

BOLETÍN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

Año LXIV

Núm. 2.102

Febrero 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:

- LAS MODIFICACIONES PROCESALES PARA LAS ENTIDADES ASEGURADORAS TRAS LA REFORMA DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO EN LA CIRCULACIÓN DE VEHÍCULOS A MOTOR POR LA LEY 21/2007, DE 11 DE JULIO: EL AUTO EJECUTIVO. LA OFERTA Y RESPUESTA MOTIVADA EN EL PROCESO CIVIL. por *Julio C. Fuentes Gómez* (pág. 151).
- ORDEN TIN/25/2010, DE 12 DE ENERO, POR LA QUE SE DESARROLLAN LAS NORMAS DE COTIZACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL, DESEMPLEO, FONDO DE GARANTÍA SALARIAL Y FORMACIÓN PROFESIONAL, CONTENIDAS EN LA LEY 26/2009, DE 23 DE DICIEMBRE, DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO PARA EL AÑO 2010 (pág. 166).
- CONSEJO DE MINISTROS. PRINCIPALES MEDIDAS Y ACCIONES A DESARROLLAR EN LA PRESIDENCIA ESPAÑOLA DE LA UNIÓN EUROPEA (pág. 389).

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 20 88 y 91 390 21 49.



AÑO LXIV • 1 FEBRERO 2010 • Núm. 2102

SUMARIO

Páginas

ESTUDIOS

- Las modificaciones procesales para las entidades aseguradoras tras la reforma del texto refundido de la ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor por la ley 21/2007, de 11 de julio: el auto ejecutivo. La oferta y respuesta motivada en el proceso civil, por *Julio C. Fuentes Gómez* 150

DISPOSICIONES GENERALES

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- Cuestión de inconstitucionalidad n.º 9610-2009, en relación con el artículo 57.2 del Código Penal, en la redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre 164
- Conflicto positivo de competencia n.º 10023-2009, en relación con la Orden SAS/2080/2009, de 21 de julio, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones sometidas al régimen general de subvenciones de la Secretaría General de Política Social y Consumo 164

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA

Resolución de 4 de enero de 2010, de la Secretaría de Estado de Hacienda y Presupuestos, por la que se dictan instrucciones en relación con las nóminas de los funcionarios incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, en los términos de la Disposición Final Cuarta de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, y se actualizan para el año 2010 las cuantías de las retribuciones del personal a que se refieren los correspondientes artículos de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para dicho ejercicio (<i>Ref.</i>) ...	165
---	-----

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y COOPERACIÓN

Canje de Notas constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y la República del Ecuador sobre participación en las elecciones municipales de los nacionales de cada país residentes en el territorio del otro, hecho en Quito el 25 de febrero de 2009 (<i>Ref.</i>)	165
Acuerdo entre el Reino de España y Nueva Zelanda sobre participación en determinadas elecciones de los nacionales de cada país residentes en el territorio del otro, hecho en Wellington el 23 de junio de 2009 (<i>Ref.</i>)	165

MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN

Orden TIN/25/2010, de 12 de enero, por la que se desarrollan las normas de cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional, contenidas en la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010	165
---	-----

COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LA RIOJA

Ley 6/2009, de 15 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas para el año 2010	194
--	-----

COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CATALUÑA

Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de medidas fiscales, financieras y administrativas (<i>Ref.</i>)	194
---	-----

AUTORIDADES Y PERSONAL

NOMBRAMIENTOS Y SITUACIONES

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Destinos	195
----------------	-----

