Código Penal Militar (de forma excluyente o alternativa, por tratarse de un mero concurso «aparente» de normas penales), si bien dicha norma competencial, según declara esta Sala Especial de Conflictos en sus Sentencias de 12 de julio de 2002 y de 16 de octubre de 2002, debe ser interpretada conforme al principio constitucional antedicho (artículo 117.5 CE), por lo que en cualquier caso «ha de determinarse si el acto enjuiciado ha afectado efectivamente, o al menos puesto en peligro, el bien jurídico militar que el precepto especial trata de tutelar».

Sobre este último punto vale decir que la conducta (el «trato degradante») inculpada en el artículo 106 del Código Penal Militar supone un plus de desvalor (respecto al análogo delito común de «trato degradante» tipificado en el artículo 173 del Código Penal) que implica la afectación efectiva (o posible puesta en peligro) de los bienes jurídicos específicamente militares que, con tal precepto especial, se tratan de tutelar, dentro del ámbito estrictamente castrense, y que no son otros (el correcto ejercicio de la jerarquía y la disciplina militar) que aquéllos en los que pone énfasis esta Sala de Conflictos en su Sentencia de 29 de marzo de 2006 al contrastar dicho delito militar pluriofensivo con la infracción penal común allí analizada (el «acoso sexual» tipificado en el artículo 184 del Código Penal, que, siendo diferente del «acoso a la integridad moral» del artículo 173 del Código Penal que aquí nos ocupa, nos

permite, sin embargo, extrapolar mutandis mutandis a nuestro caso las consideraciones comparativas que allí se formulan, abstracción hecha del plus de punición que, en todo caso, cabe observar en el delito militar del artículo 106 del Código Penal Militar con respecto a las dos reseñadas figuras penales comunes).

En el caso de autos, entendemos que ésta es la regla aplicable (por tratarse de un mero conflicto externo de leyes penales en el que el concurso de delitos es meramente «aparente») y, por tanto, ello conduce a resolver el conflicto jurisdiccional a favor del Juzgado Togado Militar Territorial n.º 26 de Melilla.

Por todo, la regla del artículo 14 de la LOCOJM es la aplicable cuando se aprecie la existencia de un concurso «real» de delitos de ambos Códigos Penales (común y militar), en relación de «conexidad» y no de alternatividad. Aquí la calificación y punición pasa a ser doble o desdoblable (no única) y pasa a castigarse ambos delitos, si bien con la modulación penológica contemplada en los artículos 73 y siguientes del Código Penal (reglas especiales de aplicación de penales para estos casos de concurso «real», «medial», etc.).

Por otro lado, tenemos que decir que si se apreciara la existencia de un concurso de delitos propiamente dicho (y no de un conflicto externo de leyes penales) sería de aplicación la declaración contenida en el artículo 14 LOCOJM (contemplada como salvedad o excepción en el frontispicio del anterior artículo 12.1) que obliga a atribuir la competencia a la Jurisdicción Militar sólo en el caso de que el delito militar conexionado se halle más gravemente penado, debiendo atribuirse la competencia a la Jurisdicción Ordinaria si el delito común conexionado es el que comporta pena más grave. Pasa aquí a prevalecer –y no sólo a efectos penológicos, sino a efectos de reparto

jurisdiccional. el criterio del mayor rigor punitivo (quedando postergado el criterio de la especialidad o de la subsumibilidad penal militar que antes vimos).

En estos supuestos –pero sólo en estos supuestos– la decantación jurisdiccional pasa a desplazarse a «la jurisdicción a que esté atribuido el conocimiento del delito que tenga señalada legalmente pena más grave», que podrá ser, consiguientemente, tanto la Jurisdicción Militar (que además de conocer del delito militar pasará a conocer del delito común concurrente y «conexo» con aquél como la Jurisdicción Ordinaria (que, igualmente, pasará a conocer de los delitos militares relacionados o «conexos» con los delitos comunes).

En el hipotético caso, que en este caso rechazamos, de que pudiera considerarse la existencia de dos delitos en relación de conexidad con la subsiguiente aplicación de la regla competencial excepcionalmente establecida en el artículo 14 LOCOJM, la conclusión final que alcanzaríamos sería la misma (atribución competencial a favor del Juzgado de la Jurisdicción Militar) que la alcanzada con la aplicación de la regla del artículo 12.1 LOCOJM (reservado el supuesto del conflicto de leyes) puesto que comprobamos que el «trato degradante» tipificado en el artículo 106 del Código Penal Militar comporta un mayor rigor penológico (tres meses y un día a cinco años de prisión) que la infracción penal común de «trato degradante» tipificada en el artículo 173 del Código Penal (seis meses a dos años de prisión en su tipo básico, con el añadido de que el cualificado del siguiente artículo 175 tampoco rebasa la cuantía de cinco años prevista en la normativa penal militar).

Corolario de todo lo anterior es que, en cualquier caso, la conflictividad jurisdiccional que aquí nos ocupa debe ser resuelta a favor del órgano de la Jurisdic-

ción Militar (el Juzgado Togado Militar Territorial n.º 26 de Melilla).

Cuarto.–Como conclusión de todo lo razonado hasta ahora, debemos resolver el conflicto de jurisdicción analizado, atribuyendo el conocimiento del mismo a la Jurisdicción Militar a la que se le deberán remitir las Diligencias Previas aperturadas por el Juzgado de Instrucción n.º 3 de Melilla. El Juzgado Togado Militar Territorial n.º 26 de Melilla, una vez recibidas las Diligencias Previas, Procedimiento Abreviado n.º 1576/09 del referido Juzgado de Instrucción, las incorporará al Sumario 26/01/2010 continuando con la tramitación del mismo.

En consecuencia:

FALLAMOS

Dirimir el presente conflicto positivo de jurisdicción 39/02/2010 suscitado entre el Juzgado de Instrucción n.º 3 de Melilla y el Juzgado Togado Militar Territorial n.º 26, también de Melilla, sobre un presunto delito de abuso de autoridad en su modalidad de trato degradante, atribuyendo la competencia al Juzgado Togado Militar Territorial n.º 26 al que el Juzgado de Instrucción n.º 3 deberá remitir las actuaciones practicadas en las Diligencias Previas, Procedimiento Abreviado 1576/2009.

Póngase en conocimiento de ambos Juzgados la presente resolución y notifíquese al Ministerio Fiscal.

Así por esta nuestra Sentencia, que deberá publicarse en el «Boletín Oficial del Estado», lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

CONFLICTO DE JURISDICCIÓN n.º 3/2010, suscitado entre el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Bilbao y la Tesorería General

de la Seguridad Social. («BOE» núm. 282 de 22 de noviembre de 2010.)

TRIBUNAL DE CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN

Art. 38 LOPJ

Presidente Excmo. Sr. D. José Carlos Dívar Blanco

Sentencia n.º: 2/2010.

Fecha sentencia: 18/10/2010.

Conflicto de jurisdicción: 3/2010.

Fallo/Acuerto: Sentencia Resolviendo Conf. Jurisdicción.

Ponente: Excmo. Sr. D.: Joaquín Huelin Martínez de Velasco.

Secretaría de Gobierno.

Tribunal Supremo.

Conflicto de Jurisdicción: 3/2010.

Secretaría de Gobierno.

Ponente: Excmo. Sr. D.: Joaquín Huelin Martínez de Velasco

Sentencia núm.: 2/2010

Excmos. Sres.:

Presidente: D. José Carlos Dívar Blanco.

Vocales:

D. Joaquín Huelin Martínez de Velasco.

D.ª María del Pilar Teso Gamella.

D. Landelino Lavilla Alsina.

D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.

D. Miguel Herrero Rodríguez de Miñón.

El Tribunal de Conflictos de Jurisdicción constituido por su Presidente y los Excmos. Sres. Vocales anteriormente citados, dotados de la potestad jurisdiccional reconocida en la Constitución, dicta la siguiente:

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de octubre de dos mil diez.

El Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, constituido por los miembros relacionados al margen, ha visto el conflicto suscitado entre el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Bilbao y la Tesorería General de la Seguridad Social de Vizcaya, con ocasión del requerimiento para el ingreso del producto de la ejecución administrativa separada seguida contra una empresa declarada en concurso de acreedores.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.–En el concurso voluntario de acreedores tramitado con el número 233/09 ante el Juzgado de lo Mercantil 2 de Bilbao, el administrador único, don Asier Etxeita Escobal, interesó que se pusiera a disposición del Juzgado, para integrarla en la masa activa de la compañía concursada («CA DE PAZ, S.L.»), el importe que se obtuviera de los embargos trabados sobre bienes muebles e inmuebles en el expediente administrativo de apremio 48 05 08 5622, tramitado por la Unidad de Recaudación Ejecutiva 05 de la Tesorería General de la Seguridad Social.

Así lo acordó el Juez de lo Mercantil que, en providencia de 9 de octubre de 2009 y con arreglo a lo dispuesto en los artículos 55 y concordantes de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE de 10 de julio), ordenó practicar un requerimiento a la mencionada Tesorería General para que destinase a la masa activa el importe líquido resultante de la ejecución en curso.

Segundo.–El día 21 del mismo mes de octubre, la Tesorería General de la Seguridad Social impugnó la anterior providencia en reposición al entender que in-

fringía el artículo 55.1 de la Ley Concursal, por las siguientes razones:

1.^a El mencionado precepto admite la continuación, con determinados requisitos, de los apremios administrativos y de las ejecuciones laborales iniciadas antes de la declaración del concurso para hacer cobro de los créditos por los que se ha despachado o iniciado ejecución. A su juicio, desde esta perspectiva no tiene ningún sentido convertirlos en meras especialidades procesales de la liquidación concursal, porque, en tal caso, ninguna ventaja reportarían a los ejecutantes. Añade que la Ley quiere salvaguardar esas modalidades de ejecución por razón de la especial protección que asigna a los créditos públicos y a los laborales.

2.^a El artículo 55.1 de la citada Ley prevé que, aunque se hayan dictado providencias de apremio anteriores al auto del concurso, quede en suspenso la ejecución si afecta a bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial. Por ello, el último párrafo del precepto indica que, si los bienes no son necesarios para la continuidad empresarial (como ocurre en el caso debatido), la Administración podrá ejercer la totalidad de las facultades de ejecución, o lo que es lo mismo, no sólo subastar los bienes, sino aplicar el importe obtenido a satisfacer sus créditos, sin que tenga que reintegrarlo a la masa del concurso. Sostiene que la tesis contraria contraviene el sentido de la normativa concursal, en la que, frente a la regla general de la paralización de cualquier ejecución o apremio administrativo, se establecen excepciones bajo el cumplimiento de estrictos requisitos. Por lo que, cuando se cumplan los mismos, la consecuencia natural es llevar la ejecución hasta sus últimos términos, es decir hasta el pago de lo debido mediante lo obtenido.

3.^a El artículo 24 de la Ley Concursal dispone que, practicada la anotación preventiva en los registros públicos, no cabe

anotar respecto de los bienes o derechos afectados más embargos o secuestros posteriores a la declaración del concurso que los acordados por el juez, salvo lo establecido en el artículo 55.1 En su opinión, tal previsión respalda su interpretación, ya que, si la Administración puede librar mandamiento tras la declaración de concurso para hacer la anotación preventiva de los embargos derivados de providencias de apremio y diligencias de embargo acordadas antes de la declaración, se está reconociendo que sus facultades ejecutivas no se ven afectadas por el concurso.

4.^a Termina indicando que su tesis ha sido seguida por determinados órganos jurisdiccionales (los juzgados de lo mercantil números 1 de A Coruña y de Palma de Mallorca y la sección 15.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona).

Tercero.–La representación de «CA de PAZ, S.L.», se opuso al recurso de reposición e interesó que el Juzgado declarase que las cantidades percibidas o por percibir en la ejecución administrativa, estén o no los bienes afectados a la actividad empresarial, deben pasar a formar parte de la masa de la quiebra.

Para sustentar su tesis reprodujo el auto dictado el 12 de septiembre de 2008 por el Juzgado de lo Mercantil 1 de Bilbao en el procedimiento 162/08.

Cuarto.–En auto de 28 de diciembre de 2009, el Juez de lo Mercantil 2 de Bilbao desestimó el recurso de reposición y confirmó la providencia impugnada.

Quinto.–El 4 de marzo de 2010, el Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma del País Vasco planteó un conflicto de jurisdicción al amparo del artículo 7 de la Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos Jurisdiccionales (BOE de 20 de mayo).

Para la Administración, si el artículo 55.1 de la Ley Concursal, así como el artículo 50.3 del Reglamento General de

Recaudación de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio (BOE de 25 de junio), admiten la continuación, con determinados requisitos, de los apremios administrativos y de las ejecuciones laborales iniciadas antes de la declaración del concurso ha de ser, lógicamente, para que lo hagan hasta lograr el cobro de los créditos por los que se ha despachado o iniciado la ejecución. Sostiene que carece de sentido convertirla en meras especialidades procesales de la liquidación concursal, porque, en tal caso, ninguna ventaja reportarían a los ejecutantes. Lo que la Ley quiere es salvaguardar esas modalidades de ejecución por razón de la especial protección que asigna a los créditos públicos y a los laborales. En definitiva, la interpretación sostenida por el Juzgado de lo Mercantil, que carece de soporte jurídico específico, vacía de contenido el artículo 55.1.

Sitúa la clave del dilema en el último párrafo del artículo 55.1 de la Ley Concursal, de modo que, si los bienes no son necesarios para la continuidad empresarial, la Administración puede ejercer la totalidad de las facultades de ejecución o, lo que es lo mismo, no sólo subastar los bienes, sino aplicar el importe obtenido a satisfacer sus créditos, sin que tenga que reintegrarlo a la masa del concurso.

Estima criterio reiterado de este Tribunal de Conflictos (sentencias 10/2006 y 5/2009) el que considera que, si las providencias de apremio dictadas por la Administración son anteriores a la fecha de declaración de concurso y el juez aprecia que los bienes sobre los que se pretende hacer efectivo el apremio no son necesarios para la continuación de la actividad del deudor, «la Administración recupera en toda su integridad las facultades de ejecución», lo que conlleva, de manera lógica y necesaria, que el producto obtenido se aplique al pago de las deudas ejecutadas.

Sexto.–En auto de 27 de mayo de 2010, el Juez de lo Mercantil 2 de Bilbao mantuvo su jurisdicción para requerir el ingreso del producto de la ejecución separada a disposición de la masa del concurso.

Discrepa de la exégesis sostenida de contrario ya que la Ley Concursal no contempla la posibilidad de que la Administración aplique el producto líquido de la ejecución a satisfacer el crédito propio. Esa interpretación vulneraría el principio de la par conditio creditorum, configurando una especie de privilegio especial a favor de la Tesorería General de la Seguridad Social. Recuerda que la Ley parte del mencionado principio, señalando en sus artículos 89 a 92 las excepciones, y que su exposición de motivos subraya que el principio de igualdad del tratamiento de los acreedores es la regla general del concurso, debiendo ser sus excepciones contadas y muy justificadas. En este marco es en el que la Ley privilegia en el artículo 91 los créditos de la Seguridad Social.

Tuvo, pues, por promovido el conflicto positivo de jurisdicción y ordenó elevar las actuaciones al Presidente de este Tribunal.

Séptimo.–En decreto de 23 de julio de 2010 se admitió a trámite el conflicto promovido por el Juzgado de los Mercantil 2 de Bilbao, ordenándose oír por plazo común de diez días al Ministerio Fiscal y al abogado del Estado.

Octavo.–Este último formuló sus alegaciones el 10 de septiembre de 2010, en las que considera que debe acogerse la tesis de la Tesorería General de la Seguridad Social sobre la base de los argumentos que expuso al formular el recurso de reposición contra la providencia de 6 de octubre de 2009.

A lo entonces expuesto añade que en el planteamiento del juez de lo mercantil subyace una confusión entre la preferencia de procedimientos de ejecución y

la prelación de los créditos. Trae a colación la doctrina sentada por esta Sala para un caso similar en sentencia de 11 de diciembre de 1994. Recuerda también la sentencia de 22 de junio de 2009, que, citando la de 22 de diciembre de 2006, sostiene, en relación con un procedimiento administrativo de apremio en curso antes de la declaración de concurso, que, si los bienes trabados no son necesarios para la continuación de la actividad del deudor, la Administración recupera en toda su integridad las facultades de ejecución.

Precisa que hay que distinguir dos planos diferentes: uno de orden procesal, que determina la preferencia del procedimiento administrativo o judicial para la realización de los bienes trabados, y otro material o sustantivo, atinente a la prelación de créditos. La preferencia del procedimiento no implica el reconocimiento de una prelación sustancial. Para conciliar ambos planos, subraya que este Tribunal ha establecido la vía más armónica posible a fin de respetar los intereses en juego: el posible planteamiento en el procedimiento de ejecución de la tercería de mejor derecho. En otras palabras, para determinar la prelación de créditos, hay que acudir, en el seno del procedimiento de ejecución que sea preferente, a las reglas «procesales» dispuestas por la Ley a tal fin.

A su juicio, la anterior interpretación se ratifica por un examen sistemático de los preceptos de la Ley Concursal y de los que la misma modificó. Destaca, en primer lugar, que el artículo 55 no establece ningún tipo de «reserva» a las facultades de continuación del procedimiento de apremio. No estableciéndose ningún tipo de reserva, la pretensión de atribuir el resultado obtenido con la realización de sus bienes al proceso concursal significaría degradar a mera encomienda de gestión lo que es competencia propia de la Administración ejecutante e ignorar que el propio ordenamiento jurí-

dico establece cauces procesales en los procedimientos administrativos de ejecución para la resolución de los conflictos jurídicos sobre prelación de créditos, que están bajo la salvaguarda y control de los tribunales de justicia. También abonan esta interpretación las disposiciones finales undécima, apartado 3, y decimosexta, apartado 1, de la propia Ley 22/2003, que diferencian nítidamente entre procedimientos de ejecución preferente y prelación de créditos.

Termina indicando que la pretensión relativa a la prelación sustantiva de los créditos que concurren sobre el patrimonio del deudor común tiene una vía procesal específica de solución en el procedimiento administrativo, como es la tercería de mejor derecho, disciplinada en el artículo 35 de la Ley General de la Seguridad Social, cuyo texto refundido fue aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio (BOE de 29 de junio). De este modo, el reconocimiento de la competencia del Juzgado de lo Mercantil supondría desconocer la que dicho precepto atribuye a la Tesorería General de la Seguridad Social, que deriva del previo, expreso y no limitado reconocimiento de las atribuciones de la Administración para continuar el procedimiento de apremio conforme al artículo 55 de la Ley Concursal y al artículo 22 de la Ley General de la Seguridad Social.

Noveno.—El fiscal comparte la tesis del abogado del Estado, según expone en escrito registrado el 20 de septiembre pasado.

Sostiene que la posición del Juez de lo Mercantil 2 de Bilbao quiebra el espíritu de la normativa concursal, que, frente a la norma general de paralización de cualquier ejecución o apremio administrativo, establece excepciones. Así, la ejecución comenzada ortodoxamente, como en este caso ha sido, ha de concluir hasta sus últimos extremos, incluido el pago de lo debido mediante lo que se obtenga en

la ejecución. Entiende que la postura que defiende encuentra sustento en la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia 3 de Huesca el 14 de noviembre de 2005 en el incidente concursal 2/05, reproducida en parte en el antecedente primero de la dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo el 20 de septiembre de 2009 (casación 202/07).

Décimo.—En providencia de 1.º de octubre de 2010 se señaló para votación y fallo del conflicto el día 13 del mismo mes.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. Joaquín Huelin Martínez de Velasco, quien expresa el parecer del Tribunal de Conflictos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—El presente conflicto de jurisdicción tiene su origen en el distinto entendimiento y alcance que la Administración de la Seguridad Social, apoyada en esta sede tanto por el abogado del Estado como por el fiscal, y el Juez de lo Mercantil 2 de Bilbao otorgan al artículo 55.1 de la Ley Concursal. Este precepto es del siguiente tenor:

«Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor.

Podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.»

Nadie discute que el embargo de los bienes muebles trabados y ejecutados a «CA de PAZ, S.L.» (la subasta de los inmuebles resultó desierta), es anterior a la declaración del concurso y que tales bienes no resultan necesarios para la continuidad de la actividad empresarial; así se obtiene implícitamente del punto 2 de la providencia dictada el 6 de octubre de 2009 por el Juzgado de lo Mercantil. No existe, pues, discrepancia sobre la facultad que, en el actual caso, tenía la Tesorería General de la Seguridad Social para continuar con la ejecución separada de los embargos ya realizados. El desacuerdo se centra, como subraya el abogado del Estado, en el alcance que haya de darse a esa ejecución separada: si debe llegar hasta el final, haciéndose pago la Seguridad Social con el producto de la subasta, o si ha de detenerse en un estadio anterior, el de la realización de los bienes, quedando la Administración obligada a dejar ese producto a disposición de la masa activa del concurso.

Segundo.—Del artículo 55.1 de la Ley Concursal, así como del artículo 129.3 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria (BOE de 31 de diciembre), y del 22 de la Ley General de la Seguridad Social, en la redacción que, respectivamente, les dieron las disposiciones undécima y decimosexta de la propia Ley Concursal, se infiere que los procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiere dictado providencia de apremio o trabado embargo de los bienes del concursado pueden seguir su curso si son anteriores a la declaración del concurso, legitimando así una ejecución independiente, salvo que, como no ocurre en el actual caso, los bienes o derechos trabados resulten necesarios para la continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor.

De acuerdo con ello, en la sentencia de 22 de diciembre de 2006 (conflicto 10/06) distinguimos dos situaciones: 1.ª) que la vía de apremio estuviese termi-

nada y el crédito a favor de la Administración hubiese sido cobrado y 2.^ª) que aún siguiese en curso. En la primera tesitura no existe posibilidad de conflicto alguno, pues ya el procedimiento y su finalidad se realizaron en su integridad. En la segunda se ha discriminar, a su vez, entre dos hipótesis: (a) que los bienes resultasen necesarios para la pervivencia de la actividad del concursado o (b) que no fueren imprescindibles a tal fin.

Por consiguiente, según hemos indicado en la repetida sentencia, estando en marcha un procedimiento administrativo de ejecución, si se produce la declaración del concurso la Administración queda obligada a dirigirse al juez que lo tramita para que decida si los bienes o los derechos específicos sobre los que se pretende hacer efectivo el apremio son o no necesarios para la continuación de la actividad del deudor [la misma conclusión se obtiene de las sentencias de 7 de marzo de 2008 (conflicto 2/08, FJ 4.º) y 22 de junio de 2009 (conflicto 8/08, FFJJ 3.º y 4.º)]. Si la respuesta es negativa, la Administración recupera en su integridad las facultades de ejecución. Si, por el contrario, resulta positiva, queda sin competencia en los términos previstos en el artículo 55 de la Ley.

En este último escenario el procedimiento administrativo pierde su singularidad y debe quedar sometido al concurso, en los términos previstos en el artículo 55 de la Ley; en el otro, la ejecución iniciada por la Administración puede seguir su curso hasta hacer trance y remate de los bienes y liquidar la deuda con su producto.

Este entendimiento es el que, habida cuenta de que, como nadie discute, el Juez de lo Mercantil 2 de Bilbao estimó que los bienes muebles embargados a «CA de PAZ, S.L.», no eran imprescindibles para la continuidad de la actividad social, nos lleva a la conclusión de que la competencia para finiquitar el apremio

sobre dichos bienes corresponde en este caso a la Tesorería General de la Seguridad Social, y así lo hemos de declarar en esta sentencia.

El desenlace al que llegamos es distinto al de las tres citadas sentencias de 22 de diciembre de 2006, 7 de marzo de 2008 y 22 de junio de 2009. La diferencia se explica porque en los casos entonces contemplados faltaba un pronunciamiento jurisdiccional sobre la condición de necesarios de los bienes para que la actividad empresarial del concursado pudiese proseguir, circunstancia que no concurre en el actual supuesto, en el que el Juez de lo Mercantil 2 de Bilbao implícitamente admite que los bienes muebles controvertidos no se necesitan para la continuidad de la empresa.

Tercero.–La tesis que sostiene el Juez de lo Mercantil 2 de Bilbao no es capaz de enervar las anteriores conclusiones, ya que confunde dos planos claramente diferenciados: el formal del procedimiento con el sustantivo de la naturaleza de los créditos y su prelación, que tiene su cauce específico de resolución.

Aquí nos movemos en el primer plano, llegando a la conclusión de que procede que la Tesorería General de la Seguridad Social termine el procedimiento de ejecución separado, conforme autoriza el artículo 55.1 de la Ley Concursal. El otro nivel, el de la naturaleza del crédito a satisfacer y su prelación, rebasa los límites de este conflicto jurisdiccional y corresponde resolverlo, según recuerda el abogado del Estado, a la propia Tesorería General de la Seguridad Social por el cauce de la tercería de mejor derecho que disciplina el artículo 35 de la Ley General de la Seguridad Social.

En consecuencia:

FALLAMOS

La competencia a la que se refiere el presente conflicto positivo de jurisdicción

corresponde a la Tesorería General de la Seguridad Social.

Plúblíquese en el «Boletín Oficial del Estado».

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.—Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Joaquín Huelin Martínez de Velasco, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Secretario, certifico

CONFLICTO DE JURISDICCIÓN n.º 2/2010, planteado por el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Valencia en el incidente concursal n.º 814/2009 instado por el Ayuntamiento de Onda. («BOE» núm. 288 de 29 de noviembre de 2010.)

TRIBUNAL DE CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN

Art. 38 LOPJ

Presidente Excmo. Sr. D. José Carlos Dívar Blanco

Sentencia n.º: 3/2010.

Fecha sentencia: 18/10/2010.

Conflicto de Jurisdicción: 2/2010.

Fallo/acuerdo: Sentencia resolviendo Conf. Jurisdicción.

Ponente Excmo. Sra. D.ª María del Pilar Teso Gamella.

Secretaría de Gobierno.

Tribunal Supremo.

Conflicto de Jurisdicción: 2/2010.

Secretaría de Gobierno.

Ponente Excmo. Sra. D.ª: María del Pilar Teso Gamella.

Sentencia núm.: 3/2010

Excmos. Sres.:

Presidente: Don José Carlos Dívar Blanco.

Vocales:

Don Joaquín Huelin Martínez de Velasco.

Doña María del Pilar Teso Gamella.

Don Landelino Lavilla Alsina.

Don Miguel Rodríguez-Piñeiro y Bravo-Ferrer.

Don Miguel Herrero Rodríguez de Miñon.

El Tribunal de Conflictos de Jurisdicción constituido por su Presidente y los Excmos. Sres. Vocales anteriormente citados, dotados de la potestad jurisdiccional reconocida en la Constitución, dictan la siguiente

SENTENCIA

En la villa de Madrid, a dieciocho de octubre de dos mil diez.

Visto por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, compuesto por el Presidente y los Vocales relacionados al margen, el conflicto de jurisdicción planteado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Valencia, en el incidente concursal n.º 814/2009, instado por «Midascon, S.L.» y la administración concursal contra el Ayuntamiento de Onda, en el procedimiento A-38/02/2010, sobre resolución de contrato administrativo.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.—En fecha 12 de junio de 2009 se presenta, por la representación procesal de «Midascon, S.L.» y de la administración concursal, ante el Juzgado n.º 2 de lo Mercantil de Valencia, demanda incidental para la resolución del contrato de ejecución de obras de «Construcción 2.ª fase Parque de la Cerámica», así como

que se acuerde la devolución de la garantía prestada.

El indicado procedimiento incidental concluye por Sentencia, de 15 de septiembre de 2009, que acuerda estimar la demanda, declarar la resolución del expresado contrato, al tiempo que se ordena al Ayuntamiento de Onda la devolución al concurso de la garantía prestada.

Segundo.–El día anterior a dictarse sentencia, 14 de septiembre de 2009, el Ayuntamiento de Onda, tras tramitar el correspondiente procedimiento administrativo, acuerda resolver el contrato firmado con la mercantil «Midascon,S.L.» y confiscar la garantía definitiva.

Tercero.–Posteriormente, el Ayuntamiento de Onda requiere de inhibición al Juzgado de lo Mercantil citado, a fin de que se abstenga de conocer del asunto por ser competencia de la citada entidad local. El Juzgado, por su parte, mediante auto de 2 de junio de 2010, desestima el requerimiento.

Cuarto.–El día 11 de junio de 2010 se recibe en este Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, oficio del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Valencia relativo al incidente concursal n.º 814/09, para la resolución del conflicto de jurisdicción.

Quinto.–Con fecha 21 de junio de 2010 se dicta Decreto en el que se acuerda admitir a trámite el conflicto positivo de jurisdicción promovido por el Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Valencia. Recibidas las actuaciones de dicho Juzgado y el expediente administrativo remitido por el Ayuntamiento de Onda se dió traslado al Ministerio Fiscal y al Abogado del Estado para que en el plazo común de diez días pudieran emitir el correspondiente informe.

Sexto.–El Ministerio Fiscal, mediante escrito con fecha de entrada de registro 29 de junio de 2010, manifiesta que no procede el requerimiento de inhibición

formulado por el Ayuntamiento de Onda, por corresponder la competencia al Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Valencia.

Séptimo.–Por su parte, la Letrada del Ayuntamiento de Onda, con fecha de entrada de registro 20 de julio de 2010, presenta escrito acompañando «Informe preceptivo elaborado por los servicios jurídicos del Ayuntamiento de Onda para su aportación al conflicto jurisdiccional que se tramita ante la Sala Especial del Tribunal Supremo», que avala la competencia de dicha entidad local.

El Abogado del Estado, en fin, no presenta escrito deduciendo informe.

Octavo.–Mediante providencia de 1 de octubre de 2010 se acordó señalar el presente conflicto para el día 13 de octubre de 2010, fecha en la que tuvo lugar.

Siendo Ponente la Excma. Sra. D.^a María del Pilar Teso Gamella, quien expresa el parecer del Tribunal de Conflictos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.–Interesa relacionar, con carácter preliminar, las incidencias de índole procesal y procedimental que han precedido al planteamiento, ante este Tribunal, del presente conflicto de jurisdicción.

La administración concursal y la mercantil «Midascon, S.L.» presentaron demanda incidental ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Valencia postulando la resolución del contrato de ejecución de obras de «Construcción 2.ª fase Parque de la Cerámica», así como que se acuerde la devolución de la garantía definitiva por importe de 209.514,15 euros. El citado contrato de ejecución de obras había sido adjudicado por el Ayuntamiento de Onda a «Midascon, S.L.» el día 1 de octubre de 2007.

Sustanciado el indicado procedimiento se dicta Sentencia, de 15 de septiembre de 2009, que acuerda estimar la demanda, declarar la resolución del expresado contrato, al tiempo que se ordena al Ayuntamiento de Onda la devolución al concurso de la garantía definitiva por el importe indicado. Los fundamentos de la sentencia dictada razonan sobre la competencia del juez mercantil, al amparo de la Ley Concursal, para proceder a la resolución del contrato administrativo cuando la sociedad mercantil ha sido declarada en concurso de acreedores.

Paralelamente, tras tramitarse el correspondiente procedimiento administrativo, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Onda, en su sesión de 14 de septiembre de 2009, es decir, el día anterior a dictarse sentencia, acuerda resolver el contrato firmado con la mercantil «Midascon,S.L.» y confiscar la garantía definitiva. Considera el Ayuntamiento citado que resulta de aplicación el TR de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas al que se remite la propia Ley Concursal respecto de los contratos administrativos, que le habilita para acordar la resolución del contrato adjudicado a la indicada sociedad mercantil.

En fin, terminamos esta apretada síntesis, destacando que mediante escrito del Alcalde del Ayuntamiento de Onda, de fecha de presentación 2 de febrero de 2010, se requiere de inhibición al Juzgado de lo Mercantil citado, en virtud del Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento, en sesión de 25 de enero anterior, que propuso «plantear conflicto jurisdiccional al Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Valencia (...) a fin de que se inhiba del asunto por ser competencia de la Administración Local». El expresado Juzgado, por su parte, mediante auto de 2 de junio de 2010, desestima el requerimiento mentado y declara «mantener la jurisdicción y competencia de este juzgado para el conocimiento de las presentes actuaciones», al tiempo que acuerda plantear

conflicto de jurisdicción ante este Tribunal, con remisión de las actuaciones.

Segundo.–Los conflictos de jurisdicción en general y el que ahora examinamos en particular se originan por la disensión que se produce ante el ejercicio de la potestad de autotutela administrativa que nuestro ordenamiento jurídico reconoce a las Administraciones Públicas, concretamente en la Ley 30/1992, y el ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, que por expreso mandato constitucional y legal, ex artículos 117.3 de la Constitución y 2.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, corresponde a jueces y tribunales.

El modo de dirimir tales controversias se contiene en la Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos Jurisdiccionales, que encarga a este Tribunal de Conflictos la decisión sobre la competencia –entre la Administración Pública (Ayuntamiento de Onda) y el órgano judicial (Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Valencia)– para conocer de la cuestión suscitada, cuando ambos reclaman la misma para sí, como sucede en el caso del conflicto positivo en que nos encontramos. No corresponde, por tanto, a este Tribunal, por exceder del ámbito indicado, examinar la cuestión de fondo sobre la que versa el litigio, que ha de ser resuelta en el seno del procedimiento en que se dicte.

Tercero.–Acorde con el marco jurídico y la delimitación legal expuesta en el fundamento anterior, el artículo 8 de la expresada Ley Orgánica dispone que «los jueces y Tribunales no podrán suscitar conflictos de jurisdicción a las Administraciones Públicas en relación con los asuntos ya resueltos por medio de acto que haya agotado la vía administrativa (...)». En simetría con tal previsión legal el artículo 7 señala que «no podrán plantearse conflictos de jurisdicción a los Juzgados y Tribunales en los asuntos judi-

ciales resueltos por auto o sentencia firmes o pendientes sólo de recurso de casación o de revisión (...).

Pues bien, desde la óptica en que nos sitúa que el promotor del presente conflicto ante este Tribunal ha sido el Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Valencia, debemos señalar que, de conformidad con el citado artículo 8, que parcialmente hemos transcrito, el planteamiento del presente conflicto de jurisdicción resulta improcedente, por las razones que a continuación expresamos.

No pueden entablarse conflictos de jurisdicción por los órganos jurisdiccionales cuando el asunto ha sido ya resuelto por medio de acto que agota la vía administrativa, pues a este Tribunal no le corresponde, como antes señalamos y ahora insistimos, ocuparse de cuestiones ajenas al deslinde competencial entre el órgano administrativo y judicial, como resultaría si examinásemos el fondo de un asunto ya resuelto. Dicho de otro modo, no podemos entender que concurren los presupuestos para el correcto planteamiento del conflicto de jurisdicción cuando la actuación controvertida ya ha concluido, y el objeto del conflicto es precisamente enjuiciar lo que ha sido ya resuelto, tratando de trasmutar la naturaleza del conflicto jurisdiccional en una suerte de recurso impugnatorio.

Repárese, además, que consta en las actuaciones que el Juez de lo Mercantil ha ejercitado su jurisdicción, pues ha dictado sentencia resolviendo el contrato administrativo y auto posterior manteniendo la jurisdicción. Por su parte, el acuerdo municipal de resolución del contrato fue impugnado en reposición y el recurso resultó desestimado. Se trata, por tanto, de un acto que ha «agotado la vía administrativa» tal como exige el indicado artículo 8. Situación que no puede confundirse con su firmeza, pues aunque el Ayuntamiento señala que no se ha interpuesto recurso contencioso adminis-

trativo, ello únicamente comportaría, por lo que hace al caso, su eventual derivación hacia un conflicto de competencia, que no un conflicto de jurisdicción.

Cuarto.–Es preciso añadir que la imposibilidad legal descrita en el mentado artículo 8, va seguida de una excepción relativa a los casos en que el «conflicto verse sobre la competencia para la ejecución del acto». Ahora bien, tampoco podemos entender que el presente conflicto tiene cobijo en esta salvedad legal.

Así es, el conflicto de jurisdicción no se entabla para dirimir una controversia surgida con motivo de la ejecución del acuerdo municipal del Ayuntamiento de Onda o de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Valencia. No. Téngase en cuenta que no se han dictado actos materiales de ejecución. Se trata de volver a plantear la misma cuestión que se suscitó en el procedimiento incidental.

Quiere ello decir que no estamos ante un conflicto autónomo propio de la ejecución, y surgido para dar cumplimiento a una resolución, sino que lo que se suscita es precisamente lo que ya estuvo presente, y constituía el epicentro de los desencuentros entre ambos órganos, judicial y administrativo, desde el inicio del procedimiento judicial y el administrativo.

Ni que decir tiene, en fin, que este Tribunal no puede adoptar decisiones con carácter preventivo, anticipándose a cuanto pueda suceder con motivo de la ejecución.

Quinto.–Debemos recordar, por último, lo que ya dijimos en nuestra Sentencia de 6 de noviembre de 2007 (conflicto de jurisdicción n.º 4/2007), al señalar que «el presente asunto, y a la vista de cómo han sucedido los hechos, no ofrece dudas de que cuando la AEAT requirió de inhibición al Juzgado por el crédito a su cargo relativo a la devolución del IVA, la decisión sobre la existencia de ese crédito y de su

importe se había establecido en una resolución judicial firme con efecto de cosa juzgada, al haber sido desestimados los recursos formulados por la Abogacía del Estado y no haber sido admitido a trámite el recurso por infracción procesal. La resolución judicial sobre ese crédito se había convertido en firme e inatacable, con efecto de cosa juzgada, vinculando a la Administración que había sido parte en el procedimiento. (...) El hecho de que con posterioridad se hubiera dictado una resolución administrativa que contradice esa resolución judicial y que haya devenido firme, no puede generar una situación novedosa que permita a este Tribunal de Conflictos entrar a conocer sobre el alcance de esa posterior resolución administrativa, al margen de las razones de fondo que invoca ahora, cabría decir extemporáneamente, la Administración Tributaria. (...) En consecuencia, ha de declararse improcedente el presente conflicto de jurisdicción, sin que haya lugar a conocer del fondo del mismo».

Por cuanto antecede debemos declarar improcedente el planteamiento del presente conflicto de jurisdicción.

En consecuencia

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos improcedente el planteamiento del presente conflicto de jurisdicción, sin que haya lugar a conocer del mismo.

Publíquese en el «Boletín Oficial del Estado».

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

MINISTERIO DE JUSTICIA

Recursos

RESOLUCIÓN de 3 de noviembre de 2010, de la Dirección General de Relaciones con

la Administración de Justicia, por la que se emplaza a los interesados en el recurso contencioso-administrativo, procedimiento ordinario n.º 770/2010, interpuesto ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 7ª. («BOE» núm. 282 de 22 de noviembre de 2010.)

Ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección séptima, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, doña Carmen María García Sánchez, ha interpuesto el recurso contencioso-administrativo, procedimiento ordinario núm. 770/2010, contra Acuerdo, de 10 de junio de 2010, del Tribunal Calificador Único del proceso selectivo para el ingreso por el sistema general de acceso libre en el Cuerpo de Tramitación Procesal y Administrativa, convocado por Orden JUS/3339/2008, de 10 de noviembre («BOE» 20/11/2008).

En consecuencia, esta Dirección General ha resuelto emplazar a los interesados en el mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 13 de julio de 1998, para que puedan comparecer ante la referida Sala en el plazo de nueve días.

Madrid, 3 de noviembre de 2010.–La Directora General de Relaciones con la Administración de Justicia, *Caridad Hernández García*.

**RESOLUCIÓN de 8 de noviembre de 2010,
de la Dirección General de Relaciones con
la Administración de Justicia, por la que se
emplaza a los interesados en el recurso
contencioso-administrativo, procedi-
miento ordinario n.º 563/2010, inter-
puesto ante la Audiencia Nacional, Sala de
lo Contencioso-Administrativo, sección 3ª.**

(«BOE» núm. 282 de 22 de noviembre de 2010.)

Ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, de la Audiencia Nacional, doña Antonia Teresa Rodríguez Díaz ha interpuesto el recurso contencioso-administrativo, procedimiento ordinario número 563/2010, contra Orden JUS/554/2010, de 25 de febrero, por la que se publica la relación definitiva de aprobados del proceso selectivo para ingreso, por el sistema general de acceso libre, en el Cuerpo de Auxilio Judicial, convocado por Orden JUS/3337/2008, de 10 de noviembre (BOE del 20).

En consecuencia, esta Dirección General ha resuelto emplazar a los interesados en el mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 13 de julio de 1998, para que puedan comparecer ante la referida Sala en el plazo de nueve días.

Madrid, 8 de noviembre de 2010.—La Directora General de Relaciones con la Administración de Justicia, *Caridad Hernández García*.

RESOLUCIÓN de 10 de noviembre de 2010, de la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia, por la que se acuerda la remisión del expediente administrativo correspondiente al recurso contencioso-administrativo n.º 179/2010, procedimiento abreviado, interpuesto ante el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo n.º 6 y se emplaza a los interesados en el mismo. («BOE» núm. 283 de 23 de noviembre de 2010.)

Ante el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo número 6 se ha interpuesto por la Central Sindical CSIF el recurso contencioso-administrativo número 179/2010 –procedimiento abre-

viado– contra la Orden JUS/1900/2010, de 7 de julio (BOE del 15), por la que se convoca concurso específico para la provisión de puestos de trabajo en el ámbito territorial gestionado por el Ministerio de Justicia.

En consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se acuerda remitir al Juzgado el expediente administrativo correspondiente al citado recurso y emplazar a los interesados en el mismo, para que puedan personarse como demandados, si a su derecho conviene, ante el referido Juzgado, en el plazo de nueve días, siguientes a la publicación de la presente Resolución, y comparecer a la vista que está señalada para el día 14 de diciembre de 2010 a las 11:35 horas.

Madrid, 10 de noviembre de 2010.—La Directora General de Relaciones con la Administración de Justicia, *Caridad Hernández García*.

Bienes muebles. Financiación

RESOLUCIÓN de 10 de noviembre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se aprueba el modelo de contrato de financiación a comprador de bienes muebles, para ser utilizado por la entidad «SGB Finance, SA», con letras de identificación «F-SGB». (Publicada en el «BOE» núm. 283 de 23 de noviembre de 2010.)

RESOLUCIÓN de 10 de noviembre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se aprueba el modelo de contrato de financiación a comprador de bienes muebles, para ser utilizado por la entidad «Compagnie Generale Location d'Equipements,

SA», con letras de identificación «F-CGL». (Publicada en el «BOE» núm. 283 de 23 de noviembre de 2010.)

RESOLUCIÓN de 10 de noviembre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se aprueba la utilización en lengua catalana del contrato de arrendamiento financiero de bienes muebles a interés variable, para ser utilizado por la entidad «Caixa d'Estalvis del Penedès», con letras de identificación «L-CEP-2». (Publicada en el «BOE» núm. 283 de 23 de noviembre de 2010.)

RESOLUCIÓN de 10 de noviembre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se aprueba la utilización en lengua catalana del contrato de arrendamiento financiero de bienes muebles a interés fijo, para ser utilizado por la entidad «Caixa d'Estalvis del Penedès», con letras de identificación «L-CEP-1». (Publicada en el «BOE» núm. 283 de 23 de noviembre de 2010.)

Mutualidad General Judicial. Asistencia sanitaria

RESOLUCIÓN de 11 de noviembre de 2010, de la Mutualidad General Judicial, por la que se publica la prórroga para 2011 del concierto para el aseguramiento del acceso a la prestación de asistencia sanitaria en el territorio nacional a mutualistas y demás beneficiarios que no opten por recibirla a través del sistema sanitario público para 2011, y la relación de entidades de seguro que han suscrito la misma. (Publicada en el «BOE» núm. 283 de 23 de noviembre de 2010.)

RESOLUCIÓN de 23 de noviembre de 2010, de la Mutualidad General Judicial, de corrección de errores de la de 11 de noviembre de 2010, por la que se publica la prórroga para 2011 del Concierto para el aseguramiento del acceso a la prestación de asistencia sanitaria en el territorio nacional a mutualistas y demás beneficiarios que no opten por recibirla a través del sistema sanitario público para 2011, y la relación de entidades de seguro que han suscrito la misma. (Publicada en el «BOE» núm. 290 de 1 de diciembre de 2010.)

Demarcación y planta judicial

ORDEN JUS/3041/2010, de 17 de noviembre, por la que se modifica la Orden JUS/2746/2010, de 15 de octubre, en relación a la fecha de entrada en funcionamiento de unidades judiciales correspondientes a la programación del año 2010. (Publicada en el «BOE» núm. 286 de 26 de noviembre de 2010.)

Cartas de servicios (15)

RESOLUCIÓN de 23 de septiembre de 2010, de la Subsecretaría, por la que se aprueba la actualización de la Carta de servicios de la Subdirección General de Nacionalidad y Estado Civil. («BOE» núm. 287 de 27 de noviembre de 2010.)

Visto el proyecto de actualización (segunda) de la Carta de Servicios elaborado por la Dirección General de los Registros y del Notariado (Subdirección General de Nacionalidad y Estado Civil), y de acuerdo con el informe favorable de la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios del Ministerio de la Presidencia,

Esta Subsecretaría, en uso de la competencia que le asigna el artículo 11.1 del Real Decreto 951/2005, de 29 de julio, por el que se establece el marco general para la mejora de la calidad en la Administración General del Estado, ha resuelto:

Primero.–Aprobar la actualización (segunda) de la Carta de Servicios de la Subdirección General de Nacionalidad y Estado Civil.

Segundo.–Ordenar la publicación de esta Resolución en el «Boletín Oficial del Estado».

El texto impreso de esta Carta de Servicios estará disponible en las propias dependencias de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en los Servicios de Información y Atención al Ciudadano y Gerencias Territoriales de este Departamento, en el Registro Civil Central, Registros Civiles Exclusivos y Registros Civiles Principales, así como también en la Oficina Central de Información (Centro de Información Administrativa) del Ministerio de la Presidencia.

Asimismo, podrá accederse a dicha Carta a través de las siguientes direcciones de internet: «www.mjusticia.es» y «www.060.es».

Madrid, 23 de septiembre de 2010.–La Subsecretaria de Justicia, *Purificación Morandeira Carreira*.

RESOLUCIÓN de 24 de septiembre de 2010, de la Subsecretaría, por la que se aprueba la Carta de servicios de la Subdirección General de Información Administrativa e Inspección General de Servicios. («BOE» núm. 287 de 27 de noviembre de 2010.)

Visto el proyecto de Carta de Servicios elaborado por la Subsecretaría (Subdirección General de Información Administrativa e Inspección General de Servicios),

y de acuerdo con el informe favorable de la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios del Ministerio de la Presidencia,

Esta Subsecretaría, en uso de la competencia que le asigna el artículo 11.1 del Real Decreto 951/2005, de 29 de julio, por el que se establece el marco general para la mejora de la calidad en la Administración General del Estado, ha resuelto:

Primero.–Aprobar la Carta de Servicios de la Subdirección General de Información Administrativa e Inspección General de Servicios.

Segundo.–Ordenar la publicación de esta Resolución en el «Boletín Oficial del Estado».

El texto impreso de esta Carta de Servicios estará disponible en las propias dependencias de la Subdirección General de Información Administrativa e Inspección General de Servicios, en los Servicios de Información y Atención al Ciudadano y Gerencias Territoriales de este Departamento, así como también en la Oficina Central de Información (Centro de Información Administrativa) del Ministerio de la Presidencia.

Asimismo, podrá accederse a dicha Carta a través de las siguientes direcciones de internet: «www.mjusticia.es» y «www.060.es».

Madrid, 24 de septiembre de 2010.–La Subsecretaria de Justicia, *Purificación Morandeira Carreira*.

COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha. Convenio

RESOLUCIÓN de 16 de noviembre de 2010, de la Secretaría de Estado de Justicia, por la que se publica el Convenio con la Junta de Comunidades de Castilla-La

Mancha, para establecer un marco de colaboración que favorezca las relaciones con los órganos judiciales mediante la utilización del sistema de presentación de escritos y documentos, traslado de copias y realización de actos de comunicación procesal, denominado «sistema Lexnet». (Publicada en el «BOE» núm. 286 de 26 de noviembre de 2010.)

Comunidad Autónoma de Cataluña. Convenio

RESOLUCIÓN de 16 de noviembre de 2010, de la Secretaría de Estado de Justicia, por la que se publica el Convenio de colaboración con la Administración de la Generalidad de Cataluña, en materia de asuntos religiosos. (Publicada en el «BOE» núm. 286 de 26 de noviembre de 2010.)

Comunidad Autónoma del Principado de Asturias. Convenio

RESOLUCIÓN de 16 de noviembre de 2010, de la Secretaría de Estado de Justicia, por la que se publica el Convenio de colaboración con la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias y la entidad pública empresarial Red.es para el desarrollo de servicios públicos digitales en el ámbito de la Administración de Justicia, programa «lus+reD». (Publicada en el «BOE» núm. 286 de 26 de noviembre de 2010.)

Comunidad Foral de Navarra. Convenio

RESOLUCIÓN de 16 de noviembre de 2010, de la Secretaría de Estado de Justicia, por la que se publica el Convenio de colaboración con la Comunidad Foral de Navarra y la entidad pública empresarial Red.es para el desarrollo de servicios pú-

blicos digitales en el ámbito de la Administración de Justicia, Programa «lus+reD». (Publicada en el «BOE» núm. 286 de 26 de noviembre de 2010.)

GRANDEZAS Y TÍTULOS DEL REINO

Títulos nobiliarios

ORDEN JUS/2979/2010, de 2 de noviembre, por la que se manda expedir, sin perjuicio de tercero de mejor derecho, Real Carta de Sucesión en el título de Barón de San Calixto, a favor de don Antonio Gallego Roca. (Publicada en el «BOE» núm. 282 de 22 de noviembre de 2010.)

ORDEN JUS/2980/2010, de 2 de noviembre, por la que se manda expedir, sin perjuicio de tercero de mejor derecho, Real Carta de Sucesión en el título de Conde de Casa Galindo, con Grandeza de España, a favor de don Enrique María Lasso de la Vega y Valdenebro. (Publicada en el «BOE» núm. 282 de 22 de noviembre de 2010.)

ORDEN JUS/2981/2010, de 2 de noviembre, por la que se manda expedir, sin perjuicio de tercero de mejor derecho, Real Carta de Sucesión en el título de Conde de Castillejo, a favor de don Álvaro Fernández Villaverde y Silva. (Publicada en el «BOE» núm. 282 de 22 de noviembre de 2010.)

ORDEN JUS/2982/2010, de 2 de noviembre, por la que se manda expedir, sin perjuicio de tercero de mejor derecho, Real

Carta de Sucesión en el título de Conde de la Diana, a favor de don José Francisco Parra Soler. (Publicada en el «BOE» núm. 282 de 22 de noviembre de 2010.)

ORDEN JUS/2983/2010, de 2 de noviembre, por la que se manda expedir, sin perjuicio de tercero de mejor derecho, Real Carta de Sucesión en el título de Duque de Vistahermosa, con Grandeza de España, a favor de don Cristóbal García-Loygorri y Urzáiz. (Publicada en el «BOE» núm. 282 de 22 de noviembre de 2010.)

ORDEN JUS/2984/2010, de 2 de noviembre, por la que se manda expedir, sin perjuicio de tercero de mejor derecho, Real Carta de Sucesión en el título de Marqués de Águilas, a favor de don Alfonso Escámez Torres. (Publicada en el «BOE» núm. 282 de 22 de noviembre de 2010.)

1ORDEN JUS/2985/2010, de 2 de noviembre, por la que se manda expedir, sin perjuicio de tercero de mejor derecho, Real Carta de Sucesión en el título de Marqués de Chinchilla, a favor de doña María del Rosario López de Haro y Ugarte.

ORDEN JUS/2986/2010, de 2 de noviembre, por la que se manda expedir, sin perjuicio de tercero de mejor derecho, Real Carta de Sucesión en el título de Marqués de la Mota de Trejo, a favor de doña María de la Soledad de la Cuesta de Quero. (Publicada en el «BOE» núm. 282 de 22 de noviembre de 2010.)

ORDEN JUS/2987/2010, de 2 de noviembre, por la que se manda expedir, sin perjuicio de tercero de mejor derecho, Real Carta de Sucesión en el título de Marqués de la Vega Inclán, a favor de doña María Teresa Díaz-Aguado Neyra. (Publicada en el «BOE» núm. 282 de 22 de noviembre de 2010.)

ORDEN JUS/2988/2010, de 2 de noviembre, por la que se manda expedir, sin perjuicio de tercero de mejor derecho, Real Carta de Sucesión en el título de Marqués de Navasequilla, a favor de doña Sara López Ferre. (Publicada en el «BOE» núm. 282 de 22 de noviembre de 2010.)

ORDEN JUS/2989/2010, de 2 de noviembre, por la que se manda expedir, sin perjuicio de tercero de mejor derecho, Real Carta de Sucesión en el título de Marqués de Torres de Orán, a favor de doña María del Carmen Fernández de Prada y Peñalver. (Publicada en el «BOE» núm. 282 de 22 de noviembre de 2010.)

ORDEN JUS/2990/2010, de 2 de noviembre, por la que se manda expedir, sin perjuicio de tercero de mejor derecho, Real Carta de Sucesión en el título de Marqués de Valcerrada, a favor de don Juan Alfonso Güell y Martos. (Publicada en el «BOE» núm. 282 de 22 de noviembre de 2010.)

ORDEN JUS/3045/2010, de 16 de noviembre, por la que se manda expedir, sin perjuicio de tercero de mejor derecho, Real Carta de Sucesión en el título de Barón de

la Torre, a favor de doña Lucía Cavero y Urbistondo. (Publicada en el «BOE» núm. 287 de 27 de noviembre de 2010.)

ORDEN JUS/3046/2010, de 16 de noviembre, por la que se manda expedir, sin perjuicio de tercero de mejor derecho, Real Carta de Sucesión en el título de Barón de Mislata y Morería, a favor de don José Luis Musoles Esteve. (Publicada en el «BOE» núm. 287 de 27 de noviembre de 2010.)

ORDEN JUS/3047/2010, de 16 de noviembre, por la que se manda expedir, sin perjuicio de tercero de mejor derecho, Real Carta de Sucesión en el título de Conde de Quinto, a favor de don Francisco de Asís de Quinto Arredonda. (Publicada en el «BOE» núm. 287 de 27 de noviembre de 2010.)

ORDEN JUS/3048/2010, de 16 de noviembre, por la que se manda expedir, sin perjuicio de tercero de mejor derecho, Real Carta de Sucesión en el título de Marqués de Capmany, a favor de doña Ana María de Sabater y Martínez. (Publicada en el «BOE» núm. 287 de 27 de noviembre de 2010.)

ORDEN JUS/3049/2010, de 16 de noviembre, por la que se manda expedir, sin perjuicio de tercero de mejor derecho, Real Carta de Sucesión en el título de Marqués de Huarte, a favor de doña Lydia Caro Valenzuela. (Publicada en el «BOE» núm. 287 de 27 de noviembre de 2010.)

ORDEN JUS/3050/2010, de 16 de noviembre, por la que se manda expedir, sin perjuicio de tercero de mejor derecho, Real Carta de Sucesión en el título de Marqués de la Ría de Ribadeo, con Grandeza de España, a favor de don Leopoldo Calvo-Sotelo Ibáñez-Martín. (Publicada en el «BOE» núm. 287 de 27 de noviembre de 2010.)

ORDEN JUS/3051/2010, de 16 de noviembre, por la que se manda expedir, sin perjuicio de tercero de mejor derecho, Real Carta de Sucesión en el título de Marqués de Sales, a favor de don Antonio del Rosal Moreno. (Publicada en el «BOE» núm. 287 de 27 de noviembre de 2010.)

Anuncios

EDICTO de notificación a don Rafael Gutiérrez de Calderón Attard del acuerdo recaído en el expediente de revisión de oficio de la Orden ministerial de 19 de julio de 1982, por la que se mandó expedir Real Carta de Sucesión en el título de Marqués de Mozobamba del Pozo. (Publicado en el «BOE» núm. 284 de 24 de noviembre de 2010.)

ANUNCIO de la Subsecretaría (Gabinete Técnico), sobre solicitudes de sucesión en el título de Conde de Atares, con Grandeza de España. (Publicado en el «BOE» núm. 290 de 1 de diciembre de 2010.)

ANUNCIO de la Subsecretaría (Gabinete Técnico), sobre solicitudes de sucesión en el título de Marqués de Perijáa. (Publicado en el «BOE» núm. 290 de 1 de diciembre de 2010.)

ANUNCIO de la Subsecretaría (Gabinete Técnico), sobre solicitud de sucesión en el título de Vizconde de Ayala. (Publicado en el «BOE» núm. 291 de 2 de diciembre de 2010.)

MINISTERIO DE DEFENSA

Recursos

RESOLUCIÓN 430/38241/2010, de 28 de octubre, de la Dirección General de Personal, por la que se emplaza a los interesados en el procedimiento abreviado 224/2010, promovido ante el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo n.º 7 de Madrid. (Publicada en el «BOE» núm. 282 de 22 de noviembre de 2010.)

RESOLUCIÓN 430/38246/2010, de 3 de noviembre, de la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa, por la que se emplaza a los interesados en el procedimiento ordinario 847/2010, promovido ante la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 5ª. (Publicada en el «BOE» núm. 290 de 1 de diciembre de 2010.)

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

Recursos

RESOLUCIÓN de 19 de noviembre de 2010, de la Secretaría General Técnica, por la que se acuerda la remisión del expediente administrativo correspondiente al recurso contencioso-administrativo 1/401/2010, interpuesto ante la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo

del Tribunal Supremo, sección sexta y se emplaza a los interesados en el mismo. (Publicada en el «BOE» núm. 292 de 3 de diciembre de 2010.)

RESOLUCIÓN de 19 de noviembre de 2010, de la Secretaría General Técnica, por la que se acuerda la remisión del expediente administrativo correspondiente al recurso contencioso-administrativo 1/417/2010, interpuesto ante la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, sección sexta y se emplaza a los interesados en el mismo. (Publicada en el «BOE» núm. 292 de 3 de diciembre de 2010.)

RESOLUCIÓN de 19 de noviembre de 2010, de la Secretaría General Técnica, por la que se acuerda la remisión del expediente administrativo correspondiente al recurso contencioso-administrativo 1/333/2010, interpuesto ante la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, sección tercera, y se emplaza a los interesados en el mismo. (Publicada en el «BOE» núm. 292 de 3 de diciembre de 2010.)

RESOLUCIÓN de 19 de noviembre de 2010, de la Secretaría General Técnica, por la que se emplaza a cuantos se hayan personado en el expediente administrativo y a quienes ostenten derechos derivados del recurso contencioso-administrativo 1/387/2010, interpuesto por Iberdrola, SA, ante el Tribunal Supremo, sección tercera de lo Contencioso-Administrativo. (Publicada en el «BOE» núm. 292 de 3 de diciembre de 2010.)

**MINISTERIO DE SANIDAD, POLÍTICA
SOCIAL E IGUALDAD**

Recursos

**RESOLUCIÓN de 12 de noviembre de
2010, de la Secretaría General Técnica,**

por la que se emplaza a los interesados en el procedimiento ordinario n.º 266/2010, promovido por la Generalitat Valenciana sobre solicitud de anulación de la liquidación del fondo de cohesión sanitaria de 2009. (Publicada en el «BOE» núm. 291 de 2 de diciembre de 2010.)

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

Recursos

II

RESOLUCIÓN de 4 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación de la registradora de la propiedad n.º 2 de Marbella, por la que se deniega una anotación preventiva de embargo, sobre bienes inscritos como privativos por confesión. («BOE» núm. 282 de 22 de noviembre de 2010.)

En el recurso interpuesto por doña M. Y. M. V., Abogada, contra la nota de calificación de la Registradora de la Propiedad de Marbella número 2, doña Evangelina Calvo de Castro, por la que se deniega una anotación preventiva de embargo, sobre bienes inscritos como privativos por confesión.

HECHOS

I

Mediante Auto dictado con fecha 17 de mayo de 2006, por el Juzgado de Primera Instancia número 9 de Sevilla, Juicio Ejecutivo 810/2002, en procedimiento seguido contra don J. R. A., habiéndose notificado a su cónyuge doña J. C. G., se decretó el embargo de las fincas registrales 46.371 y 46.161 del Registro de la Propiedad de Marbella número 2.

Presentado mandamiento en el Registro de la Propiedad de Marbella número 2, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Hechos.–1.º Con fecha 21 de mayo último, se presentó bajo el asiento número 985 del Diario 98 el Mandamiento que antecede librado el día 26 de enero de 2009, por doña Ángela M. Zurita Tain, Secretaria del Juzgado de Primera Instancia número nueve de los de Sevilla, por el que se ordena anotar el embargo trabado sobre las fincas registrales números 46.371 y 46.161, de este Registro, como propiedad de don J. R. A. y habiendo sido notificado a la esposa doña J. C. G. 2.º Examinado el Registro, las citadas fincas registrales números 46.371 y 46.161, aparecen inscritas a favor de doña J. G. C., casada con don J. R. A. por título de compraventa, con carácter privativo por confesión, por haberlo reconocido su citado esposo en escritura otorgada ante el Cónsul General de España en París, doña María Teresa Daurella de Nadal el 27 de mayo de 2002 e inscrita el 30 de mayo siguiente. Fundamentos de Derecho: 1.º El Registrador que suscribe es competente para la calificación de todo título que se presente a inscripción o anotación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 18 y 19 de la Ley Hipotecaria y art. 100 de su Reglamento.–2.º) Art, 20 L. H.: “Para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o

extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos. En caso de resultar inscrito aquel derecho a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o gravamen el Registrador denegará la inscripción solicitada”.-3.º) Como ha declarado reiteradamente la Dirección General, los principios constitucionales de protección jurisdiccional de los derechos y proscripción de la indefensión (artículo 24 de la Constitución Española) y paralelamente en el ámbito registral el Principio de salvaguardia Judicial de los asientos registrales (artículo 1 de la Ley Hipotecaria), junto con los de tracto sucesivo y legitimación (artículo 20 y 38.3 de la Ley Hipotecaria), impiden la práctica de la inscripción solicitada sobre bienes inscritos a favor de personas que no han sido parte en el procedimiento. En mérito a todo ello, el Registrador que suscribe ha resuelto suspender la anotación ordenada por no aparecer la finca inscrita a nombre del deudor, y no haberse dirigido la demanda contra doña J. G. C., titular registral. Contra esta calificación (...) Marbella, a 28 de mayo de 2009. El Registrador (firma ilegible y sello con el nombre y apellidos de la Registradora).»

III

Contra la anterior nota de calificación, doña M. Y. M. V., Abogada, interpone recurso en virtud de escrito de fecha 2 de julio de 2009, en base entre otros a los siguientes argumentos: «Primero.–Que en el Juzgado de Primera Instancia número 9 de Sevilla se siguen Procedimiento de Ejecución de títulos Judiciales, Autos número 810/2002 4B, Doc. 1, contra el ejecutado don J. R. A., casado con doña J. C. G. Que siendo la demanda dirigida contra el Sr. R. se despacha Auto de ejecución contra el mismo y, se decretó el embargo contra los bienes, ante la posi-

bilidad ser gananciales los mismos, con fecha 18 de enero 2008 es publicada en el “Boletín Oficial de la Provincia de Sevilla” núm. 15, no obstante de ser la Sra. C. quien recibió la notificación personal de la demanda como consta en los Autos, se adjunta Edicto Doc. 1. Sin personarse en el procedimiento, ni oponerse. Segundo.–Que con fecha 21-03-2006 se solicitó al Registro número 2 de Marbella (Málaga), al solicitar información registral de la Sra. C., apareciendo en el índice una finca en ese Registro, se interesó a efectos de trabar embargo sobre una finca presuntivamente ganancial, la localización y emisión del Certificado de dominio y estado de cargas de la finca inscrita en ese Registro. Doc. 2. Que como se adjunta aparece en la certificación emitida que las fincas están registradas a favor ambos cónyuges y, por lo que se interesa al Juzgado su embargo. Doc. 3 y 4. Por lo que, no pueden estar inscritas 4 años antes como presuntivamente privativas, si por certificación emitida en el 2006 aparece a favor del deudor y, su esposa traída al procedimiento judicial. En virtud de las certificaciones de dominio y cargas de las fincas embargadas emitida en el 2006, aparecen como titulares registrales la Sra. C. y el Sr. R. titulares del pleno dominio de la totalidad, por tanto, en aplicación a contrario sensu del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, procede la inscripción y, quienes confiados en las garantías de las certificaciones de fecha posterior instaron las trámites judiciales legales para su embargo, por lo que la sorpresiva inscripción del 2002 genera la más absoluta indefensión a esta parte.»

IV

La Registradora emitió informe el día 17 de agosto de 2009 y elevó el expediente a este Centro Directivo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 1, 1.079, 1.083, 1.317, 1.324, 1.361, 1.373, 1.389 y 1.911 del Código Civil; 1, 20 y 38.1 de la Ley Hipotecaria; 385 y 593 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 93, 95 y 144.2 del Reglamento Hipotecario; y la Resolución de esta Dirección General de 13 de febrero de 1999.

1. La cuestión que se plantea en el presente recurso es determinar si es posible tomar anotación preventiva de embargo en procedimiento seguido contra un cónyuge y notificado el otro, siendo así que los bienes constan inscritos como privativos por confesión a nombre del cónyuge no demandado.

2. Es cierto que la confesión de privatividad no aparece configurada en nuestro ordenamiento como una declaración de voluntad, que fija frente a todos el carácter privativo del bien al que se refiere (sin perjuicio de su posible impugnación si se efectúa en fraude o perjuicio de terceros o no se corresponde con la realidad), sino como un simple medio de prueba de esta circunstancia, que opera en la esfera interconyugal y que carece de virtualidad para desvirtuar por sí sola la presunción de ganancialidad recogida en el artículo 1.361 del Código Civil (cfr. artículo 1.324 del Código Civil); pero no lo es menos que la presunción de ganancialidad, tampoco es un título de atribución legal de esa cualidad a los bienes del matrimonio en tanto no conste que pertenecen privativamente a uno u otro cónyuge –o a ambos pro indiviso–, sino uno más de los medios de prueba (cfr. artículo 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

3. Ello plantea el problema de determinar el régimen jurídico aplicable a estos bienes confesadamente privativos, pues si no pueden ser tratados como privativos a todos los efectos, interpartes y

frente a terceros, tampoco pueden ser reputados inequívocamente como gananciales, de manera que los actos dispositivos realizados sobre ellos con sujeción al régimen de tales bienes sean definitivamente inatacables (es evidente la posibilidad de impugnar esos actos si a posteriori se demuestra que los bienes eran realmente privativos del cónyuge del confesante y éste no prestó su consentimiento a la enajenación, como sucede en el supuesto regulado por el artículo 1.389 del Código Civil). Adviértase en este mismo sentido cómo el propio Reglamento Hipotecario, a la hora de fijar los términos de la inscripción de tales bienes, y a diferencia del criterio seguido en otros casos –cfr. sus artículos. 93.1 y 95.1–, se abstiene de exigir su calificación en el asiento como privativos o gananciales, limitándose a ordenar que se inscriban a favor del cónyuge favorecido por la confesión, con expresión de esta circunstancia (cfr. artículo 95.4), produciéndose una cierta indeterminación registral en lo relativo a la titularidad de ese bien (aunque circunscrita al ámbito matrimonial y posibilitada por obvias consideraciones prácticas).

4. En tales circunstancias, la toma de posición sobre las exigencias del embargo del bien confesadamente privativo por deudas contraídas unilateralmente por el cónyuge confesante –sean o no, también deudas de la sociedad–, resulta ardua. De entender que a dichos bienes ha de aplicarse íntegramente el régimen de los gananciales en tanto no se acredite su privatividad –y sin perjuicio de las consecuencias inherentes a una justificación a posteriori de este extremo– el artículo 1.373 del Código Civil, posibilita la anotación pretendida si mediere la notificación del embargo al cónyuge favorecido por la confesión, aún cuando la demanda se haya dirigido sólo contra el confesante. En tal caso habrá de reconocerse que aquél no sólo puede hacer valer la opción contemplada en dicho

precepto sino también la interposición de la correspondiente tercería de dominio, y que en caso de no interponerse esta última, la enajenación alcanzada siempre quedará amenazada de ineficacia si se demuestra en el procedimiento al efecto iniciado contra el adjudicatario, que el bien era efectivamente privativo (cfr. artículos 593 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

5. Junto a estos inconvenientes no faltan consideraciones que aconsejan rechazar esa posición. En primer lugar, ha de reconocerse que la aplicación del artículo 1.373 del Código Civil al supuesto ahora considerado es cuando menos discutible. En efecto, esta norma permite el embargo de bienes comunes por deudas contraídas sólo por un cónyuge, pero no porque se presuponga la afectación de aquellos al pago de éstas (y porque se estime que para hacer efectiva tal afectación basta con que sea demandado y condenado el cónyuge que la contrajo), sino a pesar de reconocer que en tal supuesto los bienes comunes no tienen responsabilidad alguna por la deuda que se trata de hacer efectiva (advértase que el artículo 1.373 del Código Civil está considerando las deudas propias de un cónyuge) y con el único objetivo de compaginar el derecho de los acreedores privativos de un cónyuge a agotar todas las vías posibles para el cobro de sus deudas aunque para ello tengan que realizar el contenido económico que a su deudor corresponde en el patrimonio común –esto es, imponer su disolución para poder proceder contra los bienes que puedan adjudicarse en la liquidación–, con la posibilidad del otro cónyuge de asegurar la subsistencia del régimen económico del matrimonio.

Desde esta perspectiva se hace ostensible lo inapropiado de la aplicación del artículo 1.373 del Código Civil al supuesto ahora considerado. Por una parte, si ya es excepcional que por las deudas propias de un cónyuge se permita a su

acreedor embargar directamente bienes ajenos a su patrimonio privativo (cfr. artículo 1.911 del Código Civil), más lo será que por deudas totalmente ajenas al patrimonio común se permita al acreedor de un cónyuge trabar bienes que los titulares de ese patrimonio manifiestan públicamente que no forman parte de él y así lo consignan en el instrumento de publicidad de las titularidades inmobiliarias, es decir en el Registro de la Propiedad. Por otra parte, la solución prevista en el artículo 1.373 del Código Civil se manifiesta poco coherente con el supuesto ahora considerado, pues, frente a la alternativa que aquél concede al cónyuge del deudor (optar por tolerar el embargo o imponer la sustitución de la traba con disolución del régimen ganancial), la disyuntiva que ahora se abre a dicho cónyuge es la de elegir entre la tercería de dominio o pedir directamente la disolución del consorcio, pues, en tal caso, como la liquidación es competencia exclusiva de los cónyuges –sin perjuicio de lo previsto en el artículo 1.083 del Código Civil– y éstos no incluirán en el activo del patrimonio común el bien confesado, éste quedará ya libre de la traba. En tal caso, si el acreedor quiere proceder contra él no tendrá otras vías que demandar a ambos cónyuges para que se declare la ganancialidad del bien y de la deuda y se ejecute aquél en virtud del artículo 1.317 del Código Civil, o demandar al cónyuge deudor en su carácter de tal, y a ambos para que se declare la ganancialidad del bien y así poder proceder contra la parte de ese bien que corresponda al cónyuge deudor en la adición a la liquidación que resultará pertinente (cfr. artículo 1.079 del Código Civil).

6. Por último, no puede dejar de reconocerse que ante la indeterminación que se produce en la titularidad del bien confesadamente privativo, lo más respetuoso con el principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos

e intereses, con los principios registrales de tracto y salvaguarda judicial de los asientos del Registro de la Propiedad, y con las exigencias de seguridad del tráfico, sería adoptar la solución que garantizara suficientemente los derechos de todos los interesados tanto si el bien es efectivamente privativo como ganancial, lo que por otra parte aseguraría una posición inatacable de la ejecución.

7. Las consideraciones precedentes ponen de manifiesto que no es suficiente la mera notificación del embargo al cónyuge del deudor para poder trabar el bien confesadamente privativo en procedimiento seguido exclusivamente contra el confesante por deudas que contrajo unilateralmente. Por el contrario, debe demandarse a ambos cónyuges, dirigiendo contra cada uno pretensiones distintas, tal y como posibilita el artículo 538.2.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en línea con la solución adoptada por el artículo 144.2 del Reglamento Hipotecario, según el cual «cuando se trate de bienes inscritos conforme al número 4 del artículo 95 el embargo será anotable si la demanda se hubiera dirigido contra el cónyuge a cuyo favor aparezcan inscritos los bienes, sea o no el cónyuge deudor». A este precepto deberá atenderse el Registrador de la Propiedad, que debe observar las normas de rango reglamentario en tanto no resulte que fueren claramente contrarias a la norma legal que trata de desarrollar (cfr. artículo 1 del Código Civil).

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación de la Registradora en los términos que resultan de los anteriores pronunciamientos.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de

aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 4 de octubre de 2010.—La Directora General de los Registros y del Notariado, *María Ángeles Alcalá Díaz*.

RESOLUCIÓN de 15 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por el Presidente de la Diputación Provincial de Ourense, contra la negativa del registrador mercantil de Ourense, a inscribir la escritura de constitución de la sociedad «A. S. P. de A. e M. A., S. A.». («BOE» núm. 282 de 22 de noviembre de 2010.)

En el recurso interpuesto por don José Luis Baltar Pumar, en su calidad de Presidente de la Diputación Provincial de Ourense, contra la negativa del Registrador Mercantil de Ourense, don Andrés José Ylla García-Germán, a inscribir la escritura de constitución de la sociedad «A. S. P. de A. e M. A., S. A.».

HECHOS

I

Mediante escritura autorizada el 23 de diciembre de 2008 por la Notaria de Ourense, doña María Teresa Fernández Carrera, se constituyó la sociedad «A. S. P. de A. e M. A., S. A.».

II

Dicha escritura fue presentada en el Registro Mercantil de Ourense el 17 de febrero de 2009 y el 7 de marzo de 2009 fue objeto de la calificación que a continuación se transcribe, en lo pertinente, en su texto traducido del gallego al castellano por el mismo Registrador:

«... Fundamentos de Derecho (Defectos).

1. Denegada parcialmente la inscripción del objeto social contemplado en el art. 2 de los Estatutos, en cuanto a las siguientes expresiones:

“a) En general la realización de cualesquiera actividades directamente complementarias de las anteriores», por cuanto es contraria al principio de determinación del objeto social establecido en el art. 117.3 RRM. Así resulta de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de octubre de 1992, 15 de octubre de 1992 y 19 de junio de 1993, entre otras.

b) 2–La prestación del servicio de cooperación y asistencia se llevará a cabo, en cada caso, mediante la suscripción de convenios entre a Diputación Provincial de Ourense y las entidades locales interesadas, en los que se definirán las concretas acciones de cooperación y asistencia que se concierten o su régimen de financiación, de acuerdo, en todo caso, con los precios públicos que fije la Diputación Provincial para los distintos servicios de asistencia que se oferten”.

c) 3–En la ejecución de las actividades del objeto social comprendidas en el artículo 2.1, A., S. P. de M. A. de O. ostentará con respecto a Diputación Provincial de Ourense la posición jurídica de un concesionario de servicios públicos –concretamente, de los servicios públicos de asistencia e cooperación en las materias señaladas– correspondiéndole los derechos y obligaciones propios de dicha condición.

d) 4–En todo caso, se entenderá la prestación de los servicios de asistencia o cooperación tanto a los municipios individualmente considerados como a los agrupados a través de convenios o integrados en mancomunidades, consorcios o otras entidades de naturaleza asociativa. Igualmente podrán ser beneficiarias de las prestaciones de asistencia y coope-

ración las entidades locales menores, si es su caso.

En estos tres supuestos, no estamos ante la enumeración de actividades que deben constituir el objeto social, sino ante la descripción del modo concreto en que van a desarrollarse las actividades integrantes del objeto. Esta determinación es contraria a lo dispuesto en el art. 117.2 RRM, cuando dice que “No podrán incluirse en el objeto social los actos jurídicos necesarios para la realización o desarrollo de las actividades indicadas en él”. No obstante, podrá inscribirse parcialmente el objeto social, prescindiendo de tales expresiones si así se solicita, con arreglo al art. 63 RRM.

2. Denegada la inscripción del párrafo primero del art. 15 de los Estatutos sociales, en cuanto a la expresión “de los cuales tres serán a propuesta del capital privado y dos a propuesta de la Diputación Provincial, pudiendo recaer dicho nombramiento en miembros de la Diputación Provincial o personal o su servicio”. Este sistema es contrario al establecido en el art. 137 TRLSA, que establece que los miembros del Consejo se efectuará por votación. Es decir, los miembros del Consejo serán nombrados, en principio, por la Junta General por mayoría con arreglo a las reglas generales. No obstante, se permite que los Consejeros sean designados por el sistema proporcional, en virtud del cual “las acciones que voluntariamente se agrupen, hasta constituir una cifra del capital social igual o superior a la que resulte de dividir este último por el número de vocales del Consejo, tendrán derecho a designar los superando fracciones enteras, se deduzcan de la correspondiente proporción (art. 137.1 TRLSA”. Partiendo de que en la presente sociedad se establece un reparto del capital del 34 % para la Diputación y del 66 % para A., y de que el número de Consejeros es de 5, el sistema proporcional determinaría que a la

Diputación le correspondería designar un solo Consejero y a A., cuatro.

Ello porque el número de Consejeros es de cinco, y aplicando el sistema proporcional, corresponde nombrar un Consejero por cada 20 % del capital; teniendo en cuenta que el capital correspondiente a la Diputación es del 34 %, sólo le corresponde designar un Consejero, pues no alcanza el 40 % que necesitaría para designar dos.

Si se estableciese, por ejemplo un número de seis consejeros, correspondería nombrar un Consejero por cada 16,6 % del capital social; en tal caso, correspondería nombrar dos a la Diputación y cuatro a A.

Además, no pueden los Estatutos alterar el sistema proporcional en la designación de los Consejeros, estableciendo un número fijo que corresponda a uno u otro socio, con independencia del capital que ostente en la sociedad. Esta designación siempre debe ir ligada a la proporción entre el capital de cada socio y el número de Consejeros del Consejo de Administración.

3. Denegada la inscripción del art. 16, párrafo primero, en cuanto a la expresión «cesando en todo caso con la expiración del mandato corporativo -sean o no diputados- y continuando en funciones hasta la designación de los nuevos consejeros por la nueva Corporación que se constituya tras cada elección». Pues puede dar lugar a confusión, y no aclara si deben entenderse comprendidos todos los miembros del Consejo de Administración, o solamente los designados por la Diputación.

4. Denegada la inscripción de los arts. 19 y 20 de los Estatutos, en cuanto a la enumeración de las facultades del órgano de administración, y del Presidente, Vicepresidente y Secretario. Según el art. 124.4 RRM no podrán inscribirse en el Registro Mercantil las enumeraciones de facultades el órgano de administración

que sean consignadas en los Estatutos. Esta enumeración tendrá alcance meramente interno de la sociedad, sin que en ningún caso pueda perjudicar a tercero.

5. Denegada la inscripción del párrafo segundo del art. 28 de los Estatutos “No será necesario el acuerdo de la Junta General en los supuestos de disolución anticipada de la sociedad por resolución unilateral del contrato de gestión de servicios públicos, resolución que será acordada de modo unilateral y ejecutivo por la Diputación Provincial conforme con el procedimiento administrativo correspondiente, al amparo de lo dispuesto en la Ley de contratos de sector público”.

El art. 260.1 TRLSA establece, como causas de disolución, en su número 7 “cualquier otra causa establecida en los Estatutos”, por lo que la causa de disolución en sí es válida. Sin embargo, en el art. 262.1 TRLSA, se establece que “cuando concorra alguna de las causas previstas en los números 3.º, 4.º, 5.º, y 7.º del apartado 1 del art. 260, la disolución de la sociedad requerirá acuerdo de la Junta General, constituida con arreglo al art. 102”.

Y además, en el mismo art. 262 se prevé que, para el caso de que concurriendo causa de disolución, no se convoque la Junta General, no pueda adoptar el acuerdo o éste sea contrario a la disolución, cualquier interesado podrá solicitar la disolución judicial de la sociedad.

Tales previsiones son imperativas, y no pueden dejarse sin efecto mediante la introducción de una causa de disolución automática y ejecutiva. arts. 1.256 CC y 10 TRLSA.

6. Denegada la inscripción del párrafo 3.º del art. 29, en cuanto a la expresión “para la realización de la liquidación de la sociedad mercantil se contemplará, en primer lugar, la reversión a la Diputación Provincial de las obras e instalaciones afectas a los servicios públicos integrantes del objeto social que sean

propiedad de la sociedad, procediéndose a elaborar la liquidación del activo restante”.

Esta previsión es contraria al principio de responsabilidad patrimonial universal contemplado en el art. 1911 CC, en virtud del cual “del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros”, y vulnera la previsión establecida en el art. 277.2.1.^a TRLSA, que dispone que “los liquidadores no podrán repartir entre los socios el patrimonio social sin que hayan sido satisfechos todos los acreedores o consignado el importe de sus créditos” y en la regla 2.^a, según la cual “el activo resultante después de satisfacer los créditos contra la sociedad se repartirá entre los socios en la forma prevista en los Estatutos, o en su defecto, en proporción al importe nominal de las acciones”.

No se practica inscripción parcial, al no haberse solicitado. Art. 63 RRM.

En relación con la presente calificación...

Ourense, a 7 de marzo de 2009. El Registrador. Fdo. Andrés-José Ylla García-Germán».

III

El 7 de abril de 2009, don José Luis Baltar Pumar, en su calidad de Presidente de la Diputación Provincial de Ourense, interpuso recurso contra la anterior calificación (salvo respecto del fundamento de derecho 4 de la calificación, relativo a la denegación de la inscripción de los artículos de los Estatutos referidos a la enumeración de las facultades del órgano de administración), en el que alegó lo siguiente:

1.º) Respecto de la denegación de la inscripción del artículo 2.1.a), inciso último, de los Estatutos sociales, relativa a la expresión «en general, la realización de cualesquiera actividades directamente complementarias de las anteriores», no se

comparte el criterio negativo del Registrador, por cuanto lo que el artículo 117.3 del Reglamento del Registro Mercantil prohíbe es la inclusión en el objeto social de «la realización de cualesquiera otras actividades de lícito comercio ni emplearse expresiones genéricas de análogo significado». El artículo 2 de los Estatutos sociales de «A.» no alude a «cualquiera otras actividades de lícito comercio» sino a «cualquiera actividades directamente complementarias de las anteriores» (es decir, de las concretas actividades relacionadas en dicho artículo). Dicha expresión no es análoga a la prohibida por el artículo 117.3 del Reglamento del Registro Mercantil, ya que no se refiere a un género indeterminado de actividades mercantiles, sino exclusivamente a las que sean complementarias, y sólo de modo directo, de las enumeradas en el artículo 2 de los Estatutos, que poseen un alto grado de concreción. No existe, por tanto, la indeterminación prohibida por el del Reglamento del Registro Mercantil, por cuanto aquí hay un criterio preciso para la determinación de las actividades incluidas en el objeto social: sólo las que sean directamente complementarias de las que se enumeran en el apartado a. l) del artículo 2. Ese rasgo –la complementariedad directa, unido al alto grado de concreción del listado de actividades complementarias– elimina cualquier riesgo de indeterminación, y permite identificar de un modo preciso como incluidas en el objeto social todas aquellas actividades de carácter accesorio que complementen directamente las concretamente relacionadas en dicho apartado. Esta previsión nada tiene que ver con la de «cualquier actividad de lícito comercio» ni es análoga a esta, sino esencialmente diferente, por lo que entendemos que no procede la calificación negativa al respecto.

2.º) En relación con la denegación de la inscripción del artículo 2.2 de los Estatutos, el Registrador funda su negativa en

lo dispuesto en el artículo 117.2 del Reglamento del Registro Mercantil, que expresamente prohíbe la inclusión en el objeto social de «los actos jurídicos necesarios para la realización o desarrollo de las actividades indicadas en él». El artículo 2.2, sin embargo, no incurre en dicha prohibición, por la sencilla razón de que el artículo 2.2 no regula ni describe en ningún momento el objeto social. En efecto, la descripción del objeto social de «A.» se agota con lo establecido en el artículo 2.1. El artículo 2.2, en cambio, se refiere al marco jurídico de realización del servicio de asistencia a municipios en materia de aguas y medio ambiente (no a su contenido, aspecto que se regula en el artículo 2.1) estableciendo que la prestación de dicho servicio se realizará mediante la suscripción de convenios entre la Diputación y las entidades locales interesadas en los que se concretarán las distintas acciones de cooperación y asistencia y su régimen de financiación. Con ello, se está definiendo estatutariamente el marco jurídico en que se desarrollarán las actividades del objeto social, pero en modo alguno se está definiendo el contenido de dicho objeto social. Como el propio Registrador Mercantil reconoce, «no estamos ante la enumeración de actividades que deben constituir el objeto social, sino ante la descripción del modo concreto en que van a desarrollarse las actividades integrantes del objeto». Ahora bien, lo que el artículo 117.2 del Reglamento del Registro Mercantil prohíbe no es la inscripción de esa descripción o estipulación de condiciones jurídicas, perfectamente lícitas, del funcionamiento de la empresa, sino el que se incluyan actos jurídicos en el objeto social, y esto último no se hace en ningún momento, porque, insistimos, no se está diciendo en ningún momento que esos convenios de colaboración (que ni siquiera serán realizados por la sociedad, sino por uno de sus socios, la Diputación) formen parte del objeto social; simplemente, se está regulando una

cuestión diferente (aunque relacionada con el objeto social), a través de una regulación estatutaria que es perfectamente lícita e inscribible, toda vez que no contradice ninguna ley ni vulnera ningún principio configurador de la sociedad anónima, siendo por tanto inscribible de conformidad con lo dispuesto en los artículos 114.1.4.º en relación con el 114.2 del Reglamento del Registro Mercantil.

3.º) Respecto de la inscripción del artículo 2.3, el Registrador la deniega por la misma razón que en el caso del artículo 2.2. Nuevamente, el artículo 2.3 no pretende regular el objeto social, sino únicamente precisar la posición jurídica de la sociedad con respecto a la Diputación, asignándole el carácter de un concesionario de servicios públicos, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 182 del Reglamento General de contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (norma que es de aplicación al contrato de sociedad de referencia, ya que se trata de un contrato de sociedad mixta que constituye una modalidad de contrato administrativo de gestión de servicios públicos, dato éste sobre el que volveremos más adelante y que resulta imprescindible para una cabal comprensión, en toda su complejidad jurídica, del acto de constitución de la sociedad que nos ocupa). A mayor abundamiento, hay que destacar que esta previsión estatutaria no hace sino cumplir lo dispuesto en el artículo 308.2 de la Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración Local de Galicia, que, con respecto a las sociedades mercantiles de capital parcialmente público para la gestión de servicios locales prescribe que «los Estatutos sociales delimitarán el carácter de empresa mixta en cuanto órgano gestor de un servicio público»; norma de la que se desprende que los Estatutos, en este apartado, no hacen sino cumplir con una disposición especial de la legislación de régimen local para este tipo de sociedades.

En suma, en este caso al igual que en el anterior no se infringe el artículo 117.2 del Reglamento del Registro Mercantil, porque ni siquiera se regula el objeto social; en cambio, se introduce una regulación estatutaria perfectamente lícita e inscribible, conforme a los artículos 114.1.4.º y 114.2 del Reglamento del Registro Mercantil, y además obligada, conforme al artículo 308.2 de Administración Local de Galicia.

4.º) Por lo que se refiere a la denegación de la inscripción del artículo 2.4 de los Estatutos, no se trata de un supuesto de inclusión de actos jurídicos en el objeto social. Simplemente, se aclara que el servicio de cooperación y asistencia del que es concesionaria la sociedad mixta creada no sólo tiene por destinatarios a los ayuntamientos de la provincia, sino también a las mancomunidades, consorcios y demás entidades locales de naturaleza asociativa. Con ello, ni se describe acto jurídico alguno ni se regula el objeto social sino que simplemente se regula un aspecto del peculiar estatuto jurídico de esta sociedad, incluyendo una determinación lícita e inscribible conforme a los artículos 114.1.4.ª y 114.2 del Reglamento del Registro Mercantil.

5.º) En cuanto a la denegación de la inscripción del artículo 15, párrafo 1.º de los Estatutos sociales, el Registrador Mercantil comete un error en la interpretación del contenido del mismo, ya que éste en ningún momento vulnera el sistema de elección por votación previsto en el artículo 137 de la Ley de Sociedades Anónimas. En efecto, lo que el artículo 15, párrafo 1.º, de los Estatutos establece son las siguientes reglas: en primer lugar, los cinco miembros del Consejo serán elegidos por la Junta General; en segundo lugar, esa elección de miembros se realiza, en el caso de tres consejeros, a propuesta del socio privado «A.», y en el caso de los otros dos, a propuesta del socio público, la Diputación Provincial. Es decir: lo único que se re-

parte entre los socios es la facultad de designar candidatos, pero no la de elegir a los miembros del Consejo, elección que corresponde a la Junta General y que, naturalmente, sólo puede hacerse tras una votación (en la que cada socio tiene un número de votos equivalente a su porcentaje de capital social, conforme dispone el artículo 10.1 de los Estatutos). De este modo, sería perfectamente posible que la Diputación Provincial propusiese dos candidatos pero que la Junta General no los eligiese, si en la votación correspondiente no se aprobase tal elección. Ni la Diputación ni «A.» eligen a los consejeros: únicamente proponen candidatos a dicha elección, pero ésta se realiza por la Junta General y por votación, dándose así perfecto cumplimiento a la previsión del artículo 137 de la Ley de Sociedades Anónimas. Conviene subrayar que lo que el 137 establece es, exclusivamente, el sistema de elección de los consejeros; nada se dispone respecto a la designación de candidatos a dicha elección, lo que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 10 de la misma Ley, habilita a introducir una regulación estatutaria como la contenida en los Estatutos de «A.»

6.º) Respecto de la denegación de la inscripción del artículo 16 de los Estatutos sociales, no se comparte la apreciación del Registrador, puesto que creemos que dicho artículo es muy claro, al señalar que cesarán todos los miembros del Consejo cuando expire el mandato corporativo. El citado precepto estatutario no hace excepciones, y señala con claridad que «los consejeros serán nombrados por un plazo máximo de cuatro años, cesando en todo caso con la expiración del mandato corporativo –sean o no diputados–». En todo caso, es preciso insistir en que los consejeros no son elegidos por la Diputación Provincial en ningún caso, sino por la Junta General de la sociedad. Es forzoso reconocer que la dicción del inciso final de este artículo 16 puede prestarse a confusión, en la medida en

que alude a que los consejeros cesantes continuarán en funciones «hasta la designación de los nuevos consejeros por la nueva Corporación que se constituya tras cada elección»; es obvio que, pese a su defectuosa redacción, esta norma no se refiere a la elección de los consejeros por la Diputación –una previsión así sería absurda, además de ilegal– sino a la participación del representante de la nueva Corporación electa en la Junta General que elige los consejeros. En todo caso, el sentido de la norma, pese a esta imprecisión, es suficientemente claro, y no constituye causa suficiente para la denegación de su inscripción registral.

7.º) En relación con la denegación de la inscripción de los artículos 19 y 20 de los Estatutos sociales, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 124.4 del Reglamento del Registro Mercantil, esta parte nada tiene que oponer, ya que obviamente la norma es clara en cuanto a que el contenido de este artículo no es inscribible; sin perjuicio de que su inclusión sea perfectamente lícita y se considere necesaria a efectos de organización interna de la sociedad.

8.º) Respecto de la denegación de la inscripción del artículo 28, párrafo 2.º, de los Estatutos sociales, es obvio que esta norma contradice lo dispuesto en el artículo 262.1 Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. Sin embargo, entendemos que lo que sucede en este caso es que el artículo 262.1 texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas sencillamente no es de aplicación, al hallarse desplazado por la normativa especial del contrato de gestión de servicios públicos mediante sociedad mercantil mixta, que como se expondrá prevalece sobre las disposiciones de la legislación mercantil. Por todo ello, el artículo 28, párrafo 2.º, de los Estatutos sociales es perfectamente ajustado a Derecho, y que la calificación negativa efectuada por el Registrador parte de un error fundamental en cuanto a la naturaleza jurídica del

presente contrato de sociedad, ya que, insistimos, no se trata de un contrato mercantil de sociedad, sino de un contrato administrativo de sociedad mixta para la gestión de servicios públicos, lo que determina la aplicación preferente de las normas de la Ley de Contratos del Sector Público sobre disolución de contratos, normas sobre las que la legalidad del artículo 28, párrafo 2.º, de los Estatutos tiene su asiento y que desplazan en su aplicación, en cuanto puedan contradecirlas, a las normas mercantiles contenidas en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

9.º) En lo referente a la denegación de la inscripción del artículo 29, párrafo 3.º, de los Estatutos sociales, cuando se estableció esta previsión no existía voluntad alguna de minorar el derecho de los posibles acreedores sociales en caso de liquidación de la sociedad. En realidad, esta norma estatutaria se introdujo como un desarrollo concreto de la previsión contemplada en el artículo 259 Ley de Contratos del Sector Público, que establece que «cuando finalice el plazo contractual, el servicio revertirá a la Administración, debiendo el contratista entregar las obras e instalaciones a que esté obligado». En este sentido, la previsión estatutaria se refiere exclusivamente a «obras e instalaciones afectas a los servicios públicos», las cuales, por su propia naturaleza –en tanto que bienes de dominio y servicio público– se hallan fuera del comercio, y no responden, por ello, de las deudas sociales. De no ser así, las infraestructuras propias del servicio público podrían acabar en manos privadas, con mengua del interés general protegido por la Ley.

IV

El Registrador formó expediente que, en unión de su preceptivo informe mediante escrito de 5 de mayo de 2009, remitió a este Centro Directivo para su

resolución. En dicho informe se hace constar que de dicho recurso se dio traslado a la Notaría autorizante, que no formuló alegaciones en plazo legalmente previsto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 9 b), 124, 127 ter, 129, 133, 137, 138, 140, 147, 260, 262.1, 277.2 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas; 20 del Código de Comercio; 17 bis de la Ley del Notariado; 1.911 del Código Civil; 308.2 de la Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración Local de Galicia; 259 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público; 7, 117 y 178 del Reglamento del Registro Mercantil; 143, 145, 147 y 148 del Reglamento Notarial; y las Resoluciones de esta Dirección General de 5 de abril y 1 de septiembre de 1993, 11 de diciembre de 1995, 14 de julio de 2006 y 23 de septiembre de 2008.

1. Mediante la escritura cuya calificación ha motivado el presente recurso, se constituye una sociedad anónima por dos socios, uno de los cuales es la Diputación Provincial de Ourense que suscribe acciones representativas del 34 % del capital social.

El Registrador Mercantil deniega la inscripción de determinadas disposiciones de los Estatutos sociales respecto del objeto social, composición del Consejo de Administración, duración del cargo de los Consejeros, causas de disolución de la sociedad y liquidación de la misma, en los términos que a continuación se analizan.

2. En relación con el objeto social, se deniega la inscripción de determinadas expresiones contenidas en los apar-

tados 1, 2, 3 y 4 del artículo 2 de los Estatutos sociales, relativo al objeto social.

A) El Registrador rechaza la inscripción del inciso por el que, después de expresar determinadas actividades, se incluye en el objeto social «En general, la realización de cualesquiera actividades directamente complementarias de las anteriores». Fundamenta su negativa en que, a su juicio, dicho inciso es contrario al principio de determinación del objeto social consagrado en el artículo 117 del Reglamento del Registro Mercantil, cuyo apartado tercero prohíbe incluir en el objeto «la realización de cualesquiera actividades de lícito comercio», u otras «expresiones genéricas de análogo significado».

Respecto de tal extremo, conviene recordar la doctrina de este Centro Directivo sobre el alcance de la prohibición contenida en el referido precepto reglamentario (cfr., entre otras anteriores, las Resoluciones de 14 de julio de 2006 y 23 de septiembre de 2008).

La trascendencia que el objeto social tiene tanto para los socios y administradores, como para los terceros que entren en relación con la sociedad (cfr. artículos 124, 127 ter, 129, 133, 147 y 260.3 de la Ley de Sociedades Anónimas), justifica la exigencia legal de una precisa determinación del ámbito de actividad en el que debe desenvolverse la actuación del nuevo ente, si bien la diversa composición cualitativa que puede adoptar el patrimonio social posibilita la dedicación de la sociedad a una multitud de actividades económicas absolutamente dispares, siempre que estén perfectamente delimitadas.

El Reglamento del Registro Mercantil (artículo 117) exige que el objeto social se delimite «determinando las actividades que lo integran»; y especifica el contenido de esa determinación mediante una doble limitación: a) no pueden incluirse en el objeto «los actos jurídicos necesari-

rios para la realización o el desarrollo de las actividades indicadas en él»; y b) en ningún caso podrán incluirse como parte del objeto social «la realización de cualesquiera otras actividades de lícito comercio ni emplearse expresiones genéricas de análogo significado». La primera prohibición se justifica por una evidente razón de claridad: si las facultades representativas de los administradores se extienden a todos los actos comprendidos en el objeto social (artículo 129 de la Ley de Sociedades Anónimas) esa representación abarca todos los actos expresivos de la capacidad de obrar de la sociedad, por lo cual la farragosa enumeración de actos jurídicos debe proscribirse por innecesaria. La segunda limitación se fundamenta en que esa clase de fórmulas («cualquiera otras actividades de lícito comercio», a las que a veces se añadía, en una vieja cláusula de estilo, el giro «acordadas por la Junta General») convertía el objeto en indeterminado y genérico.

Ahora bien, tal exigencia legal y reglamentaria no puede implicar que una redacción de las disposiciones estatutarias definitorias del objeto social como la ahora cuestionada por el Registrador haya de ser rechazada. Así, este Centro Directivo admitió, en Resolución de 5 de abril de 1993, la frase relativa a «todas las actividades relacionadas con...», cuando la inmediata referencia anterior a cierto género de actividad -la compra y venta de vehículos- delimitaba suficientemente el ámbito de la actividad social. Y otra Resolución, la de 11 de diciembre de 1995, consideró inscribible la disposición respecto de un objeto que comprendía la fórmula «... y demás actividades relacionadas con la industria turística», por entender que la exigencia de determinación precisa y sumaria de las actividades integrantes del objeto no se oponía a la utilización de términos que comprendan una pluralidad de actividades. Pero la más relevante a los efectos que ahora inte-

resan es la de 1 de septiembre de 1993, que ante una cláusula estatutaria que determinaba el objeto social como «la compraventa al por mayor y menor de todo tipo de mercaderías con cuantas operaciones sean preparatorias, auxiliares, accesorias o complementarias de tales actividades» la rechazó por no estar definidas las actividades principales constitutivas del objeto social, pero afirmó terminantemente que la prohibición derivada del artículo 117 del Reglamento del Registro Mercantil no podría entenderse vulnerada por la frase cuestionada si –como acontece en el supuesto fáctico del presente recurso– las actividades principales han sido antes delimitadas de modo suficiente para fijar con claridad el ámbito de la actividad social. Y ello porque esta previa y precisa delimitación de las actividades principales que, en su caso, habrían de ser complementadas por otras, conjura ya todo riesgo de inducir a terceros a error sobre el objeto social.

Consiguientemente, la expresión controvertida del subapartado a.1) del artículo 2.1 de los Estatutos sociales no puede entenderse contraria a las exigencias de determinación derivada del mencionado precepto reglamentario.

B) Los apartados 2, 3 y 4 del artículo 2 de los Estatutos sociales son rechazados por el Registrador por resultar, a su juicio, contrarios a la prohibición contenida en el artículo 117.2 del Reglamento del Registro Mercantil de que en el objeto social se incluyan «los actos jurídicos necesarios para la realización o desarrollo de las actividades indicadas en él» y, por ende, al principio de determinación del objeto social consagrado en el artículo 117.1 del Reglamento del Registro Mercantil.

En relación con estos tres apartados, la propia entidad recurrente reconoce que no contienen la delimitación o descripción del objeto social, sino que se limitan a precisar ciertos aspectos relacionados

con el modo de desarrollar alguna de las actividades comprendidas en el objeto (suscripción de convenios entre la Diputación Provincial y otras entidades locales), con la forma jurídica que pueden adoptar las entidades locales destinatarias de los servicios prestados por la sociedad o con la posición jurídica –de concesionaria de servicios públicos– que está llamada a ocupar ésta en el desenvolvimiento de su actividad con relación a la Diputación Provincial.

Siendo esto así, tiene razón el Registrador al señalar en su calificación que su inclusión en el artículo estatutario dedicado a la delimitación del objeto social resulta inapropiada y contraviene las exigencias derivadas del artículo 117.2 del Reglamento del Registro Mercantil que, como ha quedado expuesto en el anterior fundamento de derecho de la presente Resolución, se justifica en evidentes razones de claridad.

3. Respecto de la composición del Consejo de Administración, el Registrador deniega la disposición estatutaria según la cual «El órgano de gestión y representación permanente de la sociedad será el Consejo de Administración, formado por cinco miembros elegidos por la Junta General, de los cuales tres lo serán a propuesta del capital privado y dos a propuesta de la Diputación Provincial, pudiendo recaer dicho nombramiento en miembros de la Diputación Provincial o personal a su servicio». A su juicio, esta disposición es contraria a la norma de sistema proporcional en la elección de los miembros del Consejo de Administración, establecido en el artículo 137 de la Ley de Sociedades Anónimas, porque no se respetan en el presente caso las proporciones legalmente fijadas, habida cuenta de la inicial composición del capital social.

A juicio de la entidad recurrente, el precepto estatutario cuestionado se limita a atribuir al socio privado y a la Diputa-

ción Provincial la facultad de proponer candidatos para el cargo de Consejero, correspondiendo ulteriormente la elección a la Junta General, que podría aceptar o rechazar las propuestas realizadas.

Cualquiera que sea la interpretación que se haga del pacto controvertido, debe ser rechazada su inclusión en los Estatutos sociales. En efecto, si lo que establece es un sistema proporcional de elección de los Consejeros, contraviene el artículo 137 de la Ley de Sociedades Anónimas. Si, por el contrario, previene únicamente la facultad de los socios de hacer propuestas de candidatos para el cargo de Consejero con carácter vinculante para la Junta, les estaría atribuyendo el derecho a designar un miembro del Consejo, cualquiera que sea el número y valor nominal de las acciones, así como el capital social de la compañía, que altera el principio legal de adopción de acuerdos por mayoría en el seno de la Junta General. Finalmente, si lo que establece es la mera facultad de los socios para realizar tales propuestas sin carácter vinculante para la Junta, los términos de dicha disposición estatutaria no se ajustan a la exigencias de claridad y precisión en la redacción del título inscribible y de los asientos registrales, habida cuenta de los efectos que la ley les atribuye (cfr. artículos 17 bis de la Ley del Notariado; 143, 145, 147 y 148 del Reglamento Notarial; 20 del Código de Comercio, y 7 del Reglamento del Registro Mercantil).

4. Según el primer párrafo del artículo 16 de los Estatutos sociales, «Los consejeros serán nombrados por un plazo máximo de cuatro años, cesando en todo caso con la expiración del mandato corporativo –sean o no diputados– y continuando en funciones hasta la designación de los nuevos consejeros por la nueva Corporación que se constituya tras cada elección».

El Registrador deniega la inscripción de tal disposición estatutaria porque, a su juicio, «puede dar lugar a confusión, y no aclara si deben entenderse comprendidos todos los miembros del Consejo de Administración, o solamente los designados por la Diputación».

Aun dejando al margen el hecho de que, como ha quedado expresado en el anterior fundamento de derecho, la designación de los Consejeros no corresponde a la Corporación provincial sino a la Junta General de la sociedad (con las excepciones de lo establecido legalmente sobre sistema de representación proporcional y cooptación –artículos 137 y 138 de la Ley de Sociedades Anónimas–), debe confirmarse en este punto la calificación impugnada, toda vez que de la redacción del pacto estatutario cuestionado surge la duda razonable sobre el alcance del mismo respecto de todos los Consejeros o únicamente en relación con los designados a propuesta de la Diputación Provincial. De este modo, debe concluirse que tampoco cumplen los mínimos presupuestos de claridad y precisión en la redacción del título inscribible y de los asientos registrales.

5. También deniega el Registrador la inscripción de la previsión estatutaria según la cual «No será necesario el acuerdo de la Junta General en los supuestos de disolución anticipada de la sociedad por resolución unilateral del contrato de gestión de servicios públicos, resolución que será acordada de modo unilateral y ejecutivo por la Diputación Provincial conforme con el procedimiento administrativo correspondiente, al amparo de lo dispuesto en la Ley de contratos de sector público».

Fundamenta tal rechazo en que, a su juicio, resulta contraria a normas imperativas de la Ley de Sociedades Anónimas, pues del artículo 262 de dicha Ley resulta que la disolución de la sociedad requiere en tales casos acuerdo

de la Junta General o, en su defecto, resolución judicial.

Debe confirmarse la calificación respecto de tales extremos.

No puede confundirse el contrato administrativo de gestión de servicios públicos (que se rige por la normativa administrativa correspondiente) con el negocio constitutivo de una sociedad mercantil y en todo caso con los Estatutos sociales como norma reguladora de su funcionamiento, respecto de la cual opera la normativa societaria. Nada obsta a que se convenga la celebración del segundo como instrumento para cumplir o ejecutar el primero, pero, en tal caso no puede soslayarse el hecho de que del contrato de sociedad ha nacido un nuevo sujeto de Derecho –la sociedad–, con su personalidad jurídica propia –autónoma e independiente de la de quienes sean sus socios en cada momento–, con vocación de permanencia y estabilidad y sujeta a las determinaciones del Derecho societario y, entre ellas, las comprendidas en los artículos 260 y siguientes de la Ley de Sociedades Anónimas sobre las causas de disolución de la sociedad. El artículo 262.1 de dicha Ley establece taxativamente que la disolución de la sociedad por concurrir alguna de las causas de disolución previstas en los Estatutos sociales requiere el acuerdo de la Junta General constituida con arreglo al artículo 102 de la misma Ley.

Además, aun dejando al margen dicha norma legal imperativa, la inclusión en los Estatutos sociales de la causa de disolución discutida podría conducir al absurdo de que, por la esencial transmisibilidad de las acciones representativas del capital social –inherente al tipo de la sociedad anónima como paradigma de sociedad capitalista–, el ente público (Diputación Provincial) que es inicialmente socio dejase de serlo y, ya como tercero ajeno a la sociedad, su voluntad unilateral de resolver el contrato de gestión de

servicios públicos ocasionase la disolución y consiguiente pérdida de personalidad jurídica del nuevo sujeto de Derecho nacido del contrato mercantil de sociedad.

6. Por último debe decidirse si es o no inscribible el pacto estatutario según el cual «para la realización de la liquidación de la sociedad mercantil se contemplará, en primer lugar, la reversión a la Diputación Provincial de las obras e instalaciones afectas a los servicios públicos integrantes del objeto social que sean propiedad de la sociedad, procediéndose a elaborar la liquidación del activo restante».

Entiende el Registrador que esta disposición es contraria al principio de responsabilidad patrimonial universal contemplado en el artículo 1.911 del Código Civil y vulnera la previsión establecida en el artículo 277.2.1.^a de la Ley de Sociedades Anónimas, que prohíbe a los liquidadores repartir entre los socios el patrimonio social sin que hayan sido satisfechos todos los acreedores o consignado el importe de sus créditos y en la regla 2.^a del mismo precepto legal, según la cual «el activo resultante después de satisfacer los créditos contra la sociedad se repartirá entre los socios en la forma prevista en los Estatutos, o en su defecto, en proporción al importe nominal de las acciones».

También debe rechazarse la inscripción de esta previsión estatutaria, cualquiera que sea la interpretación de la misma: a) Si se entiende que debe producirse en favor de la Diputación Provincial la reversión de los bienes del patrimonio social que sirven al desarrollo de los servicios públicos integrados en el objeto social, semejante previsión resulta contraria al principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor y al derecho de los acreedores a cobrar sus créditos con preferencia respecto de los socios, como expresa el Registrador en su

calificación; b) Si se entiende que la referida reversión sólo ha de tener por objeto aquellos bienes que, en sentido técnico estricto, están «afectos» a los servicios públicos integrados en el objeto social, resulta improcedente el empleo de la expresión «que sean propiedad de la sociedad», por tratarse de bienes de dominio público. Esta reversión, por lo demás, es la contemplada en el artículo 259 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Esta Dirección General ha acordado estimar parcialmente el recurso, únicamente respecto de la disposición estatutaria examinada en el apartado A) del primer fundamento de derecho de esta Resolución y confirmar la calificación en los restantes extremos.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Mercantil de la provincia donde radica el Registro, en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, conforme a lo establecido en la disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, 27 de diciembre, los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 15 de octubre de 2010.–La Directora General de los Registros y del Notariado, *María Ángeles Alcalá Díaz*.

RESOLUCIÓN de 16 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por el notario de Santa Cruz de Tenerife don Alfonso-Manuel Cavallé Cruz, contra la negativa del registrador mercantil II de Las Palmas de Gran Canaria, a inscribir una escritura de apoderamiento. («BOE» núm. 282 de 22 de noviembre de 2010.)

En el recurso interpuesto por el Notario de Santa Cruz de Tenerife don Alfonso-Manuel Cavallé Cruz, contra la

negativa del Registrador Mercantil II de Las Palmas de Gran Canaria a inscribir una escritura de apoderamiento.

HECHOS

I

Mediante escritura autorizada el 3 de abril de 2009 por el Notario de Santa Cruz de Tenerife, don Alfonso-Manuel Cavallé Cruz, la sociedad «G. A. I. C., S. L.», confirió poderes a las siete personas que en dicha escritura se relacionan. Respecto de una de ellas (don C. C. P.), se especifica como domicilio determinado piso en Santa Cruz de Tenerife; en relación con otros tres apoderados se indica como domicilio el de «Aeropuerto de Gran Canaria, oficinas de Binter Canarias, parcela 9 del Zima, término municipal de Telde, Provincia de Las Palmas de Gran Canaria»; respecto de otros dos apoderados se expresa que tienen «domicilio en Aeropuerto de Gran Canaria, oficinas de Binter Canaria, parcela 9 del Zima»; y en cuanto al restante, se especifica que lo tiene «en Las Palmas de Gran Canaria, Aeropuerto de Gran Canaria, oficinas de Binter Canarias, parcela 9 del Zima».

II

Presentada dicha escritura en el Registro Mercantil número II de Las Palmas de Gran Canaria, fue calificada el 24 de abril de 2009 con la siguiente nota: «Registro Mercantil Las Palmas... El Registrador Mercantil que suscribe, previo el consiguiente examen y calificación, de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de derecho... Fundamentos de Derecho (defectos). 1. Aclarar término municipal donde radica el domicilio de los apode-

rados (excepto don C. C. P.), si es en Telde o en Las Palmas de Gran Canaria, al existir contradicción entre los consignados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38.1.5.º del RRM. 2. Se sugiere instancia suscrita por el presentante o interesado con firma legitimada notarialmente o ratificada ante el Registrador (art. 64.2 del R. R. M.). 3. El/los defecto/s anterior/es tiene/n la consideración de subsanable/s, no habiéndose tomado anotación preventiva de suspensión conforme al artículo 62.4 del Reglamento del Registro Mercantil por no haberse solicitado. Se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15.º del R. R. M. contando la presente nota de calificación con la conformidad del cotitular del Registro. En relación con la presente calificación...» (Sigue la indicación de la aplicación del cuadro de sustituciones y los posibles recursos, fecha y firma del Registrador).

III

El Notario autorizante interpuso recurso contra la anterior calificación, en el que alegó, en síntesis:

1. Que no le había sido notificada en forma la calificación efectuada por el Registrador Mercantil, si bien había tenido conocimiento de la misma por los propios interesados.

2. Que en la escritura calificada la otorgante concedió poder a varias personas con domicilio en el Aeropuerto de Gran Canaria (Aeropuerto de Gran Canaria, oficinas de Binter Canarias, parcela 9 del Zima, término municipal de Telde, provincia de Las Palmas de Gran Canaria), si bien por error en una de ellas se había consignado en la dirección del Aeropuerto como término municipal Las Palmas de Gran Canaria.

3. Que el artículo invocado en la nota como base del defecto no justificaba la suspensión acordada, dado que el Ae-

ropuerto de Gran Canaria es único, siendo un hecho notorio que radica en término municipal de Telde, como se repite varias veces en la escritura, por lo que no hay contradicción, sino simple error material, además intrascendente, ya que del conjunto del documento no cabe albergar duda razonable acerca de cual es el dato erróneo y cual el verdadero, no justificando tal error material la paralización del tráfico ni las incomodidades que se ocasionaban con la no inscripción. Citaba además en defensa de su postura el contenido de la Resolución de este Centro Directivo de 19 de julio de 2006, y otras que revocaba un exceso de rigor en los formalismos.

IV

El Registrador formó expediente que, en unión de su preceptivo informe (al que acompañaba una fotocopia de la comunicación de la calificación al fax del Notario autorizante en determinada fecha y con confirmación de su recepción), remitió a este Centro Directivo para su resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 322, 325, 326 y 327 de la Ley Hipotecaria; 45.1, 58 y 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; 107, 108 y 112 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social; artículo trigésimo cuarto de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad; la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos; el Real Decreto 1558/1992, de 18 de diciembre, de modificación de los Reglamentos Notarial e Hipotecario sobre colaboración entre las

Notarías y los Registros de la Propiedad para la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario; el Real Decreto 2537/1994, de 29 de diciembre por el que se modifican determinados artículos de los Reglamentos Notarial e Hipotecario sobre colaboración entre las Notarías y los Registros de la Propiedad para la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario; y las Resoluciones de 29 de octubre de 1984, de 19 de junio de 1990, 20 de julio de 1994, 4 de septiembre y 23 de diciembre de 1998, 26 de enero y 24 de noviembre de 1999, 17 de noviembre de 2000, 21 de noviembre y 13 de diciembre de 2001, 8 de abril de 2003, 12 y 27 de septiembre, y 15 de octubre de 2005, 6 y 19 de abril, y 26, 30 y 31 de mayo, y 17 y 19 (dos) de julio de 2006, 12 y 30 de mayo, 26 de junio, 19 de julio, 1 y 31 de octubre, 7, 13, 14, 15 y 19 de noviembre, y 1 y 16 de diciembre de 2007, 2 y 28 de febrero de 2008, 2 de marzo, 26 de mayo, 29 de julio y 1 de octubre de 2009, y 12 de enero de 2010.

1. Como cuestión formal previa, plantea el Notario recurrente que no ha recibido en forma la notificación de la calificación registral, mientras que el Registrador alega que ha realizado dicha notificación mediante telefax (adjunta a su informe mismo copia del que denomina «reporter» de determinada comunicación, por dicho medio, dirigida al número de telefax correspondiente al referido Notario).

2. Conforme al artículo 322 de la Ley Hipotecaria (según redacción resultante de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre), el Registrador de la Propiedad debe notificar la calificación negativa al Notario autorizante del título, en el plazo y la forma establecidos en dicho precepto legal, que establece que dicha notificación se efectuará conforme a los artículos 58 y 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

El referido artículo 59 de esta Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común dispone que las notificaciones «se practicarán por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción por el interesado o su representante, así como de la fecha, la identidad y el contenido del acto notificado».

Ciertamente, en vía de principio, el telefax no comporta estas garantías, toda vez que el recibo del mismo lo realiza el aparato emisor y no el receptor, sin que deje constancia de la recepción (que puede no haberse producido por otros motivos, como, por ejemplo, por ausencia de papel en dicho aparato receptor, inexistencia de persona que recoja el escrito, etc.) y sin que conste dato alguno sobre la persona que recoja la comunicación, ni la fecha y momento en que ésta es recogida.

Por ello, respecto de la regularidad de la notificación de la calificación negativa en relación con la fijación del día a quo del cómputo del plazo para la interposición del recurso –así como en relación con el inicio del plazo de prórroga del asiento de presentación– (cfr. artículo 323 de la Ley Hipotecaria), este Centro Directivo (cfr., por todas, las Resoluciones de 12 de mayo, 19 de julio, 14 de noviembre y 1 de diciembre de 2007 y 28 de febrero de 2008, entre otras citadas en los «Vistos» de la presente) ha puesto de relieve reiteradamente que el telefax no es medio idóneo de notificación de la calificación negativa.

Es cierto que el propio artículo 322 de la Ley Hipotecaria establece que será válida la notificación practicada por vía telemática si el interesado lo hubiere manifestado así al tiempo de la presentación del título y queda constancia fehaciente. Se trata ésta de una disposición, redactada por la citada Ley 24/2001, concordante con el texto que entonces tenía el apartado 3 del artículo 59 de la Ley

30/1992 (con el siguiente texto: «Para que la notificación se practique utilizando medios telemáticos se requerirá que el interesado haya señalado dicho medio como preferente o consentido expresamente su utilización, identificando además la dirección electrónica correspondiente, que deberá cumplir con los requisitos reglamentariamente establecidos...»). Pero es también cierto que este último apartado fue derogado por la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos. Asimismo, la referida disposición del artículo 322 de la Ley Hipotecaria debe ser interpretada atendiendo no sólo a sus palabras sino también a su espíritu, al marco normativo resultante de reformas recientes y a la realidad de las comunicaciones entre Notarios y Registradores, en un ámbito en el que (ya desde lo establecido en los Reales Decretos 1558/1992, de 18 de diciembre, y 2537/1994, de 29 de diciembre) se ha venido impulsando el empleo y aplicación de las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y el ejercicio de sus competencias como funcionarios públicos (cfr. los artículos 107 y 108 de la Ley 24/2001, con las modificaciones introducidas por de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre; y, en otro ámbito, los artículos 45.1 de la Ley 30/1992; 230 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; y 162 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, redactado por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre; y las Resoluciones de 29 de julio y 1 de octubre de 2009, y 12 de enero de 2010).

No obstante, en el presente caso, el hecho de que el Notario reconozca que el contenido de la calificación ha llegado a su conocimiento, como lo demuestran, además, los términos en que ha interpuesto el recurso, tiene como consecuencia que el posible defecto formal en que se hubiera incurrido hubiera quedado sanado, conforme al artículo 58.3 de la Ley 30/1992.

3. Por lo que se refiere al fondo del asunto, se presenta a inscripción una escritura de apoderamiento conferido a varias personas en la que se expresa como domicilio el establecido en determinadas oficinas en el Aeropuerto de Gran Canaria (oficinas de Binter Canarias, parcela 9, del Zima), añadiéndose, respecto de tres apoderados, que está situado en «término municipal de Telde, Provincia de Las Palmas de Gran Canaria», y en relación con otro apoderado se indica, además de los mismos datos relativos a las oficinas en dicho Aeropuerto, que está «en Las Palmas de Gran Canaria».

El Registrador Mercantil suspende la inscripción de dicha escritura mientras no se aclare dónde radica el domicilio de los apoderados, por entender que existe contradicción en la circunstancia exigida por el artículo 38.1.5º del Reglamento del Registro Mercantil.

El Notario alega que se trata de un simple error material, toda vez que el Aeropuerto de Gran Canaria es único, siendo un hecho notorio que radica en término municipal de Telde, como se repite varias veces en la escritura. Por ello, considera que no está justificada la suspensión de la inscripción.

4. Según la reiterada doctrina de esta Dirección General (vid. Resoluciones citadas en los «Vistos», especialmente las de 17 y 19 de julio de 2006, 26 de junio de 2007, y 2 de marzo de 2009), el correcto ejercicio de la función calificadora del Registrador no implica, en vía de principio, que deba rechazarse la inscripción del documento presentado ante toda inexactitud del mismo cuando, de su simple lectura o de su contexto, no quepa albergar razonablemente duda acerca de cuál sea el dato erróneo y cuál el dato correcto.

En el presente caso, si se atiende al íntegro contenido de la escritura calificada, resulta con claridad suficiente que no existe propiamente contradicción en

la consignación del domicilio de los apoderados sino mero error material en la indicación del relativo a uno de ellos. En efecto, del contexto de la escritura autorizada resulta que las oficinas situadas en el Aeropuerto de Gran Canaria en las que se fija el domicilio de dicho apoderado están ubicadas en término municipal de Telde, sin que pueda entenderse contradicto por la referencia a «Las Palmas de Gran Canaria» que precede a la de dicho Aeropuerto (que ocupa superficie únicamente de los término municipales de Telde e Ingenio, ambos en la provincia de Las Palmas, en la isla de Gran Canaria).

La mera discrepancia a la que se refiere el Registrador en su calificación debe reputarse como error irrelevante (sin que pueda estimarse determinante la referencia de la escritura a «Las Palmas de Gran Canaria», pues el mismo Registrador se refiere -tanto en el encabezamiento de dicha calificación impugnada como en su informe- al Registro Mercantil de «Las Palmas», cuando la denominación oficial de dicho Registro incluye la indicación «Las Palmas de Gran Canaria», según el Real Decreto 172/2007, de 9 de febrero, por el que se modifica la demarcación de los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles).

Por ello, la indicada discordancia en la escritura no debería dar lugar en sí misma al recurso y puede ser fácilmente obviada, dada su escasa entidad, al practicar el Registrador la inscripción, sin necesidad incluso de que se subsane previamente en la forma establecida en el artículo 153 del Reglamento Notarial. Si se tiene en cuenta la indudable conveniencia del mantenimiento de la validez de los actos jurídicos en la medida en que no lesionen ningún interés legítimo, así como la necesidad de facilitar la fluidez del tráfico jurídico, evitando la reiteración de trámites costosos e innecesarios y que no proporcionan garantías adicionales, deberá convenirse en la improce-

dencia de elevar la discrepancia debatida a la categoría de defecto obstativo de la inscripción de la escritura calificada; todo ello sin perjuicio de la posibilidad y conveniencia de que, aun practicada la inscripción, el Notario autorizante, subsane dicho error, por propia iniciativa o a instancia de parte interesada, conforme al mencionado precepto reglamentario, para hacer coincidir los distintos extremos de la escritura calificada.

Por último, debe hacerse constar por este Centro Directivo que la calificación impugnada y la misma interposición del presente recurso por los motivos analizados revela una evidente falta de comunicación entre dos funcionarios –Notario y Registrador– que en nada beneficia al buen funcionamiento del sistema de seguridad jurídica preventiva, toda vez que la colaboración y la fluidez de relaciones entre los mismos es esencial para el normal y ágil desenvolvimiento del tráfico jurídico.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso, en los términos que resultan de los precedentes fundamentos de Derecho.

Contra esta resolución, los legalmente legitimados, pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Mercantil de la provincia donde radica el Registro, en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, conforme a lo establecido en la disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, 27 de diciembre, y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 16 de octubre de 2010.–La Directora General de los Registros y del Notariado, *M.ª Ángeles Alcalá Díaz*.

RESOLUCIÓN de 18 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto

por el Notario de Alboraya, don José María Cid Fernández, contra la negativa de la registradora de la propiedad interina n.º 16 de Valencia, a la inscripción de una escritura de dación en pago de deuda. («BOE» núm. 282 de 22 de noviembre de 2010.)

En el recurso interpuesto por el Notario de Alboraya, don José María Cid Fernández, contra la negativa de la Registradora de la Propiedad Interina de Valencia número 16, doña María del Carmen Soto de Prado Otero, a la inscripción de una escritura de dación en pago de deuda.

HECHOS

I

Se presenta en el Registro escritura otorgada el 25 de junio de 2009 ante el Notario de Alboraya, don José María Cid Fernández, por la que don J. E. C. S. y doña A. T. C. S., divorciados, reconocen adeudar a la entidad de crédito «C. de A. del M.» la cantidad de 177.694,95 euros por razón de un préstamo hipotecario, y, en pago de la deuda referida, ceden y transmiten a la acreedora la finca hipotecada, consistente en una vivienda que forma parte de un edificio en régimen de propiedad horizontal.

Respecto de la identificación de los cedentes, el Notario autorizante expresa lo siguiente: «... él con D.N.I./N.I.F. número ...-B y ella con Tarjeta de Residencia número ..., y con N. I. F. número X-...-F». Añade que los identifica «en la forma prevenida en la letra c) del artículo 23 de la Ley del Notariado».

Se une a la matriz la nota registral informativa a que se refiere el artículo 175 del Reglamento Notarial, en la que se expresa lo siguiente: «Titular C. S., J. E., X-...-A..., C. S., A. T., X-...-F..., totalidad del pleno dominio con sujeción a su ré-

gimen matrimonial conforme al artículo 92 R. H., por título de compraventa...».

Al referirse a la escritura de compraventa de 30 de diciembre de 2005 que sirve de título adquisitivo de los cedentes, el Notario autorizante de la escritura calificada añade lo siguiente: «En dicha escritura, don J. E. C. S. intervino bajo su anterior nacionalidad ecuatoriana..., con Tarjeta de Residencia y Trabajo y NIE número X-...-A, habiendo obtenido recientemente la nacionalidad española y adquirido el D.N.I./N.I.F. número ...-B, lo cual acredita con certificación literal del Registro Civil de Valencia, testimonio del cual incorporo a la presente». En dicha certificación consta la adquisición de la nacionalidad española por Resolución de esta Dirección General de 11 de marzo de 2008. Asimismo, figuran en tal documento del Registro Civil los datos correspondientes (fecha y lugar de nacimiento, nombre de los padres, entre otras circunstancias).