	<u>Páginas</u>
CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL	
Magistrados	195
Jueces	196
MINISTERIO DE JUSTICIA	
Nombramientos	197
Situaciones	197
Destinos	198
OPOSICIONES Y CONCURSOS	
CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL	
Carreras judicial	198
Funcionarios del Subgrupo A1	200
MINISTERIO DE JUSTICIA	
Funcionarios de la Administración del Estado	200
Cuerpo de Secretarios Judiciales	200
Notarías	200
Personal Laboral	200
Cuerpo de Oficiales	201
TRIBUNAL DE CUENTAS	
Funcionarios de las Administraciones Públicas	201
OTRAS DISPOSICIONES	
CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL	
Juzgados de lo Contencioso-Administrativo	202
Carrera Judicial	203
MINISTERIO DE JUSTICIA	
Recursos	203
Bienes muebles	203
Carta de Servicios	204
Grandezas y Títulos del Reino	204
MINISTERIO DE DEFENSA	
Recursos	204

	<u>Páginas</u>
MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA	
Recursos	204
MINISTERIO DEL INTERIOR	
Recursos	205
RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO	
RECURSOS	206
JURISPRUDENCIA	
– Tribunal constitucional.....	279
– Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	332
CONSEJO DE MINISTROS	
VIERNES, 8 DE ENERO DE 2010	
Presidencia del Gobierno	388
Justicia	396
VIERNES, 15 DE ENERO DE 2010	
Asuntos Exteriores y de Cooperación	398
ACTUALIDAD	400
CRÓNICA	402

**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

ESTUDIOS

Las modificaciones procesales para las entidades aseguradoras tras la reforma del texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor por la Ley 21/2007, de 11 de julio: el auto ejecutivo. La oferta y respuesta motivada en el proceso civil¹

JULIO C. FUENTES GÓMEZ
*Administrador Civil del Estado
Subdirector General de Política Legislativa
Ministerio de Justicia*

SUMARIO: 1. Las entidades aseguradoras y su participación en los procesos judiciales.–2. La participación de las entidades aseguradoras en el proceso penal.–3. La derogada regulación de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro de vehículos en la circulación de vehículos a motor.–4. La incidencia de la Quinta Directiva de Seguros de la Unión Europea en materia de aseguramiento obligatorio de la responsabilidad civil por accidentes de circulación, y su norma de incorporación.–5. La regulación de la oferta y la respuesta motivada.–6. Conclusiones.

1. LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y SU PARTICIPACIÓN EN LOS PROCESOS JUDICIALES

Examinada con una cierta perspectiva, la participación de las entidades aseguradoras en el ámbito procesal ha venido caracterizada la búsqueda de un equilibrio que posiblemente todavía no se ha alcanzado. La aprobación de la Ley 21/2007, de 11 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor y el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, ha venido a revisar esa participación fundamentalmente en el orden civil y, aunque en menor medida, también en el orden penal.

Esta Ley ha venido a incorporar al Derecho español la Directiva 2005/14/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, de modificación de las

¹ Estas reflexiones tienen su origen en la jornada que el pasado 8 de octubre se organizó por parte de UNESPA. Las consideraciones que aquí se hacen son fruto de las interesantes cuestiones que allí se plantearon.

Directivas relativas al seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles (conocida como quinta Directiva del seguro de automóviles), cuyo contenido ha resultado más amplio que el inicialmente previsto a la vista de las implicaciones del nuevo sistema de oferta y respuesta motivada para el seguro del automóvil.

El propósito de este trabajo es examinar esa desigual incidencia del nuevo régimen del seguro del automóvil en el ámbito del proceso civil y del proceso penal, a raíz de la reforma efectuada por la Ley 21/2007.

2. LA PARTICIPACIÓN DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS EN EL PROCESO PENAL

Probablemente, el proceso penal ha sido el que más problemas ha planteado en lo que se refiere a la participación de las entidades aseguradoras, a las que con frecuencia se ha negado la condición de parte procesal y que entronca con el papel que ha jugado en este campo el título ejecutivo del seguro de automóvil.