II

La Registradora suspende la inscripción mediante la siguiente calificación, que se transcribe sólo en lo referente al único defecto impugnado de los dos expresados en la misma: «Registro de la Propiedad de Valencia número dieciséis.– Carmen Soto de Prado Otero.– Título: Dación en pago.– Notario: José María Cid Fernández.– Notaría: Alboraya (Valencia).– Protocolo: 1300/09.– Fecha: 25/06/2009. Calificado el documento al que se hace referencia en el encabezado de la presente, que fue presentado por C. G. A., a las 15:00, del 25/06/2009, motivando el asiento 1986, del Diario 10, la Registradora que suscribe, ha resuelto no practicar el asiento solicitado en base a los siguientes hechos y fundamentos de derecho: Hechos 1) Se pretende la inscripción de una dación en pago en la que interviene como deudor y transmitente

don J. E. C. S., con número de D.N.I.-N.I.F. (...), constando inscrito en el Registro de la Propiedad la finca objeto de dicha hipoteca a nombre del mencionado titular, con N.I.E. número X-...-A. 2) Asimismo se solicita la inscripción de una cancelación de hipoteca... Fundamentos de derecho. 1) De la identificación que el Notario hace en el documento no se aprecia la correspondencia del mismo con la que figura como titular en el Registro de la Propiedad, con lo que no se respeta el principio de tracto sucesivo derivado del artículo 20 de la Ley Hipotecaria puesto que en el Registro figura como medio de identificación un número de D.N.I., mientras que ahora comparece con un número de N.I.E., por lo que existe la duda acerca de si la persona del titular registral es la misma que la que comparece en la escritura. (Artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51.9 del Reglamento Hipotecario y artículo 20 de la Ley Hipotecaria (principio de tracto sucesivo). 2) ... En consecuencia, de conformidad con el artículo 18 de la Ley Hipotecaria y concordantes del Reglamento, resuelvo suspender la inscripción solicitada por el siguiente motivo: – Falta acreditar la identidad entre el citado deudor-transmitente en el título aportado, y el titular registral. Contra la precedente nota... Valencia a nueve de septiembre del año dos mil nueve. La Registradora Interina Carmen Soto de Prado Otero».

Dicha calificación se notificó al Notario autorizante el 16 de septiembre de 2009.

III

El 13 de octubre de 2009, dicho Notario autorizante interpuso recurso contra la calificación únicamente en cuanto al primer defecto alegando: que si autorizó la escritura es que no tenía duda sobre la identidad del cedente, a pesar de estar ahora identificado por un D.N.I., como consecuencia de haber adquirido la na-

cionalidad española en el tiempo transcurrido entre la adquisición de la propiedad de la finca y la transmisión de la misma; que la misma Registradora reconoce la identidad al hablar en la nota del «mencionado titular»; que aunque la Registradora expresa que «en el Registro figura como medio de identificación un número de D.N.I., mientras que ahora comparece con un número de N.I.E.», en realidad, ocurre lo contrario, ya que primero compareció con un N. I. E., al ser de nacionalidad ecuatoriana, y luego compareció con un D.N.I. español, al haber adquirido la nacionalidad española; que coincide el nombre actual de don J. E. C. S. con el que tenía cuando ostentaba la nacionalidad ecuatoriana, por lo que no hay duda de la identidad de la persona, coincidiendo también el nombre de la esposa compareciente en ambas escrituras; que en la escritura se cumplen por tanto, los requisitos establecidos en los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento; y que se incorpora en la escritura un certificado del Registro Civil en el que consta el cambio de nacionalidad de don J. E. C. S., aun cuando no se hace constar cuál es su actual documento de identidad, ni el que ostentaba anteriormente.

IV

La Registradora emitió su preceptivo informe y elevó el expediente a esta Dirección General mediante escrito de fecha 21 de octubre de 2009.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 9, 18, 20 y 38 de la Ley Hipotecaria; 1, 17 bis y 23 de la Ley del Notariado; 1218 del Código Civil; 51.9 del Reglamento Hipotecario; 156 y 187 del Reglamento Notarial; así como las Resoluciones de esta Dirección General de 2 de octubre de 2003, 26 de

marzo de 2004, 6 de junio de 2006 y 5 de junio de 2007.

1. Para la resolución del presente recurso son relevantes los siguientes hechos:

a) Se presenta para su inscripción una escritura otorgada el 25 de junio de 2009 por la que los dueños de determinada finca (don J. E. C. S. y doña A. T. C. S., divorciados) reconocen adeudar a una entidad de crédito determinada cantidad por razón de un préstamo hipotecario, y, en pago de la deuda referida, ceden y transmiten a la acreedora la finca hipotecada. Respecto de la identificación de los cedentes, el Notario autorizante expresa lo siguiente: «... él con D.N.I./N.I.F. número ...-B y ella con Tarjeta de Residencia número ..., y con N.I.F. número X-....-F». Añade que los identifica «en la forma prevenida en la letra c) del artículo 23 de la Ley del Notariado».

Se une a la matriz la nota registral informativa a que se refiere el artículo 175 del Reglamento Notarial, en la que se expresa lo siguiente: «Titular C. S., J. E., X-...-A..., C. S., A. T., X-...-F..., totalidad del pleno dominio con sujeción a su régimen matrimonial conforme al artículo 92 R. H., por título de compraventa...».

Al referirse a la escritura de compraventa de 30 de diciembre de 2005 que sirve de título adquisitivo de los cedentes, el Notario autorizante de la escritura calificada añade lo siguiente: «En dicha escritura Don J. E. C. S. intervino bajo su anterior nacionalidad ecuatoriana..., con Tarjeta de Residencia y Trabajo y N.I.E. número X-...-A, habiendo obtenido recientemente la nacionalidad española y adquirido el D.N.I./N.I.F. número ...-B, lo cual acredita con certificación literal del Registro Civil de Valencia, testimonio del cual incorporo a la presente». En dicha certificación consta la adquisición de la nacionalidad española por Resolución de esta Dirección General de 11 de marzo

de 2008. Asimismo, figuran en tal documento del Registro Civil los datos correspondientes (fecha y lugar de nacimiento, nombre de los padres, entre otras circunstancias).

b) La Registradora suspende la inscripción porque, a su juicio, de la identificación del señor cedente «... que el Notario hace en el documento no se aprecia la correspondencia del mismo con la que figura como titular en el Registro de la Propiedad, con lo que no se respeta el principio de tracto sucesivo derivado del artículo 20 de la Ley Hipotecaria puesto que en el Registro figura como medio de identificación un número de D.N.I., mientras que ahora comparece con un número de N.I.E., por lo que existe la duda acerca de si la persona del titular registral es la misma que la que comparece en la escritura. (Artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51.9 del Reglamento Hipotecario y artículo 20 de la Ley Hipotecaria (principio de tracto sucesivo))».

c) El Notario autorizante recurre con base en los argumentos reseñados en el apartado III de los «Hechos» de la presente Resolución.

2. Como ha puesto de relieve este Centro Directivo (cfr., por todas, las Resoluciones de 2 de octubre de 2003, 26 de marzo de 2004 y 5 de junio de 2007), en nuestra legislación la identificación de los comparecientes en los instrumentos públicos se encomienda al Notario, que habrá de realizarla por los medios establecidos en las leyes y reglamentos (artículo 23 de la Ley del Notariado). El Registrador, por su parte, debe comprobar que la identidad del otorgante así determinada coincida con la del titular registral por lo que resulte de los asientos del Registro, dados los efectos de la inscripción, especialmente respecto de la legitimación y fe pública registral (cfr. artículos 9.4.^a y 18 de la Ley Hipotecaria, y 51.9.^a del Reglamento Hipotecario).

Por el valor que la ley atribuye al instrumento público, es presupuesto básico para la eficacia de éste la fijación con absoluta certeza de la identidad de los sujetos que intervienen, de modo que la autoría de las declaraciones contenidas en el instrumento quede establecida de forma auténtica, mediante la individualización de los otorgantes. Por ello, el artículo 23 de la Ley del Notariado, como requisito esencial de validez del instrumento público, impone al Notario autorizante la obligación de dar fe de que conoce a las partes o de haberse asegurado de su identidad por los medios supletorios establecidos en las leyes y reglamentos.

Al «dar fe de conocimiento» o «dar fe de la identidad» de los otorgantes (cfr., respectivamente, artículos 23 y 17 bis de la Ley del Notariado), el Notario no realiza propiamente una afirmación absoluta de un hecho sino que emite un juicio de identidad, consistente en la individualización del otorgante bien por conocerlo el Notario (es decir, por llegar a tener la convicción racional de que es la persona que dice ser y por tal es tenido en la vida ordinaria, de suerte que se trata de un juicio de notoriedad sobre su identidad), o bien por la identificación mediante documentos u otros medios supletorios legalmente establecidos («comparatio personarum»); así resulta especialmente en algunos supuestos en que el Notario se asegure de la identidad de las partes mediante la verificación subjetiva que comporta un juicio de comparación de la persona del compareciente con los datos, fotografía y firma que figuran en el documento que sirve para su identificación –cfr. apartados «c» y «d» del artículo 23 de la Ley del Notariado–).

En todo caso, la denominada fe de conocimiento o fe de identidad de los otorgantes que compete al Notario, aunque se trata de un juicio por éste formulado es un juicio que, por su trascendencia, es tratado por la Ley como si fuera un hecho.

Así resulta no sólo de los artículos 1218 del Código Civil y 1 de la Ley del Notariado, sino también del artículo 17 bis, apartado b), de esta última, introducido mediante la Ley 24/2001, según el cual, «Los documentos públicos autorizados por Notario en soporte electrónico, al igual que los autorizados sobre papel, gozan de fe pública y su contenido se presume veraz e íntegro de acuerdo con lo dispuesto en esta u otras leyes».

El juicio sobre la identidad del otorgante que corresponde, exclusivamente y bajo su responsabilidad, al Notario queda amparado por una presunción legal sólo susceptible de impugnación en vía judicial. Por ello, el Registrador no puede revisar en su calificación ese juicio que compete al Notario. Cuestión distinta es que la eventual discrepancia entre los datos de identificación que constan en el instrumento y los que figuran en el asiento registral haya de ser calificada por el Registrador como defecto que impida la inscripción. Ahora bien, no es que en cualquier caso de discordancia, por ligera que ésta sea, deba acreditarse al Registrador la identidad del otorgante, sino que, por el contrario, habida cuenta de la especial eficacia que la Ley atribuye a ese juicio notarial sobre dicha identidad y de los limitados medios que el Registrador puede tomar en cuenta al realizar su calificación, conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria, sólo podrán oponerse a la inscripción del título aquellas discrepancias que, respecto de los asientos registrales, tengan suficiente consistencia.

Por ello, en el presente caso, el juicio que sobre la identidad del otorgante ha emitido el Notario bajo su responsabilidad (con necesidad de tener en cuenta, al hacerlo, determinadas circunstancias determinantes de la debida identificación, como son las que resulten del título adquisitivo previo, en el que figuran datos identificativos que pueden ser contrastados por el Notario; o las que figuran en la certificación del Registro Civil incorpo-

rado a la escritura) debe prevalecer frente a la duda que plantea la Registradora.

Esta Dirección ha acordado estimar el recurso interpuesto en los términos que resultan de los anteriores fundamentos.

Contra esta resolución, los legalmente legitimados, pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 18 de octubre de 2010.–La Directora General de los Registros y del Notariado, *M.ª Ángeles Alcalá Díaz*.

RESOLUCIÓN de 19 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por el Notario de Albuñol, don José Eduardo Garrido Mora, contra la negativa de la registradora de la propiedad accidental de Albuñol, a inmatricular una finca con base en escritura de aportación a la sociedad de gananciales. («BOE» núm. 282 de 22 de noviembre de 2010.)

En el recurso interpuesto por el Notario de Albuñol, don José Eduardo Garrido Mora, contra la negativa de la Registradora de la Propiedad accidental de Albuñol, doña María Cristina Palma López, a inmatricular una finca con base en escritura de aportación a la sociedad de gananciales.

HECHOS

I

Mediante escritura autorizada por el Notario de Albuñol, don José Eduardo Garrido Mora, el día 12 de diciembre

de 2008, don A. M. M. aportó a la sociedad de gananciales que rige su matrimonio con doña M. D. M., una finca sita en Sorvilán, no inmatriculada en el Registro de la Propiedad. En la misma fecha se requirió a dicho Notario para la tramitación de acta de notoriedad complementaria de título público, a fin de obtener la inmatriculación de la finca en el Registro de la Propiedad, al amparo de los artículos 199 letra b y 205 de la Ley Hipotecaria y concordantes del Reglamento Notarial. Dicha acta fue concluida mediante otra autorizada por el mismo Notario el día 23 de enero de 2009.

II

Presentadas dichas escritura y actas en el Registro de la Propiedad de Albuñol el día 13 de octubre de 2009, el día 29 de octubre de 2009 la Registradora de la Propiedad interina emitió calificación en la que señala un único defecto subsanable, consistente en que el título de aportación de la sociedad de gananciales carece de aptitud para ser un título traslativo y por tanto inmatriculador de los que exige el artículo 205 de la Ley Hipotecaria, con base en los siguientes argumentos:

El negocio jurídico de aportación a la sociedad de gananciales, cuya terminología comenzó a utilizarse por la legislación fiscal en el ámbito del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales desde 1980, ha sido admitido por la Dirección General como inscribible, pero no constituye título inmatriculador, ya que su efecto consiste en que determinados bienes que pertenecen privativamente a una persona casada bajo el régimen de gananciales pasan de tener un determinado status jurídico-patrimonial (el de bienes privativos) a tener otro diferente (el de gananciales) pero sin cambiar de dueño. Se puede decir que estamos ante un negocio de fijación o calificación, pero carente de efectos traslativos.

El artículo 1355 del Código Civil no puede fundamentar la eficacia traslativa del negocio jurídico de aportación, pues parte del presupuesto previo de la adquisición a un tercero, anterior al acuerdo de atribución de ganancialidad y en el caso que nos ocupa estamos ante el mero acuerdo sin transmisión anterior.

En términos generales se puede decir que la aportación a una sociedad en fase de constitución posterior implica una transferencia del socio a la sociedad con base en la personalidad jurídica de la misma y su autonomía patrimonial. Pero la sociedad de gananciales carece de personalidad jurídica. Se trata de una comunidad germánica y por lo tanto sin cuotas, por lo que ni siquiera se puede decir que cambie de dueño una mitad de la finca.

La nota fue notificada al presentante del documento y al Notario autorizante el día 11 de noviembre de 2009.

III

Mediante escrito de fecha 13 de noviembre de 2009, el Notario autorizante interpuso recurso contra la anterior calificación, exponiendo diversos argumentos a favor de la consideración de la aportación a la sociedad de gananciales como título traslativo y por tanto inmatriculador a efectos del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, que pueden sintetizarse así:

1. Que por título traslativo debe reputarse todo aquel que provoca un desplazamiento entre patrimonios, como sucede en este caso.
2. Que la doctrina así lo reconoce mayoritariamente, como también reiteradas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado.
3. Que la naturaleza contractual de las atribuciones de ganancialidad obliga al cumplimiento de los requisitos de título y modo.

4. Que la aportación a la sociedad de gananciales produce un cambio de titularidad patrimonial, que se refleja en la modificación del cambio del régimen de administración y disposición, así como su régimen de responsabilidad.

5. Que la existencia de desplazamiento patrimonial es independiente de que la sociedad de gananciales carezca de personalidad jurídica.

6. Que fiscalmente es un acto exento pero sujeto al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, y tal sujeción se fundamenta precisamente en la existencia de transmisión patrimonial.

7. Que las únicas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que han denegado la inmatriculación de una aportación se han basado en el uso fraudulento de la misma como título previo, pero no en su falta de carácter traslativo.

8. Que la Resolución de la Dirección General de 8 de junio de 2009 ha admitido como título inmatriculador la disolución de condominio, por lo que con mayor razón debe admitirse la aportación a la sociedad de gananciales.

IV

Con fecha 19 de noviembre de 2009, la Registradora emitió su informe en el que se ratificó en su calificación y elevó el expediente a esta Dirección General.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 609, 1255, 1261, 1274 a 1277, 1323 y 1355 del Código Civil; 3, 9, 199 y 205 de la Ley Hipotecaria; 51, 193 y 298 del Reglamento Hipotecario; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de marzo y 14 de abril de 1989, 7 y 26 de octubre de 1992, 11 de junio de 1993, 28 de mayo de 1996,

15 y 30 de diciembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 21 de julio de 2001, 17 de abril de 2002, 12 de mayo, 12 de junio y 18 de septiembre de 2003, 30 de julio de 2005, 11 de marzo y 22 de junio de 2006, 21 de mayo y 6 de junio de 2007, 8 de junio de 2009, y 29 y 31 de marzo de 2010.

1. Se plantea en el presente recurso si cabe o no inmatricular una finca en el Registro de la Propiedad mediante título público de su adquisición, complementado con acta de notoriedad, conforme a los artículos 199.b) y 205 de la Ley Hipotecaria, cuando aquel título es una escritura de aportación de dicho inmueble a la sociedad de gananciales del aportante.

En esencia, la Registradora suspende la inscripción solicitada porque, a su juicio, la aportación a la sociedad de gananciales es un negocio de fijación o calificación jurídica, inscribible pero carente de efectos traslativos.

2. Respecto de la aportación a la sociedad de gananciales, es doctrina reiterada de este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 10 de marzo y 14 de abril de 1989, 7 y 26 de octubre de 1992, 11 de junio de 1993, 28 de mayo de 1996, 15 y 30 de diciembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 21 de julio de 2001, 17 de abril de 2002, 12 de junio y 18 de septiembre de 2003, 22 de junio de 2006, 6 de junio de 2007, y 29 y 31 de marzo de 2010) que los amplios términos del artículo 1323 del Código Civil posibilitan cualesquiera desplazamientos patrimoniales entre los cónyuges y, por ende, entre sus patrimonios privativos y el consorcial, siempre que aquéllos se produzcan por cualquiera de los medios legítimos previstos al efecto –entre los cuales no puede desconocerse el negocio de aportación de derechos concretos a una comunidad de bienes no personalizada jurídicamente o de comunicación de bienes como categoría autónoma y diferenciada con sus propios elementos y características–. Estos desplaza-

mientos patrimoniales se someterán al régimen jurídico determinado por las previsiones estipuladas por los contratantes dentro de los límites legales (arts. 609, 1255 y 1274 del Código Civil) y subsidiariamente por la normativa del Código Civil.

En todo caso, han de quedar debidamente exteriorizados y precisados en el título inscribible los elementos constitutivos del negocio de aportación por el que se produce el desplazamiento entre los patrimonios privativos y el consorcial, y especialmente su causa, que no puede presumirse a efectos registrales (vid. arts. 1.261-3.º y 1.274 y siguientes del Código Civil). Ello no impide que dicha especificación causal del negocio haya de ser interpretada en sus justos términos. A tal efecto será suficiente que se mencione la onerosidad o gratuidad de la aportación o que la misma resulte o se deduzca de los concretos términos empleados en la redacción de la escritura, interpretados en el contexto de la finalidad que inspira la regulación de los referidos pactos de atribución de gananciales tendentes a ampliar el ámbito objetivo del patrimonio consorcial, para la mejor satisfacción de las necesidades de la familia, en el marco de la relación jurídica básica –la de la sociedad de gananciales, cuyo sustrato es la propia relación matrimonial–.

La especificación de la causa es imprescindible para acceder a la registración de cualquier acto traslativo, tanto por exigirlo el principio de determinación registral, como por ser presupuesto lógico necesario para que el Registrador pueda cumplir con la función calificadora, y después practicar debidamente los asientos que procedan (vide arts. 9 de la Ley Hipotecaria, y 51 y 193.2 del Reglamento Hipotecario) que, por cierto, consisten en una inscripción propiamente dicha. Este último dato permite asimismo diferenciar la aportación a la sociedad de gananciales de otros actos no traslativos que afectan al

régimen de los bienes del matrimonio y que pueden hacerse constar por medio de una simple nota marginal (vide art. 95.6 del Reglamento Hipotecario).

3. Respecto de la virtualidad inmatriculadora de la aportación a la sociedad de gananciales, frente a la objeción expresada por la Registradora debe tenerse en cuenta que, aun dejando al margen el análisis de las diversas teorías sobre la naturaleza jurídica de dicho negocio, lo cierto es que comporta un verdadero desplazamiento patrimonial de un bien privativo de uno de los cónyuges a la masa ganancial (constituida por un patrimonio separado colectivo, distinto de los patrimonios personales de los cónyuges, afecto a la satisfacción de necesidades distintas y con un régimen jurídico diverso). Dicho transvase patrimonial tiene indudables consecuencias jurídicas, tanto en su aspecto formal como en el material, en la medida en que implica una mutación sustancial de la situación jurídica preexistente, con modificación de los poderes de gestión y disposición que sobre el bien ostentaba previamente el aportante. Se trata de un negocio de tráfico jurídico que tiene innegable trascendencia respecto del régimen jurídico aplicable en relación con el bien aportado, especialmente en lo atinente a la capacidad para administrarlo y disponer del mismo. Según este criterio, debe estimarse que el negocio de aportación cumple el requisito de existencia de título público de adquisición a efectos inmatriculadores.

4. Por otra parte, en relación con la inmatriculación de fincas por título público al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria y concordantes, esta Dirección General ha constatado en múltiples ocasiones que dicha inmatriculación está facilitada en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que basta que el adquirente de una finca presente un título público donde conste su adquisición y se acredite la adquisición anterior de su transmitente mediante un documento auténtico.

Diversas Resoluciones de este centro Directivo (cfr. las dictadas entre el 26 y el 30 de julio de 2005, así como las de 11 de marzo de 2006 y 21 de mayo de 2007, entre otras) impidieron la inmatriculación de fincas cuando los títulos aportados podían considerarse como ficticios, pero la posibilidad de apreciar tal carácter ha de entenderse en sus justos términos, dentro de los cauces del procedimiento registral, pues habrán de ser el conjunto de circunstancias que concurran en cada caso –y muy especialmente el iter documental seguido– las que podrán llevar, en su caso, a la conclusión sobre la existencia de la fundada sospecha, y no una mera suposición o conjetura, de que la documentación haya sido elaborada ad hoc al sólo objeto de conseguir la inmatriculación. Mas, en el presente supuesto, no se han apreciado tales circunstancias.

En todo caso, tales excepciones no deben llevar a desvirtuar el carácter reglado del procedimiento de inmatriculación, de modo que con carácter general el Registrador ha de practicar las inscripciones solicitadas, siempre que se presenten títulos que cumplan los requisitos legalmente establecidos al efecto.

En este caso, la falta de título previo ha sido suplida mediante un acta notarial de notoriedad tramitada conforme al artículo 298 del Reglamento Hipotecario, por lo que no cabe hacer objeción alguna a este respecto.

Todas las Resoluciones de esta Dirección General que han denegado la inmatriculación del negocio de aportación (cfr., por todas ellas, la de 21 de mayo de 2007, que, por lo demás, afirma que «en el presente caso este Centro Directivo no prejuzga en modo alguno la validez sustantiva del pacto contenido en la escritura calificada») se han basado en que se buscaba con ello crear una documentación artificial con objeto de conseguir la inmatriculación, circunstancia que no puede apreciarse en el presente caso.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso, en los términos que anteceden.

Contra esta resolución, los legalmente legitimados, pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 19 de octubre de 2010.–La Directora General de los Registros y del Notariado, *M.^a Ángeles Alcalá Díaz*.

RESOLUCIÓN de 3 de noviembre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles de Almería, a inscribir determinados acuerdos sociales adoptados en junta general que constan en acta notarial. («BOE» núm. 282 de 22 de noviembre de 2010.)

En el recurso interpuesto por doña L. M. G., Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de la sociedad «R., S.L.», contra la negativa del Registrador Mercantil y de Bienes Muebles de Almería, don Gustavo Adolfo Moya Mir, a inscribir determinados acuerdos sociales adoptados en Junta General que constan en acta notarial.

HECHOS

I

Mediante acta calificada de presencia, instada ante el Notario de Almería, don Joaquín No Sánchez de León, el 9 de diciembre de 2008, don A. G. M. R., que afirma actuar como administrador único de la sociedad «R., S.L.», requirió a dicho Notario para que levantara acta de la

Junta General extraordinaria de la citada sociedad en el domicilio social el día 26 de diciembre de 2008.

Interesa dejar constancia de las siguientes circunstancias que figuran en dicha acta:

El Notario advierte en el momento del requerimiento inicial que el requirente no acredita su cargo de administrador.

Según la narración de hechos realizada por el Notario, en el momento inicial están presentes o representados socios cuya titularidad representa el 100% del capital social, si bien, el representante de uno de tales socios («S., S.L.»), con participaciones representativas del 16,20% del capital se limita a entregar determinada documentación y a ausentarse antes de que se declare constituida la Junta. En tal documentación se expresa: que mediante acta notarial de requerimiento de 7 de noviembre de 2008 (cuya copia se adjunta), la sociedad «S., S.L.» requirió al administrador único de «R., S.L.», para que convocara Junta General con inclusión de determinados asuntos en el orden del día; que no se convocó dicha Junta dentro del mes siguiente al requerimiento referido; que no se incluyó uno de los puntos del orden del día al que se había referido la solicitud; que, por ello, se ha visto obligado a solicitar judicialmente convocatoria de la Junta; y que la Junta convocada para su celebración el 26 de diciembre de 2008 está viciada de nulidad, por lo que tiene intención de impugnarla.

Entre otros acuerdos adoptados en la Junta General, se nombra administrador único a don I. A. M., quien aceptó el cargo.

El Presidente de la Junta General manifiesta que cuando realizó la convocatoria de aquélla como administrador único, no se incluyó por error involuntario uno de los puntos a los que había sido requerido por «S., S.L.», por lo que ahora accede a lo que según ese punto

del orden del día se solicitaba (autorización a cualquier socio para realizar a su costa una auditoría de cuantas de la sociedad de los últimos cuatro años) y, por si ese socio minoritario no considerase adecuada la presente autorización, se acuerda la convocatoria de nueva Junta General extraordinaria para el 22 de enero de 2009.

Se termina la narración de lo acontecido en la Junta General, expresándose que por tratarse de acta notarial no es necesaria la aprobación del acta de dicha Junta.

Después de la expedición –el 13 de enero de 2009– de la copia autorizada de la referida acta notarial figura extendida en la misma una diligencia de subsanación de dicha copia por cotejo con la matriz de fecha 10 de marzo de 2009 en la que se manifiesta por el Notario autorizante que dicha acta debe entenderse que es un acta notarial de la Junta General y extraordinaria; que ha verificado que dicha Junta fue convocada con los requisitos legales y estatutarios previstos; que una vez constituida la Junta, preguntó a los asistentes si existían protestas o reservas sobre las manifestaciones del Presidente relativas al número de los socios concurrentes y al capital presente, no existiendo ni reserva ni protesta alguna por parte de los socios; y que las manifestaciones que se vertieron en cuanto a los puntos del orden del día y su debate, son los que figuran reflejados en la diligencia unida al acta precedente.

Posteriormente fue autorizada, nueva acta, también calificada de presencia, por el mismo Notario, el 13 de enero de 2009, y en ella se procedió a narrar los hechos ocurridos en la Junta General extraordinaria de la sociedad recurrente celebrada el 22 de enero de 2009 (a la que asistieron todos los socios menos el minoritario antes mencionado), básicamente relativos al punto del orden del día que había sido omitido en el de la Junta Ge-

neral anterior a pesar de haber solicitado su inclusión el socio minoritario en orden a determinada información contable. En la copia autorizada figura una diligencia de cotejo con la matriz, de fecha 10 de marzo de 2009, de contenido idéntico al expresado en la anterior acta.

II

Presentada el 15 de enero de 2009 en el Registro Mercantil de Almería copia autorizada de la citada acta de 9 de diciembre de 2008, fue prorrogado el asiento de presentación, se retiró el título el 9 de febrero de 2009 y reintegrado el 18 de febrero, fue objeto de calificación negativa que a continuación se transcribe únicamente respecto del extremo que interesa en este recurso:

«Don Gustavo Adolfo Moya Mir, Registrador Mercantil de Almería, previo el consiguiente examen y calificación, de conformidad con los artículos 18.2 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes Hechos y Fundamentos de Derecho:

... 1. Constando presentado acta de requerimiento a los efectos del artículo 55 LSL, el documento presentado incumple el contenido del artículo 101 y 102 RRM. Al omitir un punto de la convocatoria solicitada por socio minoritario, se puede vulnerar el artículo 45.3 LSL (RDGRN 26-11-2007).

2. ...

En relación con la presente calificación:

Puede instarse la aplicación del cuadro de sustituciones...

Puede impugnarse directamente ante el Juzgado de lo Mercantil de esta capital...

Cabe interponer recurso en este Registro Mercantil para la Dirección General de los Registros y del Notariado...

Almería, a 9 de marzo de 2009.–El Registrador [Firma ilegible; existe un sello su nombre y apellidos].»

El mismo título fue reintegrado con diligencia de subsanación el 10 de marzo de 2009 y se acompañó copia autorizada del acta notarial de 13 de enero de 2009 relativa a la Junta General celebrada el 22 de enero. Tales documentos fueron objeto de la siguiente calificación el 16 de marzo de 2009:

«... calificada negativamente con fecha 9 de marzo de 2009: Subsiste la nota inicial de calificación de defecto sobre este mismo Asiento de presentación en cuanto que pretendiendo subsanar el defecto observado en la nota con el número 1, se observa que en la diligencia extendida por el Sr. Notario se sigue observando defecto de forma y por tanto incumple con los requisitos legales que determinan el artículo 45.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, vulnerándose en consecuencia el derecho del socio minoritario; por tanto la junta adolece de vicio de nulidad.

Dado que la calificación de documentos complementarios es mera confirmación de la inicial,..., contra la presente decisión de no estimar subsanado/s el/los defectos/s señalados/s en la nota de calificación anterior, no cabe más recurso y prórroga del Asiento que los derivados de dicha nota de calificación inicial».

III

Contra la anterior calificación doña L. M. G., Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de la sociedad «R., S.L.», interpuso recurso con las siguientes alegaciones:

Hubo un error en la redacción del orden del día de la Junta de 9 de diciembre de 2008, por lo que uno de los

extremos solicitados por el socio minoritario fue omitido en la convocatoria; error del que éste no pidió su subsanación al recibirla.

Por lo demás, se cumplieron todos los extremos de la convocatoria y fue aprobado en la Junta, previa deliberación, el extremo omitido. No obstante, fue nuevamente convocada Junta con dicho extremo como orden del día y nuevamente tratado en el misma y aprobado. Además, en la primera Junta se aprobó la reducción del capital a cero y aumento de 2.500.000 euros, habiendo mostrado el socio minoritario una actitud obstruccionista. Y se presentaron las actas para inscribir el único acuerdo inscribible, el nombramiento de nuevo administrador.

Respecto de la posible vulneración del artículo 45.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, a que se refiere la nota inicial, se han tratado en Junta General extraordinaria (como se ha indicado) todos los puntos del orden del día. La propia nota no revela defecto alguno pues indica que «se puede vulnerar» sin más fundamentación; y la Resolución que cita no tiene relación con dicha calificación.

La primera calificación está insuficientemente motivada y no especificaba con claridad de qué defecto se trataba, sin que fuera suficiente la cita de los artículos 101 y 102 del Reglamento del Registro Mercantil. Por ello, dicha calificación infringía los artículos 58.2.º, 62.3 y 62.4 de dicho Reglamento, así como el artículo 24 de la Constitución.

En la calificación de 16 de marzo de 2009 se expresa por el Registrador que se incumplen los requisitos del artículo 45.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, por lo que la Junta adolece de vicio de nulidad. Frente a este criterio cabe afirmar que el párrafo 2 del propio artículo 45.3 preceptúa cuál es el efecto o consecuencia jurídica del incumplimiento «total» por parte de los

administradores cuando establece que podrá realizarse la convocatoria por el Juez. Por ello, aunque se hubiera omitido algún punto del orden del día (y en este caso no se ha omitido como resulta de lo expresado y de la celebración de la segunda Junta el 22 de enero de 2009), dicha omisión no supone nulidad de la Junta. Además, la defensa de los socios minoritarios y el enjuiciamiento de los conflictos entre los socios corresponden a los jueces.

Por otra parte, el hecho de que no se haya celebrado la Junta General en el plazo de treinta días desde el requerimiento efectuado por el socio minoritario, no da lugar a la nulidad de la Junta celebrada (cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2001, Audiencia Provincial de Madrid de 30 de diciembre de 1993, Audiencia Provincial de Barcelona de 3 de enero de 1996 y Audiencia Provincial de Almería de 23 de julio de 2003). Además, según la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 1 de diciembre de 2004, la omisión de determinados puntos en el orden del día de la Junta, solicitados por el socio minoritario, no da lugar a la nulidad de los acuerdos adoptados en dicha Junta sino a la posibilidad de solicitar la convocatoria judicial, puesto que la situación sería análoga a la de falta de convocatoria de la Junta; y en el mismo sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Barcelona en Sentencia de 19 de abril de 2006.

IV

El Notario autorizante informó que no corresponde al Registrador velar por los intereses de los accionistas minoritarios mas allá de la práctica de la anotación preventiva del artículo 55 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; que a los tres meses de su práctica la misma caduca quedando libre la vía judicial; y que se dan los requisitos de ins-

cripción de cese y nombramiento de administrador.

V

El Registrador emitió informe y elevó el recurso a este Centro Directivo, en el que causó entrada el 20 de abril de 2009. En dicho informe manifiesta el Registrador que la única cuestión en la que centra su negativa a inscribir es la relativa a la omisión del punto del orden del día como causa de nulidad de la Junta, «sin entrar en si el Sr. Notario debió o no, en su momento, prestar su ministerio».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 45.3, 51, 55, 56 y 100 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; 115 y siguientes de la Ley de Sociedades Anónimas; 326 de la Ley Hipotecaria; 18.2 del Código de Comercio; 727 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 45.3, 51, 55, 94, 97, 101, 102, 112, 113, 142, 155, 157 y 194 del Reglamento del Registro Mercantil; la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2001; y las Resoluciones de esta Dirección General de 6 de julio y 14 de diciembre de 2004, y 27 de noviembre de 2007.

1. En el presente recurso son relevantes las siguientes circunstancias:

a) Un socio cuyas participaciones representan el 16,20% del capital de una sociedad de responsabilidad limitada solicitó al administrador único de la misma que convocara Junta General con inclusión de determinados asuntos en el orden del día y requiriera la presencia de Notario para que levantara acta de dicha Junta.

b) En la convocatoria de la Junta se omitió uno de los puntos del orden del día al que se había referido la solicitud (autorización a cualquier socio para realizar a su costa una auditoría de cuentas

de la sociedad de los últimos cuatro años). Respecto de tal extremo, en el acta notarial de la Junta, celebrada el 26 de diciembre de 2008, consta que el socio minoritario puso de relieve tal omisión y que, por ello, se ausentó de la reunión antes de que se declarase válidamente constituida, expresando aquél además su intención de impugnar los acuerdos de la Junta por entender que está viciada de nulidad. Asimismo, figura en el acta la manifestación del administrador único según la cual se produjo la referida omisión por error involuntario, razón por la que ahora accede a lo que se solicitaba según ese punto del orden del día (de modo que se acuerda autorizar al socio minoritario para llevar a cabo la referida auditoría) y, por si ese socio minoritario no considerase adecuada la presente autorización, se acuerda la convocatoria de nueva Junta General extraordinaria para el 22 de enero de 2009.

De la segunda Junta General referida (a la que asistieron todos los socios menos el minoritario antes mencionado) también se levantó acta notarial, en la que consta que se aprobó el acuerdo relativo a la información contable solicitada mediante el punto del orden del día que había sido omitido en la convocatoria de la Junta anterior.

c) En la primera Junta General se adoptó, entre otros acuerdos, el de cese del anterior administrador y nombramiento de un nuevo administrador único, que aceptó el cargo.

d) Presentadas las actas notariales de las respectivas Juntas Generales, el Registrador deniega la inscripción del cese y nombramiento de administrador porque, a su juicio, al omitirse un punto del orden del día de la convocatoria solicitada por el socio minoritario, se incumplen los requisitos establecidos en el artículo 45.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, vulnerándose el derecho

de dicho socio minoritario, y por ello la Junta adolece de vicio de nulidad.

e) El recurrente alega que la omisión referida no da lugar a la nulidad de los acuerdos adoptados en dicha Junta sino a la posibilidad de solicitar la convocatoria judicial (puesto que la situación sería análoga a la de falta de convocatoria de la Junta), lo que en este caso no sería necesario por haber sido subsanada dicha omisión.

2. Conforme al artículo 326 de la Ley Hipotecaria, el recurso deberá ceñirse exclusivamente a las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del Registrador. Por ello, y a la vista del presente expediente, en el que constan los términos en los que el Registrador mantiene su calificación después de haber sido presentada la impugnación de ésta, debe decidirse únicamente si el concreto defecto que el Registrador achaca a la convocatoria de la Junta General de la sociedad debe impedir o no la inscripción del acuerdo cuestionado, sin que, por otra parte, proceda analizar los requisitos que debe cumplir toda acta notarial de Junta General para que despliegue los efectos que le son propios conforme al artículo 55 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y a los artículos 101 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

3. Ciertamente el artículo 45.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada establece que necesariamente han de incluirse en el orden del día de la Junta General los asuntos respecto de los cuales así se hubiera solicitado por uno o varios socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social.

Esta norma articula un mecanismo de tutela de la minoría mediante, por una parte, la solicitud de la convocatoria de la Junta General, a una minoría de socios determinada en el mencionado precepto y, por otra, imponiendo a los administradores obligados a atender la solicitud,

una vez verificada la legitimación de la minoría, a incluir en el orden del día expresado en la solicitud.

Este segundo aspecto, es decir, la inclusión en el orden del día de los temas expresados por la minoría, es un elemento necesariamente anudado a la solicitud de convocatoria y tiene por objeto evitar que aun cumplida la solicitud, se sustraiga de la Junta General el debate sobre cuestiones que tenga interés tratar por la minoría. Ahora bien, el hecho de que se haya omitido en la convocatoria alguno de los asuntos a los que se refiere la solicitud del socio minoritario, en un caso como el presente, con las particulares circunstancias concurrentes, no implica que el Registrador Mercantil deba rechazar la inscripción de cualquiera de los acuerdos adoptados por la Junta. En efecto, habida cuenta del ámbito propio del procedimiento registral y del estrecho marco del recurso contra la calificación, debe entenderse que no se trata de una omisión de la que derive la nulidad patente de tales acuerdos, a falta de una norma como la establecida respecto de las sociedades anónimas en el artículo 97.4 de la Ley de Sociedades Anónimas (introducida por la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, en relación con el complemento de la convocatoria de la Junta). Además, debe tomarse en consideración que, mediante los acuerdos adoptados, fue acogida la pretensión que tenía por objeto el asunto omitido en el orden del día, y que, posteriormente se celebró una nueva Junta debidamente convocada para tratar del asunto previamente omitido.

Por otra parte, accediendo a la inscripción cuya práctica es objeto de debate en el presente recurso no se impediría la adecuada reacción de quienes se consideren con derecho a cuestionar la validez del nombramiento de que se trata, mediante la correspondiente acción de impugnación de los acuerdos cuya inscripción se ha solicitado, por defecto de con-

vocatoria de la Junta que los adoptó, cuyo conocimiento corresponde a los Tribunales (cfr. art. 56 de de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada en relación con los arts. 115 y siguientes de la Ley de Sociedades Anónimas), con la eventual solicitud de las medidas cautelares que en su caso pudieran adoptarse, entre ellas la anotación registral de la demanda o la resolución de suspensión de dichos acuerdos.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso, en los términos que anteceden.

Contra esta resolución, los legalmente legitimados, pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Mercantil de la provincia donde radica el Registro, en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, conforme a lo establecido en la disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, 27 de diciembre, y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 3 de noviembre de 2010.–La Directora General de los Registros y del Notariado, *M.ª Ángeles Alcalá Díaz*.

RESOLUCIÓN de 30 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Sevilla n.º 1, a inscribir una escritura de cancelación de hipoteca. («BOE» núm. 283 de 23 de noviembre de 2010.)

En el recurso interpuesto por la sociedad «P., S.A.», contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Sevilla número 1, don Juan José Pretel Serrano, a inscribir una escritura de cancelación de hipoteca.

HECHOS

I

Mediante escritura autorizada el 13 de mayo de 2009 por el Notario de Madrid don Alberto Navarro-Rubio Serres, el «B. E. C., S.A.» canceló la hipoteca en su día constituida sobre la finca registral n.º 19186 para garantizar determinado préstamo, «por no ser necesaria la garantía que implica la hipoteca para la seguridad de la deuda con ella garantizada... consintiendo que en el Registro de la Propiedad se haga constar esta cancelación mediante la inscripción correspondiente». Al siguiente día de la autorización, fue presentada telemáticamente al Registro de la Propiedad copia autorizada electrónica de dicha escritura, causando el asiento número 650 del Diario 50.

Con fecha 27 de mayo de 2009, dos apoderados del «B. E. de C., S.A.», debidamente identificados, solicitaron por escrito al Registrador que se tuviera por retirada la citada escritura (cuya copia telemática se había presentado al Registro).

El 19 de junio de 2009, se presenta telemáticamente al citado Registro, causando el asiento número 951 del Diario 50, copia autorizada electrónica de la escritura otorgada ante el Notario de Sevilla don Manuel García del Olmo y Santos el mismo día, y en cuya virtud el «B. E. C., S.A.» anulaba y dejaba sin efecto la escritura de cancelación inicialmente otorgada, toda vez que en mediante la misma dicha entidad «...procedió a cancelar indebidamente el préstamo hipotecario sobre la finca número 19.186 de Coria del Río...». Además, se expresa que el banco otorgante no era actual titular del crédito, por haberlo cedido mediante escritura otorgada ante el mismo Notario Sr. García del Olmo, el 28 de enero de 2008, y, por

tanto, no estaba legitimado para proceder a la citada cancelación. El día 1 de julio de 2009 se presenta en el Registro copia autorizada, en soporte papel, de dicha escritura de anulación con el documento acreditativo del pago del impuesto.

El 30 de junio de 2009, se aporta al Registro, por un presentante distinto del que se indicaba en la copia presentada telemáticamente, y luego retirada, copia autorizada en soporte papel de la escritura de cancelación otorgada en Madrid el citado 13 de mayo de 2009, con el documento acreditativo del pago del impuesto.

II

La escritura de cancelación de hipoteca fue objeto de la siguiente calificación, con fecha 24 de julio de 2009:

«... Fundamentos Jurídicos:

Primero.—Con arreglo al párrafo primero del artículo 18 de la L. H. los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas, la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas.

Segundo.—En el presente caso, ha de tenerse en cuenta el siguiente orden cronológico de presentación de documentos:

1. El día 14 de mayo de 2009, fue presentada telemáticamente copia autorizada electrónica del título que se califica.

2. Con fecha 27 de mayo de 2009 la copia autorizada electrónica fue retirada por la representación legal de «B. E. C., S. A.», a solicitud de los apoderados de la Entidad, don ... y doña

3. El 19 de junio de 2009 fue presentada telemáticamente, bajo el asiento número 951 del diario 50, copia autorizada electrónica de la escritura autorizada por el Notario de Sevilla don Manuel García

del Olmo y Santos el mismo día 19 de junio de 2009, número 1.620 de protocolo, por la que «B. E. C., S. A.», anula y deja sin efecto la escritura que ahora se califica, toda vez que según se manifiesta en tal escritura de anulación «...se procedió a cancelar indebidamente el préstamo hipotecario sobre la finca número 19.186 de Coria del Río, dado que no era actual titular del crédito y, por tanto no estaba legitimada para ello».

4. El 30 de junio de 2009 fue aportada, por M. A. F. G. copia autorizada en soporte papel de la escritura que ahora se califica, en unión del documento acreditativo del pago del impuesto.

5. El 1 de julio de 2009 fue aportada copia autorizada en soporte papel de la expresada escritura de anulación número 1.620 de protocolo, en unión del documento acreditativo del Impuesto.

Son varias, por tanto las cuestiones que se derivan de este peculiar «iter» documental que para su mayor claridad se exponen por separado.

Tercero.—La primera cuestión que se plantea es si es posible que el documento que ha accedido al Registro de la Propiedad de forma telemática puede ser retirado por los presentantes. En ningún precepto está contemplada esta posibilidad ni regulado el procedimiento de cómo ha de llevarse a cabo. Es verdad que no podrá producirse nunca una retirada de la documentación dado que el archivo electrónico permanece en la oficina registral, pero si tenemos en cuenta que en el procedimiento registral el presentante o interesado tiene derecho a retirar el documento sin otra nota que la expresiva de haber sido presentado (cfr. Artículos 18.2 de la L. Hipotecaria y 427 y siguientes de su Reglamento) y que cuando se trata de un procedimiento iniciado por presentación electrónica es principio esencial del mismo el de igualdad, con objeto de que en ningún caso el uso de medios electrónicos pueda implicar la existencia de res-

tricciones o discriminaciones para los ciudadanos que se relacionen con las Administraciones Públicas por medios no electrónicos, tanto respecto al acceso a la prestación de servicios públicos como respecto a cualquier actuación o procedimiento administrativo (artículo 4 de la Ley 11/2007, de 22 de Junio de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos), la conclusión a la que se llega es que la instancia en la que el presentante solicite que se lleve a cabo la paralización del procedimiento debe de considerarse equivalente a una retirada del documento presentado.

Cuarto.–De todo lo anterior, se deduce que la aportación que en soporte papel se ha hecho por una persona distinta de los presentantes originarios de la escritura de cancelación, aunque se haya hecho constar al margen del asiento de presentación que en su día se practicó por el acceso telemático de esa misma escritura, no puede producir el efecto de alterar o inmiscuirse en un procedimiento cuyos iniciadores del mismo habían solicitado expresamente que quedara paralizado mediante la solicitud de tener por retirada la escritura presentada, algo distinto de la solicitud de desistimiento (artículo 433 del Reglamento Hipotecario que obliga a tener en cuenta posibles intereses de terceros para su admisión). La preferencia de esta aportación de la escritura en soporte papel será, por lo tanto, la que venga determinada por su acceso al Registro (esto es, el día 30 de Junio) y no por la fecha en la que telemáticamente la cancelación se presentó por primera vez; es decir, su prioridad es posterior en once días a la de la copia telemática de la escritura de anulación de la cancelación de la hipoteca.

Quinto.–Lo anteriormente expuesto serviría para denegar la práctica de la cancelación solicitada por aplicación de los artículos 17 y 20 de la Ley Hipotecaria, pero además (si se entendiera otra cosa) debe tenerse en cuenta que el regis-

trador, para lograr un mayor acierto en la calificación y evitar asientos inútiles, puede y debe tener en cuenta, documentos afectantes a la finca o a su titular aunque se hayan presentado con posterioridad, siempre y cuando no se altere el principio de prioridad. Tal es el caso que nos ocupa en donde sin alterarse el principio de prioridad (v. lo dicho en el fundamento Cuarto) debe tenerse en cuenta la existencia de una escritura que anula aquella cuya inscripción ahora se rechaza.

Vistos los artículos citados y demás disposiciones de pertinentes aplicación:

El Registrador de la Propiedad que suscribe, de conformidad con los cotitulares del Registro de la Propiedad número Uno de Sevilla, Acuerda: 1.º Denegar el despacho del título hasta que no se subsanen los defectos apreciados. 2.º Notificar esta calificación en el plazo de diez días hábiles desde su fecha al presentante del documento y al Notario, de conformidad con lo previsto en los artículos 322 de la Ley Hipotecaria y 58 y 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Contra la presente calificación negativa los interesados podrán:...

El Registrador. Firma ilegible. Fdo. Juan José Pretel Serrano. Registrador de la Propiedad número Uno y Mercantil II de Sevilla».

III

La sociedad «P., S.A.», mediante apoderado, interpuso recurso contra la referida calificación por escrito presentado en el Registro de la Propiedad el 1 de octubre de 2009. En dicho escrito la recurrente alegó lo siguiente:

1.º Que dicha calificación le fue notificada el 1 de septiembre de 2009 (sin que en el informe del Registrador ni en el

expediente conste ninguna otra referencia a tal extremo).

2.º Que resulta insuficiente la motivación especificada por el Sr. Registrador, máxime tomando en consideración la radicalidad de los efectos producidos por esa calificación respecto del título presentado.

Que el interés o derecho legítimo puede consistir en la defensa de la legalidad y de la función registral de la que hablaba la STC 207/1999 de 11 de Noviembre cenando recordaba la dicción del art. 18 de la Ley Hipotecaria que obliga al Registrador a velar por la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas por lo que resulta de ellas y de los asientos del Registro, se hace por tanto necesario la defensa de la legalidad registral y de la función registral por parte del Registrador, al defender el interés abstracto de aquellos terceros anónimos que pueden verse afectados por actos o negocios de creación, declaración reconocimiento o modificación o extinción de derechos reales inmobiliarios.

Que el proceder del Registrador aboca al recurrente a una evidente indefensión, en un procedimiento reglado como es el registral, con una evidente vulneración del principio de prioridad, por lo que solicita de este Centro Directivo dictara resolución por la que proceda a inscribir el título cuyas despacho se ha denegado, consistente en la referida escritura pública de cancelación de hipoteca.

IV

Mediante escritos de 10 de noviembre de 2009, el Registrador de la Propiedad emitió su informe y elevó el expediente a este Centro Directivo (con registro de entrada el día 18 del mismo mes). En dicho informe se expresa que se solventaron determinadas incidencias procedimentales, y que se dio traslado del recurso al

Notario autorizante, sin que éste hubiera formulado alegaciones en el plazo legalmente previsto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 17, 18, 20, 38, 40, 149, 151, 249.1, 255 y 324 y siguientes de la Ley Hipotecaria; 108, 110 y 112 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre; 419, 421, 422, 427, 428 y 433 del Reglamento Hipotecario; y las Resoluciones de 11 de abril de 2000, 21 de septiembre de 2001, 3 y 23 de junio, y 19 de julio de 2003, 3 de agosto de 2004, 16 de octubre de 2006, 29 de enero y 16 de marzo de 2007, 23 de octubre de 2008, y 14 de abril y 9 y 11 de noviembre de 2009.

1. En el supuesto del presente recurso concurren las circunstancias siguientes:

a) El día 14 de mayo de 2009, se presenta telemáticamente en el Registro de la Propiedad copia autorizada electrónica de una escritura de cancelación de hipoteca otorgada el día anterior por determinada entidad de crédito (causa el asiento 650 del Diario 50).

b) El 27 de mayo de 2009 dicha entidad solicitó por escrito al Registrador que se tuviera por retirada la citada escritura.

c) El 19 de junio de 2009 se presenta telemáticamente al Registro (asiento 951 del Diario 50), copia autorizada electrónica de una escritura autorizada el mismo día, por la que la misma entidad de crédito, otorgante de la primera escritura, la dejaba sin efecto, toda vez que, según expresaba, «...procedió a cancelar indebidamente el préstamo hipotecario sobre la finca...». Además, se expresa que el banco otorgante no era actual titular del crédito, por haberlo cedido mediante escritura otorgada el 28 de enero de 2008, y, por tanto, no estaba legitimado para proceder a la citada cancelación. El día 1 de julio de 2009 se presenta en el Re-

gistro copia autorizada, en soporte papel, de dicha escritura de anulación con el documento acreditativo del pago del impuesto.

d) El 30 de junio de 2009, se aporta al Registro copia autorizada en soporte papel de la escritura de cancelación presentada en su día telemáticamente. El aportante es un presentante distinto del indicado en la copia

e) El 1 de julio de 2009, se aporta al Registro, en soporte papel, copia autorizada de la expresada escritura de anulación.

f) El Registrador deniega la práctica del asiento de cancelación porque, a su juicio, la aportación que en soporte papel se ha realizado por una persona distinta de los presentantes originarios de la escritura de cancelación, no puede producir el efecto de inmiscuirse en un procedimiento cuyos iniciadores habían solicitado expresamente que quedara paralizado, mediante la solicitud de tener por retirada la escritura presentada. Por ello, entiende que la preferencia de esta aportación de la escritura en soporte papel será la que venga determinada por su fecha de acceso al Registro y no por la presentación telemática inicial de la escritura de cancelación, siendo por tanto su prioridad posterior en once días a la de la presentación telemática de la escritura de anulación de la cancelación de la hipoteca. Además, considera que, para lograr un mayor acierto en la calificación y evitar asientos inútiles, el Registrador puede y debe tener en cuenta documentos afectantes a la finca o a su titular aunque se hayan presentado con posterioridad, siempre y cuando no se altere el principio de prioridad, lo que a su juicio ocurre en este caso, en el que, sin alterarse dicho principio, habrá de tenerse en cuenta la existencia de una escritura que anula aquella cuyo acceso al Registro ahora se rechaza.

2. Respecto del procedimiento registral que ha desembocado en la calificación impugnada, tiene razón el Registrador al entender que el hecho de que se haya presentado el título telemáticamente no puede impedir que se tenga por retirado a solicitud de los representantes de la entidad otorgante del mismo. En efecto, aun cuando la escritura sea presentada por vía telemática con firma electrónica reconocida del Notario autorizante conforme al artículo 112 de la Ley 24/2001, lo cierto es que dicha solicitud debe tener la consideración de retirada del título a la que se refieren el párrafo segundo del artículo 18 de la Ley Hipotecaria y los artículos 427 y siguientes de su Reglamento. Por ello, el asiento de presentación causado continúa en vigor durante el tiempo legalmente establecido y se produce la suspensión del plazo de calificación.

Hecha esta aclaración, debe determinarse la incidencia que, respecto del título presentado inicialmente por vía telemática, tienen tanto la posterior presentación de la escritura de rectificación para dejar sin efecto dicho título como la presentación ulterior, en soporte papel, de la escritura de cancelación de hipoteca objeto de dicha rectificación.

A tal efecto, debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 428 del Reglamento Hipotecario, según el cual, cuando el título presentado sea retirado para pago de impuestos, subsanación de defectos o por cualquier otra causa, y posteriormente se aporte otra copia o ejemplar del mismo, podrá despacharse el asiento con éstos, siempre que no exista duda de la identidad entre ambas copias o ejemplares, haciéndose constar esta circunstancia en las notas de despacho al margen del asiento de presentación y en el documento.

Ahora bien, habida cuenta de la relevancia que en nuestro ordenamiento se atribuye al presentante del título, como

persona que puede disponer de los derechos –y a quien se atribuyen las obligaciones– derivados de la práctica del asiento de presentación (cfr. artículos 249.1 de la Ley Hipotecaria y 419, 421 y 422 del Reglamento Hipotecario), debe entenderse que el despacho del asiento en el supuesto referido únicamente procederá cuando sea el mismo presentante quien aporte otra copia o ejemplar del documento retirado. Así, retirado el título presentado telemáticamente, puede ser despachado éste si posteriormente se aporta una copia, en soporte papel, del mismo, sin necesidad de practicar un nuevo asiento de presentación, siempre que se trate del mismo presentante –o persona por él autorizada debidamente– y, además, el Registrador no tenga duda sobre la identidad entre ambas copias.

Por tanto, debe concluirse, con mayor razón, que la reviviscencia del procedimiento con despacho del asiento de presentación inicial no procede en un caso como el presente, en el que el título inicialmente presentado ha quedado desvirtuado por la escritura de rectificación del mismo, que ha accedido antes que el presentado por el recurrente, que además es persona distinta del presentante inicial y no ha sido por éste autorizado (cfr. artículos 17 y 20 de la Ley Hipotecaria).

Además, debe recordarse la doctrina de este Centro Directivo sobre la conveniencia de atender a los títulos presentados posteriormente y relativos a una misma finca, a fin de lograr un mayor acierto en la calificación y evitar la práctica de asientos inútiles, siempre que con ello no quede desvirtuada la regla de la prioridad registral (cfr., entre otras, las Resoluciones de 3 y 23 de junio y 19 de julio de 2003, 3 de agosto de 2004, 29 de enero de 2007 y 14 de abril de 2009).

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación impugnada.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 30 de octubre de 2010.–La Directora General de los Registros y del Notariado, *María Ángeles Alcalá Díaz*.

RESOLUCIÓN de 2 de noviembre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil XIII de Madrid, a inscribir una escritura de modificación de los Estatutos Sociales de dicha entidad. («BOE» núm. 283 de 23 de noviembre de 2010.)

En el recurso interpuesto por don T. J. B. y don L. I. M., en nombre y representación de la sociedad «C. T., S.L.», contra la negativa del Registrador Mercantil XIII de Madrid, don José María Méndez-Castrillón Fontanilla, a inscribir una escritura de modificación de los Estatutos Sociales de dicha entidad.

HECHOS

I

Mediante escritura autorizada el día 5 de marzo de 2009 por el Notario de Madrid don Antonio Huerta Trolez, se elevaron a público los acuerdos adoptados por la Junta General de la sociedad «C. T., S.L.» celebrada el día 16 de enero de 2009, relativos a la modificación del artículo 8 de los Estatutos Sociales relativo al régimen de transmisión y constitución de derechos sobre las participaciones sociales (en el que se establece un

sistema de restricción de la transmisibilidad de tales participaciones, salvo para determinadas transmisiones no sujetas a dicha limitación).

Según la nueva redacción de los Estatutos Sociales, se dispone en el apartado 6 del mencionado artículo 8 lo siguiente:

«6. Valoración de Participaciones y Derecho de Salida de los Socios.

6.1 Valoración de participaciones.

Cada dos años, y con la finalidad de que los socios conozcan el valor que tiene su participación en la empresa, la “Junta General de Socios” aprobará la forma de valoración y una valoración de la misma. Dicha Junta General, que se celebrará durante el mes de marzo, tomará como base para hacer la valoración, la media de los beneficios después de impuestos obtenidos durante los últimos cuatro ejercicios, según balances cerrados al 31 de diciembre, y el valor de los bienes inmuebles de los que, en su caso, sea propietaria la empresa.

Para llevar a cabo la primera valoración se recurrirá a la ayuda de un asesor externo especializado. Las restantes se harán con los medios de que dispone la «Empresa» tomando como referencia la realizada por el asesor externo.

6.2 Derecho de salida de los socios.

Los socios que por cualquier causa deseen salir, total o parcialmente, del capital social de la sociedad podrán vender su participación a la propia sociedad de una o varias veces. La sociedad estará obligada a comprar las participaciones ofrecidas conforme a las siguientes reglas:

a) Las solicitudes de venta deberán notificarse durante el segundo trimestre natural de cada año mediante carta dirigida al Órgano de Administración, indicando claramente las participaciones que desean venderse.

b) Los acuerdos de compra se adoptarán en Junta General de socios convocada al efecto, que se celebrará a lo largo del tercer trimestre natural del mismo año. Si fueran varias las peticiones se acumularán todas ellas y se resolverán conjuntamente.

La adquisición de las participaciones por la propia sociedad se llevará a cabo mediante la correspondiente reducción de capital social conforme a lo establecido en el artículo 40,1.b) de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

c) La Junta General de socios podrá limitar el montante máximo anual de adquisiciones a un cinco (5) por ciento del capital social. Con carácter excepcional, podrá también impedir la amortización cuando concurren razones económicas que objetiva y razonablemente lo justifiquen y siempre que se adopte el acuerdo con el voto favorable de, al menos, la mayoría de los derechos de voto correspondientes a las participaciones sociales en que se divida el capital social.

d) Si fueran varias las solicitudes y la suma de todas ellas superara el límite máximo de adquisiciones establecido, la compra correspondiente a cada socio se obtendrá prorrateando las solicitudes formuladas. Los excesos de participación no adquiridos serán considerados, sin necesidad de nueva solicitud, al año siguiente y así sucesivamente hasta que la venta se complete o hasta que el solicitante retire la petición. Igual procedimiento se aplicará en caso de que sólo se plantee una solicitud de venta que supere ese límite.

e) Si dentro de un mismo año coincidieran peticiones pendientes de completar provenientes de solicitudes de años anteriores y peticiones del año en curso, deberán prorratearse todas (las nuevas y las viejas) tomándose como valor de la sociedad el de la última valoración.

f) El precio de las participaciones será el que resulte según la valoración de

la empresa en vigor en el momento de ofertar las participaciones fijado conforme a lo establecido en el apartado 6.1 anterior.

g) Salvo acuerdo contrario entre el Órgano de Administración y los vendedores, el precio de las participaciones vendidas cada año será satisfecho en el último trimestre del mismo, la escritura pública de compraventa se otorgará en el momento de efectuarse el pago».

II

El 23 de marzo de 2009 se presentó copia autorizada de dicha escritura en el Registro Mercantil de Madrid, y fue inscrita parcialmente mediante la calificación que a continuación se transcribe únicamente respecto del extremo al que se refiere el recurso:

«El Registrador Mercantil que suscribe, previo examen y calificación del documento precedente, de conformidad con los artículos 18.2 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil y habiéndose dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15 de dicho Reglamento, ha resuelto proceder a su inscripción en el:

Tomo: 13.292. Folio: 165. Sección: 8. Hoja: M-213594, inscripción: 7.

Entidad: “C. T., S. L.”.

Observaciones e Incidencias:

De conformidad con la solicitud de inscripción parcial contenida en el título, no se inscribe: 1)....-2)....-3) Art. 8.6 f) porque en caso del ejercicio del derecho de separación, la valoración de las participaciones se debe hacer conforme a lo dispuesto en el Art. 100 L. S. R. L.»

Sin perjuicio del derecho a la subsanación de los defectos anteriores y a obtener la inscripción del documento, el interesado podrá: (...). Madrid, 25 de marzo de 2009. El Registrador (firma ilegible y sello con el nombre y ape-

lidos: José María Méndez-Castrillón Fontanilla).

III

Mediante escrito de 24 de abril de 2009 –que causó entrada en el referido Registro Mercantil el día 27 del mismo mes–, don T. J. B. y don L. I. M., en nombre y representación de la sociedad «C. T., S.L.», interpusieron recurso contra la calificación, en el que alegan lo siguiente:

1.º En primer lugar, ha de señalarse que nada tiene que ver el derecho de salida previsto en el apartado 6 del artículo 8 de los Estatutos Sociales con el derecho de separación que se reconoce a los socios en el artículo 95 L. S. R. L. para aquellos casos en que la sociedad adopte determinados acuerdos como la sustitución del objeto social, el traslado del domicilio social al extranjero, la modificación del régimen de transmisión de las participaciones sociales, la prórroga o reactivación de la sociedad, la transformación y la creación, modificación o extinción anticipada de la obligación de realizar prestaciones accesorias (en este último caso, salvo disposición contraria de los Estatutos).

El derecho de salida estatutariamente establecido en el artículo 8, apartado 6, de los Estatutos Sociales no afecta en forma alguna al derecho de separación establecido legalmente en el artículo 95 L. S. R. L. a favor de los socios que no hayan votado a favor de cualquiera de los acuerdos sociales anteriormente mencionados. La regulación del artículo 95 L. S. R. L. tiene carácter imperativo e inderogable (salvo la última causa prevista en el mismo), por lo que los supuestos que en el mismo se prevén no pueden ser ni reducidos ni suprimidos.

En definitiva el fundamento del derecho de separación previsto en el artículo 95 L. S. R. L es la protección del socio y de la minoría frente a los acuerdos

de la mayoría relativos a la modificación de aspectos esenciales del contrato de sociedad.

Las causas legales de separación están además todas ellas vinculadas a la adopción de determinados acuerdos sociales, lo que justifica que en tales casos se apliquen las normas o procedimientos legalmente previstos, y especialmente en lo referente a la valoración de las participaciones sociales, a fin de que queden salvaguardados los derechos del socio minoritario y este pueda obtener el valor real de su participación.

Los supuestos previstos en el artículo 95 contemplan la posible existencia de un conflicto o contraposición de intereses entre dos partes, la mayoría y la minoría, lo que justifica la previsión legal de una serie de cautelas para tales supuestos.

2.º En segundo lugar, ha de tenerse en cuenta que la L. S. R. L. en su artículo 96 reconoce la posibilidad de establecer en los Estatutos Sociales causas de separación distintas a las legalmente previstas, siempre y cuando su incorporación a los Estatutos o su modificación tenga lugar con el consentimiento de todos los socios.

Entre las causas estatutarias de separación estarían, por una parte, las relacionadas con la adopción de determinados acuerdos sociales. Se trataría como indica determinado autor (que se cita) de supuestos que no conforman en sí, causa legal de separación, pero que implican un cambio en las condiciones que presidían el régimen de la sociedad, que puede ser valorado estatutariamente como merecedor de ese reconocimiento o concesión protectora del socio y de la minoría para poder ejercer el derecho de separación.

Lo que subyace nuevamente en estos supuestos es la protección del socio y de la minoría frente a la adopción de determinados acuerdos sociales que deter-

minan cambios en el régimen de la sociedad que se han considerado relevantes a los efectos de permitir la separación del socio de la misma.

La nota común entre el derecho de separación por las causas legalmente previstas y en muchos supuestos de este derecho de separación estatutariamente previsto, es, por tanto, su dependencia de la adopción de determinados acuerdos y la presencia de la idea de conflicto o contraposición de intereses entre la mayoría de los socios y la minoría, lo que justificaría en ambos casos la aplicación de unas normas y procedimientos legalmente previstos, en especial en lo atinente a la valoración de las participaciones sociales.

El derecho de salida previsto en el apartado 6 del artículo 8 de los Estatutos Sociales tampoco se podría encuadrar en este grupo de causas de separación estatutarias vinculadas a la adopción de un acuerdo social.

3.º Y es que entre las cláusulas estatutarias de separación, el artículo 96 L. S. R. L. admite tanto las vinculadas a acuerdos sociales como cualquier hecho o circunstancia no relacionado con la adopción de un acuerdo social, incluso la simple y libre decisión del socio.

Así lo entienden determinados autores (se citan) e, igualmente, el Tribunal Supremo en Sentencia de 3 de mayo de 2002. Y así lo ha entendido también el Registrador que no ha puesto impedimento alguno a la inscripción del apartado 6.2 del artículo 8 de los Estatutos Sociales de «C. T., S.L.» que se reproduce a continuación: «6.2. Derecho de salida de los socios. Los socios que por cualquier causa deseen salir, total o parcialmente, del capital social de la sociedad podrán vender su participación a la propia sociedad de una o varias veces. La sociedad estará obligada a comprar las participaciones ofrecidas conforme a las siguientes reglas:... ».

Este artículo deja a la libre decisión del socio el derecho de salir de la sociedad, en determinadas condiciones y con ciertas cautelas.

Como se ha dicho anteriormente resulta lógico y justificado que en los casos en que el derecho de separación se relacione con la adopción de un acuerdo social se aplique la regulación prevista en la L. S. R. L., incluidas las normas relativas a la valoración de las participaciones.

Pero en el caso del derecho de salida contemplado en el artículo 8.6 de los Estatutos Sociales de la sociedad «C. T., S.L.» no se hace depender el ejercicio de tal derecho de salida de la adopción de un acuerdo social.

A través de dicha previsión estatutaria los socios de «C. T., S.L.» han acordado, por unanimidad, establecer un derecho de salida, total o parcial, de la sociedad que depende de la simple y libre decisión del socio, si bien se establecen los mecanismos necesarios para que los intereses y la marcha de la sociedad, y con ello los intereses de los acreedores, no resulten comprometidos por tal decisión.

En un supuesto como el aquí tratado no está en discusión la protección de los derechos del socio minoritario, no hay un acuerdo de la Junta General de socios que decida tal o cual cuestión y cuya adopción faculte al socio para separarse de la sociedad, sino que se trata de la posibilidad reconocida al socio de abandonar la sociedad o reducir su inversión en la misma por su propia y libre decisión.

No existe un acuerdo social que determine su salida de la sociedad. Simplemente el socio, por las razones que sea (enfermedad, necesidad de dinero, problemas familiares, pérdida de confianza en sus socios, problemas personales con los mismos, etc.) decide salir de la sociedad, total o parcialmente. Es libre de

hacerlo, nadie le obliga, nadie le condiciona en ese sentido.

Y el socio sabe a priori si le interesa salir de la sociedad, y qué va a recibir a cambio de la participación en el capital de la sociedad que haya decidido vender.

Así, al igual que el principio de la autonomía de la voluntad permite a los socios establecer causas estatutarias de separación diferentes a las legales o incluso la posibilidad de salida de la sociedad por la libre decisión del socio, sin necesidad de alegar ninguna causa concreta, dicho principio también les faculta para establecer a qué precio la sociedad estará obligada a adquirir las participaciones en el supuesto de que el socio ejercite su derecho de salida, total o parcial.

La Junta General de socios aprobará una valoración de la empresa cada dos años. Y en un determinado momento si el socio decide ejercitar su derecho de salida total o parcial, sabrá de antemano si ello le interesa o no. No hay ningún acuerdo social que le pueda condicionar. Es su libre voluntad la que decide. Si la valoración de la sociedad le pudiera parecer inferior a la real, la solución es muy sencilla, que no ejercite el derecho de salida y que busque otra fórmula para desinvertir.

4.º Todo ello determina que no resulte justificado, como pretende el Registrador, exigir la aplicación de las normas de valoración de las participaciones previstas en el artículo 100 de la L. S. R. L. para otros supuestos (esto es, para aquellos casos en que el derecho de separación vaya unido a un acuerdo de la sociedad) radicalmente distintos al contemplado en el apartado 6 del artículo 8 de los Estatutos Sociales de «C. T., S.L.», esto es para aquellos casos en que el derecho de separación vaya unido a un acuerdo de la sociedad.

El artículo 100 L. S. R. L. lo que establece son unas reglas de valoración su-

pletorias aplicables en caso de falta de acuerdo sobre el valor razonable de las participaciones sociales. Se deja a la disponibilidad de la sociedad y los socios tanto la determinación del valor de las participaciones como el procedimiento a seguir para su valoración (artículo 100.1 L. S. R. L.: «A falta de acuerdo sobre el valor razonable de las participaciones sociales o sobre la persona o personas que hayan de valorarlas y el procedimiento a seguir para su valoración...»).

Los socios y la sociedad al aprobar cada dos años la valoración de la empresa determinan y conocen de antemano cual es el precio de las participaciones en caso de ejercicio del derecho de salida por uno de los socios. Y si un socio ejerce el derecho de salida, estará manifestando su conformidad con la valoración existente, porque nadie le condiciona a salir de la sociedad.

IV

El 4 de mayo se dio traslado al Notario autorizante de la escritura, don Antonio Huerta Trolez, quien alegó que, a su juicio, la calificación del Registrador Mercantil no se ajusta a derecho y, en consecuencia, debe ser revocada por las siguientes razones:

a) Los Estatutos Sociales establecen en su artículo 8, 6.2. un denominado «derecho de salida de los socios» en virtud del cual éstos pueden, de conformidad con un procedimiento preestablecido, vender todas o parte de sus participaciones a la propia sociedad, y ésta se halla obligada a adquirirlas. Es precisamente en este único supuesto en el que se establece un sistema de valoración de origen estatutario, diferente del mecanismo legal de valoración que el artículo 100 L. S. L. establece para el caso de ejercicio del derecho de separación del socio.

Respecto de la naturaleza de ese derecho que establecen los Estatutos, se trata de un derecho de separación voluntaria, ya que su atribución al socio es independiente de cualesquiera de las causas que menciona el artículo 95 L. S. L. como fundamento del derecho de separación de origen legal. La previsión estatutaria responde en este caso, al amplio espacio que el artículo 96 de la Ley concede al derecho de separación. Dicha norma, que lleva por epígrafe el de «causas estatutarias de separación» permite que los Estatutos puedan establecer «causas distintas de separación a las previstas en la presente ley». Y añade que en este caso los propios Estatutos «determinarán el modo en que deberá acreditarse la existencia de la causa, la forma de ejercitar el derecho de separación y el plazo para su ejercicio».

Se trata, pues, de un verdadero derecho de separación basado en una causa estatutaria distinta de las establecidas en el artículo 95 como «causas legales de separación». En este caso la causa que han previsto los Estatutos no es otra que la libre voluntad de cualquiera de los socios, lo cual además de hallarse admitido unánimemente por la doctrina científica, obedece a importantes razones empresariales a las que después se aludiré.

Atendiendo a la literalidad del artículo 96 se observa que la facultad de autorregulación en esta materia se extiende no solamente a la determinación de otras causas de separación, además de las legales, sino también comprende el modo de acreditar la existencia de la causa, «la forma de ejercitar el derecho» y de «el plazo para su ejercicio». La forma de ejercicio del derecho hace referencia a los requisitos y procedimiento para su ejercicio y no cabe duda de que el más relevante de todos ellos lo constituye la fijación del precio de venta.

En consecuencia, desde un punto de vista literal resulta que en el caso de ejercicio del derecho de separación por una causa voluntaria, corresponde a los Estatutos determinar también la forma de fijar el precio de venta que ha de pagar la sociedad al socio que se separa. El régimen de valoración del artículo 100 solamente será de aplicación en caso de que los Estatutos no determinen otro distinto en virtud de la facultad de autorregulación que establece el artículo 96 L. S. L.

b) Al mismo resultado conduce la aplicación de un criterio de interpretación lógica respecto de la cuestión controvertida. Es evidente que el derecho de separación por causa legal se establece con carácter imperativo como un mecanismo de protección de los derechos individuales del socio frente al poder de la mayoría. Basta con repasar las causas para su ejercicio que establece el artículo 95 L. S. L. para comprobar que ello es así. Si la sociedad aprueba por mayoría un acuerdo que afecte a la realidad estructural de la compañía (objeto social, deslocalización del domicilio al extranjero, cambia en el régimen de transmisión, prórroga o reactivación, transformación o prestaciones accesorias), el socio que no hubiera votado a favor tiene derecho ante decisiones mayoritarias de tal trascendencia que, por así decirlo, afectan al principio «rebus sic», a separarse de la sociedad. Y, como es natural, se regula imperativamente la forma de ejercerlo y, dentro de ella, el dato esencial de la forma de determinar el valor de las participaciones que ha de suponer el importe de su indemnización (artículo 100). Y ello es así porque de nada serviría reconocer en esos casos un derecho de separación al socio disidente si ello no fuera acompañado de un sistema de valoración de las participaciones que fuera objetivo e independiente del poder de la mayoría.

Sin embargo, ninguno de estos razonamientos resulta aplicable al derecho de

separación por otras causas estatutarias diferentes a las legales. Aquí ya no se trata de la protección de los derechos individuales del socio frente al poder de la mayoría. Tratándose de causas estatutarias lo relevante ya no es la protección de los derechos individuales, sino la autonomía de la voluntad. Los Estatutos, porque así lo han decidido los socios con el consentimiento unánime de todos ellos, como exige el artículo 96 L. S. L., han conferido a éstos un derecho no previsto en la Ley y cuyo ejercicio no responde a ningún criterio específico de protección de su situación jurídica. Y si, en efecto, la causa es voluntaria, no responde a criterios objetivados por el ordenamiento jurídico y, además, ha obtenido el consenso unánime de todos los socios, parece lógico que la forma y extensión de ese derecho (que constituye un plus estatutario para el socio) pueda también ser íntegramente regulada en Estatutos. Además, la forma de valoración establecida en Estatutos no infringe ningún principio general, tan sólo es que difiere del que la Ley establece para otro supuesto distinto en el caso que nos ocupa todos estos argumentos resultan reforzados por el hecho de que la causa de separación que los Estatutos introducen es la mera voluntad del socio que desee salir de la sociedad. Ni está obligado a separarse ni tampoco se exige la concurrencia de motivo alguno para ello. Basta simplemente su decisión unilateral al respecto. Parece totalmente razonable que los Estatutos, que conceden a los socios un derecho tan amplio en su contenido, puedan regular con la mayor amplitud la contraprestación del socio que lo ejercita. En mi opinión no habría nada que oponer incluso en el supuesto de que los Estatutos permitieran separarse al socio libremente y sin retribución alguna por sus participaciones. Y si eso parece de todo punto posible, con mayor razón cabrá un sistema de fijación de precio diferente al que legalmente se establece para unos supuestos de separación diferentes.

c) La regulación estatutaria en el caso controvertido se enmarca en el ámbito del principio general de autonomía de la voluntad que con carácter general establece el artículo 1255 del Código Civil y, de manera más específica, el artículo 12.3 L. S. L., que permite incluir en la escritura (de la cual los Estatutos son parte integrante) todos los pactos y condiciones que los socios juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores de la sociedad limitada, límites éstos que, según ya ha quedado expuesto, no resultan rebasadas por previsión estatutaria objeto de este recurso.

Precisamente esa plasticidad que le confiere el amplio margen para la autonomía de la voluntad aquello que ha permitido que la sociedad limitada se haya convertido en el vehículo jurídico que mejor se adapta a la empresa familiar. Por esta razón el artículo 175.2 del Reglamento del Registro Mercantil fue reformado por el R. D. 171/2007, de 9 de febrero, en el que se reguló la publicidad de los protocolos familiares. Y fue precisamente ese marco normativo de la empresa familiar en el que se introdujo. En virtud de dicha reforma, el R. R. M. declara inscribibles las cláusulas estatutarias, establecidas por pacto unánime de los socios, «de los criterios y sistemas para la determinación del valor razonable de las participaciones sociales» en caso de transmisión inter vivos. Y, aunque esta norma no se refiere directamente al caso objeto de recurso, sí se enmarca dentro de una sistemática normativa general que trata de dotar de la mayor flexibilidad posible a la empresa familiar y sirve, por tanto, como criterio interpretativo relevante para determinar la no aplicación a los supuestos de derecho de separación voluntaria (establecido a modo de principio de «puerta abierta») de aquellas normas de regulación que con carácter imperativo regulan el derecho de separación de causa legal, conformado como

un derecho individual del socio y no sujeto a la autonomía estatutaria.

V

Mediante escritos de 14 de mayo de 2009, el Registrador Mercantil de Madrid don José María Méndez-Castrillón Fontanilla elevó el expediente, con su informe, a este Centro Directivo, en el que tuvo entrada el día 18 del mismo mes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 12.3, 29, 30, 95, 96, 100, 103 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; 1 y 57 del Código de Comercio; 7, 1255, 1258, 1287 y 1291 del Código Civil; 175 y 188 del Reglamento del Registro Mercantil; las Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2002 y 23 de enero de 2006; y la Resolución de esta Dirección General de 25 de septiembre de 2003.

1. En el supuesto al que se refiere el presente recurso, con la modificación estatutaria que se formaliza mediante la escritura calificada se introduce en el régimen de transmisión de las participaciones sociales lo que se denomina «derecho de salida de los socios», según el cual éstos podrán vender en cualquier momento total o parcialmente sus participaciones a la propia sociedad, y ésta queda obligada a comprarlas según las reglas que se detallan.

Entre tales reglas, se dispone: a) Que la adquisición de las participaciones por la propia sociedad se llevará a cabo mediante la correspondiente reducción de capital social; b) Que la Junta General de socios podrá limitar el número máximo anual de adquisiciones a un cinco por ciento del capital social; y c) Que, excepcionalmente, podrá también impedir la amortización cuando concurren razones económicas que objetiva y razonable-

mente lo justifiquen, siempre que se adopte el acuerdo con el voto favorable de la mayoría de los votos correspondientes a las participaciones sociales en que se divida el capital social. Asimismo, se establece que el precio de las participaciones será el que resulte según la valoración de la empresa que haya de tenerse en cuenta en el momento de la oferta de venta. A tal efecto, se pacta en los mismos Estatutos que, cada dos años, la Junta General aprobará la forma de valorar y una valoración de las participaciones sociales, tomando como base la media de los beneficios obtenidos durante los últimos cuatro ejercicios y el valor de los bienes inmuebles propiedad de la sociedad.

El Registrador Mercantil inscribe la disposición estatutaria relativa a ese «derecho de salida de los socios», con la única salvedad del pacto relativo a la valoración de las participaciones objeto de la venta, por entender que resulta contraria a la norma legal según la cual en caso del ejercicio del derecho de separación, la valoración de las participaciones se debe hacer conforme a lo dispuesto en el artículo 100 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

2. Según la Exposición de Motivos de dicha Ley, la amplitud con que se admite el derecho de separación del socio se justifica como tutela particularmente necesaria en una forma social en la que, por su carácter cerrado, falta la posibilidad de negociar libremente en el mercado la participación social. Con este planteamiento, no sólo se determinan las causas legales de separación de los socios sino que se permiten otras estatutarias (cfr. artículos 95 y 96 de la Ley). De este modo, se contempla este derecho como medida para proteger a la minoría frente al carácter vinculante de los acuerdos adoptados por la mayoría, bien cuando supongan una modificación de elementos básicos de la configuración de la sociedad –objeto, plazo de duración, trans-

formación, etc.– bien por alterar derechos de los socios de especial relevancia –transmisibilidad de sus derechos, mayorías de decisión, etc.–. Pero también se admite la introducción convencional del derecho de separación como compensación por la eventual prohibición estatutaria de la transmisibilidad de las participaciones sociales (en los limitados términos permitidos por el artículo 30 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada) o por las dificultades que para la realización del valor patrimonial de las participaciones se derivan de las necesarias limitaciones a que está sujeta la transmisibilidad de la posición del socio y de la inexistencia de un mercado de participaciones. En último término, se trata de asegurar al socio la razonable posibilidad de transmitir sus participaciones (siquiera sea con las limitaciones propias de una sociedad cerrada) o de salir de la sociedad para que no quede convertido en una suerte de «prisionero de sus participaciones».

Esta consideración sirve especialmente para enjuiciar la única cuestión a la que debe ceñirse el presente recurso (cfr. el artículo 326 de la Ley Hipotecaria), la relativa a la admisibilidad o inadmisibilidad de la cláusula sobre valoración de las participaciones del socio saliente en un caso como el presente, que no puede entenderse incluido en el supuesto normativo del artículo 100 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, pues en la cláusula estatutaria debatida se configura una especie de separación *ad nutum*, aunque limitada y articulada a través de un derecho del socio a transmitir sus participaciones y el correlativo deber por parte de la sociedad de adquirirlas, si bien con determinadas cautelas para salvaguardar tanto los intereses de los acreedores (mediante las normas establecidas para la necesaria reducción del capital social) como los de la propia sociedad (evitando así que un ejercicio abusivo de ese derecho pudieran abo-

carla a la disolución). Por otra parte, se trata de un derecho que se atribuye a los socios además de la facultad de transmitir sus participaciones a otros socios –libremente– o a terceros –con las limitaciones y las disposiciones sobre la valoración de participaciones previstas en los mismos Estatutos, no cuestionadas en este expediente.

Por todo ello, no cabe rechazar la inscripción de la cláusula debatida, toda vez que no puede considerarse que rebasa los límites generales a la autonomía de la voluntad (cfr. artículos 1255 y 1258 del Código Civil y 12.3 de la Ley de Responsabilidad Limitada). Asimismo, se trata de una disposición estatutaria cuyo acceso al Registro Mercantil tiene claro apoyo en la norma del artículo 175.2, letra «b», introducida por el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero. A tal efecto, debe concluirse que dicha cláusula, interpretada en relación con las relativas al régimen estatutario de transmisión inter vivos de las participaciones, no menoscaba la razonable posibilidad de transmitir las; antes bien, comporta para el socio la facultad adicional de imponer potestativamente a la sociedad el deber de adquirirlas por un valor determinable mediante un sistema que no perturba la realización del valor patrimonial de las participaciones con una dificultad objetiva que sea prácticamente insalvable, máxime si se tiene en cuenta que, al ser aplicada, deben respetarse los límites impuestos por los usos, la buena fe y la prohibición de abuso del derecho –cfr. artículos 1 y 57 del Código de Comercio y 7, 1258, 1287 y 1291 del Código Civil–. Por otra parte, si por las circunstancias del caso concreto, la fijación del valor de las participaciones pudiese implicar para el socio una vinculación excesiva o abusiva, o un perjuicio para terceros, quedará a salvo el eventual control judicial de este extremo, atendiendo a tales circunstancias.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso en los términos que anteceden.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Mercantil de la provincia donde radica el Registro, en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, conforme a lo establecido en la disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, 27 de diciembre, los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 2 de noviembre de 2010.–La Directora General de los Registros y del Notariado, *M.^a Ángeles Alcalá Díaz*.

RESOLUCIÓN de 25 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por «U. A. DE S. Y R., SA», contra la negativa del registrador mercantil central I, a reservar la denominación social «R. S., C. DE S. Y R., SA» en favor de aquella sociedad. («BOE» núm. 287 de 27 de noviembre de 2010.)

En el recurso interpuesto por don Juan José L. S., en nombre y representación de la sociedad «U. A. DE S. Y R., S.A.», contra la negativa del Registrador Mercantil Central I, don José Miguel Masa Burgos, a reservar la denominación social «R. S., C. DE S. Y R., S.A.» en favor de aquella sociedad.

HECHOS

I

El 28 de abril de 2009, el mencionado Registrador Mercantil Central, ante una solicitud de reserva de denominación formulada por la sociedad «U. A. DE S. Y R., S.A.», expidió certificación denegatoria en la que expresaba que la denominación

solicitada, «R. S., C. DE S. Y R., S.A.», ya figura registrada de conformidad con lo establecido en el artículo 408.1 del Reglamento del Registro Mercantil.

El día 5 de mayo de 2009, fue presentada en el Registro autorización suscrita por el Director General del Real Automóvil Club de Cataluña, en la que se consentía que la entidad «U. A. DE S. Y R., S.A.», obtuviese la denominación convertida.

Y mediante escrito de 6 de mayo de 2009, el solicitante de dicha denominación solicitó la extensión de nota de calificación explicativa de dicha denegación, a los efectos de interposición de recurso gubernativo. El 12 de mayo de 2009, el Registrador procedió a expresar detalladamente los motivos de su calificación con el contenido siguiente:

«Primero.–Que según lo dispuesto en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de junio de 1999, y los artículos 322 a 329 de la Ley Hipotecaria, en la redacción que resulta de la Ley 24/2001 de 27 de diciembre, el interesado o el presentante, caso de que se deniegue una reserva de denominación, puede solicitar –en el mismo plazo en que podría interponerse el Recurso– la expedición de una nota de calificación en el que el Registrador Mercantil Central exprese los motivos de la denegación que no se consignaron en la certificación, debido al carácter esquemático de la misma, derivado de las normas que la regulan.

Segundo.–Que, por consiguiente, el Registrador que suscribe pasa a razonar detalladamente los motivos de su calificación de fecha 28/04/09, denegatoria de la denominación «RACC S., C. DE S. Y R., S.A.».

Tercero.–Que examinada la Sección de Denominaciones que obra en este Registro a mi cargo en lo relativo a la denominación solicitada, resulta la existencia

de las denominaciones «Sociedad Anónima RACC» y «RAC, S.L.» entre otras.

Cuarto.–Que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 408.1 del vigente Reglamento del Registro Mercantil: «Se entiende que existe identidad no sólo en caso de coincidencia total y absoluta entre denominaciones, sino también cuando se dé: 3º) La utilización de palabras distintas que tengan la misma expresión o notoria semejanza fonética», como ocurre con los términos RACC y RAC.

Quinto.–Que, asimismo, según lo establecido en el artículo 408.1.2.º en relación con el artículo 10.3 de la Orden Ministerial de 30/12/91 sobre el Registro Mercantil Central, corresponde al Registrador Mercantil Central calificar si ciertos términos carecen de efecto diferenciador por su uso generalizado o por tratarse de expresiones a las cuales legalmente no se les atribuye significación suficiente.

Éste es el caso del término «Seguros» y de la expresión «Compañía de Seguros y Reaseguros», que al ser de necesaria inclusión por imperativo legal, se encuentran incluidos en la relación de términos o expresiones genéricas a que hace referencia la citada normativa.

Sexto.–Que de acuerdo con lo previsto en el art. 408.3 del vigente Reglamento del Registro Mercantil, para determinar si existe o no identidad entre dos denominaciones, se prescindirá de las indicaciones relativas a la forma social (S.A., S.L.) o de aquellas otras cuyas utilización venga exigida por la ley.

Séptimo.–Que, por consiguiente, se considera que existe identidad jurídica entre la denominación solicitada «RACC Seguros, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A.», y las denominaciones ya existentes «Sociedad Anónima RACC» y «RAC, S.L.», entre otras.

En Madrid, a 12 de mayo de 2009.–
Fdo. D. José Miguel Masa Burgos. Registrador Mercantil Central I. Firma ilegible.

[Sigue la indicación de la conformidad de los cotitulares y posibles recursos].»

II

Ante la anterior calificación, don Juan José L. S., como Director General de la sociedad «U. A. DE S. Y R., S.A.», interpuso recurso alegando lo siguiente:

1.º El término RACC corresponde a las siglas del Real Automóvil Club de Cataluña (RACC), entidad legalmente constituida dedicada a la promoción del deporte automovilístico y a la prestación de servicios a sus asociados e inscrita en el Registro de Entidades Deportivas del Consell Català de l'Esport de la Generalitat de Catalunya. Asimismo, el RACC tiene concedidas a su favor por la Oficina Española de Marcas y Patentes la marca RACC en todas sus clases.

2.º A fin de prestar dichos servicios a sus asociados, el RACC dispone de un grupo de empresas legalmente constituidas muchas de las cuales disponen en su denominación del término RACC, entre ellas S.A. RACC, Servicios RACC, S.A., C, S.L., RACC Serveis Mèdics, S.A., RACC Mòvil, S.L., RACC Servicios de Mediación, S.L., así como otro tipo de entidades como la Fundación Privada RACC.

Así pues, el motivo alegado por el Registrador en cuanto a la existencia de otras denominaciones que contengan el término RACC, no debería ser causa suficiente para dicha denegación puesto que la identidad de dicho término radica en que dichas sociedades con la expresión RACC en su denominación forman parte o pertenecen al Grupo de Empresas RACC.

Por otro lado, recientemente se han inscrito sociedades del Grupo RACC que contenían dicho término en su denominación social, como es el caso de «RACC Mòvil, S.L.»

3.º «U. A. DE S. Y R., S.A.», es una empresa del Grupo RACC dedicada a la

producción de seguros privados, principalmente de automóviles, destinados única y exclusivamente a los socios del RACC, siendo éste, el RACC el único canal de distribución de dichos seguros. De ello deriva el interés de incluir el término Seguros en su denominación.

En este sentido, el término RACC identifica perfectamente a un Grupo de empresas que opera en los sectores relacionados con la movilidad de las personas, y por otro lado, el término RACC unido al de Seguros identifica claramente uno de los productos principales del RACC, a la vez que elimina cualquier tipo de coincidencia o de identidad con las denominaciones del resto de las empresas del Grupo. Por ello, en ningún momento, la denominación RACC Seguros puede crear o plantear una confusión en el mercado, ni en relación con terceras empresas ni en relación a las propias empresas del Grupo RACC.

Si bien el Registrador está facultado para calificar determinados términos como vacíos de contenido por carecer de suficiente efecto diferenciador por su uso generalizado o por no atribuírsele legalmente significación suficiente y estando el término Seguros considerado como tal, debe entenderse que dicho término unido a la expresión RACC, configuran la denominación RACC Seguros, la cual dispone de suficiente contenido diferenciador, no sólo en el mercado en general en el que no existiría ningún tipo de confusión, sino que tampoco se produciría ninguna situación de similitud dentro del Grupo de las empresas RACC ya que estaría efectivamente diferenciada del resto.

4.º Respecto de la inclusión del término RACC en la denominación solicitada por U. A. DE S. Y R., S.A., dicha empresa del Grupo RACC está autorizada por el Real Automóvil Club de Cataluña (RACC) para que solicite y obtenga de la Sección de Denominaciones del Registro

Mercantil la denominación «R. S., C. DE S. Y R., S.A.».

5.º Asimismo, se ha solicitado de la Oficina Española de Patentes y Marcas el registro de la marca RACC S. en diversas clases sin que hasta el momento se haya formulado, a causa de identidad de la misma con otras denominaciones sociales, ningún tipo de oposición por parte de terceras empresas.

III

Por no rectificar su calificación, el Registrador Mercantil Central indicado, mediante escrito de 29 de junio de 2009, elevó a este Centro Directivo el expediente, que contiene su informe.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 2 de de las Leyes de Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada; 322 a 329 de la Ley Hipotecaria, y la disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre; artículo 7.5 del Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados; artículos 70, 406, 407, 408 y 411 del Reglamento del Registro Mercantil; 7, 9 y 10 de la Orden de 30 de diciembre de 1991 del Ministerio de Justicia sobre el Registro Mercantil Central; las Sentencias de Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 22 de julio de 1993, 21 de julio y 21 de octubre de 1994, 31 de diciembre de 1996, 25 de marzo, 15 de abril y 16 de mayo de 2003 y 2 de julio de 2008; y las Resoluciones de 11, 15, 16, 17, 18, 19 y 20 de octubre de 1984, 26 de junio de 1997, 14 de mayo de 1998, 24 de febrero, 10, 24 y 25 de junio y 25 de noviembre de 1999, 10 de junio de 2000, 4 de octubre de 2001, 6 de abril de 2002,

26 de marzo y 23 de septiembre de 2003 y 31 de julio de 2006, entre otras.

1. Es objeto del presente recurso la negativa del Registrador Mercantil Central a expedir certificación acreditativa del hecho de no estar registrada en la Sección de denominaciones la de «RACC Seguros, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A.», dada la existencia de las denominaciones «Sociedad Anónima RACC» y «RAC S.L.», entre otras, y carecer de virtualidad diferenciadora tanto los términos «Seguros» y «Compañía de Seguros y Reaseguros», incluidos en la relación de términos genéricos (Orden de 30 de diciembre de 1991, sobre el Registro Mercantil Central, del Ministerio de Justicia), como la indicación de la forma societaria «S.A.».

2. Como tiene ya declarado este Centro Directivo, la atribución de personalidad jurídica a las sociedades mercantiles, al igual que ocurre con otras entidades a las que también se les reconoce aquella, impone la necesidad de asignarles un nombre que las identifique en el tráfico jurídico como sujetos de Derecho, que se erigen en centro de imputación de derechos y obligaciones. Esa función identificadora exige, lógicamente, que la atribución del nombre se produzca con carácter exclusivo, para evitar que quede desvirtuada si el mismo se asigna a dos entidades diferentes. Por esta razón, en el Derecho societario las leyes consagran ese principio de exclusividad por la vía negativa, al prohibir que cualquier sociedad ostente una denominación idéntica a la de otra sociedad preexistente (cfr. artículo 2 de las Leyes de Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada, y artículo 407 del Reglamento del Registro Mercantil). Así, dentro del ámbito de libertad en la elección de la denominación social que se configura en las normas, y de modo especial en los artículos 398 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, la preexistencia de una denominación idéntica a la que

se pretende reservar se configura como un límite objetivo, consagrado por la Ley, al ejercicio de esa libertad de elección.

Una de las funciones básicas del Registro Mercantil Central responde a esa finalidad y no a la de prevención del riesgo o confusión acerca de las actividades empresariales desarrolladas en el tráfico, que está atribuida en el ordenamiento a las normas sobre protección del nombre comercial y, subsidiariamente, a las que regulan la tutela contra la competencia desleal, sin perjuicio de la coordinación existente entre el Derecho de sociedades y el de marcas (cfr. el apartado «d» del artículo 9.1 y las disposiciones adicionales decimocuarta y decimoctava de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas).

En el presente recurso es evidente que no se plantea cuestión alguna sobre marca o nombre comercial, por lo que se debe dilucidar si es o no ajustado a Derecho el criterio del Registrador según el cual carecen de suficiente virtualidad ciertos términos o expresiones incluidos en la denominación social pretendida.

3. En el ámbito de las denominaciones sociales, el concepto estricto y gramatical de identidad, como coincidencia plena entre palabras, se ve ampliado a un concepto reglamentario que estima como identidad de denominaciones no sólo la que se produce cuando entre ellas se da esa absoluta coincidencia, sino también en una serie de supuestos en los que, aun existiendo diferencias y variantes entre las mismas, éstas, por su escasa entidad o la ambigüedad de los términos que las provocan, no desvirtúan la impresión de tratarse de la misma denominación (cfr. el artículo 408 del Reglamento del Registro Mercantil vigente, que reproduce, con mínimas variaciones, el artículo 373 del Reglamento anterior, así como los artículos 7 y 10 de la Orden de 30 de diciembre de 1991).

Esa posibilidad de ampliar la noción de identidad para incluir en ella supuestos de lo que se ha llamado doctrinalmente «cuasi identidad» o «identidad sustancial» no puede impedir que se tenga en cuenta el fin último que la prohibición de identidad tiene: identificar con un cierto margen de seguridad al sujeto responsable de determinadas relaciones jurídicas. Por ello, si la interpretación de los criterios normativos, sobre todo la de aquellos que incorporan conceptos revestidos de una mayor indeterminación, como los relativos a términos o expresiones «genéricas o accesorias», a signos o partículas «de escasa significación» o a palabras de «notoria semejanza fonética» no tiene por qué realizarse de forma restrictiva, tampoco cabe en ella una gran laxitud, o la consideración de que no sea posible la aplicación simultánea de dos o más de esos criterios que se incluyen en el citado artículo 408 (por ejemplo, la adición de un término o palabra genérica, añadida a la existencia o no de un mero parecido fonético, o esté unido a la alteración del orden de las palabras, etc.), de suerte que puedan llevar a considerar como distintas determinadas denominaciones a pesar de la semejanza que presenten si ésta no es suficiente para dar lugar a errores de identidad. En ese difícil equilibrio se ha de desenvolver la tarea de calificar la identidad de las denominaciones, de modo que la interpretación y aplicación de tales normas, conforme al criterio teleológico apuntado, ha de atemperarse a las circunstancias de cada caso.

4. Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, en el presente supuesto debe confirmarse la calificación impugnada, toda vez que la preexistencia de las denominaciones «S. A. RACC», y «RAC S.L.», hace que la denominación solicitada incurra en dos de los supuestos de identidad contemplados en el artículo 408 del Reglamento del Registro Mercantil: identidad absoluta, en el primer

caso (en tanto en cuanto carecen de suficiente virtualidad diferenciadora la expresión de la forma societaria adoptada –«S.A.»– y los términos «Seguros» y «Compañía de Seguros y Reaseguros» –exigidos imperativamente por el artículo 7.5 del Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados para todas las entidades que se dediquen a la actividad aseguradora)–, e identidad fonética, en el segundo.

Ello impide la reserva de la denominación solicitada, sin que, a tales efectos, tenga trascendencia la autorización dada por el Real Automóvil Club de Cataluña, pues tal autorización sólo permitiría salvar el obstáculo consistente en la coincidencia de la denominación controvertida con la marca que dicha entidad no societaria tiene registrada en la Oficina Española de Patentes y Marcas, pero no permitiría, en cambio, soslayar la esencial identidad entre aquella denominación y las otras dos ya registradas en la Sección de Denominaciones del Registro Mercantil Central.

Por lo demás, no puede olvidarse que, como ha entendido el Tribunal Supremo (cfr. las Sentencias citadas en los «Vistos»), los preceptos de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, de la Ley de Sociedades Anónimas y del Reglamento del Registro Mercantil que disciplinan esta materia constituyen normas de carácter imperativo que rigen en interés no solamente de las sociedades afectadas, sino de quienes participan en el tráfico mercantil, estando su infracción sujeta a la sanción de nulidad establecida con carácter genérico para el incumplimiento de los preceptos legales imperativos y prohibitivos en el artículo 6.3 del Código Civil y para las cláusulas contractuales contrarias a la ley, a la moral o al orden público en el artículo 1255 del mismo cuerpo legal.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación del Registrador, en los términos que resultan de los precedentes fundamentos de derecho.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Mercantil de la provincia donde radica el Registro, en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, conforme a lo establecido en la disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, 27 de diciembre, los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 25 de octubre de 2010.–La Directora General de los Registros y del Notariado, *M.^a Ángeles Alcalá Díaz*.

Resolución de 26 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por «GC Europe SA», contra la negativa del registrador mercantil central I, a reservar la denominación social «GC Ibérica, SL» en favor de aquella sociedad. («BOE» núm. 287 de 27 de noviembre de 2010.)

En el recurso interpuesto por el representante de la sociedad «GC Europe S.A.» contra la negativa del Registrador Mercantil Central I, don José Miguel Masa Burgos, a reservar la denominación social «GC Ibérica, S.L.» en favor de aquella sociedad.

HECHOS

I

El 23 de abril de 2009, el mencionado Registrador Mercantil Central, ante una solicitud de reserva de denominación formulada por la sociedad «GC Europe, S.A.», expidió certificación denegatoria en la que expresaba que la denominación

solicitada, «GC Ibérica, S.L.», ya figura registrada de conformidad con lo establecido en el artículo 408.1 del Reglamento del Registro Mercantil. Y mediante escrito de 25 de mayo de 2009, el solicitante de dicha denominación solicitó la extensión de nota de calificación explicativa de dicha denegación, a los efectos de interposición de recurso gubernativo. El 28 de mayo de 2009, el Registrador procedió a expresar detalladamente los motivos de su calificación con el contenido siguiente:

«Primero.–Que según lo dispuesto en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de junio de 1999, y los artículos 322 a 329 de la Ley Hipotecaria, en la redacción que resulta de la Ley 24/2001 de 27 de diciembre, el interesado o el presentante, caso de que se deniegue una reserva de denominación, puede solicitar –en el mismo plazo en que podría interponerse el Recurso– la expedición de una nota de calificación en el que el Registrador Mercantil Central exprese los motivos de la denegación que no se consignaron en la certificación, debido al carácter esquemático de la misma, derivado de las normas que la regulan.

Segundo.–Que, por consiguiente, el Registrador que suscribe pasa a razonar detalladamente los motivos de su calificación de fecha 22/04/09, denegatoria de la denominación «GC Ibérica, S.L.».

Tercero.–Que examinada la Sección de Denominaciones que obra en este Registro a mi cargo en lo relativo a la denominación solicitada, resulta la existencia de las denominaciones «GC, S.A.», y «GECE, S.L.», entre otras.

Cuarto.–Que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 408.1 del vigente Reglamento del Registro Mercantil: «Se entiende que existe identidad no sólo en caso de coincidencia total y absoluta entre denominaciones, sino también cuando se dé: 3.º) La utilización de pala-

bras distintas que tengan la misma expresión o notoria semejanza fonética», como ocurre con los términos GC y GECE en el caso que nos ocupa.

Quinto.–Que, asimismo, según lo establecido en el artículo 408.1.2.º en relación con el artículo 10.3 de la Orden Ministerial de 30/12/91 sobre el Registro Mercantil Central, corresponde al Registrador Mercantil Central calificar si ciertos términos carecen de efecto diferenciador por su uso generalizado o por tratarse de expresiones a las cuales legalmente no se les atribuye significación suficiente.

Este es el caso del término «Ibérica», contenido en la denominación solicitada, que se encuentra incluido en la relación de términos o expresiones genéricas a que hace referencia la citada normativa.

Sexto.–Que de acuerdo con lo previsto en el art. 408.3 del vigente Reglamento del Registro Mercantil, para determinar si existe o no identidad entre dos denominaciones, se prescindirá de las indicaciones relativas a la forma social (S.A., S.L....) o de aquellas otras cuyas utilización venga exigida por la ley.

Séptimo.–Que, por consiguiente, se considera que existe identidad jurídica entre la denominación solicitada «GC Ibérica, S.L.», y las denominaciones ya existentes «GC, S.A.», y «GECE, S.L.», entre otras.

Octavo.–Que para evitar dicha identidad, se sugiere que se presente nueva solicitud consistente en la adición a la denominación solicitada de un término significativo, dotado de suficiente virtualidad diferenciadora entre denominaciones –ej. «GC Spain, S.L.», o «CG Iberia, S.L.».

Madrid, 28 de mayo de 2009.–Fdo. José Miguel Masa Burgos. Registrador Mercantil Central I. Firma ilegible. [Sigue la indicación de la conformidad de los cotitulares y posibles recursos].»

II

Ante la anterior calificación, el Letrado don A. T. E., en representación del solicitante de la denominación, interpuso recurso alegando, en síntesis lo siguiente:

1.º La denominación solicitada, en su tenor literal, no corresponde al nombre o razón social de ninguna entidad actualmente inscrita en el Registro Mercantil, lo que implica que la existencia de las denominaciones aludidas por el Registrador en su nota («GC, S.A.», y «GECE, S.L.»), no determine, en su tenor literal, coincidencia alguna prohibida, total y absoluta, con la denominación solicitada.

2.º La denominación solicitada no puede considerarse que tenga la misma expresión que las aludidas, toda vez que al término GC le sigue «Ibérica». En apoyo de tal tesis cabe alegar la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1998, que aun referida a la Ley de Marcas, estableció «que no es suficiente la similitud fonética y gráfica», refiriéndose también a la libertad de empresa, entendiendo el recurrente que el mismo criterio ha de guiar, por analogía, la decisión del Registrador Mercantil Central.

3.º El hecho de que el término Ibérica esté incluido en la relación de términos o expresiones genéricas, no hace incuestionable que el término GC Ibérica, unido indisolublemente carece de efecto diferenciador, debiendo tenerse en cuenta además que GC Ibérica no tiene uso generalizado, por cuanto no existe ninguna entidad inscrita en el Registro Mercantil que combine ambas palabras unidas, seguidas.

III

Por no rectificar su calificación, el Registrador Mercantil Central indicado, mediante escrito de 20 de julio de 2009, elevó a este Centro Directivo el expediente, que contiene su informe.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 2 de de las Leyes de Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada; 322 a 329 de la Ley Hipotecaria y la disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre; artículos 70, 406, 407, 408 y 411 del Reglamento del Registro Mercantil; 7, 9 y 10 de la Orden de 30 de diciembre de 1991 del Ministerio de Justicia sobre el Registro Mercantil Central; las Sentencias de Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 22 de julio de 1993, 21 de julio y 21 de octubre de 1994, 31 de diciembre de 1996, 25 de marzo, 15 de abril y 16 de mayo de 2003 y 2 de julio de 2008; y las Resoluciones de 11, 15, 16, 17, 18, 19 y 20 de octubre de 1984, 26 de junio de 1997, 14 de mayo de 1998, 24 de febrero, 10, 24 y 25 de junio y 25 de noviembre de 1999, 10 de junio de 2000, 4 de octubre de 2001, 26 de marzo y 23 de septiembre de 2003 y 31 de julio de 2006, entre otras.

1. Es objeto del presente recurso la negativa del Registrador Mercantil Central a expedir certificación acreditativa del hecho de no estar registrada en la Sección de denominaciones la de «GC Ibérica, S.L.», dada la existencia de las denominaciones «GC S.A.» y «GECE S.L.» entre otras, y carecer el término «Ibérica» de virtualidad diferenciadora, en tanto que incluido en la relación de términos genéricos (Orden del Ministerio de Justicia de 30 de diciembre de 1991, sobre el Registro Mercantil Central).

2. Como tiene ya declarado este Centro Directivo, la atribución de personalidad jurídica a las sociedades mercantiles, al igual que ocurre con otras entidades a las que también se les reconoce aquella, impone la necesidad de asignarles un nombre que las identifique en el tráfico jurídico como sujetos de Derecho, que se erigen en centro de imputación de derechos y obligaciones. Esa

función identificadora exige, lógicamente, que la atribución del nombre se produzca con carácter exclusivo, para evitar que quede desvirtuada si el mismo se asigna a dos entidades diferentes. Por esta razón, en el Derecho societario las leyes consagran ese principio de exclusividad por la vía negativa, al prohibir que cualquier sociedad ostente una denominación idéntica a la de otra sociedad preexistente (cfr. artículo 2 de las Leyes de Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada, y artículo 407 del Reglamento del Registro Mercantil). Así, dentro del ámbito de libertad en la elección de la denominación social que se configura en las normas, y de modo especial en los artículos 398 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, la preexistencia de una denominación idéntica a la que se pretende reservar se configura como un límite objetivo, consagrado por la Ley, al ejercicio de esa libertad de elección.

Una de las funciones básicas del Registro Mercantil Central responde a esa finalidad y no a la de prevención del riesgo o confusión acerca de las actividades empresariales desarrolladas en el tráfico, que está atribuida en el ordenamiento a las normas sobre protección del nombre comercial y, subsidiariamente, a las que regulan la tutela contra la competencia desleal, sin perjuicio de la coordinación existente entre el Derecho de sociedades y el de marcas (cfr. el apartado «d» del artículo 9.1 y las disposiciones adicionales decimocuarta y decimoctava de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas).

En el presente recurso es evidente que no se plantea cuestión alguna sobre marca o nombre comercial, por lo que se debe dilucidar si es o no ajustado a Derecho el criterio del Registrador según el cual carecen de suficiente virtualidad ciertos términos o expresiones incluidos en la denominación social pretendida.

3. En el ámbito de las denominaciones sociales, el concepto estricto y gramatical de identidad, como coincidencia plena entre palabras, se ve ampliado a un concepto reglamentario que estima como identidad de denominaciones no sólo la que se produce cuando entre ellas se da esa absoluta coincidencia, sino también en una serie de supuestos en los que, aun existiendo diferencias y variantes entre las mismas, éstas, por su escasa entidad o la ambigüedad de los términos que las provocan, no desvirtúan la impresión de tratarse de la misma denominación (cfr. el artículo 408 del Reglamento del Registro Mercantil vigente, que reproduce, con mínimas variaciones, el artículo 373 del Reglamento anterior, así como los artículos 7 y 10 de la Orden de 30 de diciembre de 1991).

Esa posibilidad de ampliar la noción de identidad para incluir en ella supuestos de lo que se ha llamado doctrinalmente «cuasi identidad» o «identidad sustancial» no puede impedir que se tenga en cuenta el fin último que la prohibición de identidad tiene: identificar con un cierto margen de seguridad al sujeto responsable de determinadas relaciones jurídicas. Por ello, si la interpretación de los criterios normativos, sobre todo la de aquellos que incorporan conceptos revestidos de una mayor indeterminación, como los relativos a términos o expresiones «genéricas o accesorias», a signos o partículas «de escasa significación» o a palabras de «notoria semejanza fonética» no tiene por qué realizarse de forma restrictiva, tampoco cabe en ella una gran laxitud, o la consideración de que no sea posible la aplicación simultánea de dos o más de esos criterios que se incluyen en el citado artículo 408 (por ejemplo, la adición de un término o palabra genérica, añadida a la existencia o no de un mero parecido fonético, o esté unido a la alteración del orden de las palabras, etc.), de suerte que puedan llevar a considerar

como distintas determinadas denominaciones a pesar de la semejanza que presenten si ésta no es suficiente para dar lugar a errores de identidad. En ese difícil equilibrio se ha de desenvolver la tarea de calificar la identidad de las denominaciones, de modo que la interpretación y aplicación de tales normas, conforme al criterio teleológico apuntado, ha de atemperarse a las circunstancias de cada caso.

4. Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, en el presente supuesto debe confirmarse la calificación impugnada, toda vez que el término «Ibérica», que se contiene en la denominación solicitada se encuentra incluido en la relación de términos o expresiones genéricas –carentes de suficiente valor distintivo– a que hacen referencia los artículos 408 del Reglamento del Registro Mercantil y 10 de la Orden de 30 de diciembre de 1991, existiendo por tanto, tal y como se indica en la calificación, identidad jurídica entre la denominación solicitada «GC Ibérica, S.L.», y las denominaciones ya existentes (entre otras) «GC, S.A.», y «GECE, S.L.»; estas dos últimas expresamente mencionadas en la calificación recurrida.

Por lo demás, no puede olvidarse que, como ha entendido el Tribunal Supremo (cfr. las Sentencias citadas en los «Vistos»), los preceptos de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, de la Ley de Sociedades Anónimas y del Reglamento del Registro Mercantil que disciplinan esta materia constituyen normas de carácter imperativo que rigen en interés, no solamente de las sociedades afectadas, sino de todos quienes participan en el tráfico mercantil, estando su infracción sujeta a la sanción de nulidad establecida con carácter genérico para el incumplimiento de los preceptos legales imperativos y prohibitivos en el artículo 6.3. del Código Civil y para las cláusulas contractuales contrarias a la ley, a la moral o al orden público en el artículo 1.255 del mismo cuerpo legal.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación del Registrador, en los términos que resultan de los precedentes fundamentos de derecho.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Mercantil de la provincia donde radica el Registro, en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, conforme a lo establecido en la disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, 27 de diciembre, los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 26 de octubre de 2010.–La Directora General de los Registros y del Notariado, *M.^a Ángeles Alcalá Díaz*.

RESOLUCIÓN de 27 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Álora, por la que se suspende la inscripción de escritura pública de segregación y compraventa. («BOE» núm. 287 de 27 de noviembre de 2010.)

En el recurso interpuesto por don V. M. G. G., contra la nota de calificación del Registrador de la Propiedad de Álora, don Carlos Gonzalo Boatas Enjuanes, por la que se suspende la inscripción de escritura pública de segregación y compraventa.

HECHOS

I

Mediante escritura otorgada el 2 de mayo de 2001, ante el Notario de Málaga, don Juan Luis Gómez Olivares, bajo el número 1968 de protocolo, la sociedad «R. V. R., S.L.» vendió a doña D. M. C.

una finca previa su segregación. Dicha escritura fue subsanada por otra otorgada ante el Notario de Málaga, don Vicente José Castillo Tamarit, el día 10 de marzo de 2009, número 519 de protocolo.

II

Dichas escrituras fueron presentadas en el Registro de la Propiedad de Álora el día 3 de agosto de 2009 junto con una serie de documentos complementarios y fue calificada con la siguiente nota: «Visto por el Registrador de la Propiedad de Álora y su distrito hipotecario, el procedimiento registral identificado con el número de entrada 24.048/2009, iniciado como consecuencia de presentación en el mismo Registro, por don V. M. G. G., de los documentos que obran en dicho procedimiento, en virtud de solicitud de inscripción. En el ejercicio de la calificación registral sobre la legalidad de los documentos presentados, obrantes en el procedimiento de referencia, resultan los siguientes Hechos: Primero.–El documento objeto de la presente calificación, escritura otorgada en Málaga, ante el notario don Juan Luis Gómez Olivares, protocolo 1.968/2001, acompañado de otra otorgada en Málaga, ante el notario don Vicente José Castillo Tamarit, protocolo 519/09, fue presentado por el citado anteriormente a las 09:39 horas del día 3 de agosto de 2009, asiento 436 del Diario de Presentación número 125. Segundo.–Se pretende, a través del referido documento, la constancia registral de la segregación de una parcela, constando en el propio procedimiento registral y resultando de los asientos del Registro, la existencia de los siguientes documentos: Instancia suscrita por doña D. M. C., de fecha 11 de marzo de 2009, dirigida al Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Cártama, solicitando certificación de innecesariedad para practicar la segregación contenida en el título. Notificación expedida por el Secretario del Ayuntamiento de Cártama, dirigida a la citada doña D. M.

C., en la que se hace constar que por Resolución por Decreto N.ºU 339/09, expedida por don Jorge Gallardo Gandulla, Concejal Delegado de Urbanismo de dicho Ayuntamiento, de fecha 8 de mayo de 2009, se deniega la declaración de innecesariedad de licencia solicitada. Recurso de reposición interpuesto por el referida doña D. M. C. contra la denegación antes indicada. Instancia suscrita por la mencionada doña D. M. C., de fecha 23 de junio de 2009, dirigida al Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Cártama, por la que presenta en dicho Ayuntamiento, testimonio notarial de copia del título que se pretende inscribir, para dar cumplimiento al artículo 66 de la Ley 7/2002, de Ordenación Urbanística de Andalucía. Instancia suscrita por la referida doña D. M. C., de fecha 26 de junio de 2009, cuya firma se encuentra debidamente legitimada, solicitando la inscripción del título, en base a que se ha producido el silencio administrativo positivo. A los anteriores hechos son de aplicación los siguientes Fundamentos de Derecho: I.– Los documentos de todas clases, susceptibles de inscripción, se hallan sujetos a calificación por el Registrador, quien, bajo su responsabilidad, ha de resolver acerca de la legalidad de sus formas extrínsecas, la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos contenidos en los mismos, de conformidad con lo establecido en los artículos 18 y 19 de la Ley Hipotecaria y 98 a 100 del Reglamento para su ejecución. II.–El artículo 178, apartado 3, del Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, estableció que «en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo facultades en contra de las prescripciones de esta Ley, de los Planes, proyectos, Programas y, en su caso, de las Normas Complementarias y Subsidiarias del Planeamiento». Con posterioridad, el artículo 242 –«actos sujetos a licencia»– del Real Decreto Legislativo 1/1992,

de 26 junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo, reiteró el mismo criterio, al afirmar (vid., número 6 de dicho artículo) que «en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico». Una regla que ha mantenido su vigencia hasta la actualidad: No resultó afectada por la declaración de inconstitucionalidad contenida en la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 61/1997, de 20 marzo (RTC –marginal Aranzadi– 1997\61), fue declarada expresamente en vigor por la disposición derogatoria única de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, no fue posteriormente derogada por la disposición derogatoria única de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo, y ha sido reiterada por el artículo 8 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo, al establecer en su último inciso que «en ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística». Ese criterio normativo permitió a una parte de la doctrina y a la jurisprudencia (vid., sentencias de 30 de enero de 2002 (RJ 2002\2223), 15 de octubre de 2002 (RJ 2002\9377), 17 de noviembre de 2003 (RJ 2004\27), 26 de marzo de 2004 (RJ 2005\2268), 3 de diciembre de 2005 (RJ 2005\7973), 31 de octubre de 2006 (RJ 2007\540), 17 de octubre de 2007 (RJ 2007\7327) y 17 de octubre de 2007 (RJ 2007\7479) sostener la tesis conforme a la cual, en el ámbito urbanístico, el juego del silencio administrativo no permite obtener resolución presunta, cuando la misma es contraria al planeamiento urbanístico o a la propia ley; por lo que, en tales casos, la Administración podrá siempre resolver en sentido contrario al que, en otro caso, derivaría del silencio, aun después de transcurrido el plazo máximo establecido por la Ley para dictar resolución. Sin em-

bargo, la nueva redacción del artículo 43, apartado 2, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, tras su reforma por la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común –«los interesados», dice ahora el precepto, «podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes en todos los casos, salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario (...)»–, permitió a otra parte de la doctrina y a cierta jurisprudencia menor –cfr., por todas, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 24 de noviembre de 2006 (RJCA 2007\524)– sostener la tesis contraria, a saber: el nuevo régimen del silencio administrativo, aplicable con carácter general y, por tanto, también en el ámbito urbanístico, posibilita siempre la obtención de resolución presunta, en caso de silencio de la Administración; una resolución, por tanto, que tiene, en beneficio del interesado, los mismos efectos que la resolución expresa, mientras no sea declarada nula, dentro del correspondiente procedimiento de revisión. Ese es, por otra parte, el criterio al que parecía apuntar la Ley del Parlamento de Andalucía 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía. Así, el artículo 172 –«procedimiento de otorgamiento de las licencias urbanísticas»— de dicha Ley establece expresamente, como regla general dentro del «procedimiento para el otorgamiento de las licencias urbanísticas municipales», que (vid., apartado 5) «la resolución expresa deberá notificarse en el plazo máximo de tres meses», de modo que «transcurrido este plazo podrá entenderse, en los términos prescritos por la legislación reguladora del procedimiento administrativo común,

otorgada la licencia interesada». Y, de este modo, para la sentencia núm. 673/2007, de 29 marzo, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Málaga (Sala de lo Contencioso-Administrativo) (RJCA 2007\479), «la norma autonómica establece la solución de carácter práctico sobre el debate de las facultades obtenidas por silencio que sean contrarias a ordenamiento jurídico». Así, dice la sentencia, «el inciso final del número 5 de este precepto», al advertir que «el comienzo de cualquier obra o uso al amparo de ésta requerirá, en todo caso, comunicación previa al municipio con al menos diez días de antelación», «contempla la posibilidad de obtener una facultad por el juego de silencio positivo, pero exige «en todo caso», es decir, siempre, que en estos supuestos se comunique al municipio el comienzo de cualquier obra con un plazo de diez días de antelación». Esto es, dice el Tribunal, «la norma autonómica apunta a la solución práctica de control a posteriori de la facultad obtenida por silencio y posible inicio del expediente de revisión de oficio al amparo de la causa de nulidad regulada en el artículo 62. «F» de la Ley 30/92. Es en este plazo de diez días donde la Administración puede remediar el defecto, y el vicio en que ha incurrido, al permitir que una petición de licencia acabe obteniendo éxito por no haber tramitado en plazo el procedimiento. En esos diez días debe comprobar y calificar la petición para, en su caso, instar la revisión de oficio de la licencia obtenida por resolución presunta, acordando, si es necesario, la suspensión de la ejecutividad de dicho acto presunto. La Ley evita, en esta interpretación, la colisión frontal entre legalidad y seguridad jurídica que otras interpretaciones implican. Pues choca contra la seguridad jurídica mantener que es nulo radicalmente lo que se obtiene por silencio si lo obtenido son facultades contrarias al ordenamiento jurídico. Porque desde la perspectiva del administrado la Ley le otorga una facultad

si la Administración, en el plazo marcado por la norma, no impide la concesión de dicha facultad. Para el administrado el plazo es la garantía de legalidad de su petición. Transcurrido el plazo sin recibir respuesta negativa, no puede dejarse, a un impreciso momento posterior, la posibilidad de que la Administración invoque la nulidad de un acto administrativo, que sólo su indolencia ha provocado. Mantener esta interpretación puede hacer inútil toda la reforma del procedimiento administrativo iniciada por la Ley 30/92 y culminada con la Ley 4/99». Una solución, concluye el Tribunal «para completar el razonamiento», que «es la más razonable si observamos también el contenido del artículo 190 de la Ley» (conforme al cual «las licencias urbanísticas y las órdenes de ejecución, así como cualquier otro acto administrativo previsto en esta Ley, cuyo contenido constituya o habilite de manera manifiesta alguna de las infracciones urbanísticas graves o muy graves definidas en esta Ley, deberán ser objeto de revisión por el órgano competente, de conformidad con lo establecido en legislación reguladora del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común»), del que se desprende, dice la sentencia, que «la Ley Andaluza confiere como única salida al supuesto de obtención de una licencia contra el ordenamiento jurídico aplicable, la revisión de oficio de la misma», como «adaptación que hace el legislador autonómico en favor del principio de seguridad jurídica en los supuestos de facultades obtenidas por silencio administrativo positivo y que resulten contrarias a las normas urbanísticas», de modo que «el artículo 62 letra «F» de la Ley 30/92 es interpretado por la Ley Autonómica en el sentido de contemplar una causa de nulidad para iniciar la revisión de oficio, y no como una invocación que hace la Administración en sede procesal, ante los Tribunales de Justicia, para negar la existencia de una licencia concedida por silencio positivo».

Ese criterio interpretativo, favorable a la seguridad del tráfico, ha sido sin embargo rechazado en fechas muy recientes por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En efecto, la sentencia de dicho Tribunal (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 28 de enero de 2009 (JUR 2009\99415, publicada en el BOE núm. 77 de 30 de marzo pasado), dictada en recurso de casación en interés de la Ley –interpuesto, precisamente, frente a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, antes referida–, ante la cuestión planteada, sobre «si, a partir de la nueva redacción del artículo 43 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, el régimen del silencio en relación con las licencias urbanísticas es el mismo que con anterioridad a esa modificación», afirma la tesis contraria, dado que los artículos 242.6 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 y 8.1 b), último párrafo, del nuevo Texto Refundido de la Ley de Suelo de 20 de junio de 2008 «son preceptos estatales básicos de raigambre en nuestro ordenamiento urbanístico (artículo 1783 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976) que rigen en todo el territorio español y que los ordenamientos urbanísticos autonómicos no pueden contradecir (Disposición final primera 1 del Texto Refundido aprobado por el citado Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio)». Puesto que, si bien es cierto, dice la sentencia, que el artículo 43.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común de 26 de noviembre de 1992 «también es un precepto estatal básico», no hay que olvidar que «la regla general» que dicho precepto consagra, «la del silencio positivo», «contiene la salvedad de que otra norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario, y esto es lo que sucedía con la vigencia antes, en todo el territorio español, del precepto contenido

en el aludido artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 y ahora con lo dispuesto en el artículo 8.1 b), último párrafo, del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2008, y, por consiguiente, conforme a ellos, no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística, de manera que la resolución de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, al declarar lo contrario, es errónea y gravemente dañosa para el interés general porque elimina una garantía encaminada a preservar la legalidad urbanística. III.–A pesar de todo ello, en el ámbito registral, el ordenamiento español admite de modo general, sin excepciones, la inscripción en el Registro de situaciones jurídicas basadas en la obtención por silencio de toda clase de licencias, permisos o, en general, resoluciones administrativas de carácter urbanístico. La propia Exposición de Motivos del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, afirma que «para evitar una regulación incompleta se han previsto otros extremos, como la posibilidad de licencias obtenidas por acto administrativo presunto». Siguiendo ese criterio, el artículo 48 –«incorporación o testimonio notarial de documentos complementarios»– de aquel Real Decreto permitió «la inscripción registral de los títulos por los que se declare la obra nueva, o su terminación», en el caso «de que la concesión de la licencia tenga lugar por acto presunto», mediante la aportación, entre otros documentos, del «escrito de solicitud de la licencia y, en su caso, el de denuncia de la mora, el escrito de solicitud de la certificación del acto presunto, todos ellos sellados por la Administración actuante, y la manifestación expresa del declarante de que, en los

plazos legalmente establecidos para la concesión de la licencia solicitada y para la expedición de la certificación del acto presunto, no se le ha comunicado por la Administración la correspondiente resolución denegatoria de la licencia solicitada ni tampoco se le ha expedido la certificación del acto presunto». Un criterio que recogen otros preceptos del mismo Decreto: Así, el artículo 65, cuando permite la «cancelación de los asientos practicados como consecuencia de la terminación del expediente» de disciplina urbanística, mediante la aportación de «la documentación que acredite, conforme a lo dispuesto en la Ley, la obtención de dicho acuerdo por silencio positivo»; el artículo 74, que permite la cancelación de la «nota marginal de condiciones impuestas sobre determinadas fincas», mediante «la documentación acreditativa del acuerdo obtenido por acto presunto, conforme a lo dispuesto en la Ley»; o el artículo 77, que permite extender la «nota marginal acreditativa de la adquisición del aprovechamiento urbanístico» acompañando «la documentación que acredite la adquisición conforme a lo dispuesto en la Ley», «cuando el acuerdo de la Administración actuante se obtuviere por acto presunto». Siguiendo el criterio del Real Decreto, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha sostenido de forma reiterada la posibilidad de constancia registral de situaciones urbanísticas basadas en la obtención de resolución presunta, por la vía del silencio (vid., resoluciones de 27, 28 y 31 de mayo y 7, 9 y 10 de septiembre de 2002, 28 de mayo de 2003, 12 de enero, 10 de febrero, 17 y 23 de junio de 2004, 22 de marzo y 5 de octubre de 2005, 23 de febrero de 2006, 3 de mayo de 2007 y 3 de enero de 2008). La más reciente de ellas, la resolución de 15 de enero de 2009, afirma, que «como ya ha señalado reiteradamente este Centro Directivo», «la concesión de licencias a efectos registrales por silencio administrativo positivo, una vez transcu-

rrido el plazo legal para que la administración resuelva sobre la solicitud del interesado, es una consecuencia de lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común». «A tal efecto», dice la resolución, «no puede olvidarse que la regulación del silencio administrativo positivo determina, en garantía de los particulares, una vez transcurrido el plazo previsto sin decisión del órgano administrativo, la producción de un acto administrativo susceptible de producir sus efectos ante cualquier persona, física o jurídica, pública o privada (artículo 43, apartados 3 y 5, de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), sin que esto obste a su posible calificación como acto nulo o anulable [artículos 62.1.f) y 63, apartados 1 y 2 de la misma Ley]». «En este último caso», sostiene la Dirección, «la ineficacia del acto requerirá de la correspondiente declaración al efecto mediante el procedimiento de revisión legalmente establecido (artículo 102 de la citada Ley 30/1992)». «Aplicando esos principios a la esfera registral», dice la Dirección General, «es evidente que, no mediando esa declaración, el acto administrativo presunto debe reputarse inicialmente válido, por lo que procederá su inscripción, sin perjuicio de que la Administración pueda, a su vez, adoptar las medidas registrales procedentes para asegurar el resultado de la declaración de ineficacia. Esta es», concluye la resolución, «la solución más conforme con el carácter común de las normas de procedimiento administrativo (cfr. artículo 149.1 de la Constitución), con la obligación de la Administración de dictar resolución expresa en todos los procedimientos (artículo 42.1 de la Ley 30/1992) y con la finalidad declarada al introducir la regulación del silencio administrativo de proporcionar a los particulares la máxima seguridad jurídica en la protección de sus derechos (como señala la

exposición de motivos de la Ley, según la cual el silencio administrativo debe ser entendido como «la garantía que impida que los derechos de los particulares se vacíen de contenido cuando su Administración no atiende eficazmente y con la celeridad debida las ficciones para las que se ha organizado»). Existe, de este modo, una cierta contradicción entre la doctrina jurisprudencial, ahora formalmente unificada, de interpretación de la regulación legal y la tesis mantenida por la Dirección General de los Registros y del Notariado. Una contradicción que no alcanza, sin embargo, al verdadero sentido que, en la práctica registral, ha de atribuirse a las normas legales y reglamentarias sobre el silencio administrativo. Porque, en efecto, la salvedad introducida por el artículo 8.º de la Ley de Suelo –y sus antecedentes normativos– en el régimen jurídico general del silencio no es, en sí misma, una auténtica y propia excepción a dicho régimen, que conduzca a la imposibilidad de toda resolución presunta en el ámbito urbanístico. Si bien se mira, la norma de protección de la legalidad urbanística –esto es, la regla conforme a la cual «en ningún caso pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística»– no alcanza a todos los supuestos de silencio de la Administración, sino sólo a aquéllos en que lo pedido y no concedido dentro de plazo es contrario al ordenamiento urbanístico. En todos los demás supuestos, cuando lo solicitado es conforme con la ordenación, no opera la excepción, ni se impiden, en modo alguno, los efectos del silencio, surgiendo de éste la presunción legal de auténtica resolución estimatoria de la licencia. Es, de este modo, el propio juego de la regla de protección de la legalidad urbanística, al prohibir únicamente la obtención por silencio de licencias contrarias a la ordenación aplicable, el que determina, como contrapartida, la posibilidad de obtención por silencio de

licencia sí conforme –o no contraria– con el ordenamiento urbanístico. Una licencia –y la situación jurídica derivada de la misma– que han de poder acceder a la protección registral. El acceso al Registro de tales resoluciones –aquellas que sí son conformes con el ordenamiento urbanístico– sólo será posible si se acepta la existencia formal de la resolución presunta, en todos los casos, como consecuencia necesaria de la inactividad de la Administración. Puesto que, de una parte, la existencia, en el nivel de lo formal, de la resolución presunta constituye el prius racional o antecedente lógico necesario de la valoración, que ha de realizarse ex post facto, sobre la adecuación de esa misma resolución presunta –y la situación jurídica creada a su amparo– con el ordenamiento urbanístico; de otro lado, porque esa valoración, a posteriori et fortiori, so pena de usurpar las potestades urbanísticas de la Administración, debe quedar reservada de modo privativo al propio órgano actuante, como «autor», por omisión, de la resolución presunta; y, finalmente, puesto que, en todo caso, no cabe exigir de los terceros ajenos al procedimiento urbanístico –incluido el registrador, en su calificación– la formulación de juicios hipotéticos o eventuales, y casi siempre técnicos, sobre la adecuación con la ordenación urbanística de las situaciones jurídicas fundadas en resoluciones presuntas, derivadas de la inacción de la Administración. Además del propio interesado, es a la Administración urbanística a quien corresponde de modo exclusivo la valoración posterior de la resolución, discriminando dentro de la misma la parte de su contenido que sea conforme y la parte contraria a la ordenación aplicable. Pues sólo la Administración es competente para restablecer la legalidad urbanística, revocando la situación por ella misma creada, en ejercicio de potestades excepcionales, que le eximen de acudir para ello a ningún procedimiento de revisión –y que es en lo que, en la realidad y en el fondo, consiste

aquella regla de protección de la legalidad urbanística: la atribución a la Administración de potestades excepcionales para, de una parte, dictar resolución desestimatoria fuera de plazo, de forma contraria al sentido del silencio, como excepción al principio general de necesidad de confirmación del silencio positivo (vid., artículo 43, apartado 4, letra a, de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas) y, de otra, para iniciar directamente el correspondiente expediente de disciplina, sin necesidad de previa declaración de ilicitud de la licencia presunta-. Téngase en cuenta, además, la situación de indefensión en que quedaría el interesado de seguirse la tesis contraria: si entendiéramos, en virtud de la regla de protección de la legalidad urbanística, que la falta de respuesta de la Administración no genera resolución presunta alguna, al administrado no quedaría vía alguna de reacción frente a la pasividad de la Administración; no podría entender estimada su solicitud, por la ausencia de esa resolución presunta, ni podría entenderla desestimada, pues ninguna norma del ordenamiento jurídico, en este supuesto, invierte los efectos que a la inactividad de la Administración atribuye el artículo 43 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas. Esto es, la pasividad o ineficacia de la Administración produciría precisamente el resultado que la institución del silencio administrativo trata de evitar: como afirma la Exposición de Motivos de la Ley de Régimen Jurídico, «que los derechos de los particulares se vacíen de contenido cuando su administración no atiende eficazmente y con la celeridad debida las funciones para las que se ha organizado». IV.—A pesar de todo ello, sin embargo, la inscripción de situaciones jurídicas derivadas del otorgamiento, por silencio, de resoluciones presuntas, en el ámbito urbanístico, sólo será posible cuando, de los datos obrantes en el expediente administrativo y que hayan sido a su vez trasladados al procedimiento registral, o de

las circunstancias obrantes en los correspondientes asientos registrales, no resulte en modo alguno la contradicción de aquella situación con la ordenación urbanística. Mas cuando, como resulta en el presente supuesto, existen datos que contradicen la apariencia de legalidad que deriva de la falta de respuesta, dentro de plazo, de la Administración competente, haciendo dudar del ajuste de aquella situación con la ordenación urbanística aplicable, deberá denegarse el acceso al Registro, con objeto de impedir la constancia registral de situaciones viciadas, que pueden ser anuladas o revocadas sin necesidad de procedimiento alguno de revisión, en virtud de la sola decisión de la Administración actuante. En su virtud, resuelvo suspender la inscripción solicitada, por la concurrencia de los defectos mencionados, y sin que proceda la extensión de anotación preventiva de suspensión, a pesar del carácter subsanable de todos los defectos indicados, al no haber sido expresamente solicitada. Todo ello sin perjuicio del derecho de los interesados de acudir a los Tribunales de Justicia para contender y ventilar entre sí sobre la validez o nulidad de los títulos calificados. Notifíquese al presentante y al funcionario autorizando del título calificado en el plazo máximo de diez días. Áhora, a 13 de agosto de 2009 (firma ilegible). Don Carlos Gonzalo Boatas Enjuanes. La presente nota de calificación (...).»

III

Contra esta calificación don V. M. G. G., junto a doña D. M. C., interpuso recurso mediante escrito de 16 de septiembre de 2009 con arreglo, entre otros, a los siguientes Fundamentos de Derecho: «Primero-. En la instancia suscrita por doña D. M. C., mediante firma legitimada de fecha 26 de junio de 2009, asiento número 550 del Libro Indicador del Notario don Vicente José Castillo Tamarit, explica que se ha producido el si-

lencio administrativo positivo, con lo cual, la declaración de innecesariedad del otorgamiento de licencia municipal de segregación, está concedida por acto presunto. Segundo-. En la nota de calificación emitida por el Sr. Registrador sustituto, don Carlos Gonzalo Boatas Enjuanes, básicamente se alega los argumentos establecidos en la Sentencia del Tribunal Supremo, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a), de 28 de enero de 2009, Recurso de casación en interés de Ley número 45/2007, sentencia que culmina estableciendo lo siguiente: –no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencia en contra de la ordenación territorial o urbanística–. Tercero-. Dado que el Sr. Registrador debe calificar por lo que resulte tanto de la escritura, como de los documentos aportados, como de los asientos del registro, de todo ello no puede deducirse, que la licencia de parcelación concedida por silencio administrativo, vaya en contra de la ordenación territorial o urbanística, por lo que la escritura de segregación y compraventa, es inscribible por silencio administrativo positivo, tal y como se hace constar en la susodicha instancia que con firma legitimada de fecha 26 de junio de 2009, asiento número 550 del Libro Indicador del Notario don Vicente José Castillo Tamarit. Cuarto-. Entendemos que el único posible documento, incorporado al presente procedimiento registral, y que ha hecho dudar acerca de si se inscribe o no la susodicha escritura de segregación y compraventa, es la «Resolución Denegatoria de Licencia de Segregación o bien declaración de su innecesariedad», que ha emitido el Excmo. Ayuntamiento de Cártama. Dicha resolución denegatoria de licencia de parcelación, (llevada a cabo en base el expediente 103/09VU), se trata de una resolución administrativa que va en contra del silencio administrativo positivo, pero que al ser nula de pleno derecho, ha de ignorarse en el presente procedimiento. Quinto-. Doctrina

del Silencio Administrativo Positivo. A-. La licencia de parcelación, a los efectos de inscribir la escritura mencionada, está concedida por silencio administrativo positivo, y tal hecho no es discutido por señor Registrador sustituto, don Carlos Gonzalo Boatas Enjuanes, ya de si hubiese interpretado que el silencio no se ha producido, lo hubiese hecho constar en su nota de calificación. B-. El silencio administrativo positivo, se ha producido, tal y como consta en la instancia suscrita por doña D. M. C., que mediante firma legitimada de fecha 26 de junio de 2009, ha causado el asiento número 550 del Libro Indicador del Notario don Vicente José Castillo Tamarit. En dicha instancia consta: II-. Que con fecha de entrada 11 de marzo de 2009, (presentado en el registro de entrada de la Comunidad Autónoma Andaluza), doña D. M. C., solicitó al Excmo. Ayuntamiento de Cártama, la «Declaración de Innecesariedad del otorgamiento de licencia municipal de segregación», a los efectos de llevar a cabo el acto de parcelación que contiene tal solicitud, el cual se refiere al que contiene la escritura de segregación contenida en el expositivo anterior. Tal solicitud tuvo entrada en el Excmo. Ayuntamiento de Cártama, el día 18 de marzo de 2009, bajo el registro de entrada número 3124, tal y como se desprende de la resolución emitida por el Ayuntamiento de Cártama a la solicitud de licencia de parcelación, y por la cual se procede a denegar la innecesariedad de la misma, bajo el expediente número 103/09 VU. III-. El silencio administrativo positivo se producirá, en el peor de los casos, siempre y cuando el Excmo. Ayuntamiento de Cártama, no haya resuelto y notificado la resolución al expediente de declaración de innecesariedad del otorgamiento de licencia municipal de segregación, en el plazo máximo de 3 meses, más 15 días hábiles, (por suspensión del plazo máximo para resolver, en el supuesto de que se produzca requerimiento por subsanación de deficiencias). No

existiendo requerimiento de subsanación de deficiencias el silencio administrativo positivo se producirá siempre y cuando el Excmo, Ayuntamiento de Cártama, no haya resuelto y notificado la resolución al expediente de declaración de innecesariedad del otorgamiento de licencia municipal de segregación, en el plazo máximo de 3 meses. IV-, Solicitada la declaración de innecesariedad de licencia, con fecha de entrada 18 de marzo de 2009, doña D. M. C., con fecha 29 de mayo de 2009, recibe en su domicilio arriba indicado la resolución denegatoria de la misma bajo el expediente mencionado 103/09 VU, entendiéndose que dicha resolución no se ajusta a derecho. No obstante lo anterior, doña D. M. C., con fecha de entrada en el Ayuntamiento de 22 de junio de 2009, y bajo el número de entrada 7.033, presenta en el Ayuntamiento de Cártama, recurso de reposición contra denegación de licencia.»

IV

El Registrador don Antonio Gallardo Piqueras emitió informe el día 24 de septiembre de 2009 y elevó el expediente a este Centro Directivo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 18, 19, 19 bis, 24, 25 y 26 de la Ley Hipotecaria; 42, 43, 57, 62.1.f), 63, apartados 1 y 2, y 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; 242.6 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio; 8.1.b), 17.2, 19.4 y 20 del Texto Refundido de la Ley de Suelo, aprobado Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio; 52, 66, 68 y 172, Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Ur-

banística de Andalucía; 79 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento Hipotecario sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística; la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera) de 28 de enero de 2009; y las Resoluciones de esta Dirección General de 22 de marzo, 8 y 18 de abril, 23 de julio y 5 de octubre de 2005, 22 de febrero de 2006, 3 de mayo de 2007, 30 de enero, 17 de septiembre y 28 de noviembre de 2008, y 15 enero, 29 de mayo y 15 de septiembre de 2009.

1. En el supuesto del presente recurso son relevantes los siguientes hechos:

a) Se presenta en el Registro de la Propiedad copia autorizada de la escritura pública, otorgada el 2 de mayo de 2001, de venta de una finca –rústica– de treinta y un áreas, veinticinco centiáreas (equivalentes a tres mil ciento veinticinco metros cuadrados) que se formó por segregación de otra (registral número 14.339), en el propio título, junto con escritura de subsanación de la anterior, autorizada el 10 de marzo de 2009, por la que se subsana el error padecido en la descripción de la finca segregada y vendida que en realidad, se dice, tiene una extensión superficial de cincuenta y un áreas, sesenta y ocho centiáreas (equivalentes a cinco mil ciento sesenta y ocho metros cuadrados). Junto con la citada documentación se presenta instancia fechada el 26 de junio de 2009 en la que la interesada alega haber obtenido mediante silencio administrativo declaración municipal de la innecesariedad de la licencia de parcelación, según pretende acreditar mediante la presentación de la siguiente documentación: a) instancia suscrita por la propia interesada, de fecha 11 de marzo de 2009, dirigida al Alcalde del Ayuntamiento de Cártama, solicitando la certificación de innecesariedad para practicar la segregación contenida en el título; b) notificación expedida por

el Secretario del Ayuntamiento de Cártama, dirigida a la misma interesada, en la que se hace constar que por Decreto N.ºU 339/09, expedida por el Concejal Delegado de Urbanismo de dicho Ayuntamiento, de fecha 8 de mayo de 2009, se deniega la declaración de innecesariedad de la licencia solicitada; y c) recurso de reposición interpuesto por la solicitante contra la denegación antes indicada. Así mismo se acompaña instancia suscrita por la misma interesada, de fecha 23 de junio de 2009, dirigida al Alcalde del Ayuntamiento de Cártama, por la que presenta en dicho Ayuntamiento testimonio notarial de copia del título que se pretende inscribir, para dar cumplimiento al artículo 66 de la Ley 7/2002, de Ordenación Urbanística de Andalucía.

b) El Registrador deniega la inscripción de la segregación practicada por entender que, conforme a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta) de 28 de enero de 2009, si bien el artículo 43.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común de 26 de noviembre de 1992 establece como regla general la admisión del silencio administrativo positivo, el mismo precepto contiene la salvedad de que otra norma con rango de ley establezca lo contrario, y esto es lo que sucedía con la vigencia antes, en todo el territorio español, del precepto contenido en el artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, y ahora con lo dispuesto en el artículo 8.1.b) del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2008 y, por consiguiente, conforme a ellos, no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística.

c) La recurrente alega, en síntesis, que aun cuando el Ayuntamiento denegó la declaración de innecesariedad de licencia de parcelación mediante resolución de 8 de mayo de 2009 (dentro, por

tanto, del plazo legal de tres meses para resolver), dicha resolución se ha de tener por no existente a efectos registrales, dado que fue objeto de recurso de reposición formalizado mediante escrito de 19 de junio de 2009 (presentado en el Ayuntamiento el 22 del mismo mes), por entender que es nula de pleno derecho. En consecuencia, entiende el recurrente que dicha resolución expresa denegatoria ha de considerarse ineficaz a efectos registrales y, en su lugar, producida la obtención de dicha certificación de innecesariedad por acto presunto, sin que resulte de aplicación la doctrina legal invocada por el Registrador contraria a la adquisición por silencio administrativo de facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística. En concreto, argumenta el recurrente en su escrito de 26 de junio de 2009, de forma sustancialmente coincidente con el recurso objeto de la presente resolución, que «Considerando nulo de pleno derecho la resolución dictada por el Excmo. Ayuntamiento de Cártama, ante la declaración de innecesariedad, entendemos que la denegación, o mejor dicho que la resolución y notificación, de licencia de parcelación aún no se ha producido, por lo tanto computando los plazos tenemos, que desde el día 18 de marzo de 2009, (fecha de entrada en el Ayuntamiento, de la solicitud de licencia de parcelación), hasta el día 22 de junio de 2009, (día en el cual tiene entrada en el Ayuntamiento de Cártama, el recurso de reposición contra el expediente 103/09 VU), han transcurrido más de 3 meses, lo que supera el plazo máximo para resolver y notificar de 3 meses, ... con lo cual se ha producido el silencio administrativo positivo, con lo que la declaración de innecesariedad del otorgamiento de licencia municipal de segregación, está concedida por silencio administrativo positivo».

2. La cuestión que ha de resolverse en el presente recurso estriba, pues, en

determinar si se ha producido o no el silencio administrativo alegado por el recurrente y, en caso afirmativo, cuales son sus concretos efectos en relación con la solicitud de inscripción debatida. En el presente caso, en que se acompaña a la escritura resolución del Ayuntamiento denegando la solicitud de declaración de innecesariedad, notificada en plazo al interesado, este sólo hecho bastaría para confirmar, sin más, la denegación de la inscripción, pues prueba que no se ha producido ningún acto presunto por silencio administrativo, sino, muy al contrario, un acto expreso y de carácter desestimatorio de la petición formulada. La alegación del recurrente sobre las consecuencias derivadas de la mera interposición de un recurso de reposición contra dicha resolución denegatoria no puede acogerse en modo alguno. La resolución del Ayuntamiento está dotada ex lege de presunción de validez (cfr. artículo 57 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), siendo, además, como es regla general en los actos administrativos, inmediatamente ejecutiva (cfr. artículos 56 y 94 de la citada Ley 30/1992), sin que, por lo demás, conste acreditado en el presente caso que como consecuencia del recurso de reposición interpuesto se hubiere acordado la suspensión de la resolución recurrida (cfr. artículo 111 de la misma Ley), por lo que no puede entenderse tampoco suspendida su eficacia en cuanto a las consecuencias que haya de producir en el ámbito registral (cfr. artículo 99 del Reglamento Hipotecario). En consecuencia, dicha resolución denegatoria dictada por la Administración de forma expresa y notificada dentro del plazo legal máximo de tres meses previsto para ello (cfr. artículo 42.3 de la Ley 30/1992) impide el juego del silencio administrativo en el presente caso.

3. Además, y por otra parte, aun en el caso de que el Ayuntamiento no hu-

biese resuelto sobre la solicitud de certificación de innecesariedad de licencia dentro del plazo legal, tampoco podría prosperar la pretensión del recurrente. En efecto, como ha declarado la Sentencia del Tribunal Supremo –Sala Tercera– de 28 de enero de 2009, con valor de doctrina legal al resolver un recurso de casación en interés de ley, «el artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, y el artículo 8.1.b), último párrafo, del Texto Refundido de la Ley de Suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, son normas con rango de leyes básicas estatales, en cuya virtud y conforme a lo dispuesto en el precepto estatal, también básico, contenido en el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo Común, modificado por Ley 4/1999, de 13 de enero, no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística...».

Según esta Sentencia, aunque conforme al citado artículo 43.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, la regla general es la del silencio positivo, la propia norma contiene la salvedad de que otra norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario, y esto es lo que sucedía con la vigencia antes, en todo el territorio español, del precepto contenido en el aludido artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 (declarado vigente en la Disposición derogatoria única de la Ley 1/1998, de 13 de abril, y no derogado por la Disposición derogatoria única de la Ley 8/2007) y ahora con lo dispuesto en el artículo 8.1.b), último párrafo, del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2008.

4. En el supuesto al que se refiere este recurso, adquieren relevancia, a los efectos de la aplicación de la doctrina legal anterior, las disposiciones contenidas en la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía. En particular, el artículo 66.4 de la indicada Ley determina que «Cualquier acto de parcelación urbanística precisará de licencia urbanística o, en su caso, de declaración de su innecesariedad»; y añade en su párrafo segundo, que «No podrá autorizarse ni inscribirse escritura pública alguna en la que se contenga acto de parcelación sin la aportación de la preceptiva licencia, o de la declaración de su innecesariedad, que los Notarios deberán testimoniar en la escritura correspondiente». El mismo artículo 66, en su apartado 1, define lo que se entiende por parcelación urbanística. Respecto del suelo no urbanizable, que es el caso del presente recurso, establece el párrafo letra b) que se considera como tal parcelación «la división simultánea o sucesiva de terrenos, fincas o parcelas en dos o más lotes que... pueda inducir a la formación de nuevos asentamientos». Además, según el artículo 68.2, «En terrenos con régimen del suelo no urbanizable quedan prohibidas, siendo nulas de pleno derecho, las parcelaciones urbanísticas».

De esta regulación se desprende que la exigencia de aportación de la licencia o declaración de su innecesariedad se encuadra en un específico régimen administrativo de fiscalización municipal previa a la autorización e inscripción de la escritura correspondiente, de suerte que tales preceptos legales imponen un mayor rigor a la hora de examinar aquellos títulos que se pretenda otorgar e inscribir sin cumplir esos controles previos; rigor que, por lo demás, tiene pleno encaje en el cometido que, en pro de la seguridad jurídica preventiva y en el marco del deber de colaboración con la

Administración competente, deben desempeñar Notarios y Registradores.

5. Pues bien, habiendo denegado el Ayuntamiento la certificación de innecesariedad de la licencia de parcelación solicitada con base en el contenido del informe de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de fecha 30 de abril de 2009 –que obra en los antecedentes de la propia resolución denegatoria– en el que se afirma que «El informe urbanístico señala la clasificación del suelo objeto de declaración de innecesariedad como no urbanizable de protección especial compatible, agrario singular, regadíos del Guadalhorce. Conforme al informe del Sr. Arquitecto Técnico Municipal, la finca procede de la catastral 123 del polígono 10 donde existen varias edificaciones sin licencia y expediente de restablecimiento de la legalidad urbanística por parcelación», añadiendo más adelante que «existen indicios de posibilidad de formación de núcleo de población, estando prohibidas y siendo nulas dichas parcelaciones en suelo no urbanizable», dicha resolución pone de manifiesto una situación jurídica a la que resulta plenamente aplicable la doctrina legal sentada por el Tribunal Supremo anteriormente reseñada, por la que se concluye en la imposibilidad de entender adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística. Ello implica que en ningún caso, puede entenderse cumplido el requisito a que subordina la inscripción de la segregación el artículo 66.4, párrafo segundo, de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, en cuanto exige para ello la previa aportación de la preceptiva licencia, o de la declaración de su innecesariedad, que en este caso, según lo razonado, no puede entenderse obtenida ni de forma expresa, ni de forma presunta.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado confirmar la nota de calificación recurrida y desestimar el re-

curso interpuesto, en los términos que resultan de los anteriores fundamentos.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 27 de octubre de 2010.–La Directora General de los Registros y del Notariado, *M.ª Ángeles Alcalá Díaz*.

RESOLUCIÓN de 29 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad n.º 3 de Roquetas de Mar, a cancelar una condición resolutoria. («BOE» núm. 287 de 27 de noviembre de 2010.)

TEXTO

En el recurso interpuesto por don J. L. L. S., en nombre y representación de «N. U., S.L.», contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Roquetas de Mar número 3, don Rafael Ignacio Castizo Romero, a cancelar una condición resolutoria.

HECHOS

I

Por parte de las mercantiles «I. O., S.L.» y «N. U., S.L.» se adquirió de la mercantil «M y B P. A., S.L.», mediante escritura de permuta autorizada por el Notario de El Ejido, don Miguel Almansa Moreno Barreda, en fecha 8 de febrero de 2006, y bajo el número de protocolo 306, una parcela de terreno inscrita

en el Registro de la Propiedad de Roquetas de Mar, al Libro 210, Tomo 2.414, folio 136, finca 15.420, inscripción 1.ª

La contraprestación por la adquisición de dicha parcela, que se valoraba en la cantidad de 1.608.148 euros, se debía hacer efectiva mediante una determinada entrega de dinero, en concreto 1.026.224 euros, abonados en la forma y plazos que se establecían en la referida escritura y, además, la entrega de unas determinadas unidades de obra (contraprestación en especie) valoradas en 581.924 euros, cuya fecha de entrega se establecía en el plazo de treinta y seis meses a contar desde la concesión de la licencia de obra. En la referida escritura, se hacía constar lo siguiente:

«Además de las garantías reales establecidas en la presente escritura, la parte cesionaria entregará a la cedente un aval bancario a primer requerimiento, por importe de quinientos ochenta y un mil novecientos veinticuatro euros (581.924,00 euros). El plazo máximo para la entrega de este aval es de seis meses a contar desde el soterramiento de la línea de alta tensión que discurre paralela a la finca objeto del presente contrato; este hecho se acreditará por la parte a quien convenga en forma suficiente.

Si llegado el día final establecido, sin que el mismo se hubiere entregado, la presente permuta quedará resuelta de pleno derecho, con los efectos de los artículos 1120 y 1504 del Código Civil. Si el repetido aval, es entregado a la parte cedente, esta estará obligada a otorgar escritura de cancelación de la referida escritura de cancelación de la referida condición resolutoria y si no lo hiciere, podrá la parte cesionaria otorgar la escritura de cancelación, una vez trascurran treinta días desde el requerimiento notarial, dirigido a la cedente, en el domicilio indicado en la comparecencia, a tal fin, una vez vencida la obligación garantizada (de entregar el aval).

Quinto.–Condición resolutoria.–Entregado el aval y cancelada la condición resolutoria, la falta de cumplimiento de la obligación de realizar las obras de edificación, equivalente a la entrega en especie a que está obligada la parte cesionaria para con la cedente, en el plazo que se establece, facultará a la parte cedente a resolver este contrato, recuperando la mercantil «M y B P. A., S.L.», la propiedad total de la finca cedida, quedando en tal caso las obras realizadas en beneficio de dicha finca».

II

Con fecha 26 de abril de 2006 dicha escritura fue inscrita en el Registro de la Propiedad de Roquetas de Mar número 1 (actual número 3) «por título de permuta por obra futura, por mitad y proindiviso, con la expresada condición resolutoria». En la nota simple informativa que acompañaba al título y con igual fecha que la inscripción se hacía constar en el apartado de cargas la siguiente «Condición resolutoria. La falta de cumplimiento de la obligación de realizar las obras de la edificación, equivalente a la entrega en especie a que está obligada la parte cesionaria para con la cedente, en el plazo que se establece, facultará a la parte cedente a resolver este contrato, recuperando la mercantil M y B P. A., S.L. la propiedad total de la finca cedida, quedando en tal caso las obras realizadas en beneficio de dicha finca».

III

Por escritura de 26 de abril de 2007 otorgada ante el Notario de El Ejido, don Leopoldo Ocaña Cabrera, «N. U., S.L.» propietaria de la totalidad de la finca registral 15.420, hace entrega a «M y B P. A., S.L.» del aval aludido y, consecuentemente, esta entidad cancela la condición resolutoria antes citada consintiendo igualmente su cancelación en el Registro de la Propiedad.

IV

Dicha escritura de cancelación de condición resolutoria fue presentada en el Registro de la Propiedad de Roquetas de Mar número 3 con fecha 29 de julio de 2009 siendo objeto de calificación en los siguientes términos: «Escritura autorizada el 26/04/2007, n.º protocolo 1084/2007. Entrada número 5598 de fecha 29/07/2009. Asiento 84/746. Con referencia al documento arriba indicado y presentado por Vd. en esta oficina, se le comunica que ha sido calificado negativamente, con la siguiente nota: Registro de la Propiedad de Roquetas de Mar n.º 3. Rafael I. Castizo Romero, Registrador del Registro de la Propiedad Roquetas de Mar n.º 3, conforme al art. 18 de la Ley Hipotecaria, formulo la siguiente calificación negativa en base a los siguientes hechos y fundamentos de derecho: A) Hechos: 1.–Título que se califica: Escritura de cancelación de condición resolutoria autorizada el 26 de abril de 2007 por el Notario de El Ejido don Leopoldo Ocaña Cabrera, número 1.084 de protocolo, presentada bajo el asiento 746 del Diario 84. 2.–1.ª condición resolutoria inscrita.–En escritura autorizada el 8 de febrero de 2006 por el Notario de El Ejido don Miguel de Almansa Moreno Barreda, número 306 de protocolo, M Y B P. A., SL, cedió a I. O., S.L. y N. U., S.L.–que adquirieron por mitades indivisas- la registral 15.420 del término de Vícar, a cambio de determinados elementos privativos de una obra futura, garantizándose su entrega con condición resolutoria. La inscripción 2.ª de la finca 15.420 de Vícar, causada por dicha escritura, sólo refleja ésta condición resolutoria con el siguiente tenor: «La falta de cumplimiento de la obligación de realizar las obras de la edificación, equivalente a la entrega en especie a que está obligada la parte cesionaria para con la cedente, en el plazo que se establece, facultará a la parte cedente a resolver este contrato, recuperando la

mercantil MY B P. A., S.L., la propiedad total de la finca cedida, quedando en tal caso las obras realizadas, en beneficio de dicha finca». 3.–2.^a condición resolutoria no inscrita.–Sin embargo, según se recoge en la escritura que se califica, además de tal garantía la parte cesionaria se comprometió entregar a la cedente un aval bancario por 581.924 euros en el plazo máximo de seis meses a contar desde el soterramiento de una línea de alta tensión, garantizándose también esta obligación con otra condición resolutoria del tenor literal siguiente – según la escritura que se califica «Si llegado al día final establecido, sin que el mismo (el aval) se hubiere entregado, la presente permuta quedará resuelta de pleno derecho, con los efectos de los artículos 1.120 y 1.504 del Código Civil». Tal pacto de entrega de aval y la condición, resolutoria que lo garantizaba no tuvieron reflejo registral en la inscripción 2.^a de la finca 15.420 de Vúcar, firmada por la Registradora Interina del antiguo Registro n.º 1 (extinguido por su división en la demarcación) doña María Pilar Linares González. 4.–Por escritura autorizada el 11 de octubre de 2006 por el Notario de El Ejido don Miguel de Almansa Moreno Barreda, número 3.095 de protocolo, ratificada por otra autorizada el 14 de noviembre de 2006 por el Notario de Madrid don Ricardo Ferrer Giménez, las referidas entidades modificaron la anterior de 8 de febrero de 2006 en determinados extremos relativos a la contraprestación a por la cesionaria del suelo reiterando los términos de la 2.^a condición resolutoria, según recoge la escritura que se califica, aunque en la inscripción causada por aquella – 3.^a de la finca 15.420 de Vúcar, firmada por el Registrador cotitular del antiguo Registro n.º 1 don Cristóbal Avilés Hidalgo– tampoco tuvo reflejo registral la 2.^a condición resolutoria. 5.–Por escritura autorizada el 28 de marzo de 2007 por el Notario de El Ejido don Miguel de Almansa Moreno Barreda, número 884 de protocolo, I. O., S.L. vendió la mitad

indivisa de la finca 15.420 de Vúcar a N. U., S.L. Dicha escritura causó la inscripción 4.^a de la finca. 6.–Así pues, se pactaron dos condiciones resolutorias; 1.^a condición resolutoria inscrita en garantía de la obligación de entrega en plazo de la contraprestación de la cesión; y 2.^a condición resolutoria no inscrita en garantía de la entrega en plazo del aval. Que son dos condiciones resolutorias distintas y no una sola lo demuestra el pacto quinto de la escritura de 8 de febrero de 2006 reiterado en la de 11 de octubre de 2006 recogido en la escritura que se califica «Entregado el aval y cancelada la condición resolutoria (se refiere a la 2.^a condición resolutoria no inscrita), la falta de cumplimiento de la obligación de realizar las obras de la edificación, equivalente a la entrega en especie a que está obligada la parte cesionaria para con la cedente, en el plazo que se establece facultará a la parte cedente a resolver este contrato, recuperando la mercantil MY B P. A., S.L., la propiedad total de la finca cedida, quedando en tal caso las obras realizadas en beneficio de dicha finca». Es decir, que cancelada la 2.^a condición resolutoria (la no inscrita) ha de quedar plenamente subsistente la 1.^a condición resolutoria (la inscrita). 7.–En la escritura que se califica se cancela la 2.^a condición resolutoria (la no inscrita) por MY B P. A., S.L. previa entrega del aval sin cuya garantía se constituyó, por parte de N. U., S.L. 8.–Presentada la escritura el 11 de mayo de 2007 en el Registro de la Propiedad n.º 1 de Roquetas de Mar –hoy extinguido por división material– bajo el asiento del Diario 71, fue objeto de la siguiente nota por el cotitular don Cristóbal Avilés Hidalgo «No practicada operación de la cancelación de condición resolutoria instrumentada en el precedente documento, por no haberse inscrito en su día por error, habiéndose obtenido el consentimiento del titular de la finca para no practicar la rectificación correspondiente dada la situación de cancelación de la misma. Roquetas de Mar, dos

de julio de dos mil siete». B) Fundamentos de derecho: 1.–Es presupuesto lógico de toda cancelación, la existencia registral de la carga a cancelar - Lo no inscrito no puede ser cancelado. Arts. 76 a 85 de la L. H. y concordantes de su Reglamento. En el caso que nos ocupa, al consentirse en la escritura que se califica sólo la cancelación de una condición, resolutoria no inscrita -la 2.^a condición resolutoria pactada- no podrá tener efecto registral hasta tanto se inscriba previamente en el Registro la condición resolutoria cuya cancelación se consiente 2.–Tal constatación registral de la condición resolutoria, omitida podría hacerse de conformidad con el art. 40 a) de la Ley Hipotecaria y 211 y siguientes de la misma y sus concordantes reglamentarios (arts. 314 y ss R. H.) previa presentación de los títulos causantes de las inscripciones 2.^a y 3.^a de la finca 15.240. Evidentemente, siempre que realmente procediera efectuar tal constatación registral, ya que son dos los Registradores que coincidieron en no efectuarla, previa calificación de los referidos títulos, como se expuso en los hechos 3 y 4. Por otro lado, parece bastante inútil rectificar el Registro para hacer constar una condición resolutoria cuya cancelación ya ha sido consentida. 3.–El mismo razonamiento anterior fue consignado por mi compañero don Cristóbal Avilés Hidalgo en la nota de 2 de julio de 2007 transcrita en el hecho 8.º, consentida por la titular registral que, transcurrido más de dos años, vuelve a presentar la escritura que se califica, ignorándose a qué efectos, salvo que lo que se pretenda sea obtener la cancelación de la condición resolutoria inscrita a virtud de la escritura que se califica, lo que evidentemente no es posible toda vez que en la misma se consiente la cancelación de otra condición resolutoria distinta: La 2.^a condición resolutoria no inscrita. Por los referidos hechos y fundamentos de derecho acuerdo: Suspender la inscripción de la escritura reseñada en el hecho 1.º por el defecto subsanable de

falta de previa inscripción de la condición resolutoria cuya cancelación se consiente. La presente calificación negativa determina la prórroga del asiento de presentación por plazo de sesenta días a contar desde que ge tenga constancia de la recepción de la última de las notificaciones legalmente pertinentes, de conformidad con los arts. 322 y 323 de la Ley Hipotecaria. Contra la presente (...) Roquetas de Mar, 7 de septiembre de 2009 El Registrador (firma ilegible) – Rafael I. Castizo Romero.»

V

Notificada la calificación, ésta fue recurrida por el representante de «N. U., S.L.» mediante escrito presentado el 20 de octubre de 2009 en el que se hacían las siguientes consideraciones: Que obviamente, en esa transcripción que se ha realizado de la escritura, no constan dos condiciones resolutorias con trascendencia registral, como señala el Registrador que ha calificado negativamente la escritura de cancelación (una referente al aval y otra a le entrega de las distintas unidades de obra en el edificio a edificar), sino una sola referente a la entrega de las distintas unidades de obra. Que la entrega del aval no es ni más ni menos que un requisito indispensable para que, con anterioridad a la entrega de las distintas unidades de obra, se pudiera levantar la condición resolutoria referente a las mismas. Que una lectura detenida de la escritura llevaría a considerar, en puridad de conceptos, que ni siquiera se ha establecido la condición resolutoria con trascendencia registral referente a la entrega de las distintas unidades de obra, ya que ello se debió hacer constar de forma clara y explícita. Que una cosa es que al momento del otorgamiento de la escritura quede una determinada cantidad pendiente de pago y así se consigne en la escritura, y otra muy diferente que esa cantidad pendiente de pago se haga constar explícitamente en el Registro, ya

que mientras la primera es una obligación personal, la segunda es una obligación real. Que no obstante lo anterior, lo cierto y verdad es que la intención de las partes era que se consignara dicha condición en tanto en cuanto se concediera el aval. Que sólo existía una condición se pone de manifiesto por lo siguiente: 1. El propio Registrador de la Propiedad que inscribió la compraventa, única y exclusivamente inscribió como condición resolutoria con trascendencia registral la de entrega de las unidades de obra. 2. En el propio párrafo de la escritura, anteriormente transcrito, expresamente se hace constar que la entrega del aval «...se acreditará por la parte a quien convenga en forma suficiente.» No se dice que entregado el aval haya de otorgarse escritura de cancelación de la condición resolutoria, sino que se acreditará en forma suficiente y según convenga a cada una de las partes contratantes. 3. Es cierto que seguidamente se hace constar que si no se entrega el aval se puede resolver la compraventa (como en cualquier tipo de obligación sinalagmática cuando una parte incumple) pero ello en modo alguno quiere decir que sea una condición que deba inscribirse en el Registro de la Propiedad, y de hecho es que no se inscribió. 4. Añade seguidamente la condición que se analiza «Si el repetido aval es entregado a la parte cedente, esta estará obligada a otorgar escritura de cancelación de la referida condición resolutoria...» Obviamente esta cancelación nunca se puede referir a la entrega del aval, pues como anteriormente ha quedado expuesto, la entrega del mismo se acreditaba por la parte a la que conviniera «...en forma suficiente.» 5. Que también es de destacar que, en todo el texto de la condición, siempre se utiliza el término «condición resolutoria», en singular, nunca en plural, apareciendo reiteradamente dicho término en las distintas escrituras. 6. Por escritura de rectificación, de fecha 11 de octubre de 2006, autorizado por el mismo Notario ante-

riormente nombrado, y bajo el número 3.095 de su protocolo, si bien se cambiaron algunos términos de la escritura de compraventa, el párrafo referente a la condición resolutoria quedó inalterado. 7. Por escritura de fecha 28 de marzo de 2007, autorizada por el Notario don Miguel de Almada Moreno Barreda, bajo el número 884 de su protocolo, por la que, la mercantil «I. O., S.L.» vendió a su representada el 50% de la participación que le correspondía sobre la parcela, no se hizo constar en el apartado de cargas dos condiciones resolutorias (una inscrita y otra no inscrita) sino una sola referente a la entrega de las distintas unidades de obra. Igualmente en la estipulación segunda, apartado b) se hace constar que la cantidad de 290.962 euros «...la retiene en su poder la parte compradora para hacer frente en su día al cumplimiento de la condición resolutoria que se ha hecho referencia en el apartado de cargas, y que corresponde a la mitad de la cantidad en especie que quedó pendiente de entregar hasta la finalización de las obras, momento en el que se entregarán las viviendas, garajes y local...» Es de destacar que en dicha escritura estuvo presente como interviniente la mercantil vendedora «M y B P. A., S.L.», quien firmó dicha escritura sin ningún reparo, sin indicar en ningún momento la existencia de dos condiciones resolutorias, ni nada por el estilo. Que consiguientemente no se puede compartir la argumentación principal realizada por el Registrador en el sentido que en la escritura de la inscripción primera de la finca existían dos condiciones resolutorias, y que una de ellas (referente a la entrega del aval) no se inscribió razón por la que en la actualidad no puede inscribir la cancelación de la escritura calificada negativamente, y cuya calificación interesa se revoque. Que aun admitiendo a efectos puramente dialécticos la teoría mantenida por el Registrador, en el sentido que existen dos condiciones resolutorias, es evidente que con la escritura de cancelación presen-

tada por esta parte y que se ha calificado negativamente, se debieron cancelar ambas, y ello por lo siguiente: 1.º) Las referidas condiciones resolutorias son consecuencia de la escritura de permuta citada y que en la escritura de cancelación, después de reproducir literalmente los términos recogidos establece «consecuentemente «M y B P. A., S.L.» cancela la condición resolutoria antes dicha que recae sobre la finca descrita, y consiente en que, igualmente, se cancele en el Registro de la Propiedad, lo que solicitan.» Que si los términos de la condición que aparece en la escritura de permuta, es idéntica (palabra por palabra) a la que se cancela por la escritura citada, no se alcanza a comprender cómo en la primera hay dos condiciones resolutorias y en la segunda una sola. Que un sentido de coherencia desde un punto de vista jurídico no puede llevar a la conclusión que un determinado texto no puede ser interpretado de forma diferente por la misma persona.

VI

Admitido el recurso, el Registrador emitió el informe preceptivo remitiendo todas las actuaciones a este Centro Directivo para su resolución.

VII

Esta Dirección General, para mejor proveer, solicitó fotocopia de las inscripciones correspondientes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 9, 23, y 76 a 85 de la Ley Hipotecaria.

1. Son hechos destacables para la resolución del presente recurso los siguientes:

a) Se inscribe en el Registro una permuta de parcela a cambio de pisos en el

edificio futuro. En la escritura que sirvió de título a la inscripción se pacta, con una cierta confusión, lo siguiente:

«Además de las garantías reales establecidas en la presente escritura, la parte cesionaria entregará a la cedente un aval bancario a primer requerimiento, por importe de quinientos ochenta y un mil novecientos veinticuatro euros (581.924,00 euros). El plazo máximo para la entrega de este aval es de seis meses a contar desde el soterramiento de la línea de alta tensión que discurre paralela a la finca objeto del presente contrato; este hecho se acreditará por la parte a quien con venga en forma suficiente.

Si llegado el día final establecido, sin que el mismo se hubiere entregado, la presente permuta quedará resuelta de pleno derecho, con los efectos de los artículos 1120 y 1504 del Código Civil. Si el repetido aval es entregado a la parte cedente, ésta estará obligada a otorgar la escritura de cancelación de la referida condición resolutoria y si no lo hiciere, podrá la parte cesionaria otorgar la escritura de cancelación, una vez transcurran treinta días desde el requerimiento notarial, dirigido a la cedente en el domicilio indicado en la comparecencia, a tal fin, una vez vencida la obligación garantizada (de entregar el aval).

Quinto.–Condición resolutoria.–Entregado el aval y cancelada la condición resolutoria, la falta de cumplimiento de la obligación de realizar las obras de la edificación, equivalente a la entrega en especie a que está obligada la parte cesionaria para con la cedente, en el plazo que se establece, facultará a la parte cedente a resolver este contrato, recuperando, la mercantil «M y B P. A. S.L.», la propiedad total de la finca cedida, quedando en tal caso las obras realizadas en beneficio de dicha finca.»

b) En el Registro como condición resolutoria se inscribe solamente lo siguiente: «Condición resolutoria. La falta

de cumplimiento de la obligación de realizar las obras de la edificación, equivalente a la entrega en especie a que está obligada la parte cesionaria para con la cedente, en el plazo que se establece, facultará a la parte cedente a resolver este contrato, recuperando la mercantil M y B P. A., S.L. la propiedad total de la finca cedida, quedando en tal caso las obras realizadas en beneficio de dicha finca.»

c) Se presenta ahora en dicho Registro escritura en la que comparecen las partes y dicen que en la escritura anteriormente expresada se pactó la condición resolutoria –y se transcribe en su integridad la condición que se pactó en la escritura- y que, haciéndose entrega del aval, se cancela la condición resolutoria.

d) El Registrador deniega la cancelación, por entender que, pactadas dos condiciones resolutorias, la que ahora se cancela es precisamente la que no se inscribió, no pudiendo cancelarse lo que no está inscrito.

2. El asiento de cancelación es aquél cuya función es extinguir formalmente otro asiento registral determinado, o una parte de él que se refiera a un derecho concreto, trayendo como consecuencia

la «desregistración» del contenido cancelado. De todo ello se deriva, como ha dicho la doctrina más autorizada que dentro de las características del asiento (v. gr.: incondicionalidad, negatividad, etc.) resalta la de accesoriidad, que significa que el asiento de cancelación es accesorio de otro asiento o parte de él, que es el que declara extinguido.

Por ello, el recurso ha de ser desestimado pues, al no haberse inscrito la condición que se pretende cancelar, no hay contenido registral al que la cancelación se refiera.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto, en la forma que se deriva de los anteriores fundamentos.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 29 de octubre de 2010.–La Directora General de los Registros y del Notariado, *M.^a Ángeles Alcalá Díaz*.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

PLENO

SENTENCIA 81/2010, de 3 de noviembre de 2010. Cuestión de inconstitucionalidad 4976-2005. Planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 20 de Madrid en relación con el artículo 57.2 del Código penal, en la redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. Principios de personalidad y proporcionalidad de las penas, prohibición de indefensión, derecho a la intimidad familiar y libertades de circulación y residencia: **STC 60/2010 (imposición obligatoria, para determinados delitos, de la pena accesoria de alejamiento).** («BOE» núm. 292 de 3 de diciembre de 2010.)

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4976-2005, planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 20 de los de Madrid, en relación con el artículo 57.2 del Código penal. Han intervenido y formulado alegaciones el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Pablo Pérez Tremps, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. ANTECEDENTES

1. El día 4 de julio de 2005 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal, con el núm. 7728-2005, escrito del Juzgado de lo Penal número 20 de los de Madrid, al que se acompaña, junto al testimonio de particulares del correspondiente procedimiento abreviado núm. 6152-2004, el Auto del referido órgano judicial de 29 de junio de 2005 en el que

se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 57.2 del Código penal (en adelante CP).

2. Del conjunto de las actuaciones remitidas por el órgano judicial proponente resulta que los hechos que dan lugar al planteamiento de la presente cuestión son, concisamente expuestos, los siguientes:

a) El Juzgado de Instrucción núm. 22 de Madrid dictó Auto el 31 de diciembre de 2004 en el que incoaba diligencias previas al poder ser los hechos constitutivos de un delito de maltrato familiar.

b) El día 3 de enero de 2005 el Juzgado dictó Auto acordando no haber lugar a dictar orden de protección a favor de la denunciante. Ese mismo día dictó Auto acordando continuar la tramitación de las diligencias por los trámites del procedimiento abreviado por un presunto delito de malos tratos en el ámbito familiar. Acto seguido, el Fiscal formuló escrito de acusación por unos hechos que fueron calificados como un delito de maltrato previsto y penado en el artículo 153.1 y 2 CP y de un delito de maltrato previsto y penado en el artículo 153.1 CP, solicitando la imposición al acusado, por el primer delito, de una pena de nueve meses de prisión e inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y dos años de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, junto con la prohibición de comunicarse con la perjudicada y aproximarse a ella y a su lugar de trabajo en un radio de quinientos metros por un período de dos años; y por el segundo delito, de una pena de seis meses de prisión e inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y dos años de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, junto con la prohibición de comunicarse con la perjudicada y aproximarse a ella y a su lugar de trabajo en un radio de quinientos metros por un período de un año

y seis meses. La acusación particular, por su parte, también presentó escrito de acusación, solicitando para el acusado, como autor de dos delitos de maltrato tipificados en el artículo 153.1 CE, la pena de cinco meses y un día de prisión por el primer delito y de tres meses de prisión por el segundo, así como la prohibición del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de tres años.

c) El Juzgado dictó Auto de apertura del juicio oral el día 14 de febrero de 2005, y declaró competente para el conocimiento y fallo de la causa a los Juzgados de lo Penal de Madrid, dando traslado a la defensa para que formulara escrito de defensa por el plazo legal.

d) Remitidas las actuaciones al Juzgado de lo Penal, se dictó Auto de 20 de abril de 2005 acordando admitir las pruebas propuestas por el Ministerio Fiscal y demás partes, y señalando la vista oral para el día 18 de mayo de 2005. En el turno previo de intervenciones el Fiscal y la acusación particular modificaron sus conclusiones provisionales, solicitando por el primer delito la pena de cincuenta y seis días de trabajo en beneficio de la comunidad, y seis meses de alejamiento, manteniendo el resto de las penas solicitadas; y por el segundo delito, treinta y un días de trabajos en beneficio de la comunidad, un año de prohibición de tenencia porte de armas y seis meses de alejamiento, manteniendo también el resto de las penas pedidas. El acusado y su defensor mostraron su conformidad con los hechos, pero no con la pena de alejamiento. En el mismo sentido, la denunciante manifestó que no estaba de acuerdo con la pena de alejamiento porque ambos conviven y desean continuar haciéndolo.

e) El Juzgado dictó Auto de fecha 24 de mayo de 2005, confirmando al Fiscal, a la acusación particular y a la defensa un plazo de diez días para que formularan alegaciones sobre la posibilidad de plan-

tear cuestión de inconstitucionalidad del artículo 57.2 CP en relación con la libertad de circulación del condenado (art. 19 CE); el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE); el principio de personalidad de las penas (art. 25.1 CE); el principio de legalidad penal (art. 25.1 CE); con carácter subsidiario, el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y el valor superior de la libertad (art. 1.1 CE); y el principio de protección a la familia y a los hijos (art. 39 CE).

f) Por el Ministerio Fiscal se formularon alegaciones en fecha 2 de junio de 2005, no oponiéndose al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. La representación procesal del acusado no presentó escrito de alegaciones.

g) Finalmente, la cuestión de inconstitucionalidad fue promovida mediante Auto de 29 de junio de 2005.

3. El Auto de cuestionamiento inicia la fundamentación jurídica con la exposición de la evolución del precepto desde la promulgación del vigente Código Penal. Al respecto, se recuerda que la pena de alejamiento fue incorporada al Código por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, modificada por la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de protección a las víctimas de malos tratos. Con posterioridad, las dos últimas reformas penales sobre la violencia doméstica, las Leyes Orgánicas 11/2003, de 29 de septiembre, y 1/2004, de 28 de diciembre, han agravado la respuesta penal en el ámbito de las lesiones, amenazas y coacciones producidas en el ámbito familiar o contra la esposa o pareja.

Indica que la naturaleza de la pena hace hincapié en que se trata de una pena privativa de derechos que afecta a la libertad de elegir la residencia y a circular por el territorio nacional (art. 19.1 CE). Alguna jurisprudencia reciente la califica como medida de seguridad complementaria de la pena. Refiere que la finalidad

parece acomodarse a criterios de prevención especial, asegurativa y cautelar, incorporando contenidos victimológicos, pues atendería a las necesidades del ofendido por el delito. También se le ha considerado como pena accesoria impropia puesto que no se vincula a la pena principal sino a determinados delitos y no tiene el mismo límite temporal que la pena principal.

Hasta la reforma de la Ley Orgánica 15/2003, fue una sanción de aplicación discrecional, la única pena accesoria potestativa. Su aplicación dependía de un juicio de pronóstico sobre reiteración delictiva que habría de verificarse a partir de la gravedad del hecho y la peligrosidad del autor. La evolución legislativa de la pena pone de manifiesto que una pena preventiva especial, de carácter asegurativo o cautelar, facultativa, que atiende a las necesidades de la víctima de manera exclusiva, cuando ésta y el agresor tienen una estrecha vinculación, se transforma, en los fenómenos de violencia familiar, en una pena preventiva general de aplicación obligatoria que se desentiende de las circunstancias de la víctima, las características del hecho, la gravedad del injusto y la culpabilidad del autor. La pena de alejamiento, configurada en estos términos, no permite distinguir la gravedad de los conflictos, ni el grado de peligrosidad de los sujetos, ya que se aplica en cualquier circunstancia.

Respecto de las consecuencias para la víctima, subraya su carácter aflictivo, toda vez que representa una injerencia en sus relaciones personales, en las íntimas y familiares. Para la víctima, las consecuencias de la aplicación de la pena de prohibición de aproximación y comunicación suponen, cuando se impone contra su voluntad y sin atender a las necesidades de tutela de su vida, integridad u otros bienes personales, un sacrificio de su libertad y de su capacidad de autodeterminación, porque le priva de su derecho a convivir en pareja con quien

quiera, sea o no bajo la institución matrimonial, al imponerle la separación física.

Parece difícil hallar otra significación jurídica a esta privación de libertad que afecta al ofendido por el delito que la de pena, lo que supone su «función repressiva, retributiva o de castigo» (SSTC 276/2000 y 132/2001) o la supresión o restricción de derechos «como consecuencia de un ilícito» (SSTC 48/2003 y 72/2005). A mayor abundamiento, la pena así configurada anula radicalmente la virtualidad del perdón de la víctima, casi desterrado del ámbito del Derecho penal en las relaciones personales, de la reconciliación entre el autor y la víctima, de la composición del conflicto entre los afectados en supuestos leves, que son los más frecuentes en la vida familiar y de pareja.

Reconoce el Juez promotor de la cuestión que podría argüirse que toda pena privativa de libertad, como la prisión, afecta a la vida familiar del condenado, a su cónyuge o conviviente, a sus ascendientes y descendientes. Pero esa afectación es indirecta. Sin embargo, la pena de prohibición de acercamiento se ha establecido en contemplación de la posición de la víctima, es decir, respecto a la víctima vinculada al agresor en matrimonio o unión de hecho, por relaciones paternofiliales o similares. Y supone una carga directa sobre el ofendido, a quien se obliga a la separación y ruptura de la relación. Por ello, el legislador debió haber ponderado sus derechos para respetar su ámbito de libre determinación de la voluntad y dignidad.

Con independencia de las hipotéticas vulneraciones que de esta orden de alejamiento pudieran producirse y de la diversidad de situaciones que cabe imaginar, en el Auto de planteamiento de la cuestión se afirma que «en el fondo late la pregunta de si los poderes públicos pueden separar a cónyuges y convi-

vientes, a hermanos adultos, a padres e hijos mayores, que es el fin que persigue la pena del artículo 57.2 CP, contra su voluntad, sin buscar justificación o cobertura a tan intensa injerencia en la libertad de obrar de las personas en la necesidad de protegerlas frente a un riesgo de reiteración delictiva o de nueva agresión no advertido por ellas mismas».

Se priva a la víctima, es decir, a la mujer, de la facultad de decidir sobre su propia vida y futuro, «la mujer pasa de estar sometida al maltratador a estarlo al Estado. Que la mujer recupere el control de su vida es uno de los objetivos prioritarios de todas las terapias relacionadas con la violencia doméstica. Imponerle una prohibición o una medida de protección que ella no desea es persistir en el mito de que es incapaz de decidir por sí misma». Con este tipo de soluciones legislativas se siembra la sospecha de que las decisiones de la mujer que opta por mantener la convivencia encierran una patología, tienen algo de extraño y morboso. Amén de ello, criminaliza a la propia víctima si colabora en el quebrantamiento de la medida, bien a título de inductora bien como cooperadora necesaria. Son las consecuencias de proteger contra su voluntad a las personas prohibiéndoles conductas que no dañan a terceros.

Subraya el Juez promotor de la cuestión la importancia de la opinión de la víctima. Según investigaciones criminológicas realizadas en los Estados Unidos, «sí la mujer se opone a la obligatoriedad de una medida de protección, allí es la detención del denunciado, bajo el argumento de que su pareja no le volverá a pegar, ése es el factor predictivo más fiable de la escasa peligrosidad del agresor». En el caso sometido al conocimiento del Juez promotor de la cuestión, existen una serie de circunstancias que «permitirían aceptar como razonable la opinión de la víctima en el sentido de que no existe peligro de reiteración, sin des-

conocer la dificultad de elaborar pronósticos sobre la conducta futura de las personas y su capacidad para controlar y gobernar sus instintos violentos».

Como normas constitucionales infringidas se menciona, en primer lugar, la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE). A este respecto se recuerda que en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 15/2003 no figura ninguna referencia a la supresión del carácter potestativo de la pena y su transformación en obligatoria para los supuestos en los que la víctima tuviera una cierta relación afectiva o familiar con el condenado. Incluso lo que se llega a denominar mejora técnica es una justificación contradictoria con la redacción del precepto. No habiéndose invocado por el legislador razón alguna que justifique la transformación de la pena potestativa en obligatoria, y toda vez que se desatiende a la gravedad del hecho y a la peligrosidad del delincuente (pautas que guían la aplicación de la pena cuando no media esa relación afectiva o familiar), la pena sólo puede justificarse por razones de prevención general, como medio de amenaza penal con efectos disuasorios. Pero todos los fines y funciones de la pena, los de prevención general, positiva y negativa, los de prevención especial y los de retribución, se alcanzan con la pena principal. Como la pena tiene una consecuencia directa para la víctima (la ruptura de la convivencia contra su voluntad), «si el legislador hubiera atendido a los fines estrictos de la pena no podría haber provocado esa injerencia innecesaria, arbitraria, en su libertad. Innecesaria porque el apartado primero del artículo 57 permite a los Tribunales aplicar la pena de alejamiento siempre que considere su conveniencia para proteger a la víctima, incluso, por excepción, contra su propia opinión». Desde esta perspectiva, la reforma legislativa es caprichosa e inconsecuente porque no podría perseguir el restringir la libertad de la víctima sin definir

fines de protección que lo justificaran. La pena de alejamiento no consentida por el ofendido sólo produce efectos inconvenientes, que no han podido ser previstos ni deseados por el legislador (incumplimientos de las prohibiciones de alejamiento no consentidas por la víctima, ineficacia de las penas, despilfarro de medios necesarios para la protección de las víctimas...).

También se entiende vulnerado el principio de personalidad de las penas, protegido por el artículo 25.1 CE (SSTC 219/1988, 254/1988 y 146/1994). Este principio es expresión del principio de culpabilidad o de responsabilidad, como límite al poder punitivo del Estado y establece el carácter personal de la responsabilidad penal en relación a hechos propios. Su garantía consiste en impedir el castigo de una persona por un hecho ajeno. Pues bien, debemos aceptar que la pena que nos ocupa genera un mal también para la víctima y supone un sacrificio de su libertad porque le priva de su capacidad de decidir sobre la continuidad de una relación afectiva.

En cuanto al principio de legalidad penal (art. 25.1 CE), se apunta que «desde la perspectiva del ofendido, la ruptura de la convivencia matrimonial o familiar decretada por el Estado sin su consentimiento sólo puede entenderse como un mal, una privación de derechos, que en el orden jurisdiccional penal ha de conceptuarse en la categoría de pena». La vulneración del mencionado principio se produce cuando el precepto establece una sanción que no está anudada a una previa infracción (garantía penal, art. 25.1 CE) y se aplica sin un juicio previo (garantía jurisdiccional, arts. 24.2 CE). Sobre el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), reconoce el Juez promotor de la cuestión que los principios proclamados en el artículo 10.1 CE son inadecuados para fundar un derecho que no halle un reconocimiento en otro precepto constitucional concreto, pero tam-

bién apunta que la sanción o carga que supone esta pena para la libertad de decisión de la víctima sobre su proyecto vital contraviene el mandato de protección a la familia, respecto a las uniones de hecho y las relaciones paterno-filiales del artículo 39.1 CE, en los términos de la STC 222/1992. En el caso sometido al conocimiento del Juez, el derecho a convivir en matrimonio del artículo 32.1 CE «ha de funcionar como referente» puesto que «resultaría intolerable desde el principio de igualdad (art. 14 CE) que se admitieran distintos niveles de garantía a favor de la unión en matrimonio, pues el derecho a mantenerse en convivencia de pareja, al margen de su condición matrimonial, consiste en la reserva de un espacio de libertad inmune a la acción de los poderes públicos, cuando no existieren razones excepcionales que justificaran una injerencia para proteger a la víctima frente a la otra parte». Sostiene el Juez, a la vista de la regulación que de la institución matrimonial y de la separación se contiene en el Código civil, que «la pena de alejamiento, la separación de los convivientes, no puede acordarse por el Estado sin el consentimiento de uno de los contrayentes porque vulneraría el libre desarrollo de la personalidad en relación a la institución familiar. A salvo quedaría la excepción que prevé el artículo 57.1 CP: protección a la víctima sin su voluntad en caso de riesgo de reiteración delictiva».

Se refiere finalmente el Juez promotor de la cuestión a la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico. Al respecto, sin desconocer los criterios que la jurisprudencia constitucional ha utilizado acerca de la operatividad de los valores superiores en el control de constitucionalidad de las leyes, apunta que «lo que late en el fondo del conflicto que nos ocupa es la capacidad de autodeterminación de la persona ofendida por el delito, su libertad para decidir sobre la continuidad de su convivencia con el

agresor». Tras invocar la doctrina establecida en las SSTC 132/1989 y 337/1994, concluye advirtiendo que la declaración de inconstitucionalidad del apartado segundo del artículo 57 CP no tendría relevancia para la tutela de los derechos de las víctimas porque el apartado primero de ese precepto permite a los Tribunales imponer la pena de alejamiento, incluso contra la voluntad de la víctima, en atención a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, es decir, cuando las circunstancias del caso aconsejen su adopción.

Por todo lo expuesto, decide el órgano judicial plantear la cuestión de inconstitucionalidad del artículo 57.2 del Código penal.

4. Mediante providencia de 14 de septiembre de 2005 este Tribunal acordó admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad, así como dar traslado de las actuaciones recibidas, de conformidad con el artículo 37.3 LOTC, al Congreso de los Diputados y al Senado por conducto de sus Presidentes; al Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia; y al Fiscal General del Estado al objeto de que en el plazo de quince días pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimaran convenientes; publicar la incoación de la cuestión en el «Boletín Oficial del Estado», efectuándose la publicación en el núm. 234, de 30 de septiembre de 2005.

5. El Presidente del Senado, mediante escrito registrado el día 29 de septiembre de 2005, comunicó que la Mesa de la Cámara había acordado personarse en el proceso y dar por ofrecida su colaboración a los efectos del artículo 88.1 LOTC.

6. El Presidente del Congreso de los Diputados, a través de escrito registrado el día 6 de octubre de 2005, comunicó que, aunque el Congreso había decidido no personarse en el procedimiento ni formular alegaciones, ponía a disposición

del Tribunal las actuaciones que pudiera precisar.

7. El Abogado del Estado se personó en el presente proceso en nombre del Gobierno, solicitando en su escrito de alegaciones, registrado el día 10 de octubre de 2005, la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad.

Empieza el escrito indicando que el punto de arranque de las reflexiones que han llevado al Juzgado proponente a plantear la presente cuestión es el rechazo de la pena por la víctima. Sin embargo, aunque no se debe regatear al Auto de planteamiento de la cuestión el mérito de una decisión valerosa inspirada en el mejor deseo de complacer a la víctima, ni aun compartiendo estas inquietudes, puede compartirse el juicio de inconstitucionalidad que se formula.

Continúa el Abogado del Estado afirmando que del contenido del Auto parece deducirse que la inconstitucionalidad deriva de la incondicionalidad de la pena de alejamiento, que el artículo 57.2 CP manda imponer en todo caso, sin ninguna opción al juzgador que permita inaplicarla o modularla según las circunstancias del caso.

Sin embargo, desde el punto de vista del Abogado del Estado, las objeciones a la constitucionalidad del precepto atienden más al efecto aflictivo que la medida de alejamiento no deseada por la víctima causa sobre ésta, que a la reivindicación de un mayor margen judicial de apreciación para la imposición de esa medida. En cierta medida hay contradicción entre estas dos objeciones aparentemente acumuladas frente a un mismo precepto: el mayor arbitrio judicial por un lado, y su condicionamiento a los deseos de la víctima por otro. El juicio de ponderación de riesgos, según las circunstancias, ni excluye la pena, ni la condiciona a la voluntad de la víctima, sino a la prudente valoración del juzgador, que obviamente no tendría que coincidir con los

deseos, pronósticos o esperanzas de la víctima. Si por el contrario, la condición a que se subordina la aplicación de la pena es el consentimiento –o no oposición– de la persona maltratada por derivar la necesidad de ese consentimiento de una exigencia constitucional, la ponderación del juzgador sobraría, porque contra la voluntad de la víctima nunca podría imponerse el alejamiento.

La conclusión última del Auto trata de reducir la importancia práctica de la anulación pretendida en el artículo 57.2 CP. En efecto, hace observar que la tutela de los derechos de las víctimas podría lograrse mediante la misma medida de alejamiento «incluso contra la voluntad del ofendido en atención a la gravedad de los hechos a la peligrosidad que el delincuente representa, es decir, cuando las circunstancias del caso aconsejen su adopción». Lo permitiría el artículo 57.1, con lo que la supresión del apartado segundo del mismo precepto sólo alcanzaría el automatismo de la sanción de alejamiento. Esta apreciación implica desvalorizar la agravación que el Código Penal ha previsto para los casos en los que el delito se produzca entre personas más afines, sin que realmente se haya cuestionado esta mayor gravedad, por otro lado perfectamente concordante con otros preceptos del ordenamiento penal. Esta consideración final, parece sugerir que el Auto sitúa el problema más en la reivindicación de una mayor dosis de arbitrio judicial que en un derecho propio y exclusivo de la víctima a disponer de la pena.

Pero, sobre todo, muestra un desmentido a toda la argumentación que precede a la citada conclusión final del Auto que se basa en la inconstitucionalidad de una separación forzosa de personas vinculadas por parentesco o afinidad acordada con oposición de la víctima. Si esta separación es posible cuando las circunstancias aconsejen su adopción en los casos del artículo 57.1 CP, a despecho de la

voluntad de la víctima, no se alcanza a comprender que no lo pueda ser en los casos del párrafo inmediato siguiente. Si se lesiona algún derecho fundamental de la víctima en el caso del artículo 57.2 CP por imponerse una sanción por ella in-consentida y a consecuencia de esta falta de consentimiento, habría que reconocer la misma lesión en el artículo 57.1 CP, que, sin embargo, se presenta como aconsejable según esa consideración final del Auto. La argumentación resulta, en efecto, contradictoria, porque si hay un derecho de la víctima a no resultar separada de su pareja, ejercitable frente al Estado –que según el Auto pasaría a ser el maltratador– este derecho tendría el mismo rango y los mismos efectos frente a cualquier modalidad penal de alejamiento, ya se basaran en un precepto o en otro.

Seguidamente, el Abogado del Estado aduce que, en principio, la pena de alejamiento, más que una separación física entre el ofensor y el ofendido, consiste y se articula como prohibición del primero de acercarse a la víctima del delito. Lo mismo podríamos decir de la pena de prisión: la separación física entre el condenado y sus allegados, más que la consistencia objetiva de la pena, es un efecto del internamiento que implica. Sin embargo, el Auto descubre diferencias por la fundamentación o finalidad de la pena: la pena de prohibición de acercamiento se ha establecido «en contemplación a la posición de la víctima», mientras que en otras penas privativas de libertad no hay tal individualización. El Auto parece calificar la índole o naturaleza de la pena de alejamiento en función de sus precedentes (protección de la víctima y aplicación opcional) y juzgarla negativamente tomando a aquéllos como pauta. No es así: la presentación que hace el Auto de la persona agredida como víctima no sólo de la agresión punible, sino también como víctima de la pena de alejamiento descansa en la premisa de que la pena de

alejamiento tiene como objetivo la tutela de un interés puramente personal de la víctima y esto es lo que lleva –incorrectamente– a situar la pena en el ámbito del poder dispositivo de la víctima. Con objeto de evitar que la agredida se vea mortificada por la pena impuesta al agresor se pretende eliminar la pena misma por la sola voluntad o deseo de aquélla. La oposición de la víctima como mecanismo excluyente de la pena colocaría a este tipo de infracciones penales en un lugar próximo a los delitos llamados privados, perseguibles sólo a instancia de parte. Seguirían siendo perseguibles de oficio, pero la víctima tendría una especie de derecho de veto para la imposición de las penas. Tal posibilidad habría de basarse en una apreciación específica que no ha sido considerada en el Auto: que el delito agota sus efectos en la persona directamente ofendida, sin trascendencia razonable alguna a la sociedad. Este es el fundamento propio de los delitos perseguibles a instancia de parte, que pueden ser objeto de punición sólo si se revela el perjuicio por la reacción de determinadas personas a quienes la ley reserva de manera exclusiva la condición de perjudicados. El resto de los miembros de la comunidad no se consideran perjudicados por el delito y carecen de legitimación alguna. Sin embargo las agresiones con causación de lesiones que ahora nos ocupan no son un delito que sólo afecte a la persona agredida. La víctima del delito enjuiciado por el Juzgado proponente de la cuestión, sin dejar de serlo de manera directa y principal, no es la víctima exclusiva de su comisión, en rigor, son víctimas todos los miembros de la comunidad. La pena no contempla exclusivamente a la víctima como objeto de protección, se protege a la persona agredida por una estimación de riesgos apreciada por el legislador, pero sobre todo se protege a la sociedad frente a la reiteración de este tipo de ofensas frente a una misma víctima. No es acertado –ni justo– el juicio que se formula en el Auto al im-

putar al legislador la estimación de la conducta del agredido que quiere continuar la convivencia con su pareja como «algo extraño y morboso». El legislador penal no enjuicia en absoluto esta conducta, sino la del agresor, y la castiga, no por los sentimientos o deseos de la víctima, sino, como indica el Tribunal Constitucional en ATC 233/2004, por «la relevancia social de los intereses que pretende proteger, no sólo por la libertad y la integridad física de la víctima, sino también por la pacífica convivencia doméstica y derechos constitucionales como el derecho a la integridad física y moral o, también otros de protección a la familia».

A continuación pasa el Abogado del Estado a examinar las normas constitucionales que se denuncian como infringidas. Figuran en primer lugar en el Auto unas consideraciones relativas al principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos establecido en el artículo 9.3 CE y que el proponente de la cuestión estima vulnerado. En efecto, a su juicio, el precepto impugnado carece de toda explicación racional. La base de esta imputación se cree encontrar en el hecho de que en la exposición de motivos de la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 15/2003 no se halla justificación alguna de la modificación que impone la sanción prescindiendo de la peligrosidad del delincuente y de la gravedad de la sanción. El prescindir de estos aspectos lleva a la necesidad de situar la pena en las finalidades de prevención general. Pero como estas finalidades de prevención general están suficientemente cubiertas por la previsión de otras penas, la pena de alejamiento sólo tiene sentido como medida de prevención especial. En esta argumentación se llevan más allá de sus límites meramente didácticos las categorías conceptuales y se convierte a éstas en pauta rectora de las propias normas. El Tribunal Constitucional ha recordado que el legislador penal al diseñar

los tipos delictivos debe conjugar una multiplicidad de criterios. Tras la idea del Auto de que la prevención general está asegurada suficientemente por otras penas y que la de prohibición de aproximación a la víctima resulta superflua por no ser concebible más que como medida de seguridad, late sólo una discrepancia sobre la proporcionalidad de las penas.

Aborda en segundo lugar el principio de la personalidad de las penas, protegido en el artículo 25.1 CE. Reitera el Auto de nuevo la idea de que la víctima sufre una medida aflictiva consistente en verse separada del agresor. Pero la aflicción o el perjuicio a tercero deriva de la situación social o familiar de los terceros respecto del delincuente y no de la imposición de la pena.

Aborda el Auto el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) que relaciona en este caso con el mandato constitucional de protección a la familia, a la convivencia en matrimonio, o en unión libre. Todos estos derechos, como manifestaciones de la libertad como valor superior, quieren justificarse como lesionados, por una extralimitación del legislador que no puede separar a los contrayentes salvo en el caso –excepción– del artículo 57.1 CP. Sobre este extremo recuerda el Abogado del Estado haber aludido antes a la inconsecuencia que revela el Auto al fundar por un lado la exclusión de la pena de alejamiento en principios y derechos constitucionales inviolables y admitir la excepción en los casos de «riesgo de reiteración delictiva». Este planteamiento desmiente de raíz la argumentación, haciendo innecesario descender al detalle de las consideraciones del Auto. Si al Juez le está permitido aplicar la pena de alejamiento en virtud de sus pronósticos de riesgo, no le debe quedar al legislador sustraída la potestad de definir el contenido, alcance y condiciones de las penas aplicables. Los ámbitos de discrecionalidad que corresponden al aplicador del derecho penal

son los que haya configurado el legislador. En el Auto luce la pretensión inversa: que el margen de apreciación judicial obligue a desplazar las normas que lo limiten.

Con base en las alegaciones expuestas, el Abogado del Estado interesó la desestimación de la cuestión promovida.

8. Con fecha 17 de octubre de 2005 el Fiscal General del Estado presentó ante el Registro General del Tribunal sus alegaciones, que se resumen a continuación:

Empieza el escrito haciendo referencia al primero de los preceptos que el Juez alega como vulnerados, la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE). Alega el Fiscal General del Estado que el citado principio ha sido constitucionalizado en el artículo 9.3 del Título Preliminar CE y se refiere, como su texto indica, a la actuación arbitraria procedente de los poderes públicos, lo que reduce el marco de su incidencia a los tres poderes del Estado –legislativo, ejecutivo y judicial– con exclusión por tanto de tal actividad dimanante de los particulares. El concepto de arbitrariedad y su interdicción no es controlable a través de la vía de amparo, reservada, por imperativo del artículo 53.2 CE, a los artículos 14 a 29 CE. Sin embargo, la citada exclusión y, por lo que respecta a su campo de acción, el concepto de arbitrario como adjetivo o el de arbitrariedad como sustantivo es de frecuente aparición en resoluciones resolutorias de recursos de amparo junto a otras como falta de razonabilidad, falta de razonamiento o error patente, lo que implica un desmerecimiento de la resolución del poder público combatida, que por falta de lógica, ha de parecer siendo la resolución que la encierra merecedora de amparo por lesión del derecho fundamental concernido que suele ser el de tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Aun cuando debe tenerse en cuenta, a juicio del Fiscal General del Estado, la doctrina

jurisprudencia¹ anterior, el campo propio de aplicación del artículo 9.3 CE lo es el de las cuestiones de inconstitucionalidad en el que no existe la limitación impuesta por el artículo 53.2 CE, lo que no empece para considerar que esas caracterizaciones del concepto de arbitrario son útiles para configurar el concepto.

A su juicio, tampoco es desdeñable la idea de que muchos términos jurídicos traen sus notas características del concepto traducido de su uso vulgar, como aquí entiende que ocurre; esto acerca al concepto que de arbitrario se estime por la sociedad en que vivimos. De otro lado, la arbitrariedad, aplicada al legislador en este tipo de procesos de baremación de la constitucionalidad de la norma, (recursos y cuestiones de inconstitucionalidad) debe ser contemplada en su aplicación a la situación creada en función de las disposiciones específicas de la ley, sin que se pueda llegar a mucho más que a aquellos adjetivos en la fijación de un concepto único de arbitrariedad que necesariamente debe medirse en su concurrencia en comparación con el caso debatido.

En conexión con lo hasta aquí dicho, el Tribunal Constitucional, en el control de una norma legal por su presunta arbitrariedad, ha señalado que una norma es arbitraria cuando carece de toda explicación racional o cuando no responde a una opción del legislador coherente y crea situaciones de desigualdad o desviada de sus efectos legales (SSTC 99/1987, 116/1999, 233/1999). También ha dicho que el análisis de la arbitrariedad se ha de centrar en verificar si tal precepto establece una discriminación ya que ésta entraña siempre una arbitrariedad o bien sí, aun no estableciéndola, carece de toda justificación, lo que también evidentemente supondría una arbitrariedad sin que sea pertinente un análisis a fondo de todas las motivaciones de la norma y de todas sus eventuales consecuencias. Más recientemente es obser-

vable que el citado concepto se viene ligando a la irrazonabilidad y a la carencia de justificación del precepto o norma como se dijo en la STC 181/2000, FJ 17, en el que se declaró inconstitucional un apartado de la Ley Orgánica 30/1995 por ser contraria al principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

En relación con el precepto que aquí nos ocupa, y como se señala con detalle en el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, la Ley Orgánica 11/1999 instauró las pena de alejamiento y de comunicación con la víctima e, inmediatamente después, la Ley Orgánica 14/1999 redactó, en consonancia con la anterior, un nuevo artículo 57 CP en el que se facultaba al Juez, en función de la gravedad del hecho y el peligro que el delincuente represente, a imponer las penas de alejamiento, comunicación con la víctima o retorno al lugar del delito o residencia de aquélla. Sin embargo la Ley Orgánica 15/2003 modifica el sistema pasándose de la imposición facultativa a la obligatoria en los supuestos en el artículo 57.2 CP contemplados que vienen referidos a los delitos comprendidos en el apartado 1 y a los sujetos pasivos previstos en el apartado 2 ya que, según se dice textualmente «se acordará, en todo caso, la aplicación de la pena prevista en el apartado 2 del artículo 48 (la prohibición de aproximarse a la víctima)».

Pues bien es de reseñar que es cierto que, la citada e importante modificación en el sistema no va acompañada, en la exposición de motivos de la Ley, de ninguna explicación al respecto. La justificación del nuevo artículo sólo contiene una referencia explicativa a la mejora técnica en relación con la política criminal de represión y prevención de los delitos y, en especial, a la lucha contra la llamada violencia doméstica, pero esta explicación viene referida a la suspensión del régimen de visitas y a la extensión de la comunicación a los medios informáticos

y telemáticos. Al margen de que la exposición de motivos obedece más bien a una técnica descriptiva de lo que se ha legislado más que explicativa de por qué se ha legislado, es lo cierto que no se contiene ningún razonamiento con el fin de argumentar la razón por la que se ha modificado el sistema de imposición de la pena de alejamiento para hacer tal pena obligatoria, es decir, cuáles son sus causas y cuáles sus previsibles efectos, habida cuenta de los problemas que tal forma de imposición pudiera afectar, como afectó, al sistema de lucha legal contra la violencia doméstica. De otra parte, consultados los trabajos parlamentarios que abocaron a la reforma del Código penal y partiendo de la publicación del proyecto de ley en el «Boletín Oficial de las Cortes Generales» de 5 de mayo de 2003 con el texto actual en cuanto al indicado inciso «se acordará en todo caso», cuya constitucionalidad se cuestiona, se comprueba que no se planteó opción diversa o alternativa por los Diputados o Senadores para la reforma del precepto. Todas las enmiendas al articulado del artículo 57 en el Congreso (enmiendas 83, 172 y 173), o versaron sobre la cualidad de los sujetos pasivos y su vínculo con el agresor o se referían a medidas de control de las prohibiciones («Boletín Oficial de las Cortes Generales» núm. 145-9 de 23 de junio de 2003). Las correcciones fueron, pues, técnicas y de estilo pero no referidas a la cuestionada medida, sin que en la tramitación en el Senado se debatiera, como en el Congreso, sobre la oportunidad del cambio de sistema. Tal tramitación parlamentaria tampoco nos aporta, pues, luz alguna sobre las razones que llevaron a las Cortes Generales a la implantación del sistema. Si tal pesquisa hubiera sido positiva, podríamos conocer la explicación racional del cambio que, de otra forma, aparece carente de razonamiento. Sin embargo, la arbitrariedad de la norma cuestionada se revela a la vista de las quiebras que su aplicación práctica provoca. Un pano-

rama general sobre la duración de la pena de alejamiento en relación con las infracciones criminales que intenta reprimir nos dice que el límite mínimo de la pena a imponer por un hecho constitutivo de falta es la de un mes a seis meses (art. 33.4 CP). Sin embargo tal penalidad para los supuestos de violencia doméstica es inusual habida cuenta de la conceptualización delictiva que acompaña a cualquier acto de este género a raíz, sobre todo, de la última reforma sobre la materia por la Ley Orgánica 1/2004, valiendo, como ejemplo, que es delito cualquier menoscabo físico o psíquico o lesión contra las personas objeto de protección especial en el nuevo artículo 153 CP. Aun cuando el problema de inconstitucionalidad lo es, en estrictos términos, no la falta de proporcionalidad de la pena sino su obligatoria imposición, es cierto que, en el momento actual, cualquier comportamiento, aun de pequeña intensidad ejercido por el hombre sobre la mujer, en las relaciones que contempla la Ley, llevará aparejado un obligatorio alejamiento de más de seis meses por delito cometido [arts. 33.3.g) y 33 2.h) CP]. En muchas ocasiones, habida cuenta de la levedad del ataque y la casi nula trascendencia para el desequilibrio sentimental y emocional de la pareja, la medida, de obligada imposición por el Juez, redundará en un perjuicio definitivo de la relación entre los miembros de la pareja. Es cierto que el ius puniendi del Estado da opción al legislador a la descripción de las infracciones criminales y a la punición de acuerdo con los fines perseguidos en cada momento histórico y las penas asignables a las conductas desvalorizadas, y que, además, está dentro de esa libertad del legislativo la de establecer las condiciones para que el delito pueda ser perseguido (denuncia, perdón, reconciliación, extinción de responsabilidad). Sin embargo, también es exigencia de un Estado de Derecho que el legislador sea sensible a la realidad social que le concierne y no viva al margen de los efectos

que en su aplicación producen las normas en su día creadas, siendo capaz de eliminarlas del catálogo de medidas cuando no se correspondan con el fin previsible y deseado.

A este respecto no se puede desconocer que la compulsión legal hacia el Juez de imponer obligatoriamente una pena tan peculiar y característica, como la prohibición de aproximación del autor del hecho a su víctima, sufre quiebras en su aplicación en supuestos tales como oposición razonada de la víctima a su imposición, falta de interés en la denuncia, perdón no coaccionado o reconciliación. Como quiera que los supuestos de hecho que se pueden ofrecer son tan variados como situaciones puedan existir en una pareja desunida temporalmente por una contienda, resulta de difícil comprensión que el legislador obligue, en todo caso, a imponérsela al autor del ataque al margen de circunstancias tan relevantes como la entidad del hecho o la reiteración delictiva, circunstancias que, sin embargo, son tenidas en cuenta en supuestos en que no aparecen afectados como sujetos pasivos las personas que forman el «entorno doméstico» del agresor. En otro sentido se podría decir que la flexibilización o modulación de la medida en función de las circunstancias concurrentes estaría más en consonancia con el principio de intervención mínima del Derecho penal y de proporcionalidad de las penas. La propia Circular de la Fiscalía General del Estado 2-2004 sobre aplicación de 1ª reforma del Código penal operada por Ley Orgánica 15/2003 al considerar la aplicación del artículo 57.2 CP indica que los Sres. Fiscales podrán informar favorablemente o promover de oficio peticiones de indulto parcial en relación con la pena de prohibición de aproximación, solicitando simultáneamente la suspensión de la ejecución de la misma conforme al artículo 4.4 CP con el fin de evitar la a todas luces anómala situación que podría derivarse de una se-

paración forzosa imperativa y contraria a la voluntad de los aparentes beneficiarios de la medida de protección.

Lo expresado por la doctrina de la Fiscalía General del Estado es pues un indicio más de la irracionalidad de la medida imperativamente ordenada por el artículo 57.2 CP que en su aplicación práctica pueda y deba provocar crisis de ejecución remediadas a través de la vía de indulto con efectos suspensivos para paliar o eliminar situaciones anómalas de alejamiento contra la voluntad de la parte beneficiaria de la medida.

Lo hasta aquí dicho llevaría a hacer factible la propuesta judicial de inconstitucionalidad del artículo 57.2 CP y la supresión del precepto, ya que sin la mención «en todo caso» éste quedaría desprovisto de sentido. Con tal supresión permanecería sin embargo subsistente la aplicación facultativa de la pena en los supuestos contemplados, ya que los delitos previstos en ambos párrafos, son los mismos. La imposición de la pena sería facultativa y en consideración a la gravedad de los hechos y el peligro que el delincuente represente, lo que resulta más conforme a la constitucionalidad del sistema según hemos explicado en estas alegaciones.

No obstante lo expuesto, continúa indicando el Fiscal General del Estado que una modificación legal posterior a los Autos de planteamiento le obliga a matizar su argumentación. En efecto, la rigidez del sistema ha quedado paliada en parte a raíz de las últimas reformas del Código penal que no pudieron ser tenidas en cuenta por el Juzgador ni en el momento del juicio oral, ni en aquel en el que la cuestión de inconstitucionalidad fue planteada. Así, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral de la violencia de género, entró en vigor el día 30 de junio de 2005 –en lo que respecta a las disposiciones penales que modifica (títulos IV

y V), según la disposición final séptima de la misma–, mientras que el juicio oral fue celebrado el día 18 de mayo de 2005 y el planteamiento de la cuestión se hizo por el Juez en Auto de 29 de junio de 2005, es decir, un día antes de la entrada en vigor de aquella reforma legal. Esta es la razón por la que el Juzgador no pudo tener en cuenta el nuevo artículo 153.4 CP, a los efectos de imposición de la pena de alejamiento en la forma en que ahora se dirá. Efectivamente, aun manteniéndose el sistema de imposición automática de la pena del artículo 57.2 CP, el nuevo artículo 153 CP en su párrafo 4, modificado en la Ley antedicha, señala la posibilidad de que «el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrán imponer la pena inferior en grado». Tal artículo, aunque no menciona la pena de alejamiento aquí cuestionada, ha de complementarse con el artículo 57.2 CP que obliga a la imposición obligatoria de la pena de alejamiento, por lo que la posibilidad de reducción de la pena en grado en el nuevo artículo 154.4 CP afectaría por tanto también a la citada pena. Por fin, habría que tener en cuenta el artículo 71.1 CP, que prevé que «en la determinación de la pena inferior en grado, los jueces y Tribunales no quedarán limitados por las cuantías mínimas señaladas en la Ley a cada clase de pena sino que podrán reducirlas en la forma que resulte de la aplicación de la regla correspondiente, sin que ello suponga la degradación a falta». Resulta, en conclusión, que la pena de alejamiento a imponer por un delito menos grave del artículo 153 CP pudiera, en los casos contemplados en el artículo 153.4 CP, llevarnos a una pena de tres a seis meses de alejamiento, [art. 33.4.d) CP] o, por el juego de las circunstancias genéricas, incluso a menos, por degradación de la conducta a la pena inferior a la que correspondería al delito en los supuestos del artículo 71 CP, lo que permitiría a los

Jueces adecuar la pena de alejamiento mejor a las circunstancias concurrentes en el caso concreto y a la entidad del hecho cometido y evitaría así la arbitrariedad de la Ley que la antigua legislación propiciaba. Esta posibilidad, aunque no excluye los argumentos hasta aquí desplegados para solicitar la inconstitucionalidad del artículo 57.2 CP, sí debe ser examinada por el Tribunal porque puede paliar la arbitrariedad de la Ley a que más arriba hicimos referencia, al posibilitar al Juez o Tribunal la modulación de la pena.

A continuación, el Fiscal General del Estado se pronuncia sobre las razones esgrimidas por el Juez como añadidas a la justificación de aquella inconstitucionalidad. Ambas tachas, reconducidas al artículo 25.1 CE bien definidas en la exposición judicial, no justifican que la norma sea inconstitucional. Efectivamente, es cierto que el artículo 25.1 CE parece proscribir que las penas sean impuestas a la persona que no ha cometido el delito. Sin embargo, en buena técnica jurídico-penal, no se puede decir que la pena cuestionada de prohibición de aproximación a la víctima se imponga también a ésta última, salvo interpretaciones contrarias al espíritu de la norma por parte del Juzgador. Tampoco es equiparable el supuesto contemplado con el que se compara de defraudación tributaria referido en la STC 146/1994, que contemplaba un caso bien distinto de solidaridad en la comisión de la infracción. Asimismo no resulta perjudicado el principio de legalidad por estimar que existe una pena impuesta a la víctima sin estar anudada a una infracción penal y ello por la circunstancia antedicha de no imponerse a ésta sin que se argumente, aunque se afirme, que la privación de derechos en que consiste la prohibición de aproximación de la pareja «ha de conceptuarse con la categoría de pena». A este respecto sólo se puede entender como una forma de hablar o de tratar de explicar la situa-

ción, que a la víctima se la sanciona, quebrándose, con ello, el principio de legalidad.

Por su parte, en relación con el libre desarrollo de la personalidad y la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico, la fundamentación de la inconstitucionalidad es apoyada en el hecho de que la imposición obligatoria de la medida de no aproximación o de alejamiento a la víctima vulnera el desarrollo de la personalidad de los contrayentes en relación a la institución familiar al desligarse la imposición de la medida de la voluntad de aquéllos. Sin embargo tal consecuencia es inherente al sistema penal en el que las penas no se imponen en función de la voluntad u opinión de la víctima de los delitos, sino de la responsabilidad de sus autores. En este sentido toda pena impuesta a una persona afecta en mayor o menor medida a su círculo de allegados sin que, por eso, se pueda entender que la imposición de una pena a un familiar impide el desarrollo de la personalidad del individuo. Por lo que respecta a la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico, sólo desde una conexión muy indirecta puede relacionarse con el precepto que se estima inconstitucional. El artículo 1.1 CE, al conceptuar la libertad en la forma antedicha, dada su generalidad, no puede utilizarse como parámetro constitucional si no se le conecta con otro precepto que específicamente sea aplicado al caso contemplado. Por ello, dado el concepto poliédrico que representa la palabra «libertad», resulta harto difícil conectarlo con el caso cuestionado bajo una presunta coacción que la norma penal impone y que afecta de un modo directo al autor de la infracción y, de modo colateral, a su círculo de allegados que se ven concernidos por la pena impuesta, pero bajo el amparo de una norma legal.

Por todo lo expuesto el Fiscal General del Estado interesa, en definitiva, que el Pleno del Tribunal Constitucional dicte

Sentencia estimando la presente cuestión de inconstitucionalidad y declarando que es inconstitucional y por lo tanto nulo el artículo 57.2 CP según redacción dada por Ley Orgánica 15/2003 por ser contrario al artículo 9.3 CE, en su dimensión de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos o, alternativamente, desestime la cuestión de inconstitucionalidad sobre la base de la legislación sobrevenida al planteamiento de la misma, por los argumentos anteriormente expuestos.

9. Mediante providencia de 3 de noviembre de 2010, se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 3 del mismo mes y año.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Único: La cuestión planteada en el presente procedimiento en relación con el artículo 57.2 CP ya ha sido resuelta en la STC 60/2010, de 7 de octubre, a cuyos razonamientos y conclusiones nos remitimos, por lo que procedente será aquí el mismo pronunciamiento desestimatorio al que llegamos en la citada Sentencia.

En efecto, los preceptos constitucionales invocados y los argumentos en que se sustenta la presente cuestión son idénticos a los ya resueltos en la citada STC 60/2010. También ha sido invocado el principio de protección a la familia y a los hijos (art. 39 CE), en relación con el principio al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). Esta invocación no se realizó formalmente en el procedimiento que dio lugar a la STC 60/2010; no obstante, ello no supone un planteamiento innovador que exija un pronunciamiento específico, ya que, como se pone de manifiesto en el FJ 8 b) de la STC 60/2010, la incidencia de la imposición obligatoria de la pena de alejamiento en la relación afectiva, familiar o de convivencia entre el penado y la víctima fue un aspecto que ya se tomó en la debida con-

sideración al realizar el control de constitucionalidad del precepto cuestionado.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Desestimar la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a tres de noviembre de dos mil diez.—*María Emilia Casas Baamonde.*—*Guillermo Jiménez Sánchez.*—*Vicente Conde Martín de Hijas.*—*Javier Delgado Barrio.*—*Elisa Pérez Vera.*—*Eugeni Gay Montalvo.*—*Jorge Rodríguez Zapata Pérez.*—*Ramón Rodríguez Arribas.*—*Pascual Sala Sánchez.*—*Manuel Aragón Reyes.*—*Pablo Pérez Tremps.*—Firmado y rubricado.

SENTENCIA 82/2010, de 3 de noviembre de 2010. Cuestión de inconstitucionalidad 7728-2005. Planteada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona en relación con el artículo 57.2 del Código penal, en la redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. Principios de personalidad y proporcionalidad de las penas, prohibición de indefensión, derecho a la intimidad familiar y libertades de circulación y residencia: STC 60/2010 (imposición obligatoria, para determinados delitos, de la pena accesoria de alejamiento); inadmisión parcial de la cuestión de inconstitucionalidad por defectuoso cumplimiento del trámite de audiencia. («BOE» núm. 292 de 3 de diciembre de 2010.)

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por doña María Emilia Casas

Baamonde, Presidenta, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 7728-2005, planteada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, respecto del artículo 57.2 del Código Penal. Han intervenido el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. ANTECEDENTES

1. El día 3 de noviembre de 2005 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal, escrito de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona al que se acompaña, junto al testimonio de particulares del correspondiente procedimiento (procedimiento abreviado 459-2004 y rollo de apelación 64-2005), el Auto del referido órgano judicial de 11 de octubre de 2005 en el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 57.2 del Código penal (en adelante CP), en la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.

2. Del conjunto de las actuaciones remitidas por el órgano judicial proponente resulta que los hechos que dan lugar al planteamiento de la presente

cuestión son, concisamente expuestos, los siguientes:

a) El Juzgado de Instrucción núm. 8 de Barcelona dictó Auto el 18 de diciembre de 2004 en el que incoaba diligencias urgentes para el enjuiciamiento rápido de hechos que podían ser constitutivos de un delito de maltrato familiar.

b) El día 11 de marzo de 2005 el Juzgado de lo Penal núm. 16 de Barcelona dictó Sentencia condenando al acusado como autor de un delito de maltrato familiar, previsto y penado en el artículo 153.1 y 2 CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de catorce días de trabajo en beneficio de la comunidad, privación del derecho a la tenencia y porte de armas durante seis meses, prohibición de acercarse a la víctima, a su domicilio o lugar de trabajo a una distancia no inferior a mil metros por un periodo de tres meses, con la imposición de la medida de sumisión a tratamiento externo o ambulatorio en centro médico o establecimiento de carácter sociosanitario adecuado al trastorno que padece por periodo de dos meses, y al pago de las costas procesales.

c) Interpuesto recurso de apelación por el condenado, en el que la representación procesal del acusado denunciaba la infracción de los arts 153 y 57 CP y error en la apreciación de la prueba, que vulneraba la presunción de inocencia, al no quedar acreditada la intencionalidad de lesionar, las actuaciones fueron remitidas a la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona la Sala, que por providencia de 14 de abril de 2005 acordó formar rollo de apelación y designar ponente. Sin señalar día para la votación y fallo, dictó providencia el día 28 de julio del mismo año, indicando lo siguiente: «Alegándose por el apelante la infracción del artículo 57.2 C.P. por indebida imposición de la prohibición de acercamiento y comunicación con la víc-

tima, este Tribunal plantea la posibilidad de promover de oficio cuestión de inconstitucionalidad del artículo 57.2 del C.P., en relación al carácter imperativo de la imposición de la pena prevista en el apartado 2 del artículo 48 del mismo texto, por posible vulneración de los artículos 1.1, 9.3, 10.1, 18.1, 24.1, 25.1 y 49 de la C.E., por lo que se acuerda oír al Ministerio Fiscal y demás partes comparecidas por plazo de 10 días para que aleguen lo que estimen oportuno, conforme dispone el artículo 35.2 L O 2/79 del Tribunal Constitucional». Notificada la providencia al Ministerio Fiscal, y a la representación del acusado, no formularon alegaciones.

d) La Sala acordó plantear la cuestión de inconstitucionalidad por Auto de 11 de octubre de 2005.

3. El Auto de cuestionamiento justifica la oportunidad procesal del planteamiento «pues el presente proceso se encuentra en fase de recurso de apelación contra la sentencia dictada en primera instancia y la norma cuya constitucionalidad cuestionamos ha sido aplicada para imponer al condenado una de las penas que se establecen en la sentencia apelada y que es objeto de impugnación, entre otros motivos, en el recurso que pende ante esta Sala ... La razón por la que entendemos que la decisión del proceso depende de la constitucionalidad del carácter imperativo de la imposición de la pena de prohibición de acercamiento reside en que la imposición obligatoria al condenado de la prohibición de acercamiento respecto de la persona de su madre, la víctima de la agresión, carece de sentido dadas las circunstancias del caso y si fuera de carácter potestativo, debería revocarse, estimándose el recurso.».

Tras exponer los antecedentes y evolución legislativa de la pena de prohibición de aproximarse a la víctima, sostiene que su imposición respecto de determinados

sujetos pasivos de modo obligado, le hace perder en muchas ocasiones su finalidad y razón de ser, vulnerando varios artículos de la Constitución (en adelante CE).

En tal sentido indica que la pena de alejamiento afecta de forma importante a la víctima e interfiere en sus relaciones personales y familiares. En aquellos supuestos en que la víctima es el cónyuge o la pareja de hecho y haya, además, hijos comunes implica la suspensión del régimen de visitas, comunicación y estancia, con lo que la medida acaba produciendo efectos reflejos para terceros no afectados por el delito. Tal afectación de derechos de personas que no son el condenado, sin su consentimiento y, en mayor medida cuando es contra su voluntad, supone una vulneración del valor superior de la libertad (art. 1.1 CE), en relación con «el derecho fundamental a la dignidad de la persona que se reconoce en el artículo 10.1 CE», del derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE), del artículo 39 CE «que obliga a los poderes públicos a proteger a la familia y a los hijos». Añade que en el caso concreto se infringe el artículo 49 CE que obliga a la protección, atención especializada y especial amparo para el disfrute de sus derechos a los disminuidos físicos, psíquicos y sensoriales por parte de los poderes públicos, en tanto que las condiciones del condenado le hacen necesitado y dependiente de los cuidados de su madre.

Sostiene el órgano judicial que «es esencial contar con la opinión de la víctima, valorar las circunstancias del delito y de las personas implicadas para decidir la imposición o no de una pena, pues pueden darse muchos casos como el que motiva este proceso, en los que la levedad de la acción y las demás circunstancias que concurren pongan de manifiesto que las razones que justifican la prohibición no existen ... desde la perspectiva de la víctima, la imposición auto-

mática y obligatoria de la pena supone la lesión de varios de sus derechos fundamentales».

Continúa afirmando la Sala que el artículo 57.2 CP, infringe el principio de legalidad, en su vertiente material, contenido en el artículo 25.1 CE (concretado en los principios de lesividad y proporcionalidad y personalidad de las penas), al establecer una sanción para el condenado que trasciende a la víctima, sin haber cometido ningún hecho delictivo, sin darle audiencia y sin que dependa de actuación alguna por su parte, al ser sancionada por hecho de otro, sin juicio previo y sin respetar el derecho de defensa. Considera conculcado el principio de interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos, pues la modificación introducida en la Ley Orgánica 15/2003 no explica las razones que justificarían el carácter obligatorio de la imposición, lo que unido a lo anteriormente expuesto, privan de legitimación a la reforma.

Aprueba asimismo que la regulación del artículo 57.2 CP no tiene en cuenta el mandato constitucional de la función rehabilitadora de la pena (art. 25.2 CE), aplicable a cualquier tipo de pena, aun cuando se imponga específicamente sólo para la pena y medida de seguridad privativa de libertad, pues «si se impone en todo caso esta prohibición de acercamiento, cualquier posibilidad de arrepentimiento y modificación de su conducta en el autor del hecho queda frustrada». Termina indicando que la imposición obligatoria de la prohibición de acercamiento, lesiona en los casos en que no concurre la gravedad y peligrosidad que hacen razonable el alejamiento, el principio de proporcionalidad de la pena, al implicar la imposición en muchos casos de una pena no necesaria.

Por todo lo expuesto, acuerda el órgano judicial plantear la cuestión de inconstitucionalidad del artículo 57.2 del Código Penal.

4. Mediante providencia de 25 de abril de 2006 este Tribunal acordó admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad, así como dar traslado de las actuaciones recibidas, de conformidad con el artículo 37.3 LOTC, al Congreso de los Diputados y al Senado por conducto de sus Presidentes; al Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia; y al Fiscal General del Estado, al objeto de que en el plazo de quince días pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimaran convenientes.

5. El Abogado del Estado se personó en el presente proceso en nombre del Gobierno, solicitando en su escrito de alegaciones, registrado el día 22 de mayo de 2006, la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad.

Señala el Abogado del Estado que el Auto de cuestionamiento parte de una concepción muy limitada de la sanción establecida en el artículo 57.2 CP que restringe su carácter punitivo a una simple medida de seguridad de la persona afectada lo que a su juicio pugna con la esencia de las infracciones penales que rebasa los intereses y deseos de la persona directamente agraviada, siendo una excepción su configuración como sanción potestativa.

Entiende que la consideración sumaria que efectúa el Auto de planteamiento de la cuestión de determinados preceptos constitucionales, pueden agruparse en dos premisas. Por un lado, que es necesario el consentimiento de la víctima para la imposición de esta pena, y por otro la exigencia del arbitrio judicial que pondera la necesidad y conveniencia de su aplicación. A la primera de las premisas correspondería la cita de los artículos 1.1; 10.1; 18.1; 25.1 y 39 CE y a la segunda la del artículo 9.3 CE.

Indica que la oposición de la víctima como mecanismo excluyente de la pena colocaría a este tipo de infracciones en la esfera de los delitos denominados pri-

vados, perseguibles sólo a instancia de parte, puesto que, aunque seguirían siendo perseguibles de oficio, la víctima tendría una suerte de derecho de veto para la imposición de las penas. Entiende que no es preciso razonar que este tipo de agresiones con causación de lesiones no afectan solamente a la persona agredida, en tanto que víctima lo es –intensamente– toda la comunidad, aspecto que al no ser considerado por el Auto, le lleva a sugerir improcedentemente la asimilación del delito a los perseguibles a instancia de parte. Son víctimas todos los miembros de la comunidad. Con la imposición de la pena no sólo se protegería a la persona agredida por una estimación de riesgos apreciada por el legislador, sino también a la propia sociedad frente a la reiteración de este tipo de ofensas contra una misma víctima.

Entiende el Abogado del Estado, que las objeciones de la Sala no tienen que ver con la larga lista de preceptos constitucionales invocados, al suscitar una cuestión de política punitiva, pero sin afirmar que la respuesta penológica se aparte de los valores constitucionalmente tutelados. Afirma la existencia de contradicción entre las dos objeciones formuladas frente a un mismo precepto: el mayor arbitrio judicial por un lado, y su condicionamiento a los deseos de la víctima. El juicio de ponderación de riesgos no tendría que coincidir con la voluntad de la víctima y por otra parte si la imposición se hace depender del consentimiento de la víctima, sobraría la ponderación del juzgador.

Por último descarta la infracción del artículo 49 CE al considerar que el Auto se encuentra excesivamente centrado en las conveniencias sanitarias del condenado y deja relegado el interés de la sociedad e incluso el interés de la propia madre.

Con base en todo lo expuesto, el Abogado del Estado interesa que se desestime

la cuestión de inconstitucionalidad promovida.

6. El Presidente del Senado, mediante escrito registrado el día 10 de mayo de 2006, comunicó que la Mesa de la Cámara había acordado personarse en el proceso y dar por ofrecida su colaboración a los efectos del artículo 88.1 LOTC.

7. El Presidente del Congreso de los Diputados, a través de escrito registrado el día 12 de mayo de 2006, comunicó que, aunque el Congreso había decidido no personarse en el procedimiento ni formular alegaciones, ponía a disposición del Tribunal las actuaciones que pudiera precisar.

8. Con fecha 22 de mayo de 2006, el Fiscal General del Estado presentó ante el Registro General del Tribunal sus alegaciones, que se resumen a continuación.

Empieza el escrito haciendo referencia a que la presente cuestión presenta analogía con otras que, sobre la misma materia, han sido tramitadas por el Pleno del Tribunal e informadas por el Fiscal, citando en tal sentido las cuestiones de inconstitucionalidad siguientes: 640-2005, 3916-2005, 4976-2005, 7259-2005, 8820-2005, 8820-2005, 8821-2005 y 594-2006. Indica que en todas las anteriores el Fiscal interesó la desestimación, salvo en la cuestión de inconstitucionalidad 4976-2005, promovida por el Juzgado de lo Penal núm. 20 de Madrid en que el artículo 57 CP se consideraba contrario al artículo 9.3 CE, en su dimensión de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, por lo que se remite, por razones de economía procesal, a las alegaciones formuladas al tramitar dicha cuestión. Finalmente, por lo expuesto, la estimación de la cuestión de inconstitucionalidad, declarando que es inconstitucional y por lo tanto nulo el artículo 57.2 CP según redacción dada por Ley Orgánica 15/2003 por ser contrario al artículo 9.3 CE, en su dimensión

de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos o, alternativamente, desestime la cuestión de inconstitucionalidad sobre la base de la legislación sobrevenida al planteamiento de la misma, por los argumentos anteriormente expuestos.

9. Mediante providencia de 3 noviembre de 2010 se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el propio día, trámite que ha finalizado en el mismo.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El Auto de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, por el que se plantea la cuestión de inconstitucionalidad, considera que el párrafo segundo del artículo 57.2 CP, en su redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, puede ser contrario a los artículos 1.1, 9.3, 10.1, 18.1, 25.1 y 2, 39 y 49 CE.

2. En el trámite del artículo 35.2 LOTC la Sección se limitó a advertir a las partes sobre «la posibilidad de promover de oficio cuestión de inconstitucionalidad del artículo 57.2 del CP, en relación al carácter imperativo de la imposición de la pena prevista en el apartado 2 del artículo 48 del mismo texto, por posible vulneración de los artículos 1.1, 9.3, 10.1, 18.1, 24.1, 25.1 y 49 de la CE, por lo que se acuerda oír al Ministerio Fiscal y demás partes comparecidas por plazo de 10 días para que aleguen lo que estimen oportuno, conforme dispone el artículo 35.2 Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional», lo que conduce a la conclusión de que el trámite de audiencia a las partes ha sido cumplido de forma defectuosa respecto de los artículos 25.2 y 39.1 CE, por lo que la presente cuestión debe ser inadmitida respecto a las alegaciones referidas a la vulneración de estos artículos (por todas STC 164/2009, de 2 de julio, FJ 2).

3. El resto de las cuestiones planteadas por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, respecto del artículo 57.2 CP han sido ya resueltas en la STC 60/2010, de 7 de octubre, a cuyos razonamientos y conclusiones nos remitimos, por lo que procedente será aquí el mismo pronunciamiento desestimatorio al que llegamos en la citada Sentencia

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

1. Inadmitir, por incumplimiento de las condiciones procesales exigidas por los artículos 163 CE y 35 LOTC, la presente cuestión de inconstitucionalidad en lo que se refiere a la posible vulneración de los artículos 25. 2 y 39.1 CE.

2. Desestimar la presente cuestión de inconstitucionalidad en todo lo demás.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a tres de noviembre de dos mil diez.—*María Emilia Casas Baamonde.*—*Guillermo Jiménez Sánchez.*—*Vicente Conde Martín de Hijas.*—*Javier Delgado Barrio.*—*Elisa Pérez Vera.*—*Eugenio Gay Montalvo.*—*Jorge Rodríguez Zapata Pérez.*—*Ramón Rodríguez Arribas.*—*Pascual Sala Sánchez.*—*Manuel Aragón Reyes.*—*Pablo Pérez Tremps.*—Firmado y rubricado.

SENTENCIA 83/2010, de 3 de noviembre de 2010. Cuestión de inconstitucionalidad 9201-2006. Planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Huesca en relación con los artículos 57.2 del Código penal, en la redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre,

y 153.1, 3 y 4 del Código penal, en la redacción de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. Principios de personalidad y proporcionalidad de las penas, prohibición de indefensión, derecho a la intimidad familiar y libertades de circulación y residencia: STC 60/2010 (imposición obligatoria, para determinados delitos, de la pena accesoria de alejamiento) y STC 59/2008 (trato penal diferente en el delito de maltrato familiar ocasional); inadmisión parcial de la cuestión de inconstitucionalidad por falta de requisitos procesales. Votos particulares («BOE» núm. 292 de 3 de diciembre de 2010.)

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 9201-2006, promovida por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Huesca, en relación con el artículo 57.2 del Código penal (en la redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre) por posible vulneración de los artículos 1, 9, 10, 17, 18, 24, 25 y 39 CE; así como en relación con el artículo 153.1, 3 y 4 del Código penal (en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre) por posible vulneración de los artículos 1, 9, 10, 14, 15, 17, 24, 25 y 39

CE. Han intervenido el Fiscal General del Estado y el Abogado del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. ANTECEDENTES

1. El 5 de octubre de 2006 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal un testimonio de actuaciones remitido por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Huesca correspondiente al procedimiento abreviado núm. 202-2006, del que forma parte el Auto de 14 de septiembre de 2006, por medio del cual el órgano judicial acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 57.2 del Código penal (CP), en la redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por posible vulneración de los artículos 1, 9, 10, 17, 18, 24, 25 y 39 CE; así como en relación con el artículo 153.1, 3 y 4 CP (en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre), por posible vulneración de los artículos 1, 9, 10, 14, 15, 17, 24, 25 y 39 CE.

2. Los fundamentos de hecho de la presente cuestión de inconstitucionalidad son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) En virtud de denuncia presentada el 4 de marzo de 2006 en la Comisaría de Huesca, el Juzgado de Instrucción núm. 2 de dicha capital tramitó las diligencias urgentes de juicio rápido núm. 26-2006, en las que el Ministerio Fiscal presentó escrito de acusación solicitando la condena del denunciado como responsable de un delito de lesiones previsto en el artículo 153.1 y 3 CP, así como de otro delito de lesiones tipificado en el artículo 153.1.2 y 3 CP, pidiendo, entre otras, sendas penas de prohibición de acercamiento a la perjudicada, a su domicilio y lugar de trabajo, así como de comuni-

carse con ella durante cuatro años (art. 57.2 CP).

b) Concluida la tramitación de las diligencias, las actuaciones fueron remitidas al Juzgado de lo Penal núm. 1 de Huesca para la celebración del correspondiente juicio oral contra el acusado, lo que tuvo lugar el 6 de julio de 2006.

c) Concluida la vista y antes de pronunciar Sentencia, el Magistrado dictó providencia el 13 de julio de 2006 acordando oír a las partes, a los efectos del artículo 35.2 LOTC, acerca de la conveniencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad sobre los artículos 48 y 57.2 CP, en la redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por posible vulneración de los artículos 1, 9, 10, 17, 18, 24, 25 y 39 CE; así como en relación con el artículo 153.1, 3 y 4 CP, en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, por posible vulneración de los artículos 1, 9, 10, 14, 15, 17, 24, 25 y 39 CE.

d) En el indicado trámite de alegaciones, la Fiscalía de la Audiencia Provincial de Huesca emitió informe el 28 de julio de 2006 en el que adujo que la providencia no cumplía adecuadamente los requisitos establecidos en el artículo 35.2 LOTC y sostuvo que no estaba justificada la necesidad del planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad, por entender que no existía ninguna duda acerca de la adecuación al texto constitucional de los preceptos sobre los que se pretendía promover.

e) El 14 de septiembre de 2006 el órgano judicial dictó Auto planteando la cuestión de inconstitucionalidad, en los términos que seguidamente se exponen.

3. La fundamentación del Auto de 14 de septiembre de 2006 se abre con una exposición de los antecedentes del proceso penal en el cual se ha suscitado la cuestión de inconstitucionalidad, para referirse a continuación a los requisitos procesales del planteamiento de la misma

y al juicio de relevancia, señalando, en cuanto a este último, que la calificación de los hechos como dos delitos de lesiones de los apartados 1 y 3 del artículo 153 CP determina que dichos preceptos sean directamente aplicables al caso, al igual que el artículo 57.2 CP, que es el que determina las penas de alejamiento a imponer en el presente caso.

a) En relación con el artículo 57.2 CP, en la redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, la duda de constitucionalidad que el órgano judicial suscita se sustenta, en síntesis, en que la preceptiva imposición de la pena de alejamiento puede ocasionar a la víctima determinados perjuicios que no está obligada a soportar, dado que los poderes públicos no pueden imponerle una protección más allá de lo que ella misma desee, ni impedirle relacionarse afectiva y sentimentalmente con aquella persona que elija.

Del carácter preceptivo de la pena prevista en el artículo 57.2 CP extrae el órgano judicial la consecuencia de que se produce un menoscabo del valor superior de la libertad, de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de su personalidad (artículos 1.1, 9.2 y 10.1 CE) en relación con el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) y, en menor medida, con los derechos a la integridad física y moral (art. 15 CE), a la libertad de ideas y creencias (art. 16 CE) y a la libertad personal (art. 17.1 CE); pudiendo también afectar a la protección de la familia (art. 39 CE) en cuanto impida la unidad familiar. Desde otra perspectiva, la imposición forzosa de la pena de alejamiento lesionaría el derecho de la víctima a no padecer indefensión (art. 24.1 CE), puesto que se le impondría una medida que indefectiblemente le afecta sin haber sido oída o, incluso, contra su expresa voluntad. Igualmente, resultaría contrario al artículo 25.1 CE, pues supondría la aplicación de una pena a quien no ha cometido ilícito penal alguno, puesto

que, dada su inescindible bilateralidad, se haría imposible la efectividad del alejamiento sin afectar a la libre determinación de la víctima. Consecuentemente, el Juzgador entiende que el artículo 57.2 CP, en su expresión «se acordará, en todo caso», puede infringir los preceptos constitucionales que se han dejado indicados.

b) En relación con el artículo 153.1 CP, en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, los motivos en los que se sustenta la duda de constitucionalidad son los siguientes:

a) La previsión de diferentes penas para idénticas conductas en consideración al único dato de que sean realizadas por un hombre o una mujer resulta contrario al valor superior de la igualdad y a la interdicción de diferencias de trato que resulten contrarias a la dignidad de la persona, entre las que se encuentra la discriminación por razón de sexo (arts. 1.1, 9.2, 10.1 y 14 CE). b) En segundo lugar, el artículo 153.1 CP resulta contrario a los artículos 15, 17.1 y 25.1 CE en cuanto restringe la libertad de la víctima sin motivo que lo justifique, implicando una pena degradante y sin proporción con el fin pretendido. c) La presunción legal de un abuso de superioridad en la actuación del varón sobre la mujer vulnera el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE); al tiempo que la asimilación de la mujer a las personas especialmente vulnerables menoscaba su dignidad (art. 10.1 CE). d) Por último, la protección de la familia asegurada por el artículo 39 CE determina que sea el grupo en su conjunto el que haya de ser protegido y que no deba imponerse una mayor coacción jurídica sobre el hombre que sobre la mujer.

La extensión de la duda de constitucionalidad a los apartados 3 y 4 del artículo 153 CP se justifica en el Auto de planteamiento en la consideración de que la elevación de las penas previstas en los dos primeros apartados del artículo 153 CP a

la mitad superior (apartado 3) o la rebaja potestativa en un grado (apartado 4), cuando concurren las circunstancias previstas en estos últimos apartados, incrementa notoriamente, a juicio del órgano judicial, la diferencia de trato punitivo, en función del sexo de los sujetos del delito.

4. Por providencia de 5 de junio de 2007 el Pleno del Tribunal acordó admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad, reservarse su conocimiento, de conformidad con el artículo 10.1.c) LOTC, y dar traslado de las actuaciones recibidas, con arreglo al artículo 37.2 LOTC, al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes, al Gobierno por conducto del Ministro de Justicia, y al Fiscal General del Estado, al objeto de que en el improrrogable plazo de quince días pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimasen convenientes. Al tiempo, se acordó publicar la incoación de la cuestión de inconstitucionalidad en el «Boletín Oficial del Estado», lo que tuvo lugar en el ejemplar publicado el 10 de julio de 2007 (núm. 164 de ese año).

5. Por escrito registrado en este Tribunal el 12 de julio de 2007, el Presidente del Congreso de los Diputados comunicó el acuerdo, de la Mesa de la Cámara, de personación en el procedimiento y de ofrecimiento de colaboración a efectos del artículo 88.1 LOTC. De igual modo, el 16 de julio del mismo año la Presidencia del Senado comunicó el acuerdo, de la Mesa de la Cámara, de personación en el procedimiento y de ofrecimiento de colaboración a efectos del citado artículo 88.1 LOTC.

6. El Abogado del Estado, en representación del Gobierno de la Nación, formuló sus alegaciones en escrito presentado el 10 de julio de 2007, en el que pidió la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad. Por lo que se refiere al 57.2 CP, sostiene que la relación de

preceptos y principios constitucionales que el órgano judicial entiende infringidos podría quedar limitada al derecho de libertad de la víctima, en la medida en que la pena de alejamiento puede afectar no sólo al autor del hecho sino también a aquélla. Al respecto señala el Abogado del Estado que toda pena puede ocasionar un efecto sobre terceros, tanto más sensible cuanto más próxima sean su relación o afectos con el culpable; pero si la oposición de la víctima a la pena de alejamiento resultase relevante, se colocaría a este tipo de infracciones penales en un lugar próximo a los delitos privados, perseguibles sólo a instancia de parte, cuando lo cierto es que en este tipo de agresiones la sociedad en su conjunto resulta concernida intensamente.

En relación con el artículo 153.1 CP, rechaza el Abogado del Estado la premisa de que parte el Auto al vincular de forma rígida e incondicionada su aplicación a la previa identificación del autor y de la víctima por razón de su sexo, pues en la descripción del tipo se añade un elemento en el que no existe diferenciación alguna por razón de sexo: «cuando la víctima sea o haya sido mujer, o esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable»; por tanto, no es el género femenino el único que puede nutrir la condición de víctima en este delito. Añade que lo que la ley penal persigue evitar es la actuación discriminatoria frente a las mujeres por el hecho de serlo, por ser consideradas por sus agresores carentes de derechos mínimos de libertad respeto y capacidad de decisión, en el círculo íntimo de la relación conyugal, tomando en consideración el fenómeno social de la violencia doméstica. Continúa señalando el Abogado del Estado que la referencia en el Auto judicial a los artículos 15, 17 y 25 CE debe entenderse como una mera derivación argumental del principio de igualdad. Por lo que se refiere al derecho

a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), entiende que en este punto ha olvidado el Juzgado proponente el sentido de la referencia del precepto cuestionado a la persona especialmente vulnerable. A continuación añade que el artículo 153.1 CP no constituye un desdoro para la dignidad de la mujer, ni la menosprecia considerándola más vulnerable, ni envilece al sexo masculino tachándolo de maltratador u opresor de la mujer; simplemente, el legislador diseña un tipo de delito en la forma que mejor corresponde a la realidad sociológica que el propio Auto reconoce y lamenta. Por último, señala el Abogado del Estado que no se advierte el sentido de la cita del artículo 39 CE como vulnerado, ni se comprende bien que la protección de la parte más débil –que puede ser de cualquier sexo– en el seno de las relaciones familiares o conyugales, pueda representar una lesión de la propia institución familiar.

7. El 3 de septiembre de 2007 el Fiscal General del Estado presentó escrito en el que solicita la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad, remitiéndose, por razones de economía procesal, al contenido de los informes emitidos en las cuestiones de inconstitucionalidad núms. 3918-2005, 8820-2005 y 6292-2006 relativas al artículo 57.2 CP; así como a los informes emitidos en las cuestiones de inconstitucionalidad núms. 5983-2005 y otras, suscitadas en relación con el artículo 153.1 CP.

8. Mediante providencia de 3 de noviembre de 2010 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el propio día, trámite que ha finalizado en el mismo.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El Juzgado de lo Penal núm. 1 de Huesca promueve cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 57.2 del Código penal (en la redacción

dada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre), por posible vulneración de los artículos 1, 10, 17, 18, 24, 25 y 39 CE; así como en relación con el artículo 153.1, 3 y 4 del Código penal (en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre), por su posible contradicción con los artículos 1, 9, 10, 14, 15, 17, 24, 25 y 39 CE.

Tanto el Fiscal General del Estado como el Abogado del Estado solicitan la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad, en los términos que se detallan en los antecedentes de esta resolución.

2. Antes de abordar el examen de la constitucionalidad de los preceptos legales cuestionados, es preciso realizar algunas consideraciones que atañen a la delimitación del objeto de nuestro pronunciamiento de fondo.

a) En primer lugar, debemos señalar que aun cuando en la parte dispositiva del Auto de planteamiento se cuestiona en su integridad el apartado 1 del artículo 153 CP, ha de precisarse que en el cuerpo de su fundamentación jurídica se expresa inequívocamente que «no se cuestiona, por el contrario, la constitucionalidad de la agravación referida a la condición de persona especialmente vulnerable que conviva con el autor» y, por esa misma razón, los argumentos aducidos por el Juzgado promotor para fundamentar su duda de constitucionalidad se ciñen al supuesto de agravación que le antecede, esto es, a «cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad aun sin convivencia». En consecuencia, aquel inciso quedará fuera de nuestro juicio de constitucionalidad, al haber sido excluido por el propio órgano judicial (STC 45/2009, de 19 de febrero, FJ 2).

b) En segundo lugar, por lo que se refiere a los apartados 3 y 4 del artículo 153 CP, es lo cierto que, como sostiene el

Abogado del Estado, el Juzgado promotor no argumenta sus dudas sobre la constitucionalidad de dichos preceptos, que no cuestiona de manera autónoma, puesto que el Auto de planteamiento se limita a señalar que la duda de constitucionalidad sobre ellos se suscita en tanto que establecen normas sobre la penalidad aplicable para el caso de que sea el hombre el que cometa el delito sobre la mujer, sin añadir ninguna otra consideración posterior sobre tales apartados. Esa fundamentación autónoma resultaría indispensable para su enjuiciamiento por este Tribunal, habida cuenta de que el apartado 3 se refiere a un bien jurídico protegido distinto al del apartado 1, en tanto que establece un agravamiento de las penas no sólo en los supuestos del apartado 1, sino también en los del apartado 2 (en el que la víctima del delito puede ser cualquiera de las contempladas en el artículo 173.2 CP), siempre que el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una de las penas contempladas en el artículo 48 CP o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza. Lo mismo cabe decir respecto del apartado 4 del artículo 153 CP, que se limita a establecer una norma de graduación de la pena, previendo la posibilidad de que el órgano judicial pueda imponer razonadamente la pena inferior en grado en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, sin que su ratio obedezca tampoco a una diferencia de trato punitivo entre personas del sexo masculino y del sexo femenino.

Por tanto, no está correctamente efectuado el juicio de relevancia (art. 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) en lo que se refiere a los apartados 3 y 4 del artículo 153 CP, lo que conduce a un pronunciamiento de inadmisión parcial de la cuestión de inconstitucionalidad, sin que exista ningún óbice para

realizarlo en este momento procesal, dado que su previsión en el artículo 37.1 LOTC no tiene carácter preclusivo, pudiéndose apreciar en un momento posterior la ausencia de los requisitos, tanto procesales como de fundamentación, requeridos para el válido planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad (por todas, SSTC 179/2009, de 21 de julio, FJ 2; 203/2009, de 27 de octubre, FJ 3; y 6/2010, de 14 de abril, FJ 1).

c) Por último, debe señalarse que el examen de las actuaciones remitidas por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Huesca pone de relieve la existencia de una aparente discordancia entre la providencia que abrió el trámite de audiencia previsto en el artículo 35.2 LOTC y el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. En aquélla se señalan como preceptos constitucionales que pudieran resultar lesionados por el artículo 153.1, 3 y 4 CP a los artículos 1, 9, 10, 14, 15, 17, 24, 25 y 39 CE, a los que en el posterior Auto de planteamiento se añade el artículo 18 CE. Ahora bien, no resulta pertinente traer a colación nuestra doctrina sobre las consecuencias que tiene ese dispar contenido entre la providencia que abrió el trámite de audiencia y el posterior Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, puesto que, en el presente caso, tal disparidad hay que atribuirla a un simple error material en la parte dispositiva del Auto. En efecto, en su fundamento de derecho cuarto se dice de manera precisa que «[l]os preceptos constitucionales que se consideran infringidos por la norma cuestionada son los artículos 1, 9, 10, 14, 15, 17, 24, 25 y 39 de la Constitución Española», sin que en el cuerpo de la resolución judicial, a pesar de su extensión, se haga mención alguna al artículo 18 CE para justificar la inconstitucionalidad del artículo 153.1, 3 y 4 CP, lo cual nos exime de tomarlo en consideración en el enjuiciamiento del precepto legal

cuestionado (STC 120/2000, de 10 de mayo, FJ 2).

3. Una vez perfilado el objeto del presente proceso, debemos comenzar señalando, en relación con el artículo 57.2 CP, que las dudas de constitucionalidad que el órgano judicial suscita ya han sido ya resueltas en la STC 60/2010, de 7 de octubre. Bien es cierto que no son idénticos los preceptos constitucionales cuya infracción se denunciaba en la cuestión de inconstitucionalidad resuelta por dicha Sentencia y los que son objeto de invocación en la que nos ocupa, en la que se añade la mención del artículo 39 CE, no obstante, ello no supone un planteamiento innovador que exija un pronunciamiento específico, ya que, como se pone de manifiesto en el FJ 8 b) de la mencionada Sentencia, la incidencia de la imposición obligatoria de la pena de alejamiento en la relación afectiva, familiar o de convivencia entre el penado y la víctima fue un aspecto que ya se tomó en la debida consideración al realizar el control de constitucionalidad del precepto cuestionado. En consecuencia, hay que remitirse a los razonamientos y conclusiones de la STC 60/2010, de 7 de octubre, por lo que será procedente emitir aquí el mismo pronunciamiento desestimatorio al que llegamos en la citada Sentencia.

4. Por último, para dar respuesta a las dudas de constitucionalidad suscitadas por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Huesca en relación con el apartado 1 del artículo 153 CP, bastará con remitirse a las SSTC 59/2008, de 14 de mayo y 81/2008, de 17 de julio, y las que siguen a éstas, en las que se precisa que el establecimiento de un tratamiento punitivo diferenciado para la realización de la conducta descrita en el mencionado tipo penal, en función del sexo de los sujetos activo y pasivo del delito, no resulta contrario al artículo 14 CE ni, por extensión, a los artículos 1.1, 9.2 y 10.1 CE, así como tampoco a los principios de culpa-

bilidad, de presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y de legalidad penal (art. 25.1 CE). El resto de los preceptos constitucionales mencionados por el órgano judicial promotor de la cuestión de inconstitucionalidad (arts. 15, 17 y 39 CE) son citados a los únicos efectos de abundar en las susodichas dudas, careciendo del necesario desarrollo argumental en el Auto de planteamiento.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

1.º Inadmitir la cuestión de inconstitucionalidad núm. 9201-2006 en relación con los apartados 3 y 4 del artículo 153 CP (en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre).

2.º Desestimarla en todo lo demás.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a tres de noviembre de dos mil diez.–*María Emilia Casas Baamonde.*–*Guillermo Jiménez Sánchez.*–*Vicente Conde Martín de Hijas.*–*Javier Delgado Barrio.*–*Elisa Pérez Vera.*–*Eugeni Gay Montalvo.*–*Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.*–*Ramón Rodríguez Arribas.*–*Pascual Sala Sánchez.*–*Manuel Aragón Reyes.*–*Pablo Pérez Tremps.*–Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON VICENTE CONDE MARTÍN DE HIJAS RESPECTO DE LA SENTENCIA DE FECHA 3 DE NOVIEMBRE DE 2010, DICTADA EN LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD NÚM. 9201-2006, PROMOVIDA POR EL JUZGADO DE LO PENAL NÚM. 1 DE HUESCA, EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 57.2 DEL CÓ-

DIGO PENAL (EN LA REDACCIÓN DADA POR LA LEY ORGÁNICA 15/2003, DE 25 DE NOVIEMBRE) POR POSIBLE VULNERACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1, 9, 10, 17, 18, 24, 25 Y 39 CE; ASÍ COMO EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 153.1, 3 Y 4 DEL CÓDIGO PENAL (EN LA REDACCIÓN DADA POR LA LEY ORGÁNICA 1/2004, DE 28 DE DICIEMBRE)

Aunque respecto de la decisión pronunciada en cuanto al artículo 57.2 del Código penal comparto plenamente la tesis de la Sentencia, no ocurre lo mismo en cuanto al artículo 153 del mismo. Respecto a éste, como la doctrina aplicada en la actual Sentencia es la contenida en la STC 59/2008, de 14 de mayo, basta con la remisión a mi Voto particular a la misma para expresar mi discrepancia, ejercitando al respecto la facultad establecida en el artículo 90.2 LOTC, con expresión, ello no obstante, de mi respeto hacia los Magistrados de cuya tesis me aparto, remitiéndome simplemente a las razones expresadas en dicho voto particular.

Madrid, a tres de noviembre de dos mil diez. –*Vicente Conde Martín de Hijas.*– Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON JAVIER DELGADO BARRIO RESPECTO DE LA SENTENCIA DE 3 DE NOVIEMBRE DE 2010, DICTADA EN LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD NÚM. 9201-2006

Mi discrepancia va referida exclusivamente –en todo lo demás estoy de acuerdo– a lo que en dicha Sentencia es aplicación la doctrina establecida por este Tribunal a partir de la STC 59/2008, de 14 de mayo, punto éste en el que me remito al Voto particular que formulé respecto de esta última.

Y este es mi parecer, del que dejo constancia con el máximo respeto a mis compañeros.

Madrid, a tres de noviembre de dos mil diez.–Javier Delgado Barrio.–Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez a la Sentencia del Pleno de 3 de noviembre de 2010 que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad núm. 9201-2006.

Haciendo uso de la facultad atribuida por el artículo 90.2 LOTC expreso en este Voto particular mi discrepancia con el fundamento jurídico 4 de la Sentencia aprobada por el Pleno, en la medida en que aplica la doctrina fijada en las SSTC 59/2008, de 14 de mayo y 81/2008, de 17 de julio, a las que formulé sendos Votos particulares («Boletines Oficiales del Estado» de 4 de junio y 19 de agosto de 2008), cuyo contenido reitero en este momento.

Madrid, a tres de noviembre de dos mil diez.–Jorge Rodríguez Zapata Pérez.–Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON RAMÓN RODRÍGUEZ ARRIBAS, RESPECTO DE LA SENTENCIA DE FECHA 3 DE NOVIEMBRE DE 2010, DICTADA EN LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD NÚM. 9201-2006, PROMOVIDA POR EL JUZGADO DE LO PENAL NÚM. 1 DE HUESCA, EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 57.2 DEL CÓDIGO PENAL (EN LA REDACCIÓN DADA POR LA LEY ORGÁNICA 15/2003, DE 25 DE NOVIEMBRE) POR POSIBLE VULNERACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1, 9, 10, 17, 18, 24, 25 Y 39 CE; ASÍ COMO EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 153.1, 3 Y 4 DEL CÓDIGO PENAL (EN LA REDACCIÓN DADA POR LA LEY ORGÁNICA 1/2004, DE 28 DE DICIEMBRE)

Aunque respecto de la decisión pronunciada en cuanto al artículo 57.2 del Código penal comparto plenamente la tesis de la Sentencia, no ocurre lo mismo en cuanto al artículo 153 del mismo. Res-

pecto a éste, como la doctrina aplicada en la actual Sentencia es la contenida en la STC 59/2008, de 14 de mayo, basta con la remisión a mi Voto particular a la misma para expresar mi discrepancia, ejercitando al respecto la facultad establecida en el artículo 90.2 LOTC, con expresión, ello no obstante, de mi respeto hacia los Magistrados de cuya tesis me aparto, remitiéndome simplemente a las razones expresadas en dicho Voto particular.

Madrid, a tres de noviembre de dos mil diez.–Ramón Rodríguez Arribas.–Firmado y rubricado.

SENTENCIA 84/2010, de 3 de noviembre de 2010. Cuestión de inconstitucionalidad 7790-2007. Planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Cáceres en relación con el artículo 57.2 del Código penal, en la redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. Principios de personalidad y proporcionalidad de las penas, prohibición de indefensión, derecho a la intimidad familiar y libertades de circulación y residencia: STC 60/2010 (imposición obligatoria, para determinados delitos, de la pena accesoria de alejamiento). («BOE» núm. 292 de 3 de diciembre de 2010.)

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad núm.7790-2007, planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de los de Cáceres en relación con el artículo 57.2 del Código Penal. Han intervenido y formulado alegaciones el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Guillermo Jiménez Sánchez, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. ANTECEDENTES

1. El 4 de octubre de 2007 fue registrado en este Tribunal un escrito fechado el 27 de septiembre de 2007, remitido por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de los de Cáceres, al que se acompaña testimonio de los autos de juicio rápido seguidos ante ese Juzgado bajo el núm. 467-2006 así como Auto del mismo Juzgado, de 21 de mayo de 2007, por el que plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 57.2 del Código penal (en adelante CP).

2. Del conjunto de las actuaciones remitidas por el órgano judicial proponente resulta que los hechos que dan lugar al planteamiento de la presente cuestión son, concisamente expuestos, los siguientes:

a) Con fecha 5 de octubre de 2006 el Juzgado de Instrucción núm. 6 de los de Cáceres dictó Auto acordando la incoación de diligencias urgentes núm. 98-2006 por un presunto delito de maltrato familiar, al apreciar que los hechos referidos en el atestado policial reunían, en principio, las circunstancias mencionadas en el artículo 795 LECrim.

b) Ese mismo día, y previa la oportuna comparecencia, el Juzgado dictó Auto acordando prohibir al imputado acercarse a menos de doscientos metros de la víctima, así como comunicar con ella de cualquier forma, y otro Auto más

acordando la libertad provisional sin fianza del imputado.

c) También en el mismo día tuvo lugar la audiencia prevenida en el artículo 798 LECrim, en la que se dictó Auto acordando continuar el procedimiento por los trámites establecidos en los artículos 800 y 801 LECrim. Acto seguido se abrió el trámite de audiencia previsto en el artículo 800 LECrim, y concedida la palabra al Fiscal interesó la apertura del juicio oral, a lo que se adhirió la acusación particular y se opuso la defensa. Seguidamente se dictó Auto de apertura del juicio oral, procediéndose a continuación por el Fiscal a formular escrito de acusación por unos hechos que fueron calificados como un delito de violencia física en el ámbito doméstico previsto y penado en el artículo 153.1 CP, solicitando la imposición al acusado de una pena de prisión de seis meses, inhabilitación especial del derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, dos años de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, junto con la prohibición de aproximarse a menos de cincuenta metros de la perjudicada y de comunicarse con ella por cualquier medio por tiempo de un año y seis meses. La acusación particular se adhirió a la anterior calificación.

d) A continuación se señaló la celebración del juicio oral el día 24 de octubre de 2006, remitiendo las actuaciones, previa citación de las partes, al Juzgado de lo Penal núm. 1 de Cáceres, en el que se dictó Auto de fecha 23 de octubre de 2006 ratificando la fecha de celebración del juicio oral y admitiendo las pruebas propuestas por las partes. La defensa presentó escrito de defensa solicitando la libre absolución del acusado.

e) El juicio oral tuvo lugar en la fecha designada. En el mismo el Ministerio Fiscal elevó a definitivas sus conclusiones provisionales, con las únicas modificaciones siguientes: en primer lugar, consi-

derar que los hechos son constitutivos de un delito del artículo 153.1 y 4 CP; y, en segundo lugar, que procede imponer las penas de quince días de trabajo en beneficio de la comunidad y seis meses de privación del derecho de tenencia y porte de armas, manteniendo el resto. La acusación particular elevó a definitivas sus conclusiones provisionales. La defensa solicitó se procediera a plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto de los artículos 153 y 57.2 CP. El Magistrado acordó declarar el juicio concluso para Sentencia, acordándose la suspensión del término para hacerlo a fin de sustanciar con arreglo a lo previsto en el artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) la cuestión de inconstitucionalidad propuesta.

f) En fecha 25 de octubre de 2006 el Juzgado dictó providencia, confiriendo traslado a las partes a los efectos del artículo 35.1 LOTC, y posteriormente dictó Auto, de fecha 1 de diciembre de 2006, planteando cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 57.2 CP. El Pleno del Tribunal Constitucional dictó Auto, de fecha 27 de marzo de 2007, inadmitiendo a trámite la referida cuestión.

g) Recibido dicho Auto, el Juzgado dictó providencia de fecha 18 de abril de 2007 acordando lo siguiente:

«Por recibido el anterior Auto dictado por el Pleno del Tribunal Constitucional en fecha 27 de marzo de 2007, por el que se acuerda la inadmisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad promovida por este Juzgado en las presentes actuaciones de juicio oral rápido 467-2006, y en relación con el ar. 57.2 CE, vistos los argumentos contenidos en el referido Auto del que se desprende que la inadmisión se ha fundado en cuestiones de índole puramente procesal, no haciéndose pronunciamiento de fondo de clase alguna, como quiera que el conflicto que determinó en su momento el plantea-

miento de la cuestión sigue subsistiendo y por consiguiente, considerando este Juzgador en consonancia con lo que también había alegado la representación del acusado que uno de los preceptos que será necesario aplicar para resolver pudiera ser contrario a la Constitución, en particular el artículo 57.2 CP, pues lo dispuesto en el mismo pudiera vulnerar como ya se indicaba el derecho de igualdad proclamado en el ar. 14 de la Carta Magna, así como otros preceptos de la misma que luego fueron mencionados en el Auto, tales como los artículos 1.1, 25.1 y 24.2, 39.1 y 10.1 todos ellos de la Constitución, procederá que de nuevo se dé, conforme a lo que establece el artículo 35 LOTC, nuevo traslado para audiencia a la partes y al Ministerio Fiscal por plazo común de diez días a fin de que a vista del Auto dictado por dicho Tribunal y lo indicado en este proveído puedan formular las alegaciones que tengan por conveniente, verificado lo cual se dictará la resolución que proceda, que podrá ser en su caso la que acuerde plantear de nuevo la cuestión, subsanados los defectos formales y de carácter procesal advertidos.»

h) El Fiscal presentó sus alegaciones el 11 de mayo de 2007, considerando que no procedía plantear cuestión de inconstitucionalidad. La representación del acusado presentó sus alegaciones el día 4 de mayo de 2007, solicitando se elevara la cuestión de inconstitucionalidad.

i) Finalmente la cuestión de inconstitucionalidad fue promovida mediante Auto de 21 de mayo de 2007.

3. La fundamentación jurídica del Auto, relativa al precepto cuestionado se abre con la reflexión de que la pena de alejamiento configurada en los términos que lo hace el artículo 57.2 CP no permite distinguir la gravedad de los conflictos ni el grado de peligrosidad de los sujetos, ya que se aplica en cualquier circunstancia. Tampoco permite discrimi-

minar los supuestos en los que la víctima quiere cesar en su convivencia, ya fuere matrimonial o unión libre, de los que desea continuar en ella, afectando así a la capacidad de libre determinación de las personas e incluso al principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE. Asimismo, en los casos en que la víctima quiera la ruptura de la convivencia afectiva, impide discernir supuestos en que, por razones de presencia de hijos menores o intereses económicos, como una actividad empresarial o laboral conjunta, el contacto entre ambos resultare preciso. Cuando la pena se aplica con una finalidad preventiva general, desatendiendo las necesidades, requerimientos y voluntad de la víctima, se trata de una obligación, de una carga que se impone, también, al ofendido por el delito, porque significa la separación forzosa de los cónyuges o de la pareja en las uniones de hecho. La pena interfiere de manera intensa en la vida matrimonial y en la vida familiar, hasta provocar la suspensión provisional de la convivencia, sin hacer balance ni respetar las relaciones de dependencia afectivas, los lazos personales, la intensidad de los vínculos ni la voluntad de la víctima. Por otra parte con la pena de alejamiento de obligada aplicación se llegan a imponer a la víctima obligaciones de conducta y se limita su libertad de hacer. De otro lado la pena así configurada anula radicalmente la virtualidad del perdón, casi desterrado del ámbito del Derecho penal, en las relaciones personales, de la reconciliación entre el autor y la víctima, de la composición del conflicto entre los afectados, en supuestos leves que son corrientes en la vida familiar y de pareja. Al imponer la separación de los cónyuges o convivientes, de los hermanos, de padres e hijos, según los casos, la norma implica un cuestionamiento radical de la pareja, matrimonial o no, y de la familia como mayoritariamente se entiende y vive en nuestra sociedad. En supuestos, frecuentes en la justicia penal, de conflictos paternofi-

liales en los que el acusado está afectado por anomalías psíquicas o dependencia al alcohol o al abuso de drogas, la pena de alejamiento obligatoria se convierte en un obstáculo para el progreso de tratamientos terapéuticos, que necesitan del apoyo de la familia para su evolución y éxito.

Concluye esta parte inicial de la fundamentación planteándose el Juez promotor de la cuestión si los poderes públicos pueden separar a cónyuges y convivientes, a hermanos adultos, a padres e hijos mayores, que es el fin que persigue la pena del artículo 57.2 CP, contra su voluntad, sin buscar justificación o cobertura a tan intensa injerencia en la libertad de obrar de las personas, en la necesidad de protegerlas frente a un riesgo de reiteración delictiva o de nueva agresión no advertido por ellas mismas. La duda de constitucionalidad se plantea por tanto con la perspectiva de la víctima, de sus derechos y de los sacrificios que se le pueden irrogar en el proceso penal seguido contra el presunto maltratador.

A continuación alega el Juez promotor que la norma cuestionada tiene en el presente caso una indudable vinculación con el mismo, pues el procedimiento abreviado se ha seguido por un delito del artículo 153 CP (malos tratos en el marco de la llamada violencia de género), que se encuentra en el ámbito de los que contempla el artículo 57 CP como aquellos en los que la pena de prohibición de acercamiento a la víctima es accesoria. La persona ofendida por el delito era pareja de hecho del acusado, con el que había mantenido un vínculo afectivo análogo al conyugal, lo que haría aplicable, sin excepción, el referido artículo 57.2 CP.

Luego se refiere el Juez a las normas constitucionales que considera infringidas. Comienza afirmando que la prohibición de acercamiento sólo tiene sentido si se vincula a fines preventivo-especiales

y asegurativo-cautelares de protección de la víctima y neutralización del riesgo de reiteración delictiva o de nueva agresión. Y ello requiere un juicio de pronóstico que lo sustente, como pide el apartado primero del artículo 57 CP. La aplicación automática de la pena al margen del peligro y de la necesidad de proteger a la víctima carece de explicación racional. Por otra parte, si hemos entendido que la pena de prohibición de aproximación y comunicación con la víctima esposa o pareja de hecho le impone un mal también a ésta, a la persona ofendida por el delito cuando no quiere cesar la convivencia, y que la pena supone un sacrificio de su libertad, ya que le priva de la facultad de decidir sobre ello, ese precepto vulneraría este principio límite a la libertad del legislador.

Recuerda el Auto que la STC 146/1994 consideró que el inciso final del artículo 31.4 de la Ley 44/1978 infringía el principio de personalidad de las penas o sanciones, ya que establecía la obligación solidaria de los miembros de la unidad familiar frente a la Hacienda y permitía a la Administración dirigirse para el cobro de la deuda tributaria, incluidas las sanciones, no sólo frente al miembro de la unidad familiar responsable de la infracción, sino sobre otros que no hubieran participado en su comisión. La sanción afectaba al patrimonio de otros integrantes de la unidad familiar en su ejecución. Aquí la pena anula la libertad de la víctima de decidir con quién compartir su proyecto de vida durante el tiempo de la condena. Libertad que el artículo 1.1 de la Constitución consagra como uno de los valores superiores del Ordenamiento jurídico, reconocimiento de «la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se le presenten, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias» (STC 132/1989). Consecuencia de lo dicho, si el legislador ha previsto una pena para ciertos delitos, y en atención a la relación del sujeto

activo con el sujeto pasivo impone una conducta a la víctima que restringe su libertad, con caracteres de castigo, esa norma vulneraría el principio de legalidad penal.

Seguidamente alega que con la perspectiva del ofendido la ruptura de la convivencia matrimonial o familiar decretada por el Estado sin su consentimiento sólo puede entenderse como un mal, una privación de derechos, que en el orden jurisdiccional penal ha de conceptuarse en la categoría de pena. La vulneración del principio se produce cuando el precepto establece una sanción que no está anudada a una previa infracción (garantía penal, art. 25.1 CE) y la aplica sin un juicio previo (garantía jurisdiccional, 24.2 CE). La imposición forzosa de la pena de alejamiento supone una carga directa sobre el ofendido, al obligarle a la separación y ruptura de la convivencia y por un plazo mayor que el de las penas privativas de libertad. Este tipo de penas suponen además una flagrante indefensión de la víctima, contraria al artículo 24.1 CE, dado que se impone una medida que indefectiblemente le afecta, sin haber sido oída y sin haber participado en el proceso, indefensión que se acentúa, dado que, aun cuando hubiese sido oída su opinión contraria –fundamentada en sólidas razones–, el Juez, desatendiendo las mismas, vendría obligado a imponerla.

La sanción o carga que supone esa pena para la libertad de decisión de la víctima sobre su proyecto vital, que implica la separación obligatoria al margen del riesgo efectivo de reiteración delictiva, contravendría el mandato de protección a la familia del artículo 39.1 CE.

Continúa el Juez promotor argumentando que la pena de alejamiento, la separación de los convivientes, no puede acordarse por el Estado sin el consentimiento de uno de los contrayentes, porque ello vulneraría el libre desarrollo

de la personalidad en relación a la institución familiar (art. 10.1 de la Constitución). A salvo quedaría la excepción que prevé el artículo 57.1 CP: protección a la víctima sin su voluntad en caso de riesgo de reiteración delictiva.

Insiste en que la pena ha de ser instrumentalmente apta para la preservación de los bienes jurídicos cuya protección pretende, y además habrá de ser necesaria, y en sentido estricto proporcionada. Así las cosas la pena de alejamiento en la forma que es recogida en el precepto penal cuestionado no identifica, con suficiente nitidez, el bien jurídico que trata de proteger, dada la multiplicidad de delitos a que se aplica, no sólo a los delitos de lesiones o maltratos habituales, sino también a los delitos contra el honor o contra el patrimonio, en los que no ha existido peligro para la indemnidad de la víctima. Pero además se desentiende de la gravedad del hecho y la peligrosidad del delincuente (pautas aplicables cuando la víctima no tiene la vinculación familiar contemplada con el condenado). Entiende que todos estos factores deben ser valorados y que la aplicación de la pena ha de requerir un juicio de pronóstico que la sustente, como ocurre en el apartado primero del artículo 57 CP. La aplicación automática de la pena al margen del peligro y de la necesidad de proteger a la víctima carece de explicación racional. Como la pena tiene una consecuencia directa para la víctima, la ruptura de la convivencia, ya matrimonial, de pareja o familiar, contra su voluntad, está inclinando indefectiblemente a incumplirla. En definitiva, lo que se está cercenando con dicho precepto, a juicio del cuestionante, es algo tan importante y trascendente como la libertad, consagrada como valor superior de nuestro Ordenamiento jurídico en el artículo 1.1 CE, y que implica «el reconocimiento como principio general inspirador... de la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se le

presenten, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias (STC 132/1989 [sic]».

Para concluir reitera que la declaración de inconstitucionalidad del apartado segundo del artículo 57 CP no tendría relevancia en orden a la tutela de los derechos de las víctimas, pues el apartado primero del precepto permite a los Tribunales imponer la pena de alejamiento, incluso contra la voluntad del ofendido, en atención a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, es decir cuando las circunstancias del caso aconsejen su adopción.

4. Mediante providencia de 6 de noviembre de 2007 el Pleno de este Tribunal acordó admitir a trámite la cuestión, así como dar traslado de las actuaciones recibidas, de conformidad con el artículo 37.3 LOTC, al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes, al Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia, y al Fiscal General del Estado, al objeto de que en el plazo de quince días pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimasen convenientes. Por último se acordó publicar la incoación de la cuestión en el «Boletín Oficial del Estado», efectuándose en el núm. 283, de 26 de noviembre de 2007.

5. Con fecha 22 de noviembre de 2007 se presentó escrito del Presidente del Congreso de los Diputados comunicando el Acuerdo de la Mesa de la Cámara por el cual no se personaba ni formulaba alegaciones en el presente proceso constitucional, poniendo a disposición del Tribunal las actuaciones que pudiera precisar.

6. Mediante escrito registrado el 5 de diciembre de 2007 el Presidente del Senado comunicó que la Mesa de la Cámara había acordado personarse en el presente proceso constitucional y dar por ofrecida su colaboración a los efectos del artículo 88.1 LOTC.

7. Por escrito registrado el 22 de noviembre de 2007 el Abogado del Estado se personó en nombre del Gobierno en el presente proceso constitucional, y formuló las alegaciones que seguidamente se resumen.

Empieza el escrito reseñando la nula motivación de la providencia que sometía de nuevo la cuestión a las partes. No obstante, la circunstancia de que el Auto del Juez viniera precedido por otro anterior en el que se razonaba la posible contradicción entre textos, permite suponer que las partes tuvieron conocimiento de los términos de la cuestión.

Seguidamente indica que el Auto alude en varios pasajes al artículo 14 CE, si bien no se aprecia realmente ningún argumento que razone su contradicción con la norma cuestionada. En algún momento en el curso del razonamiento podría inferirse algún reproche a la norma cuestionada con fundamento en el artículo 14 CE, en el sentido de que de la lesión de un derecho de libertad parece desprenderse también una lesión del derecho de igualdad. Sin embargo, ni se concretan los términos de esa lesión, ni se establece término alguno de comparación, por lo que ha de darse por entendido que se trata de una referencia puramente accidental.

Luego se detiene en afirmar que las objeciones prácticas dirigidas a la norma parecen referidas a la expresión «en todo caso», que impone aplicar la pena de alejamiento al juzgador al margen de su apreciación sobre la peligrosidad del sujeto responsable del maltrato y con independencia de la voluntad de la víctima. Considera el Abogado del Estado que resulta difícil argumentar, frente al principio constitucional de legalidad, que el arbitrio judicial pueda extenderse a la aplicación o inaplicación de una pena. Por otro lado no sería justo reprochar al legislador una falta de graduación de la pena de alejamiento, visto lo dispuesto en el úl-

timo inciso del precepto cuestionado. La objeción queda reducida a una valoración de una medida de la política penal. Por otro lado no puede dejar de apreciarse que la contradicción que cree encontrar el Juzgado de Cáceres entre los presupuestos del propio precepto (que cifra en la gravedad y peligrosidad de la conducta penada) y la obligatoriedad de imposición de la pena de prohibición de aproximación queda referida en el Auto al mismo precepto penal, a modo de exigencias contrapuestas. No es fácilmente comprensible la objeción: si la gravedad de la conducta es el presupuesto del tipo mismo, no parece lógico que se subordine la aplicación de la pena a un juicio independiente de gravedad o peligrosidad que en la subsunción del hecho ha debido quedar previamente acreditado. En cualquier caso no se ofrece en este razonamiento ninguna consideración relativa a la contradicción del texto con la Constitución. La objeción del Auto quedaría a lo sumo reducida a una contradicción entre los enunciados de la propia norma enjuiciada. Por otro lado no puede dejar de resaltarse la contradicción existente entre las dos objeciones que el proponente de la cuestión formula contra la norma. No se sabría cómo conjugar con el derecho de disposición de la víctima la pretensión de una plena discrecionalidad del juzgador a la hora de decidir sobre la aplicación de la sanción de alejamiento, donde parece sugerirse, incluso, la posibilidad de imponer la convivencia forzosa de la pareja a despecho de la voluntad contraria del propio maltratado en el caso de apreciar el juzgador razones familiares o económicas que hicieran preciso el contacto entre ambos.

El Abogado del Estado considera que el Auto parece rechazar como inconstitucional toda posible incidencia o proyección, por indirecta que sea, de una pena a terceras personas distintas de los condenados. Tal planteamiento no es sin embargo asumible en términos generales, ni

guarda relación alguna con el principio indiscutido de la personalidad de las penas. Toda pena puede ocasionar un efecto sobre terceros, tanto más sensible cuanto más próxima sean su relación o afectos con el culpable, y no será difícil en la mayor parte de los casos traer a colación algún principio constitucional (relaciones familiares o libre desarrollo de la personalidad, entre ellos) en apoyo de la inaplicación de las penas. La oposición de la víctima colocaría a este tipo de infracciones penales en un lugar próximo a los delitos llamados privados, perseguibles sólo a instancia de parte. Seguirían siendo perseguibles de oficio, pero la víctima tendría una especie de derecho de veto o de gracia para la imposición de las penas. Tal posibilidad habría de basarse en una premisa específica que no ha sido apreciada, ni siquiera considerada en el Auto: que el daño inherente al delito agota sus efectos exclusivamente en la persona afectada por la agresión, sin trascendencia razonable alguna a terceros ni a la sociedad. Pero en estos casos, estima el Abogado del Estado, la víctima del delito enjuiciado por el Juzgado proponente de la cuestión, sin dejar de serlo de manera directa y principal, no es la víctima exclusiva de su comisión, lo es toda la comunidad, aspecto que, al no ser considerado por el Auto, le ha llevado a sugerir improcedentemente la asimilación del delito a los perseguibles a instancia de parte.

En el Auto se relacionan los preceptos y principios constitucionales que se entienden infringidos. Prácticamente la relación podría quedar simplificada a un derecho de libertad de la víctima, puesto que la cita de esta lista de preceptos constitucionales que el Auto supone afectados (libre desarrollo de la personalidad, intimidad familiar, derecho a la tutela judicial efectiva, principio de legalidad en materia sancionadora, etc.) presupondría que de la imposición de la pena de alejamiento al responsable de un delito de

violencia doméstica se derivan unos límites actual y efectivamente impuestos a la libre acción de la víctima, y que estos límites concretos producen un menoscabo a los derechos fundamentales. Ni una cosa ni otra son visibles en la presente cuestión, donde hay una imputación para el agresor. No es apreciable medida alguna que haya restringido aquella libertad de la víctima en su condición de tal, ni se le ha impuesto ninguna pena, ni se le ha encausado, ni se ha limitado el desarrollo de su personalidad, ni su derecho a la intimidad. Ni siquiera se ha desligado a la mujer maltratada de su posición acusadora en el proceso. Las penas se imponen por la comisión de una infracción delictiva. En el momento presente no hay otro dato que el hecho reconocido de pasada en el acto del juicio por la compañera sentimental del agresor de no desear el alejamiento. Ni siquiera hay expresión del deseo de que no se aplique la pena principal. La imposición de la condena (al agresor) no entraña realmente otra restricción visible para cada uno que la mera contrariedad por la insatisfacción de un deseo no atendido. Obviamente este deseo no puede llegar a condicionar las penas que la comunidad ha decidido imponer y que impone, no sólo para protección de la persona agredida, sino en retribución y prevención de esta clase de delitos en beneficio de toda la comunidad.

Con base en las alegaciones expuestas el Abogado del Estado interesó la desestimación de la cuestión promovida.

8. Con fecha 13 de diciembre de 2007 el Fiscal General del Estado presentó ante el Registro General del Tribunal sus alegaciones, en las que se limita a manifestar que la presente cuestión de inconstitucionalidad, aunque dimanante de un proceso penal diferente, es fiel reflejo de las planteadas por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valladolid y registradas en el Tribunal

Constitucional con los núms. 3916-2005, 8820-2005, 6292-2006 y 3899-2007. Por esa razón el Fiscal entiende que son válidos los argumentos que en aquellas cuestiones se ofrecieron en torno a la presunta inconstitucionalidad de la norma cuestionada, por lo que se limita a remitirse a las alegaciones entonces formuladas y a las peticiones del Fiscal en tales procesos, solicitando la desestimación de la cuestión.

En los escritos de alegaciones a los que se refiere, el Fiscal General del Estado subraya, respecto de la fundamentación de la inconstitucionalidad del precepto, que se apoya en la imposición obligatoria del alejamiento y, por tanto, desligada de la voluntad de la víctima, que tal efecto es inherente al sistema penal, en el que las penas no se imponen en función de la opinión de la víctima de los delitos sino por la responsabilidad de sus autores. En este sentido el Fiscal General del Estado aduce que toda pena afecta en mayor o menor medida al círculo de allegados del condenado, sin que por ello pueda entenderse que se impide el desarrollo de la personalidad de los familiares. Para que la pena obstaculizara el desarrollo de la personalidad habría de recaer directamente sobre la persona afectada y venir referida a una actuación antijurídica o irregular del poder, nunca a una medida impuesta por una norma penal habilitante. E igual reflexión puede hacerse, según el Fiscal General del Estado, respecto de la dignidad que, como atributo genérico de la persona, no tiene por qué resultar directamente afectada por la imposición de una pena al individuo que ha perpetrado un acto de violencia o coacción sobre su persona y que ha sido condenado tras un juicio justo. El Derecho penal faculta al Estado, en el ejercicio del *ius puniendi*, para la descripción de los delitos y la imposición de penas o medidas de seguridad por los ilícitos que tipifica, de modo que en un sistema parlamentario y democrático difícilmente

puede hablarse de injerencia del poder público en la dignidad o intimidad de las personas por la fijación de una pena a un hecho delictivo.

En lo atinente a la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) el Fiscal General del Estado niega que pueda hablarse de incongruencia por el hecho de que la pena se imponga contra la voluntad de la víctima, cuando la pena ha sido solicitada por el Fiscal, ni tampoco de indefensión, habida cuenta de las posibilidades de intervención en el proceso de las partes afectadas y su plenitud para realizar actos de alegación y defensa.

Por lo que se refiere al principio de legalidad el Fiscal General del Estado acepta que el artículo 25.1 CE proscriba que las penas se impongan a una persona que no ha cometido el delito; sin embargo, con recto criterio técnico, no podría afirmarse que la pena cuestionada se imponga también a la víctima, ya que ésta no vulnera con su conducta, en sí misma considerada, ningún precepto penal por su aproximación a su agresor, salvo interpretaciones contrarias al espíritu de la norma por parte del juzgador.

9. Mediante providencia de 3 de noviembre de 2010, se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el mismo día 3 del mismo mes y año.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Único: La cuestión planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de los de Cáceres en relación con el artículo 57.2 del Código Penal ha sido ya resuelta en la STC 60/2010, de 7 de octubre, a cuyos razonamientos y conclusiones nos remitimos, por lo que procedente será aquí el mismo pronunciamiento desestimatorio al que llegamos en la citada Sentencia.

Resta por añadir que en la presente cuestión ha sido invocado también el

principio de protección a la familia y a los hijos (art. 39 CE), en relación con el principio al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). Aun cuando esta invocación no se realizó formalmente en el procedimiento que dio lugar a la STC 60/2010, de 7 de octubre, ello no supone un planteamiento innovador que exija un pronunciamiento específico, ya que, como pone de manifiesto el FJ 8 b) de la STC 60/2010 acabada de citar, la incidencia de la imposición obligatoria de la pena de alejamiento en la relación afectiva, familiar o de convivencia entre el penado y la víctima fue un aspecto que ya se tomó en consideración al realizar el control de constitucionalidad del precepto cuestionado.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Desestimar la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado»

Dada en Madrid, a tres de noviembre de dos mil diez.—*María Emilia Casas Baamonde.*—*Guillermo Jiménez Sánchez.*—*Vicente Conde Martín de Hijas.*—*Javier Delgado Barrio.*—*Elisa Pérez Vera.*—*Eugeni Gay Montalvo.*—*Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.*—*Ramón Rodríguez Arribas.*—*Pascual Sala Sánchez.*—*Manuel Aragón Reyes.*—*Pablo Pérez Tremps.*—Firmado y rubricado.

SENTENCIA 85/2010, de 3 de noviembre de 2010. Cuestión de inconstitucionalidad 5163-2008. Planteada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Cádiz en relación con el artículo 57.2 del

Código penal, en la redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. Principios de personalidad y proporcionalidad de las penas, prohibición de indefensión, derecho a la intimidad familiar y libertades de circulación y residencia: STC 60/2010 (imposición obligatoria, para determinados delitos, de la pena accesoria de alejamiento). («BOE» núm. 292 de 3 de diciembre de 2010.)

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5163-2008, planteada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Cádiz, respecto del artículo 57.2 del Código Penal. Han intervenido el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado. Ha sido Ponente la Magistrada doña Elisa Pérez Vera, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito registrado el día 30 de junio de 2008, tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal, escrito de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Cádiz, al que se acompaña junto al testimonio de particulares del correspondiente procedimiento (procedi-

miento abreviado núm. 218-2006; rollo de apelación 184-2007), el Auto del referido órgano judicial de 21 de enero de 2008 en el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 57.2 del Código penal (en adelante CP), en la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por su posible contradicción con los artículos 1, 10.1, 19.1, 25.1 y 32 CE.

2. Del conjunto de las actuaciones remitidas por el órgano judicial proponente resulta que los hechos que dan lugar al planteamiento de la presente cuestión son, concisamente expuestos, los siguientes:

a) El día 27 de septiembre de 2007, el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Jerez de la Frontera dictó Sentencia condenando al acusado como autor de un delito de maltrato familiar, previsto y penado en el artículo 153.1, 3 y 4 CP, imponiéndole la pena de veinticuatro días de trabajo en beneficio de la comunidad, seis meses de privación del derecho a la tenencia y porte de armas y prohibición de acercamiento a menos de doscientos metros de la víctima y a comunicar con ella, por cualquier forma, por tiempo de un año; y como autor de un delito de amenazas del artículo 171.4 y 5 CP, a la pena de dieciséis días de trabajo en beneficio de la comunidad, privación del derecho a la tenencia y porte armas durante seis meses, prohibición de acercarse a menos de doscientos metros a la víctima, y de comunicarse con ella por tiempo de un año, y al pago de las costas procesales.

b) Tras interponerse recurso de apelación por el condenado, y presentarse escrito de impugnación por el Ministerio Fiscal, las actuaciones fueron remitidas a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Cádiz que acordó formar rollo de apelación y designar ponente. Sin señalar día para la votación y fallo, dictó Auto, el día 21 de enero del 2008, plan-

teando cuestión de inconstitucionalidad del artículo 57.2 CP, que fue inadmitida a trámite por Auto dictado por el Pleno de este Tribunal el 22 de mayo de 2008.

c) El día 3 de junio de 2008, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Cádiz, dictó providencia indicando lo siguiente: «Dada cuenta, inadmitida por motivos formales la anterior cuestión de constitucionalidad y persistiendo las dudas suscitadas a este Tribunal sobre la constitucionalidad del artículo 57.2 del Código Penal en cuanto imperativamente ordena la imposición de la pena de alejamiento ‘en todo caso’, es decir incluso contra la libre voluntad de la víctima, lo que podría resultar contrario a la CE pues desde la perspectiva de la víctima pueden verse conculcados sus derechos a la libertad de elección de residencia y circulación por el territorio nacional (art. 19.1 CE), el principio de personalidad de las penas (art. 25.1 CE), la garantía jurisdiccional (arts. 1 y 10.1 CE) y el derecho a convivir en matrimonio (art. 32 CE), aplicable por analogía a las parejas de hechos; de conformidad con el artículo 35.2 de la LOTC resulta procedente dar audiencia a las partes para que en el plazo común e improrrogable de diez días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad.» El Ministerio Fiscal consideró improcedente plantear la cuestión de inconstitucionalidad, mientras que la representación del condenado, ratificándose en precedentes escritos presentados, consideró pertinente su planteamiento.

d) La Sala acordó plantear la cuestión de inconstitucionalidad por Auto de 18 de junio de 2008.

3. El Auto de planteamiento cuestiona el artículo 57.2 CP, por considerar que infringe el artículo 1 CE –dignidad de la persona–, el artículo 10.1 CE –libre desarrollo de la personalidad–, el artículo 19.1 CE –libertad de elegir residencia y

derecho a circular por el territorio nacional–, el artículo 24.1 CE –como manifestación de la garantía jurisdiccional– el artículo 25.1 CE –como manifestación de la garantía penal y del principio de personalidad de las penas– y el artículo 32 CE –como manifestación del derecho a convivir en matrimonio, aplicable por analogía a las parejas de hecho.

Considera que cuando la pena de alejamiento se aplica «en todo caso», prescindiendo de la mayor o menor gravedad de los hechos, de su habitualidad y ocasionalidad, del interés, circunstancias o manifestaciones de la víctima y en contra de sus necesidades y voluntad, sin realizar juicio alguno de ponderación de los intereses en conflicto para decidir sobre su procedencia, se convierte en una obligación para la víctima que le priva de su derecho a elegir libremente dónde y con quién vivir, por dónde circular, impidiéndole el libre desarrollo de su personalidad.

Entiende, que aunque la pena no se imponga materialmente a la víctima, ésta se ve conminada a su cumplimiento y sufre directamente sus consecuencias, afectándole directamente el alejamiento que se impone al condenado, y de no aceptarlo, si indujera a su compañero a quebrantarlo, reanudando la convivencia en común, podría ser inculpada y verse sometida a un proceso penal.

Asimismo razona, que la pena de alejamiento conculca uno de los principales deberes de la institución matrimonial (artículo 32 CE) –trasladable a las uniones de hecho libremente consentidas por aplicación del principio de igualdad (art. 14 CE)–, el deber de vivir juntos.

Por todo lo expuesto, acuerda el órgano judicial plantear la cuestión de inconstitucionalidad del artículo 57.2 CP.

4. Mediante providencia de 21 de octubre de 2008, el Pleno de este Tribunal acordó, admitir a trámite la cuestión, así como dar traslado de las actua-

ciones recibidas, de conformidad con el artículo 37.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOT), al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes, al Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia, y al Fiscal General del Estado al objeto de que en el plazo de quince días pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimaran convenientes. En las mismas resoluciones acordó publicar la incoación de la cuestión en el «Boletín Oficial del Estado», lo que tuvo lugar en el «Boletín Oficial del Estado» núm. 265, de fecha 3 de noviembre de 2008.

5. El Presidente del Senado, en funciones, comunicó mediante escrito registrado el día 5 de noviembre de 2008 que la Mesa de la Cámara había acordado personarse en el procedimiento y dar por ofrecida su colaboración a los efectos del artículo 88.1 LOTC.

6. El Presidente del Congreso de los Diputados, a través de escrito registrado el día 10 de noviembre de 2008, comunicó que, aunque el Congreso había decidido no personarse en el procedimiento ni formular alegaciones, ponía a disposición del Tribunal las actuaciones que pudiera precisar.

7. Por escrito registrado el 6 de noviembre de 2008, el Abogado del Estado se personó en nombre del Gobierno en el presente proceso constitucional, formulando alegaciones.

Empieza por señalar el Abogado del Estado que los argumentos expuestos por la Sala proponente son muy próximos a los aducidos en otras cuestiones planteadas sobre el mismo precepto, por lo que comienza dando por reproducidas las alegaciones precedentemente hechas por la Abogacía del Estado en las cuestiones promovidas contra el precitado artículo.

Empieza por señalar que no cabe la acumulación de los dos reproches que

efectúa el Auto a la regulación cuestionada, arbitrio judicial y derecho a decidir de la víctima, pues ambos son excluyentes entre sí. Añade que el Auto parece rechazar como inconstitucional toda posible incidencia o proyección indirecta que sea de una pena a terceras personas distintas del condenado. Tal planteamiento no es sin embargo asumible en términos generales, ni guarda relación alguna con el principio indiscutido de la personalidad de las penas. Toda pena puede ocasionar un efecto sobre terceros, tanto más sensible cuanto más próxima sea su relación o afectos con el culpable y no será difícil en la mayor parte de los casos traer a colación algún principio constitucional (relaciones familiares, libre desarrollo de la personalidad entre ellos) en apoyo de la inaplicación de las penas. Pero en estos casos, estima el Abogado del Estado, la víctima del delito enjuiciado por el juzgado proponente de la cuestión, sin dejar de serlo de manera directa y principal, no es la víctima exclusiva de su comisión, lo es toda la comunidad, aspecto que al no ser considerado por el Auto, le ha llevado a sugerir improcedentemente la asimilación del delito a los perseguibles a instancia de parte.

Por último, considera que en el momento presente no hay otro dato que el hecho reconocido por la víctima de no haberse roto la relación con el agresor y de haberse reanudado la convivencia entre los esposos. La imposición de la condena –al agresor–, no entraña realmente otra restricción visible para cada uno que la mera contrariedad por la insatisfacción de un deseo no atendido. Obviamente, este deseo no puede llegar a condicionar las penas que la Comunidad ha decidido imponer y que impone no sólo para protección de la persona agredida, sino en retribución y prevención de esta clase de delitos en beneficio de toda la comunidad.

Con base en las alegaciones expuestas, el Abogado del Estado interesó la deses-

timación de la cuestión de inconstitucionalidad.

8. Con fecha 26 de noviembre de 2008 el Fiscal General del Estado, presentó ante el Registro General del Tribunal sus alegaciones, que se resumen a continuación:

Indica el Fiscal General del Estado, que la presente cuestión es fiel reflejo de las planteadas por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valladolid registradas con los núms. 3916-2005, 8820-2005 y 6292-2006, al coincidir en las cuatro el artículo del Código penal cuestionado (art. 57.2 CP) y los preceptos de la Constitución a que se opone, los artículos 1.1, 10, 10.1, 18.1, 24.1 y 25.1 y 32 CE, constatando los mismos argumentos empleados en aquellos autos de planteamiento y en el presente.

Por ello, considera válidos los argumentos que se dieron en torno a la presunta inconstitucionalidad de la norma y por lo expuesto interesa que el Pleno de este Tribunal dicte Sentencia desestimando esta cuestión de inconstitucionalidad.

9. Mediante providencia de fecha 3 de noviembre de 2010 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 3 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

Único. La cuestión planteada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Cádiz en relación con el artículo 57.2 CP ha sido ya resuelta en la STC 60/2010, de 7 de octubre, a cuyos razonamientos y conclusiones nos remitimos, por lo que procedente será aquí el mismo pronunciamiento desestimatorio al que llegamos en la citada Sentencia.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTO-

RIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Desestimar la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado»

Dada en Madrid, a tres de noviembre de dos mil diez. -*María Emilia Casas Baamonde.*–*Guillermo Jiménez Sánchez.*–*Vicente Conde Martín de Hijas.*–*Javier Delgado Barrio.*–*Elisa Pérez Vera.*–*Eugenio Gay Montalvo.*–*Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.*–*Ramón Rodríguez Arribas.*–*Pascual Sala Sánchez.*–*Manuel Aragón Reyes.*–*Pablo Pérez Tremps.*–Firmado y rubricado.

pata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 3213-2009, planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Valencia, en relación con el artículo 57.2 del Código penal. Han intervenido y formulado alegaciones el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado. Ha sido Ponente la Magistrada doña Elisa Pérez Vera, quien expresa el parecer del Tribunal.

SENTENCIA 86/2010, de 3 de noviembre de 2010. Cuestión de inconstitucionalidad 3213-2009. Planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Valencia en relación con el artículo 57.2 del Código penal, en la redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. Principios de personalidad y proporcionalidad de las penas, prohibición de indefensión, derecho a la intimidad familiar y libertades de circulación y residencia: STC 60/2010 (imposición obligatoria, para determinados delitos, de la pena accesoria de alejamiento) y STC 45/2009 (trato penal diferente en el delito de amenazas leves); inadmisión parcial de la cuestión de inconstitucionalidad por defectuoso cumplimiento del trámite de audiencia. («BOE» núm. 292 de 3 de diciembre de 2010.)

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Eugenio Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Za-

I. ANTECEDENTES

1. El día 6 de abril de 2009 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal escrito del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Valencia, al que se acompaña, junto al testimonio de particulares del correspondiente procedimiento abreviado núm. 12-2008, el Auto del referido órgano judicial de 16 de marzo de 2009, en el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 57.2 del Código penal (CP).

2. Del conjunto de las actuaciones remitidas por el órgano judicial proponente resulta que los hechos que dan lugar al planteamiento de la presente cuestión son, concisamente expuestos, los siguientes:

a) El Juzgado de Instrucción núm. 1 de Sagunto, mediante Auto dictado el 25 de noviembre de 2006, inició la tramitación de diligencias previas, en virtud del atestado policial recibido, al poder ser los hechos que constaban en el mismo, constitutivos de un delito de maltrato familiar.

El mismo día dictó Auto acordando medidas cautelares a favor de la víctima.

b) Tras continuar la tramitación de las diligencias por los trámites del procedimiento abreviado, por un presunto delito de malos tratos en el ámbito familiar, y formulada acusación por el Ministerio Fiscal, en que calificó los hechos como constitutivos de un delito de lesiones del artículo 153 CP y solicitó la imposición de la pena de ocho meses de prisión, de dos años de privación de tenencia y porte de armas y conforme «al art 57 (sic) prohibición de acercamiento (300 metros) y comunicación con la denunciante durante 1 año», se remitió el procedimiento al Juzgado de lo Penal núm. 4 de Valencia, que señaló la vista oral para el día 21 de noviembre de 2008. En el turno de conclusiones el Ministerio Fiscal elevó a definitivas las conclusiones del escrito de acusación, interesando la defensa, además de la absolución del acusado, que se planteara por la Juzgadora la cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 57.2 CP.

c) El Juzgado dictó providencia de fecha 20 de enero de 2009, confiriendo al Ministerio Fiscal y a la defensa un plazo de diez días para que formularan alegaciones sobre la posibilidad de plantear cuestión de inconstitucionalidad del artículo 57.2 CP al ser posible que vulnera «alguno de los artículos (sic) de la Constitución Española como son el 1.1 y el 10.1, en desarrollo de la personalidad (art. 10) y a la intimidad personal y familiar artículo 18.1, así como los artículos 24.1 y 25.1 todos de la Constitución».

d) Por el Ministerio Fiscal no se formularon alegaciones. La defensa del acusado se mostró favorable al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, interesando que el Juzgado lo acordara.

e) Finalmente, la cuestión de inconstitucionalidad fue promovida mediante Auto de 16 de marzo de 2009.

3. El Auto de cuestionamiento inicia la fundamentación jurídica, tras resumir los antecedentes del procedimiento, indicando que la imposición obligatoria de la pena accesoria conocida como alejamiento en los delitos de malos tratos, es obligatoria, al indicar el artículo 57.2 CP que se impondrá «en todo caso», con independencia de la voluntad de la víctima y aun en contra de su decisión de convivir con su pareja. Continúa indicando que la pena interfiere de modo intenso en la vida matrimonial y familiar, hasta provocar la suspensión provisional de la convivencia, sin tomar en consideración, ni respetar las relaciones de dependencia afectivas, los lazos personales, la intensidad de los vínculos, ni la voluntad de la víctima. Anula la virtualidad del perdón en supuestos leves que son corrientes en la vida familiar y de pareja, «la norma implica un cuestionamiento radical de la pareja, matrimonial o no, y de la familia como mayoritariamente se entiende y vive en nuestra sociedad».

Razona el Auto, que el legislador está sujeto a la Constitución, proclamando el artículo 9.3 CE la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, incluida la arbitrariedad en la actividad legislativa. Pues bien, la prohibición de acercamiento sólo tiene sentido si se vincula a fines preventivo-especiales y asegurativo-cautelares de protección de la víctima y neutralización del riesgo de reiteración delictiva o de nueva agresión, y la aplicación automática al margen de tales fines carece de explicación racional. Tilda por tal razón a la reforma legislativa de «caprichosa e inconsecuente», produciendo efectos inconvenientes, que no han podido ser previstos ni deseados por el legislador.

Por último, considera que «el precepto podría infringir otros derechos no menos importantes como el derecho a la dignidad de la persona, (arts. 1.1 y 10.1 de la CE), en sus manifestaciones relacionadas con el libre desarrollo de la perso-

nalidad (art. 10 CE), y a la intimidad personal y familiar (art. 18.1), así como los artículos 24.1 y 25.1 en consecuencia el precepto cuestionado es contrario a los citados preceptos constitucionales (sic).»

4. Mediante providencia de 29 de diciembre de 2009 este Tribunal acordó admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad, así como dar traslado de las actuaciones recibidas, de conformidad con el artículo 37.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), al Congreso de los Diputados y al Senado por conducto de sus Presidentes; al Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia; y al Fiscal General del Estado, al objeto de que en el plazo de quince días pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimaran convenientes. Acordando publicar la incoación de la cuestión en el «Boletín Oficial del Estado», efectuándose la misma en el núm. 246, de 12 de octubre de 2005.

5. El Presidente del Congreso de los Diputados, a través de escrito registrado el día 13 de octubre de 2009, comunicó, que aunque el Congreso había decidido no personarse en el procedimiento ni formular alegaciones, ponía a disposición del Tribunal las actuaciones que pudiera precisar.

6. El Presidente del Senado, mediante escrito registrado el día 14 de octubre de 2009, comunicó que la Mesa de la Cámara había acordado personarse en el proceso y dar por ofrecida su colaboración a los efectos del artículo 88.1 LOTC.

7. El Abogado del Estado se personó en el presente procedimiento, en nombre del Gobierno, solicitando en su escrito de alegaciones, registrado el día 21 de octubre de 2009, la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad.

Empieza el escrito dando por reproducidas las alegaciones efectuadas en la

tramitación de las cuestiones de inconstitucionalidad núms. 640-2005 y 4976-2005. Tras exponer la argumentación contenida en el Auto de cuestionamiento, indica que toda pena es limitativa de la libertad, sin que la pena de alejamiento descansa exclusivamente en el objetivo de tutelar un interés puramente personal de la víctima, pues de ser así la naturaleza del delito sería privada.

Asimismo descarta que la pena de alejamiento infrinja el artículo 18 CE en relación con los artículos 10 y 1.1 CE, al sustentar el Auto de planteamiento la argumentación sobre el rechazo de que la pena pueda tener proyección indirecta o incidir en terceras personas distintas del condenado. Considera que dicho argumento no es asumible, en términos generales, ni guarda relación con el principio de personalidad de las penas. Entiende que de tomarse en consideración las consecuencias extraprocesales de las penas, negativas para terceros, debería excluirse hasta la pena de multa, al entender que toda pena puede ocasionar un efecto sobre terceros.

Con base en las alegaciones expuestas, el Abogado del Estado interesó la desestimación de la cuestión promovida.

8. Con fecha 2 de diciembre de 2009 el Fiscal General del Estado presentó ante el Registro General del Tribunal sus alegaciones, que se resumen a continuación.

Empieza el escrito haciendo referencia a la tramitación del incidente por el que se plantea la cuestión de inconstitucionalidad. Considera que en la providencia por la que se da la audiencia a las partes exigida por el artículo 35.2 LOTC «no aparece mencionado en ningún momento el artículo 9.1 de la CE en cuanto a lo que se refiere a la interdicción de la arbitrariedad. Sin embargo la fundamentación sobre la oposición entre tal artículo y el cuestionado (art. 57.2 del CP) es exhaustiva en el FJ 3 del auto de planteamiento»,

por lo que, lo expuesto, debería conducir al Pleno del Tribunal a declarar la inadmisión de la cuestión.

Considera que si se estimara que no concurre óbice procesal, procedería la estimación de la cuestión de inconstitucionalidad ya que la aquí promovida por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Valencia, se mueve en coordenadas parecidas, incluso con remisiones literales, a la planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 20 de Madrid, registrada como cuestión de inconstitucionalidad núm. 4976-2005, por lo que se remite, por razones de economía procesal, a las alegaciones formuladas al tramitar dicha cuestión. En aquel escrito, tras propiciar la estimación de la cuestión planteada por vulneración del artículo 9.3 CE, señaló que la rigidez del sistema ha quedado paliada en parte a raíz de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, que ha modificado el artículo 153.4 CP permitiendo a los Jueces adecuar la pena de alejamiento a las circunstancias concurrentes en el caso concreto y a la entidad del hecho cometido, con lo que se evita la arbitrariedad de la Ley que la antigua legislación propiciaba. En suma, por lo expuesto, interesa la inadmisión por defectos procesales en el trámite de audiencia o, subsidiariamente, la estimación de la cuestión de inconstitucionalidad, declarando que es inconstitucional y por lo tanto nulo el artículo 57.2 CP según redacción dada por Ley Orgánica 15/2003 por ser contrario al artículo 9.3 CE, en su dimensión de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos o, alternativamente, que se desestime la cuestión de inconstitucionalidad sobre la base de la legislación sobrevenida al planteamiento de la misma.

9. Mediante providencia de 3 de noviembre de 2010, se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 3 del mismo mes y año.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El Auto del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Valencia, por el que se plantea la cuestión de inconstitucionalidad, considera que el párrafo segundo del artículo 57.2 del Código penal (CP), en su redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, puede ser contrario a los artículos 1.1, 9.1 y 3, 10.1, 14, 24.1, 25.1 y 2, 32.1 y 39.1 CE.

El Ministerio Fiscal solicita la inadmisión de la cuestión en lo concerniente a la vulneración del principio de interdicción de arbitrariedad (art. 9.3 CE), al no haber sido sometido al preceptivo trámite de audiencia previsto en el artículo 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC). El Abogado del Estado interesa la desestimación de la cuestión.

2. Tal y como ha hecho constar el Fiscal General del Estado en sus alegaciones, en el trámite del artículo 35.2 LOTC la titular del Juzgado se limitó a advertir a las partes sobre la posibilidad de plantear cuestión de inconstitucionalidad del artículo 57.2 CP al ser posible que vulnera «alguno de los artículos de la Constitución Española como son el 1.1 y el 10.1, en desarrollo de la personalidad (art. 10) y a la intimidad personal y familiar artículo 18.1, así como los artículos 24.1 y 25.1 todos de la Constitución», lo que conduce a la conclusión de que el trámite de audiencia a las partes ha sido cumplido de forma defectuosa respecto de los artículos 9.1 y 3, 14, 25.2, 32.1 y 39.1 CE, por lo que la presente cuestión debe ser inadmitida respecto a las alegaciones referidas a la vulneración de estos artículos (por todas STC 164/2009, de 2 de julio, FJ 2).

3. Las restantes de las cuestiones planteadas han sido ya resueltas en la STC 60/2010, de 7 de octubre, a cuyos razonamientos y conclusiones nos remitimos, por lo que procedente será aquí el

mismo pronunciamiento desestimatorio al que llegamos en la citada Sentencia.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

1. Inadmitir, por incumplimiento de las condiciones procesales exigidas por los artículos 163 CE y 35 LOTC, la presente cuestión de inconstitucionalidad en lo que se refiere a la posible vulneración de los artículos 9.1 y 3, 14, 25. 2, 32.1 y 39.1 CE.

2. Desestimar la presente cuestión de inconstitucionalidad en todo lo demás.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado»

Dada en Madrid, a tres de noviembre de dos mil diez.—*María Emilia Casas Baamonde.*—*Guillermo Jiménez Sánchez.*—*Vicente Conde Martín de Hijas.*—*Javier Delgado Barrio.*—*Elisa Pérez Vera.*—*Eugeni Gay Montalvo.*—*Jorge Rodríguez Zapata Pérez.*—*Ramón Rodríguez Arribas.*—*Pascual Sala Sánchez.*—*Manuel Aragón Reyes.*—*Pablo Pérez Tremps.*—Firmado y rubricado.

SECCIÓN CUARTA

SENTENCIA 87/2010, de 4 de noviembre de 2010. Recurso de amparo 3454-2007. Promovido por don Spencer Mark Jones respecto a las Sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y de la Audiencia nacional que le condenaron por un delito contra la salud pública. Supuesta vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva, al juez legal, al secreto de las comunicaciones, a la asistencia letrada, a un proceso con garantías y a la presun-

ción de inocencia: SSTC 219/2009 y 220/2009. («BOE» núm. 292 de 3 de diciembre de 2010.)

La Sección Cuarta, de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Vicente Conde Martín de Hijas, Presidente, doña Elisa Pérez Vera, don Ramón Rodríguez Arribas, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 3454-2007, promovido por don Spencer Mark Jones, representado por el Procurador de los Tribunales don Javier Fernández Estrada y asistido por el Abogado don Gonzalo Boye Tuset, contra la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2007, recaída en el recurso de casación 1442-2006, interpuesto contra la Sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 29 de mayo de 2006, que le condenó como autor de un delito contra la salud pública. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Han comparecido don William Michael Newton, don Francisco López Martín y don Anthony Eric Durrant, todos ellos representados por el Procurador de los Tribunales don Javier Fernández Estrada y defendidos por el Abogado don Gonzalo Boye Tuset. Ha sido Ponente don Ramón Rodríguez Arribas, quien expresa el parecer de la Sección.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el día 17 de abril de 2007, el Procurador de los Tribunales don Javier Fernández Es-

trada, en nombre y representación de don Spencer Mark Jones, interpuso recurso de amparo contra la resolución judicial que se cita en el encabezamiento.

2. Los hechos en los que tiene su origen el presente recurso y relevantes para su resolución son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) Por Sentencia de 29 de mayo de 2006, la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional condenó al demandante de amparo, como autor de un delito contra la salud pública de sustancia que no causa grave daño para la salud (hachís) en cantidad de notoria importancia [arts. 368 y 369.1.6 del Código penal (CP)], a la pena de cuatro años y tres meses de prisión y multa de veinte millones quinientos mil euros, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago proporcional de las costas procesales.

En el relato de hechos probados se afirma que el recurrente mantenía contacto con un coimputado en la presente causa que se dedicaba al alquiler de naves industriales y vehículos relacionados con varias intervenciones de droga y, en concreto, que, actuando a requerimiento del recurrente de amparo, había alquilado dos naves industriales de las que habían salido importantes cargamentos de hachís, habiéndose aprehendido en los registros practicados en las mismas maquinaria y diversos efectos para embalar, envasar y ocultar la droga, así como facturas acreditativas de los gastos realizados para la adquisición de tales efectos.

b) Contra la anterior resolución se interpuso recurso de casación, que fue desestimado por Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2007.

3. El recurrente fundamenta su demanda de amparo en la vulneración de los derechos fundamentales al secreto de

las comunicaciones (art. 18.3 CE), a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), al juez predeterminado por la ley (art. 24.2 CE), a la defensa, y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), así como a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

Como primer motivo de amparo, y bajo la invocación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y del derecho a la defensa (art. 24.2 CE), se denuncia la incongruencia omisiva en la que, a juicio del recurrente, habría incurrido la Sentencia de instancia, al no haberse pronunciado sobre la cuestión de la nulidad de las intervenciones telefónicas derivada de la falta de notificación de las mismas al Ministerio Fiscal cuando se estaban practicando.

En segundo lugar, se denuncia la vulneración del derecho al juez predeterminado por la ley (art. 24.2 CE), por entender que el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Denia, que incoó inicialmente diligencias previas en relación con la incautación de hachís en una nave de Elche, continuó posteriormente dirigiendo la instrucción, pese a carecer de competencia para ello, pues la investigación prosiguió en la provincia de Málaga, por lo que serían los Juzgados de esta localidad o el Juzgado Central de Instrucción los competentes.

En el tercer motivo de amparo se denuncia la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) por diversas razones: la insuficiente motivación de los Autos que autorizaron la intervención del teléfono móvil de un coimputado y la prórroga de la misma –que dio lugar a posteriores Autos de intervención del teléfono del recurrente en amparo–, su indeterminación objetiva y subjetiva, la falta de control judicial y la falta de notificación de los Autos al Ministerio Fiscal. Sostiene el recurrente que las escuchas eran prospectivas, y que el Auto de 15 de septiembre de 2003, por el

que se acordó la intervención del teléfono de la persona coimputada, es estereotipado y carece de motivación, considerando insuficiente el dato de que el investigado fuera la persona que medió en el alquiler de una nave en Denia en la que se aprehendieron más de 400 kg. de hachís y tuviera antecedentes policiales por tráfico de drogas. Señala además que en esa misma fecha fue detenido y puesto en libertad, continuándose luego la investigación en Málaga, por hechos que nada tenían que ver con el hallazgo en la nave de Denia, pese a lo cual el 14 de octubre de 2003 se dicta un nuevo Auto estereotipado y se autorizan unas escuchas puramente prospectivas. Además, diversas autorizaciones judiciales se conceden para averiguar la identidad del investigado, adoleciendo de falta de determinación subjetiva. Por otra parte, se denuncia el deficiente control judicial de las intervenciones, poniendo de manifiesto que muchas de las conversaciones intervenidas eran mantenidas en idiomas extranjeros, pese a lo cual la transcripción que se hace llegar al juez aparece en castellano, sin que conste la intervención de intérprete, lo que evidencia la falta de control real de la intervención por el juez. Además, no fue la autoridad judicial quien seleccionó lo relevante de las conversaciones, sino que permitió, expresamente, que lo hiciera la policía al realizar las transcripciones. Finalmente, se denuncia la falta de notificación al Ministerio Fiscal de los Autos que autorizan y prorrogan las intervenciones, quien sólo tuvo conocimiento de las mismas una vez que finalizaron, impidiéndose el control inicial de la medida en sustitución del interesado. Cita la STC 205/2002, de 11 de noviembre, FJ 5.

Como cuarto motivo de amparo, y bajo la invocación del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), alega el recurrente que la declaración autoincriminatoria que prestó la persona coimputada ante el Juez de Instrucción

núm. 3 de Denia el día 13 de noviembre de 2003 y que sirve de sustento a la condena se produjo en situación de incomunicación y sin haber podido entrevistarse previamente con su letrado. Y ello pese a que no se hallaba incurso en ninguno de los supuestos para los que la incomunicación está legalmente prevista conforme al artículo 520 bis LECrim (delitos de terrorismo) y ni la fuerza actuante lo solicitó, ni el Juzgado lo acordó. De modo que declaró sin una asistencia letrada efectiva, vulnerándose su derecho de defensa, lo que convierte en nula la citada declaración sumarial.

En los motivos de amparo quinto y sexto, se denuncia la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), que derivaría de la lectura en el plenario tanto de dos de las tres declaraciones prestadas en fase de instrucción por la persona coimputada, como de tres de las cuatro declaraciones que el recurrente prestó en dicha fase procesal, incluyendo una declaración prestada por éste en sede policial, al amparo del artículo 714 LECrim, cuando lo cierto es que ambos se habían acogido a su derecho a no declarar, por lo que ninguna contradicción pudo apreciar el Tribunal en el plenario, y tampoco cabía la lectura al amparo del artículo 730 LECrim. También se afirma que no se leyeron todas las declaraciones prestadas en fase de instrucción, sino sólo las que interesaron al Ministerio Fiscal, privando a la Sala del conocimiento íntegro de todas las declaraciones practicadas en fase de instrucción.

Finalmente, se considera vulnerado también el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), al no haberse practicado prueba de cargo válida para sustentar la condena, pues las pruebas, o bien se han obtenido ilícitamente, o bien se han practicado prescindiendo absolutamente de las normas de procedimiento. Afirma el recurrente que las intervenciones telefónicas eran nulas y de ellas

derivan las detenciones de los acusados, los registros domiciliarios y en las naves y las declaraciones de los detenidos. Por otra parte, no se oyeron las cintas con las grabaciones en el acto del juicio y a nadie consta la intervención de intérprete alguno, por lo que no ha sido posible verificar su contenido incriminatorio. Además, se utiliza como elemento incriminatorio una declaración sumarial prestada por un detenido incomunicado a quien no se permitió entrevistarse con su abogado, y se incorporan al plenario las declaraciones sumariales del recurrente y un coimputado de forma indebida, por el trámite de artículo 714 LECrim, pese a que ambos acusados se acogieron a su derecho a guardar silencio.

4. Por providencia de 12 de junio de 2008, la Sección Cuarta de este Tribunal acordó, de conformidad con el artículo 50.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), conceder a la parte demandante de amparo y al Ministerio Fiscal, plazo común de diez días para que formulen las alegaciones que estimen pertinentes en relación con lo dispuesto en el artículo 50.1 LOTC.

5. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 7 de julio de 2008, el Procurador de los Tribunales don Javier Fernández Estrada, en nombre y representación de don Spencer Mark Jones, solicitó la admisión a trámite de la demanda de amparo por cumplir los requisitos procesales previstos en el artículo 50.1 LOTC y por no carecer de contenido constitucional, reiterando las alegaciones formuladas en la demanda.

6. El Ministerio Fiscal, por escrito registrado el 29 de julio de 2008, interesó que por la Sala se acordara la inadmisión a trámite, considerando la demanda carente de contenido constitucional.

Por lo que respecta a la queja articulada como primer motivo de amparo, destaca el Fiscal que la Sentencia de casación dio respuesta expresa en su funda-

mento jurídico primero a la cuestión de la falta de notificación al Ministerio Fiscal de los Autos que autorizaron las intervenciones telefónicas, lo que excluye la viabilidad de la queja. Añade que la respuesta dada por el Tribunal de casación se acomoda a la doctrina del Tribunal Constitucional, tanto en lo referente a la inexistente falta de respuesta como a la inexistencia de la indefensión que se denunciaba.

En cuanto al segundo motivo de amparo, con cita de la STC 60/2008, FJ 2, y del ATC 196/2004, FJ 6, se recuerda que la determinación de cuál sea el órgano competente y los criterios de aplicación de la delimitación de competencias entre distintos órganos judiciales no constituyen materia propia del derecho constitucional al juez ordinario predeterminado por la ley. Por ello, entiende que tampoco este motivo de amparo puede prosperar.

Por lo que respecta a la alegada vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), tras reproducir la doctrina constitucional al respecto con cita de la STC 165/2005, en sus FFJJ 4 y 8, señala el Fiscal que todas las alegaciones del recurrente han sido ya correctamente rebatidas en las resoluciones recurridas. Considera al respecto que hubo resoluciones judiciales motivadas, basadas no sólo en sospechas sino en la absoluta certeza de la comisión de un hecho delictivo, la policía interviniendo se ajustó escrupulosamente a las órdenes judiciales recibidas y el juez fue informando puntualmente del curso de las investigaciones, por lo que no existe ni la falta de motivación ni la ausencia de control que se aduce. En cuanto a la falta de notificación al Fiscal de los Autos que autorizaron las intervenciones, afirma el Fiscal en su escrito de alegaciones –respondiendo al primer motivo de amparo– que la validez constitucional de unas intervenciones acordadas judicialmente y respetuosas con las exigencias constitucionales no puede quedar condicionada

a la efectiva notificación formal de las mismas al Ministerio público.

En relación con el cuarto motivo de amparo, afirma que el recurrente no expone, como debiera, el interés que tiene en la denuncia de lesión del derecho fundamental de una tercera persona, dado que ni siquiera insinúa que las declaraciones prestadas en situación de incomunicación por el coimputado hubieran generado algún perjuicio, razón por la que considera el Ministerio Fiscal que no cabe apreciar un interés legítimo a los efectos del artículo 162.1 b) CE.

En lo tocante a la lectura en el plenario de tres de las declaraciones efectuadas por el demandante en fase de instrucción, así como de la declaración de otro de los coimputados, considera el Fiscal que no concurren las vulneraciones denunciadas como quinto y sexto motivo de amparo, remitiéndose a lo argumentado por el Tribunal Supremo: con independencia de cuál sea el precepto legal habilitante, la lectura de las declaraciones sumariales para permitir que las mismas accedan al juicio oral en condiciones de contradicción está avalada por una sólida doctrina constitucional, siendo posible su valoración por el Tribunal sentenciador sin merma de los derechos fundamentales del demandante.

Finalmente, se rechaza la alegada vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), afirmando que la condena se sustenta en pruebas de cargo válidas y que superan el test de suficiencia constitucional, remitiéndose a lo ya afirmado por el Tribunal Supremo. Abundando en dicha conclusión, añade que, aun en el caso de que alguna de las pruebas pudiera considerarse ilícita, en todo caso el demandante, tanto en sede policial como judicial, prestó declaración voluntariamente asistido por su letrado, reconociendo los hechos y su participación en los mismos.

7. Por providencia de 17 de marzo de 2009, la Sala Segunda de este Tribunal acordó la admisión a trámite de la demanda y, a tenor de lo dispuesto en el artículo 51 LOTC, requerir al Tribunal Supremo y a la Audiencia Nacional para que en el plazo de diez días remitieran testimonio del recurso de casación núm. 1442-2006 y del rollo de sala núm. 1-2006, interesándose al tiempo que se emplazara a quienes fueron parte en el procedimiento, a excepción del recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer en este proceso constitucional.

8. El día 3 de abril de 2009 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal un escrito de la representación procesal del recurrente en amparo en el que se solicitaba la suspensión de la ejecución de las resoluciones recurridas, a fin de no privar de efectividad al eventual otorgamiento del amparo.

Mediante providencia de fecha 16 de abril de 2009 la Sección Primera acordó formar la correspondiente pieza separada de suspensión y, de conformidad con lo previsto en el artículo 56 LOTC, conceder un plazo común de tres días al Ministerio Fiscal y a la parte recurrente para que formularan alegaciones sobre el particular. Evacuado dicho trámite, mediante Auto de 1 de junio de 2009 la Sala Segunda acordó acceder a la suspensión solicitada exclusivamente en lo referido a la pena privativa de libertad impuesta y denegarla en cuanto a los demás pronunciamientos condenatorios.

9. A través de una diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de la Sala Segunda de 7 de julio de 2009, se tienen por recibidos los testimonios de las actuaciones y por personado y parte al Procurador don Javier Fernández Estrada, en nombre y representación de don William Michael Newton, don Francisco López Martín y don Anthony Eric Durrant, y al Procurador don Fernando

Meras Santiago, en nombre y representación de don Kimberley Karen Cooper, condicionando tal personación a la acreditación de la representación.

En la misma diligencia, y a tenor de lo dispuesto en el artículo 52 LOTC, se dio vista de las actuaciones a la partes personadas y al Ministerio Fiscal por término de veinte días, dentro de los cuales podrían presentar las alegaciones que estimasen pertinentes, conforme a lo establecido en el artículo 52.1 LOTC.

10. El Ministerio Fiscal, evacuando el trámite previsto en el citado artículo 52.1 LOTC, presentó escrito registrado en este Tribunal el 2 de septiembre de 2009, en el que solicitó la desestimación del amparo, remitiéndose al escrito previamente presentado en el trámite previsto en el artículo 50.3 LOTC.

11. Mediante providencia de la Sala Segunda de 24 de septiembre de 2009, acordó unir a las actuaciones los escritos presentados por el Ministerio Fiscal y del Procurador don Javier Fernández Estrada, teniéndole por personado en las actuaciones, y tener por decaído en la personación pretendida de don Kimberley Jaren Cooper al Procurador don Fernando Meras Santiago.

12. El demandante y las restantes partes personadas no formularon alegaciones en dicho trámite.

13. Por providencia de 5 de octubre de 2010 la Sala Segunda acordó deferir la resolución del presente recurso de amparo a la Sección Cuarta, de acuerdo con lo previsto en el artículo 52.2 LOTC y en la disposición transitoria primera de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, al resultar aplicable al mismo doctrina consolidada de este Tribunal.

14. Por providencia de 28 de octubre de 2010, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 4 de noviembre del mismo año.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El presente recurso de amparo se dirige contra la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2007, recaída en el recurso de casación 1442-2006, interpuesto contra la Sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 29 de mayo de 2006, que condenó al demandante como autor de un delito contra la salud pública.

El demandante de amparo imputa a las resoluciones recurridas la vulneración de los derechos fundamentales al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), al juez predeterminado por la ley (art. 24.2 CE), a la defensa y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) en los términos expuestos en los antecedentes. El Ministerio Fiscal interesa la desestimación íntegra del recurso al entender que no concurre ninguna de las vulneraciones denunciadas.

2. Las recientes SSTC 219/2009 y 220/2009, ambas de 21 de diciembre, han resuelto sendos recursos de amparo interpuestos contra las mismas resoluciones ahora impugnadas y fundados en muy similares motivos de amparo que el presente, por lo que, con las matizaciones necesarias, podemos remitirnos a dichas Sentencias para dar respuesta a las alegaciones del demandante de amparo.

Así, podemos comenzar por rechazar la alegada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la defensa (art. 24.2 CE), dado que, como manifiestan las SSTC 219/2009 y 220/2009 en su fundamento jurídico 2, del examen de las actuaciones se desprende, de una parte, que la pretensión del recurrente no fue debidamente planteada en la instancia en los mismos términos que posteriormente lo es en el recurso de casación y en la demanda de

amparo; de otra parte, que en la Sentencia de casación se da respuesta expresa a la cuestión de la falta de notificación al Fiscal, por lo que, en definitiva, la cuestión de la falta de notificación de los Autos que acuerdan las intervenciones telefónicas que ahora se plantea en amparo y a la que se refiere la denunciada incongruencia omisiva obtuvo una respuesta expresa y razonada en la Sentencia de casación, por lo que la queja respecto de la presunta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva resulta absolutamente infundada.

3. Por lo que respecta a la denunciada vulneración del derecho al Juez predeterminado por la ley (art. 24.2 CE), fue rechazada por las citadas SSTC 219/2009 y 220/2009, FJ 3, ante idénticas alegaciones, por lo que basta para desestimarla con remitirnos a lo afirmado en ellas. Concretamente, que la controversia gira sobre una mera cuestión de competencia carente de relevancia constitucional, pues dicha competencia ha sido determinada a través de una razonable interpretación de la legalidad procesal que no nos corresponde revisar, ni sustituir (citando al efecto, por todas, la STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 2).

4. También basta una remisión in totum para desestimar el tercer motivo de amparo, referido al derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE). En efecto, las SSTC 219/2009 y 220/2009 (FFJJ 4 a 6), han concluido sin lugar a dudas que los Autos de 15 de septiembre de 2003 y 14 de octubre de 2003 –objeto de la queja del demandante– satisfacen los estándares de motivación constitucionalmente exigidos, y que ha existido en todo momento un adecuado control judicial de la intervención, sin que la alegación de que no conste la intervención de un intérprete ostente relevancia constitucional, sin que por lo demás ninguno de los acusados haya denunciado que el contenido de las transcripciones en castellano no se correspondiera con el contenido de las grabaciones

originales, a pesar de que tanto las cintas originales con las grabaciones como las transcripciones estuvieron a disposición de las partes. De igual modo, y en aplicación de la STC 197/2009, de 28 de septiembre, rechazan tales Sentencias la alegación referida a la falta de notificación al Fiscal de los Autos de intervención de las comunicaciones, pues en el presente caso las intervenciones se acordaron en el seno de un auténtico proceso, las diligencias previas 1488-2003 inicialmente abiertas por el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Denia, de cuya existencia tuvo conocimiento desde el primer momento el Ministerio Fiscal, habiendo acordado tanto el Auto de 15 de septiembre de 2003, como el de 14 de octubre de 2003, la puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal. Siendo así, el hecho de que el acto de notificación formal no conste producido hasta un momento posterior al cese de las intervenciones, como se denuncia en la demanda, no constituye un defecto constitucionalmente relevante en el control de la intervención, en la medida en que no ha impedido el control inicial del desarrollo y cese de la medida y no consagra, por tanto, un «secreto constitucionalmente inaceptable».

5. Debe igualmente ser desestimada la denunciada vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, a la defensa y a la asistencia letrada efectiva (art. 24.2 CE), por vía de remisión a las citadas Sentencias: tal como en ellas se afirma, «habiéndose decretado la comunicación de forma motivada y en aplicación de los preceptos legales que la permiten y cuya conformidad con la Constitución en cuanto al derecho a la asistencia letrada hemos ya declarado, no puede apreciarse la denunciada vulneración del derecho a la asistencia letrada del detenido consagrada en el art. 17.3 CE, que es el derecho fundamental en el que debe enmarcarse la queja del recurrente (por todas, STC 7/2004, de 9 de febrero, FJ 6), ni derivar de ella la invalidez como prueba de cargo de la declara-

ración autoincriminatoria del recurrente» (SSTC 219/2009 y 220 /2009, FJ 7).

6. Igualmente fue rechazado en el fundamento jurídico 8 de las Sentencias acabadas de citar el motivo de amparo fundado en la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) por haberse leído en el plenario tres de las cuatro declaraciones prestadas por el recurrente en fase de instrucción, incluida su declaración policial, al amparo del artículo 714 LECrim pese a haberse acogido el actor a su derecho a no declarar. Siguiendo lo manifestado en dichas resoluciones, el recurrente pudo haber solicitado la lectura de las declaraciones que hubiera tenido por pertinentes, y no lo hizo; por otra parte, las declaraciones sumariales incriminatorias fueron introducidas en el acto del juicio en condiciones que garantizan la triple exigencia constitucional de toda actividad probatoria: publicidad, contradicción e inmediación, por lo que no se aprecia vulneración alguna del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), encontrándose el órgano judicial ante pruebas de cargo válidas en las que podía sustentar la condena.

7. Por último, hemos de desestimar también la denunciada vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), que se sustenta en la invalidez de la prueba de cargo practicada. Descartada la nulidad de las intervenciones telefónicas practicadas al no apreciarse vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), rechazada la vulneración del derecho a la asistencia letrada del coimputado como consecuencia de su incomunicación (art. 17.3 CE), y afirmada la validez de las declaraciones prestadas en fase de instrucción tanto por el recurrente como por el coimputado, ha de concluirse que la condena del recurrente se sustenta en pruebas de cargo válidamente practicadas. Así, la condena se basa fundamentalmente en su propia declaración autoincriminatoria,

manifestando ser el propietario de los 3.900 kilos de hachís intervenidos y detallando el proceso de distribución de la sustancia, y en la declaración incriminatoria del coimputado, corroborada por el dato objetivo de la aprehensión de la droga en los registros practicados, así como por la declaración testifical en el acto del juicio de los agentes de la Guardia Civil que realizaron las labores de seguimiento y vigilancia del recurrente y los demás sospechosos, así como de la nave de donde salió un camión con hachís. A partir de tal acervo probatorio, la inferencia sobre la autoría del recurrente del delito de tráfico de drogas que realizan los órganos judiciales no puede ser calificada de irrazonable, ni desde el punto de vista de su lógica o coherencia, ni desde la óptica del grado de solidez requerido, puesto que los datos tenidos en cuenta resultan suficientemente concluyentes, sin que a este Tribunal le competa ningún otro juicio, ni entrar a examinar otras inferencias propuestas por quien solicita el amparo (SSTC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 3; 135/2003, de 30 de junio, FJ 3; 239/2006, de 17 de julio, FJ 7; 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 9, y 219/2009, FJ 9).

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Denegar el amparo solicitado por don Spencer Mark Jones.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a cuatro de noviembre de dos mil diez.—*Vicente Conde Martín de Hijas.*—*Elisa Pérez Vera.*—*Ramón Rodríguez Arribas.*—Firmado y rubricado.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

SENTENCIAS. SECCIÓN TERCERA

Asunto Cardona Serrat c. España

(Demanda no 38715/06)

ESTRASBURGO, 26 de octubre de 2010

Esta sentencia devendrá firme en los términos previstos en el párrafo § 2 del artículo 44 del Convenio. Puede sufrir retoques de forma.

En el asunto Cardona Serrat c. España,

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección tercera), reunido en sala compuesta por:

Josep Casadevall, presidente,

Elisabet Fura,

Corneliu Bîrsan,

Boštjan M. Zupančič,

Alvina Gyulumyan,

Ineta Ziemele,

Luis López Guerra, jueces,

y de Santiago Quesada, secretario judicial,

Después de haber deliberado a puerta cerrada el 5 de octubre de 2010,

Dictan la siguiente sentencia, adoptada en esta fecha:

PROCEDIMIENTO

1. En el origen del asunto se encuentra una demanda (no 38715/06) dirigida contra el Reino de España, cuyo

nacional, M. José Cardona Serrat («el demandante»), ha acudido al Tribunal el 15 de septiembre de 2006 en virtud del artículo 34 de la Convenio de salvaguarda de los derechos humanos y de las libertades fundamentales («el Convenio»).

2. El demandante está representado por Don J. Sánchez Martínez, abogado en Valencia. El gobierno español («el Gobierno») ha estado representado por su agente, Don I. Blasco Lozano, Abogado del Estado-Jefe ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Ministerio de Justicia.

3. El demandante alega que su causa no ha sido examinada equitativamente por un tribunal imparcial. Invoca el artículo 6 § 1 del Convenio.

4. El 24 de octubre de 2008, el presidente de la sección tercera decidió comunicar la demanda al Gobierno. Como permite el artículo 29 § 1 del Convenio, ha decidido además que la Sala se pronunciara al mismo tiempo sobre la admisibilidad y el fondo.

HECHOS

I. LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

5. El demandante nació en 1955. En el momento de la interposición de la demanda, estaba detenida en un centro penitenciario de Valencia.

6. Se instruyó un procedimiento penal ante el juez de instrucción no 1 de Valencia en contra del demandante así como de otras personas, por los presuntos delitos de abusos sexuales, prostitución y exhibición de pornografía. En el curso de la instrucción El demandante se encontraba en situación de libertad provisional con relación a este procedimiento, pero en prisión debido a otra condena por pornografía y prostitución de menores.

7. Una vez concluida la instrucción, el asunto fue elevado a juicio ante la Audiencia Provincial de Valencia.

8. El 29 de enero de 2002, como consecuencia de una suspensión de la vista oral por razones de salud que concernían al abogado de un coacusado, la fiscalía solicitó que el demandante fuera puesto en prisión provisional comunicada y sin fianza, con el fin de asegurar su presencia en la vista y teniendo en cuenta el carácter delictivo de los hechos.

9. Por un auto del 1 de febrero de 2002, una sala de la Audiencia Provincial de Valencia compuesta por tres jueces ordenó la prisión provisional de El demandante y de otro acusado (R.M.CH.A.), en los siguientes términos:

«Único: La dilación que viene sufriendo el procedimiento, ajena a la tramitación dependiente de este Tribunal, aconseja adoptar nuevas medidas restrictivas de libertad con el fin de asegurar la presencia en el acto del juicio oral de los dos acusados.

La especial naturaleza de los delitos que se les imputan, con la consiguiente alarma que son capaces de producir, pero sobre todo las «dificultades y perturbaciones» que pueden sufrir los testigos de cargo si llegaran a entrar en contacto con los inculcados, obliga a adoptar la prevención solicitada por el Ministerio Fiscal con el fin de garantizar el correcto desarrollo del juicio oral.

Concurren pues los requisitos establecidos en los artículos 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en virtud de los cuales procede acordar la prisión provisional de los dos acusados».

10. El 20 de febrero de 2002, el demandante pidió la recusación de los miembros de la sala que habían acordado su prisión provisional, que debían también formar parte de la sala llamada a resolver la conformidad a derecho del asunto. Hacía notar que la sala en cuestión no se había pronunciado sobre un recurso contra las decisiones adoptadas por el juez instructor, sino que directamente había ordenado su prisión provisional, mientras el juez de instrucción le había concedido la libertad provisional anteriormente. El demandante consideraba que ambos miembros de la Sala habían ya formado su opinión en cuanto a su culpabilidad. Invocaba particularmente el artículo 219.10.a) de la ley orgánica del poder judicial (ver más abajo).

11. Después del rechazo de la recusación por el Tribunal Superior de Justicia de Valencia, por sentencia del 28 de mayo de 2002, una sala de la Audiencia Provincial de Valencia declaró al demandante culpable de un delito continuado de abusos sexuales con la circunstancia agravante de reincidencia y la condenó a una pena de cuatro años y seis meses de prisión. La sala estaba formada por tres jueces, de los que dos, P.C.R. y A.F.G., habían formado parte de la Sala del mismo tribunal que había ordenado la prisión provisional del demandante. P.C.R. era el presidente de las dos salas.

12. El demandante recurrió en casación ante el Tribunal Supremo. Sostenía que el tribunal que le había juzgado no podía considerarse un tribunal imparcial, porque los jueces P.C.R. y A.F.G. habían formado parte con anterioridad de la sala del mismo tribunal que había ordenado su prisión provisional.

13. Por una sentencia de 11 de julio de 2003, el Tribunal Supremo rechazó la casación.

14. Tratándose del medio derivado de la pretendida parcialidad del tribunal a quo, fundada en la participación en el enjuiciamiento del asunto por dos magistrados que habían formado parte de la sala que había decidido su prisión provisional, el Tribunal Supremo analizó la jurisprudencia en la materia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (Castillo Algar c. España, 28 de octubre de 1998, Repertorio de sentencias y decisiones 1998 VIII, y Garrido Guerrero c. España (déc.), no 43715/98, CEDH 2000 III) y del Tribunal Constitucional español, remarcando que él mismo aplicaba esta jurisprudencia. A este respecto, el Tribunal Supremo observó que el elemento determinante, según la jurisprudencia del Tribunal, era saber si los temores del interesado podían ser considerados como objetivamente justificados respecto a las apreciaciones a las que la jurisdicción en cuestión se habría remitido en una decisión anterior en cuanto a la culpabilidad del acusado o la realidad de los hechos. En este caso, el Tribunal Supremo consideró que ni la necesidad invocada para asegurar la presencia de los acusados en la vista, ni la referencia abstracta a la naturaleza de los hechos objeto de la inculpación y a la alarma social que estos últimos podían crear, ni la consideración de las «dificultades y perturbaciones» que los testigos de cargo podrían sufrir si entraban en contacto con los acusados, podían ser considerados como propias de una «actividad de instrucción» susceptible de menoscabar la imparcialidad del tribunal. Simplemente revelaban que los jueces en cuestión deseaban que la audiencia tuviera lugar lo más antes posible y en las mejores condiciones para determinar la realidad de los hechos y reducir la alarma social suscitada. En consecuencia, el Tribunal Supremo concluyó

que no se había atentado contra el principio de imparcialidad del tribunal.

15. El demandante acudió entonces al Tribunal Constitucional con un recurso de amparo fundado en el derecho a que su causa sea juzgada equitativamente por un tribunal imparcial (art. 24 de la Constitución).

16. Por una sentencia de 8 de mayo de 2006, notificada el 17 de mayo de 2006, el Tribunal Constitucional rechazó el recurso.

17. El Tribunal Constitucional recordó su propia jurisprudencia en la materia según la cual, la respuesta a la cuestión de saber si el hecho de que un juez ya hubiera tomado una decisión concierne a la prisión provisional del acusado antes del proceso atenta contra su imparcialidad objetiva, variaba según las circunstancias del asunto. En este caso, la alta jurisdicción subrayó, en primer lugar, que la medida de privación de libertad había sido ordenada por la Audiencia Provincial en el marco del procedimiento del juicio oral, después de que el juez de instrucción hubiera decidido la apertura de esta fase del juicio. A este respecto, el juez de instrucción había tomado esta decisión señalando que los hechos podían ser constitutivos de delito y que ciertas personas podían ser responsables de dicho delito, y que consideraba pues que se reunían las condiciones para la apertura de la fase oral del juicio pedida por la parte acusadora. Para la alta jurisdicción, esta apreciación indiciaria, hecha por el juez de instrucción, fue presentada al tribunal juzgador que debía asegurarse la celebración de la audiencia, razón por la cual había ordenado la prisión provisional del demandante, que se encontraba en prisión por otro motivo.

18. En cuanto al motivo relativo a la duración del procedimiento, utilizado por la Audiencia Provincial para justificar la adopción de la medida en cuestión, el Tribunal Constitucional estima que no

había ningún prejuicio por parte del tribunal juzgador. En cuanto al riesgo de dificultades y de perturbaciones para los testigos de cargo en caso de que entraran en contacto con el demandante u otros inculcados, el Tribunal Constitucional señala que esta prevención no era excesiva teniendo en cuenta el delito de abusos sexuales examinado así como la edad y el grado de madurez intelectual reducida de estos testigos. Por otro lado, la alarma social era sólo un motivo secundario y puramente introductivo de la existencia del riesgo concernido. Así, tratándose de la referencia a los artículos 503 y 504 de la ley de enjuiciamiento criminal, la alta jurisdicción observa que la Audiencia Provincial se había limitado a comprobar que se reunían las condiciones requeridas por estas disposiciones para la prisión provisional, sin remitirse por eso a ninguna apreciación sobre la culpabilidad del demandante. En consecuencia, el Tribunal Constitucional concluye que el auto del 1 de febrero de 2002 no había anticipado en ningún caso ningún juicio sobre la culpabilidad del demandante.

II. EL DERECHO INTERNO PERTINENTE

19. La Constitución

Artículo 24 § 2

« (...) todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías (...) »

20. Las disposiciones pertinentes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en vigor en el momento de los hechos) son del siguiente tenor:

Artículo 503

« La prisión provisional sólo podrá ser decretada cuando concurren los siguientes requisitos:

1. Que conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito sancionado con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión, o bien con pena privativa de libertad de duración inferior si el imputado tuviere antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito doloso.

2. El delito debe ser punible de una pena superior a la de prisión menor o, si la pena prevista es la de prisión menor o inferior, el juez debe considerar necesario la prisión provisional del acusado teniendo en cuenta sus antecedentes penales, las circunstancias del delito, la alarma social que este último creó o la frecuencia de hechos análogos cometidos (...).

3. Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión ».

Artículo 504

« Puede también ordenarse prisión provisional si se cumplen la primera y la tercera condición requerida por el artículo precedente y si el acusado no ha comparecido, sin motivo legítimo, en la primera audiencia fijada por el juez o el tribunal, o cuando este último lo estime necesario ».....

(...)

21. La Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), en vigor en el momento de los hechos)

Artículo 219

« Son causas de abstención y, en su caso, de recusación:

(...)

Haber participado en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia.

(...) ».

EN DERECHO

I. Sobre la alegada violación del artículo 6 § 1 del Convenio

22. El demandante se queja de falta de imparcialidad de la sala de la Audiencia Provincial que ha examinado el fondo de su caso y le ha condenado. Invoca el artículo 6 § 1 del Convenio, que, en sus partes pertinentes, se lee como sigue:

« Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativamente (...) por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá (...) sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. »

23. El Gobierno se opone a esta tesis.

A. Sobre la admisibilidad

24. El Tribunal constata que esta queja no está manifiestamente mal fundada en el sentido del artículo 35 § 3 del Convenio. El Tribunal resalta por otra parte que no concurre ningún otro motivo de inadmisibilidad. Conviene pues declararla admisible.

B. Sobre el fondo

25. El demandante sostiene que la Sala de la Audiencia Provincial que ha enjuiciado el asunto y ha pronunciado su condena había efectuado antes actos de instrucción que atentaban contra su imparcialidad; en particular, había ordenado su prisión provisional modificando así la situación de libertad provisional concedida antes por el juez de instrucción. Subraya a este respecto que la jurisdicción en cuestión, para justificar su prisión provisional, se apoyó en las «dificultades y perturbaciones» que los testigos de cargo podían sufrir si entraban en contacto con los acusados, sin que la fiscalía hubiera hecho referencia alguna a este argumento en la audiencia del 29 de enero de 2002 durante la cual solicitó la medida de restricción de libertad del demandante. Por otra parte, el demandante hace valer que la referencia realizada al artículo 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el auto de prisión provisional dictado por la jurisdicción en cuestión, autoriza a pensar que los miembros del tribunal ya se habían hecho una opinión sobre la existencia de motivos suficientes para considerarlo penalmente responsable. Por todos estos motivos, considera que la Sala habría debido abstenerse de examinar el fondo del asunto.

26. El demandante se queja de la conducta de la Sala judicial durante la audiencia así como de la apreciación de las pruebas hecha por ésta, elementos que demuestran para él, que los miembros de esta jurisdicción tenían una idea preconcebida en cuanto a su culpabilidad.

27. Apoyándose en la argumentación del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, el Gobierno sostiene que los elementos utilizados por la sala de la Audiencia Provincial para justificar la prisión provisional del demandante no prejuzgaban, en ningún caso, la culpabilidad

de este último. Para el Gobierno, estos elementos, particularmente el relativo a la duración del procedimiento y el que concierne al riesgo de «perturbaciones» en los testigos de cargo, simplemente muestran el cuidado especial con el cual la jurisdicción en cuestión aseguraba el desarrollo de la fase judicial. Por otro lado, cuando se dictó el auto en litigio, la instrucción del asunto ya había concluido y el tribunal juzgador era el único competente para adoptar tales medidas preventivas.

28. El Tribunal examinará la queja del demandante a la luz de los principios enunciados en su jurisprudencia en la materia (ver, entre otras, las sentencias *Hauschildt c. Dinamarca*, 24 de mayo de 1989, §§ 46-48, serie A no 154, *Lindon, Otchakovsky-Laurens y July c. Francia* [GC], nos 21279/02 y 36448/02, § 75, CEDH 2007 XI, y *Micallef c. Malta* [GC], no 17056/06, §§ 93-96, CEDH 2009 ...).

29. En el presente asunto, el Tribunal no aprecia ningún elemento susceptible de poner en duda la imparcialidad subjetiva de los magistrados concernidos. Las alegaciones del demandante concernientes al comportamiento de la Sala judicial durante la audiencia o la manera en la que ésta apreció las pruebas, no habrían de considerarse suficientes para invertir la presunción de imparcialidad personal de los magistrados en cuestión. De todas formas, el Tribunal recuerda que en los casos donde puede ser difícil proporcionar pruebas que permitan refutar la presunción de imparcialidad subjetiva del juez, la condición de imparcialidad objetiva proporciona una importante garantía suplementaria (*Pullar c. Reino Unido*, 10 de junio de 1996, § 32, *Repertorio de sentencias y decisiones* 1996 III).

30. El Tribunal señala que, en este caso, el temor de una falta de imparcialidad afecta, principalmente, al hecho de que dos de los tres miembros de la formación de la Audiencia Provincial que había

condenado al demandante, habían antes formado parte de la sala del mismo tribunal que había decidido su prisión provisional.

31. El Tribunal ya admitió que semejante situación podía suscitar dudas en el acusado en cuanto a la imparcialidad del «tribunal» que había juzgado su causa. Sin embargo, recuerda que el simple hecho de que un juez hubiera tomado decisiones antes del proceso, particularmente respecto a la prisión provisional, no puede justificar por sí misma dudas en cuanto a su imparcialidad (*Hauschildt*, ya citada, § 50, y *Sainte-Marie c. Francia*, 16 de diciembre de 1992, § 32, serie A no 253 A). La cuestión sobre la prisión provisional no se confunde con la cuestión de la culpabilidad del interesado; por lo que no habría que asimilar las sospechas a una declaración formal de culpabilidad. No obstante, las circunstancias particulares pueden, en un caso concreto, llevar a una conclusión diferente (*Sainte-Marie*, ya citada, § 32).

32. En este caso, el Tribunal observa que la sala de la Audiencia Provincial no se pronunció en apelación sobre un recurso contra las decisiones adoptadas por el juez de instrucción (ver *Romero Martin c. España* (dec.), no 32045/03, 12 de junio de 2006, y *Ferragut Pallach c. España* (dec.), no 1182/03, 28 de febrero de 2006) sino que directamente decidió sobre la prisión provisional del demandante (ver *Perote Pellon c. España*, no 45238/99, § 21, 25 de julio de 2002). Se señala que, a diferencia del asunto *Perote Pellon* ya citado, la Sala en cuestión no se limitó a conceder la prórroga de la prisión provisional del demandante, sino que ella misma ordenó su prisión provisional. Por esta decisión modificó, en su perjuicio, la situación del demandante al que el juez de instrucción había concedido antes la libertad provisional en el marco del mismo procedimiento penal.

33. El Tribunal señala que el 1 de febrero de 2002, la sala de la Audiencia Provincial, en la cual están los jueces P.C.R. y A.F.G., puso al demandante en prisión provisional teniendo en cuenta, particularmente, «la naturaleza especial de los delitos» que le fueron imputados, «la alarma [social] que [estos delitos] son susceptibles de crear» y sobretodo, las «dificultades y perturbaciones» que los testigos de cargo podían sufrir si entraban en contacto con los inculpados. Observa que la sala en cuestión se apoyó en este último elemento, mientras que la fiscalía no había hecho ninguna referencia a este argumento en la audiencia del 29 de enero de 2002 (ver los párrafos 8 y 9 más arriba). El Tribunal estima que adoptando tal motivación de oficio, la sala no se limitó a una apreciación sumaria de los hechos reprochados para justificar la pertinencia de la medida de prisión provisional solicitada por la fiscalía, sino al contrario, se pronunció sobre la existencia del riesgo de que el demandante intimidara a los testigos de cargo.

34. El Tribunal señala también que la sala de la Audiencia Provincial remitió a los artículos 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para constatar que se reunían las condiciones para la aplicación de la medida provisional en cuestión. Observa a este respecto, que el artículo 503 § 3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal exigía al tribunal asegurarse de la existencia de motivos suficientes para considerar a la persona objeto de la decisión de prisión, penalmente responsable del delito.

35. El Tribunal estima que los términos empleados por la sala de la Audiencia Provincial, leídos a la luz del artículo 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, podían dar a entender al demandante que existían, en opinión de los jueces de la sala, suficientes indicios para concluir que había sido cometido un delito y que era penalmente responsable de este delito. Así, el demandante podía ra-

zonablemente temer, que los jueces P.C.R. y A.F.G. tenían una idea preconcebida sobre la cuestión respecto a la que fueron llamados a pronunciarse posteriormente como miembros de la formación judicial.

36. El Tribunal no está convencido por el argumento del Gobierno según el cual, una vez acabada la instrucción, la única formación judicial competente para decidir la prisión provisional del demandante era la que dictó el auto en cuestión. Recuerda que incumbe al Estado demandado organizar su sistema judicial para hacer efectivos los derechos previstos en el artículo 6 del Convenio, incluido el derecho a un tribunal imparcial (ver, *mutatis mutandis*, *Davran c. Turquía*, no 18342/03, § 45, 3 de noviembre de 2009).

37. El Tribunal señala, en fin, que está en cuestión la imparcialidad de dos de los tres miembros, entre ellos el presidente, de la sala de la Audiencia Provincial que, el 28 de mayo de 2002, condenó al demandante. Constata que este elemento permite distinguir el presente caso de otros asuntos donde se cuestionaba la imparcialidad de un solo juez en el seno de una tribunal colegiado (ver *Garrido Guerrero*, ya citada, y *Ferragut Pallach*, ya citada).

38. El Tribunal es de la opinión de que, en las circunstancias de la causa, la imparcialidad objetiva del órgano judicial podía parecer cuestionable. Resulta que las dudas del demandante a este respecto podían considerarse objetivamente justificadas (ver, *mutatis mutandis*, *Perote Pellon*, ya citada, § 51, y *Gómez de Liaño y Botella c. España*, no 21369/04, § 71, 22 de julio de 2008 ; y, a contrario, *Romero Martin*, ya citada).

39. Por lo tanto, ha habido violación del artículo 6 § 1 del Convenio.

II. Sobre la aplicación del artículo 41 del Convenio

40. En los términos del artículo 41 del Convenio,

« Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos, y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa. »

41. El demandante no presentó ninguna demanda de satisfacción equitativa. El Tribunal recuerda que no es competente para examinar de oficio la cuestión de la satisfacción equitativa y decide no otorgar ninguna suma por este concepto.

42. Ahora bien, el demandante se limita a pedir la anulación del juicio de la Audiencia Provincial. A este respecto, el Tribunal señala que no se encuentra habilitado por el Convenio para prescribir la anulación de un juicio (*Hauschildt*, ya citada, § 54). Recuerda que el Estado demandado es libre en principio, bajo el control del Comité de Ministros, de elegir los medios de cumplimiento de sus obligaciones según el artículo 46 § 1 del Convenio, para que estos medios sean compatibles con las conclusiones contenidas en la sentencia del Tribunal (*Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suiza* (no 2) [GC], no 32772/02, § 88, 30 de junio de 2009).

Costas y gastos

43. El demandante no ha presentado ninguna demanda de compensación de gastos y costas, el Tribunal considera que no ha lugar a concederle ninguna suma por este concepto.

POR ESTOS MOTIVOS, EL TRIBUNAL,
POR UNANIMIDAD,

1. *Declara* la demanda admisible;

2. *Dice* que ha habido violación del artículo 6 § 1 del Convenio.

SANTIAGO QUESADA

Présidente

JOSEP CASADEVALL

Secretario

A la presente sentencia se encuentra adjunta, conforme a los artículos 45 § 2 del Convenio y 74 § 2 del reglamento, la exposición de la opinión separada de la juez Fura.

J.C.M.

S.Q.

OPINION CONCORDANTE DE LA JUEZ FURA

1. Después de muchas dudas, he votado por la violación del artículo 6 § 1 del Convenio aunque me temo que la sentencia necesita un razonamiento más detallado.

2. Esta necesidad se explica sobre todo por las particularidades excepcionales del asunto, que hacen que se distinga del asunto *Hauschildt*. Una de estas particularidades es el hecho de que la resolución que acuerda la prisión provisional del demandante a petición del fiscal estaba fundada sobre un motivo no invocado por éste, a saber «las dificultades y las perturbaciones que los testigos de cargo pueden sufrir si entran en contacto con los inculcados (...)» (ver párrafo 9 de la sentencia), aunque no se trataba por cierto del único motivo expuesto. Esta circunstancia, se añadió al hecho de que la prisión provisional no ha sido ordenada por el juez de instrucción, contrariamente a lo que se produce habitualmente, es una de las otras particularidades de este caso.

3. Habría habido que precisar más claramente, que la participación en la decisión previa sobre la prisión provisional del juez que decide sobre la procedencia de las acusaciones no justifica por sí sola las dudas en cuanto a su im-

parcialidad, como recuerda el Tribunal en el parágrafo 31 de la sentencia, citando el parágrafo 50 de la sentencia *Hauschildt c. Dinamarca* (24 de mayo de 1980), porque ordenar la prisión es una tarea muy diferente a la de resolver sobre el fondo.

4. En el párrafo citado de la sentencia *Hauschildt* se precisa que « (...) las cuestiones que un magistrado debe resolver con anterioridad al juicio no son las mismas que son decisivas para dictar su decisión definitiva. Al pronunciarse sobre la prisión provisional y sobre otros problemas de este género antes del juicio, se aprecian sumariamente los datos disponibles para determinar si *prima facie* las sospechas de la policía tienen alguna consistencia; cuando se resuelve al final del proceso, se debe buscar si los elementos presentados y debatidos en derecho son suficientes para dictar una condena. No cabe asimilar las presunciones a una constatación formal de culpabilidad (ver, por ejemplo, la sentencia *Lutz* del 25 de agosto de 1987, serie A no 123 A, p. 25-26, § 62)». He aquí el principio de base que permanece sin cambio.

5. También, en este asunto, el hecho de que los tribunales internos, particularmente el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, examinaran nuestra jurisprudencia en la materia así como la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional tienen mucho peso según mi

opinión. Qué hayan llegado a una conclusión diferente de la nuestra al final de este examen no cambia nada. El principio de subsidiariedad requiere que el Tribunal dé prueba de prudencia antes de dictar una decisión contraria a la de las jurisdicciones internas. Cuando lo hace, como aquí, las razones deben estar cuidadosamente establecidas y claramente explicadas y me quedo un poco con las ganas en este punto. El Tribunal habría podido decir más sobre el contexto histórico y constitucional español e indicar que ha tenido en cuenta la naturaleza del proceso (delitos de abusos sexuales, de prostitución y de exhibición de pornografía, con testigos de cargo menores y la obligación para el juez interno de dirigir adecuadamente el procedimiento) y que se trataba de un tribunal urbano dotado de un gran número de magistrados y no de un tribunal rural privado de los efectivos necesarios.

6. Las apariencias son ciertamente importantes, pero no lo son todo. Tal como dijo la juez Berro-Lefèvre en la exposición de su opinión disidente adjunta a la sentencia *Mancel y Branquart c. Francia*, asunto en el cual también estaba en cuestión la imparcialidad objetiva de los jueces, hay que tener cuidado que la teoría de las apariencias no se convierta, según la fórmula bien conocida del profesor Paul Martens, en la tiranía de las apariencias.

CONSEJO DE MINISTROS

VIERNES, 26 DE NOVIEMBRE DE 2010

MINISTERIO DE SANIDAD, POLÍTICA SOCIAL E IGUALDAD

Medidas en materia de violencia de género

- La reforma del Código Civil prohibirá de manera expresa la guarda y custodia al maltratador que esté incurso en un proceso penal por un delito de violencia de género.
- El acuerdo propone elaborar un protocolo para la atención de mujeres españolas víctimas de violencia de género residentes en el extranjero.
- Los delitos relacionados con la violencia de género figurarán entre las causas de indignidad sucesoria y desheredación.

El Consejo de Ministros ha aprobado un Acuerdo para impulsar reformas legislativas en materia de violencia de género que permitan luchar de manera más eficaz contra esta lacra social. Este acuerdo atiende a las iniciativas parlamentarias aprobadas en este ámbito: el Informe de la Subcomisión para el estudio y funcionamiento de la Ley integral y la moción aprobada por el Pleno del Congreso el 7 de septiembre de 2010.

El Gobierno considera prioritario avanzar en la protección de los menores que se encuentran expuestos a la vio-

lencia de género y sufren sus consecuencias de manera directa o indirecta. Para preservar su interés superior y facilitar su recuperación, se instará, a través de la reforma del Código Civil, la reforma legal que impida la posibilidad de atribuir la guarda y custodia individual al progenitor que esté incurso en un proceso penal por violencia de género.

Atención a víctimas en el extranjero

El Gobierno también encomienda la elaboración de un protocolo para la atención de las mujeres españolas víctimas de violencia de género residentes en el extranjero. Asimismo, se elaborarán protocolos de atención sanitaria para mujeres en situación de especial vulnerabilidad como mujeres inmigrantes o con discapacidad.

Para garantizar los derechos de las mujeres víctimas y proporcionarles recursos económicos, las ayudas económicas del artículo 27 de la Ley integral no computarán para reconocer el derecho a las pensiones no contributivas.

Por otra parte, se impedirá que los hombres condenados por delitos relacionados con la violencia de género hereden el patrimonio de la víctima, por lo que

estos delitos figurarán entre las causas de indignidad sucesoria y desheredación.

Para la mejora de la tutela de los derechos de las víctimas de violencia de género así como de sus hijos e hijas, las Unidades de Valoración Forense Integral serán constituidas como una unidad orgánica específica dentro de los Servicios de los Institutos de Medicina Legal y se regularán los equipos psicosociales en el ámbito de la Administración de Justicia. El Acuerdo establece expresamente la prohibición de que cualquier empleado público condenado por un delito de vio-

lencia de género puede ser responsable directo o ejercer en servicios o unidades específicas para la violencia de género.

Este Acuerdo ha sido presentado a iniciativa del Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad y a propuesta del vicepresidente primero del Gobierno y ministro del Interior, de la vicepresidenta segunda y ministra de Economía y Hacienda, del vicepresidente tercero y ministro de Política Territorial y Administración Pública, de la ministra de Asuntos Exteriores y de Cooperación, y de los ministros de Justicia y de Trabajo e Inmigración.

ACTUALIDAD

MINISTERIO DE JUSTICIA

EL MINISTERIO DE JUSTICIA PROMUEVE UN CURSO SOBRE MEDIACIÓN PENAL DIRIGIDO A LAS OFICINAS DE ASISTENCIA A LAS VÍCTIMAS

Organizado en el marco del Convenio entre el Ministerio de Justicia y el Consejo General de Colegios Oficiales de Psicólogos para la atención de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas

25 de noviembre de 2010.–La directora de Relaciones con la Administración de Justicia, Caridad Hernández, ha inaugurado esta mañana un curso sobre Mediación Penal, dirigido a las Oficinas de Asistencia a las Víctimas, que se enmarca en el Convenio entre el Ministerio de Justicia y el Consejo General de Colegios Oficiales de Psicólogos.

Con este tipo de acciones se impulsa la mediación en las causas penales, según recoge la decisión marco del Consejo de la Unión Europea sobre el Estatuto Jurídico de la víctima en el proceso penal de 15 de marzo de 2002. Se trata de dar un primer paso para la implantación de experiencias piloto en materia de mediación, que el Ministerio de Justicia, junto con otros organismos implicados, pretende desarrollar en los próximos meses para favorecer el protagonismo de la víc-

tima, la resolución del conflicto, la comunicación directa de las partes (víctima y victimario), la posible reparación de la víctima así como evitar la victimización secundaria.

La modernización de la Administración de Justicia, reorientada a un cambio de modelo recogido en el Plan Estratégico de la Modernización de la Justicia 2009-2012, establece el necesario desarrollo e implantación de nuevos mecanismos de resolución alternativa de conflictos y, en concreto, la potenciación de procedimientos y sistemas para la solución de conflictos jurídicos alternativos o complementarios a la vía judicial, entre los que destaca la mediación.

EL MINISTERIO DE JUSTICIA Y LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO IMPULSAN LA FORMACIÓN DE FISCALES EN EL USO DE NUEVAS TECNOLOGÍAS

El secretario de Estado de Justicia, Juan Carlos Campo, el fiscal general del Estado, Cándido Conde-Pumpido, y el fiscal jefe de la Unidad de Apoyo de la Fiscalía General del Estado, José Luis Bueren Roncero, inauguraron unas jornadas de formación en El Escorial en las que se constituirá un red de fiscales encargados

de instruir al resto en el manejo de las tecnologías de la información

26 de noviembre de 2010- En el marco del proceso de modernización que está en marcha en el Ministerio Fiscal, el Ministerio de Justicia celebraron los días 29, 30 de noviembre y 1 de diciembre, en El Escorial unas jornadas de formación en el uso de nuevas tecnologías dirigidas a fiscales, donde se constituirá la Red de Fiscales Dinamizadores del Sistema de Información del Ministerio Fiscal.

Sus miembros tuvieron la responsabilidad de impulsar entre el personal de la institución, fiscales y funcionarios, la aplicación y gestión eficiente de su sistema de información, fomentando las buenas prácticas. La apertura de las jornadas corrió a cargo del secretario de Estado de Justicia, Juan Carlos Campo, el fiscal general del Estado, Cándido Conde-Pumpido, y el fiscal jefe de la Unidad de Apoyo de la Fiscalía General del Estado, José Luis Bueren Roncero.

La modernización y la incorporación de las nuevas tecnologías de la información en el Ministerio Fiscal se traduce en la aplicación de herramientas de gestión a la organización y en la necesidad de que el personal las conozca y las utilice de forma eficiente, como dinamizadores del cambio hacia una Administración de Justicia más ágil, eficiente y tecnológicamente avanzada

Este proceso de modernización conlleva una adecuada gestión del cambio. Para acompañarla, se está realizando un importante esfuerzo formativo que se concreta los próximos días 29, 30 de noviembre y 1 de diciembre en la celebración en San Lorenzo de El Escorial de unas jornadas formativas dirigidas a la constitución de esta Red de Dinamizadores.

La Red está compuesta por un grupo de fiscales que guían, a su vez, a otros fiscales y funcionarios más noveles en el

uso de las nuevas tecnologías o menos familiarizados con el Sistema de Información del Ministerio Fiscal (SIMF). Por su parte, la Red de Dinamizadores impulsará la realización de actividades entre sus miembros para reforzar el proceso formativo y la adquisición de nuevas competencias.

Para ello, en el transcurso de estas jornadas, recibieron formación sobre las diferentes herramientas y aplicaciones tecnológicas actualmente en uso en el Ministerio Fiscal. Concretamente, en relación a la gestión de la intranet fiscal, el sistema de gestión procesal de las fiscalías (Fortuny), la aplicación de gestión procesal utilizada en la Fiscalía de Menores (Minerva) y los sistemas desarrollados en las Comunidades Autónomas por las Administraciones competentes.

La red de dinamizadores

La aportación de la Red de Dinamizadores del Ministerio Fiscal será fundamental para identificar, a partir de una auditoría previa, las buenas prácticas en relación con la utilización de las herramientas tecnológicas, corrigiendo aquellas que requieren un nuevo planteamiento para una gestión más eficiente. Su objetivo será garantizar la calidad del sistema de información del Ministerio Fiscal, aportando sus conocimientos y experiencias para la optimización de su gestión y propiciando la comunicación fluida entre todos sus miembros.

Los fiscales integrantes de la Red serán competentes para:

- Velar que todos los documentos electrónicos correspondientes a cada dictamen se incorporen a la aplicación.
- Conocer y explotar periódicamente el sistema de listados, búsquedas y estadísticas para el adecuado control de la actividad de la Fiscalía y de la actividad

judicial, en especial, la correcta grabación de los datos en la aplicación.

- Velar porque los fiscales responsables de una sección cuiden que en la misma se incluyan los datos imprescindibles para una explotación generalizada de la información.
- Velar porque los funcionarios lleven a cabo el uso que les corresponde en la aplicación.

Sistema de Información del Ministerio Fiscal

El Sistema de Información del Ministerio Fiscal se regula mediante el Real Decreto 93/2006, de 3 de febrero y constituye una base de datos centralizada que interconecta los distintos sistemas telemáticos puestos a disposición de las fiscalías a través de una red integrada de comunicaciones electrónicas.

Así, el Sistema de Información del Ministerio Fiscal lo conforman, por un lado, los sistemas de gestión procesal desarrollados para las distintas fiscalías por las Administraciones competentes y, por otro, el sistema único y centralizado de información de la Fiscalía General del Estado.

Plan Estratégico de Modernización del Sistema de Justicia 2009-2012

El Plan Estratégico de Modernización del Sistema de Justicia 2009-2012, aprobado por el Gobierno el 18 de septiembre de 2009, contiene el conjunto de medidas encaminadas a transformar, en los próximos años, este servicio público. Uno de los ejes del Plan es alcanzar una Administración de Justicia tecnológicamente avanzada potenciando, entre otras actuaciones, el desarrollo del Sistema de Información del Ministerio Fiscal y su co-

ordinación con otros órganos judiciales.

En este sentido, el proceso de modernización que está en marcha en el Ministerio Fiscal está en el camino de dar respuesta a la necesidad de crear sistemas de información y gestión procesal integrados entre órganos judiciales, fiscalías y demás instituciones que intervienen en el procedimiento jurídico, de tal forma que toda aportación documental que se realiza al sistema puede ser inmediatamente utilizada por los demás intervinientes, lo que agiliza plazos y asegura una respuesta más rápida por parte del órgano judicial.

EL MINISTRO DE JUSTICIA ANUNCIA PARA ANTES DE FIN DE AÑO EL ANTEPROYECTO DE LEY DE NUEVAS TECNOLOGÍAS

2 de diciembre de 2010.- El ministro de Justicia, Francisco Caamaño, anunció que antes de fin de año elevará al Consejo de Ministros el Anteproyecto de Ley de Nuevas Tecnologías en la Administración de Justicia, durante una conferencia que ha pronunciado en la Casa de América, en unas jornadas organizadas por Banesto y la consultora AT Kearney. El ministro hizo un repaso al amplio paquete de reformas, inversiones para la modernización de la Justicia e iniciativas normativas llevadas a cabo en los 20 meses que lleva al frente del Ministerio, medidas que figuran en el Plan de Modernización que presentó al Parlamento tras su toma de posesión, en febrero de 2009. *«Todo este despliegue tecnológico –subrayó Francisco Caamaño– necesita un adecuado engarce normativo»,* por lo que defendió también la necesidad de una Ley de Nuevas Tecnologías en la Administración de Justicia. *«Queremos –afirmó– que las tecnologías sean el instrumento de relación preferente con los usuarios de la justicia y para ello necesitamos modificar nuestro marco legal».*

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS

Resoluciones

RESOLUCIÓN de la Agencia Española de Protección de Datos por la que se procede a la publicación oficial del Acuerdo de Apertura del Período de Información Pública. N.º expediente TI/00157/2010. (Publicada en el «BOE» núm. 283 de 23 de noviembre de 2010.)

RESOLUCIÓN de la Agencia Española de Protección de Datos por la que se procede a la publicación oficial del Acuerdo de Apertura del Período de Información Pública. N.º Expediente TI/00158/2010. (Publicada en el «BOE» núm. 283 de 23 de noviembre de 2010.)

RESOLUCIÓN de la Agencia Española de Protección de Datos por la que se procede a la publicación oficial del Acuerdo de Apertura del Período de Información Pública. N.º Expediente TI/00159/2010. (Publicada en el «BOE» núm. 283 de 23 de noviembre de 2010.)

RESOLUCIÓN de la Agencia Española de Protección de Datos por la que se pro-

cede a la publicación oficial de Acuerdos de Inicio de Procedimientos Sancionadores ante la imposibilidad de notificación en domicilio. (Publicada en el «BOE» núm. 283 de 23 de noviembre de 2010.)

RESOLUCIÓN de la Agencia Española de Protección de Datos por la que se procede a la publicación oficial de Resoluciones de Tutelas de Derechos, ante la imposibilidad de notificación en domicilio. (Publicada en el «BOE» núm. 283 de 23 de noviembre de 2010.)

RESOLUCIÓN de la Agencia Española de Protección de Datos por la que se procede a la publicación oficial de Resoluciones de Procedimientos Sancionadores y Resoluciones de Archivo ante la imposibilidad de notificación en domicilio. (Publicada en el «BOE» núm. 283 de 23 de noviembre de 2010.)

RESOLUCIÓN de la Agencia Española de Protección de Datos por la que se procede a la publicación oficial del Acuerdo de Apertura del Período de Información Pública n.º Expediente TI/00170/2010. (Publicada en el «BOE» núm. 289 de 30 de noviembre de 2010.)

RESOLUCIÓN de la Agencia Española de Protección de Datos por la que se procede a la publicación oficial de Resoluciones de Recursos de Reposición de Tutelas de Derechos, ante la imposibilidad de notificación en domicilio. (Publicada en el «BOE» núm. 291 de 2 de diciembre de 2010.)

RESOLUCIÓN de la Agencia Española de Protección de Datos por la que se procede a la publicación oficial de Resoluciones de Recursos de Reposición de Procedimientos Sancionadores y Resoluciones de Archivos ante la imposibilidad de notificación en domicilio. (Publicada en el «BOE» núm. 291 de 2 de diciembre de 2010.)

RESOLUCIÓN de la Agencia Española de Protección de Datos por la que se procede a la publicación oficial de Resoluciones de Procedimientos Sancionadores y Resoluciones de Archivo ante la imposibilidad de notificación en domicilio. (Publicada en el «BOE» núm. 291 de 2 de diciembre de 2010.)

RESOLUCIÓN de la Agencia Española de Protección de Datos por la que se procede a la publicación oficial de Resoluciones de Tutelas de Derechos, ante la imposibilidad de notificación en domicilio. (Publicada en el «BOE» núm. 291 de 2 de diciembre de 2010.)

RESOLUCIÓN de la Agencia Española de Protección de Datos por la que se procede a la publicación oficial de Acuerdos de Inicio de Procedimientos Sancionadores ante la imposibilidad de notificación en domicilio. (Publicada en el «BOE» núm. 292 de 3 de diciembre de 2010.)

RESOLUCIÓN de la Agencia Española de Protección de Datos por la que se procede a la publicación oficial de Resoluciones de Procedimientos Sancionadores y Resoluciones de Archivo ante la imposibilidad de notificación en domicilio. (Publicada en el «BOE» núm. 292 de 3 de diciembre de 2010.)

RESOLUCIÓN de la Agencia Española de Protección de Datos por la que se procede a la publicación oficial del acuerdo de apertura del período de información pública. Nº expediente TI/00139/2010. (Publicada en el «BOE» núm. 294 de 4 de diciembre de 2010.)

RESOLUCIÓN de la Agencia Española de Protección de Datos por la que se procede a la publicación oficial del Acuerdo de Apertura del Período de Información Pública. Nº Expediente TI/00171/2010. (Publicada en el «BOE» núm. 294 de 4 de diciembre de 2010.)

CRÓNICA

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

SECRETARÍA GENERAL

ACUERDO de la Secretaría General del Consejo General del Poder Judicial, de 15 de noviembre de 2010, por el que se hace pública la adjudicación de la contratación, mediante procedimiento abierto, del servicio de datos en movilidad para los miembros de la carrera judicial. (Publicado en el «BOE» núm. 283 de 23 de noviembre de 2010.)

ACUERDO de la Secretaría General del Consejo General del Poder Judicial, de 16 de noviembre de 2010, por el que se anuncia el procedimiento abierto para la

contratación del servicio de mantenimiento y desarrollo del sistema de información jurídica y de sus desarrollos asociados. (Publicado en el «BOE» núm. 283 de 23 de noviembre de 2010.)

ACUERDO de la Secretaría General del Consejo General del Poder Judicial, de 24 de noviembre de 2010, por el que se anuncia el procedimiento abierto para la contratación del servicio de mantenimiento del sistema gestor de bases de datos documental Basis. (Publicado en el «BOE» núm. 286 de 26 de noviembre de 2010.)

MINISTERIO DE JUSTICIA

SUBSECRETARÍA

RESOLUCIÓN de 24 de noviembre de 2010 de la Subsecretaría de Justicia por la que se hace pública la adjudicación definitiva por procedimiento negociado de las obras de Adecuación de local para dos Juzgados y Registro Civil de Albacete. (Publicada en el «BOE» núm. 288 de 29 de noviembre de 2010.)

RESOLUCIÓN de 25 de noviembre de 2010, de la Subsecretaría de Justicia, por la que se hace pública la adjudicación definitiva por procedimiento abierto del servicio de consultoría sobre instalaciones de inmuebles judiciales de varias comunidades. (Publicada en el «BOE» núm. 288 de 29 de noviembre de 2010.)

RESOLUCIÓN de 26 de noviembre de 2010, de la Subsecretaría de Justicia, por la que se hace pública la adjudicación definitiva por procedimiento abierto de las obras del nuevo edificio de Juzgados de Almagro (Ciudad Real). (Publicada en el «BOE» núm. 289 de 30 de noviembre de 2010.)

RESOLUCIÓN de 29 de noviembre de 2010 de la Subsecretaría de Justicia por la que se hace pública la formalización del contrato por procedimiento negociado de las obras de Acondicionamiento de local para Juzgados en la calle Carlos III n.º 17 de Cartagena (Murcia). (Publicada en el «BOE» núm. 291 de 2 de diciembre de 2010.)

RESOLUCIÓN de 29 de noviembre de 2010 de la Subsecretaría de Justicia por la que se hace pública la formalización del contrato por procedimiento negociado de las obras de Acondicionamiento de local para Juzgados en la calle Prolongación de Abellaneda n.º 1 de Lorca (Murcia). (Publicada en el «BOE» núm. 291 de 2 de diciembre de 2010.)

RESOLUCIÓN de 29 de noviembre de 2010, de la Subsecretaría de Justicia, por

la que se hace pública la adjudicación definitiva, por procedimiento abierto, de las obras del nuevo edificio de Juzgados de Plasencia (Cáceres). (Publicada en el «BOE» núm. 291 de 2 de diciembre de 2010.)

RESOLUCIÓN de 1 de diciembre de 2010, de la Subsecretaría de Justicia, por la que se hace pública la formalización del contrato por procedimiento negociado de las obras de adecuación de local para dos Juzgados y Registro Civil de Albacete. (Publicada en el «BOE» núm. 294 de 4 de diciembre de 2010.)

SECRETARÍA GENERAL

RESOLUCIÓN de la Dirección General de Modernización de la Administración de Justicia sobre prescripción por abandono de depósitos y consignaciones judiciales. (Publicada en el «BOE» núm. 289 de 30 de noviembre de 2010.)

CENTRO DE ESTUDIOS JURÍDICOS

RESOLUCIÓN de la Dirección del Centro de Estudios Jurídicos por la que se anuncia la licitación del contrato de servicio de enseñanza de idiomas en el CEJ. (Publicada en el «BOE» núm. 292 de 3 de diciembre de 2010.)