Para introducirnos en esta materia hoy hemos de partir de nuestro Código Penal de 1995 –a sabiendas de que la historia viene de bastante atrás–, en el que se establece, en su artículo 109, que toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivan daños o perjuicios. A lo que añade el artículo 116 que la ejecución de un hecho tipificado penalmente obliga a reparar aquellos daños y perjuicios. Y más relevante resulta aquí el artículo 117 también del CP, según el cual las compañías aseguradoras que hayan asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias que pudiesen derivarse del uso o explotación de cualquier bien, empresa o actividad, en aquellos casos en que con ocasión de un hecho delictivo se produzca el evento de riesgo asegurado, serán responsables civiles directas hasta el límite de la indemnización legal o convencionalmente establecida; sin perjuicio del derecho de repetición contra quien proceda.

También habría de tenerse en cuenta la previsión contenida en la disposición adicional tercera del Código Penal que, en relación a las conductas cometidas por imprudencia tipificadas en los artículos 267 (daños) y 621 (lesiones o muerte), establece que podrán comparecer en las diligencias penales que se incoen y mostrarse parte todos aquellos otros implicados en los mismos hechos que se consideren perjudicados, cualquiera que sea la cuantía de los daños que reclamen.

Cuando estas previsiones se aplican a hechos realizados con vehículos a motor, respecto de los cuales ha de existir un contrato de seguro para la cobertura de los riesgos derivados de la circulación, se introduce en el proceso penal la Ley del Contrato de Seguro y, con ello, el reconocimiento a los perjudicados acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar. Y ello con la ventaja añadida de que a la víctima se la declara inmune a las excepciones que el asegurador pudiera oponer al asegurado-causante del daño, como establece el artículo 76 de la LCS. Este es el marco normativo que hace que para los perjudicados en un accidente de vehículos a motor vean el proceso penal como la vía más rápida para la indemnización de los daños sufridos.

A partir de aquí hay supuestos que no plantean problema alguno a la participación de las aseguradoras en esos procesos penales. Así, en primer lugar, las aseguradoras podrán ser parte procesal respecto de la acción penal en los supuestos en que sean los ofendidos por el hecho delictivo, como titulares del bien jurídico protegido del tipo penal. Como ha señalado la profesora Pilar Ladrón Tabuenca², este es el caso de hechos tales como simulaciones de siniestros, que podrán ser constitutivos de delitos de estafa, falsedades documentales que afecten a las pólizas o primas. Igualmente, podría darse el ejercicio por su parte de la acción popular, si bien intervendría sólo en lo relativo a la acción penal, sin que puedan interponer pretensión alguna de carácter indemnizatorio.

La intervención del asegurador también tendría lugar en lo relativo a la acción civil reclamada en el marco del proceso penal en el supuesto que sea asegurador del perjudicado. La indemnización a la víctima por dicha entidad le permite subrogarse en su derecho y reclamar al causante del daño, aunque con los límites del artículo 43 de la LCS³, siendo también de aplicación en el caso del seguro de personas –de vida, accidentes o enfermedad– el artículo 82 de la misma norma, que sólo permite la subrogación en lo relativo a la reclamación de los gastos de asistencia sanitaria.

Además de supuesto anterior, tampoco plantea problemas la intervención de la entidad como aseguradora del causante del daño. Al margen de los supuestos en los que las cuestiones civiles se resuelvan mediante acuerdo entre perjudicados y aseguradores antes de la finalización del proceso penal, lo habitual en estos casos es que la aseguradora sea legitimado pasivo frente a los perjudicados, sin menoscabo de su derecho de repetición contra su asegurado, lo que no deja de tener relación con lo que se declare en la sentencia que en su caso recaiga (supuestos de dolo o culpa del asegurado).

A partir de aquí comienzan las dificultades para una participación normal de las aseguradoras en el proceso penal. A este respecto, el planteamiento al que responde esa participación parece seguir criterios diferentes en el Código Penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En efecto, si se vuelve al artículo 117 del CP, se comprueba que en él no se distingue entre los distintos tipos de aseguramiento (obligatorio o voluntario), ni las diferentes actividades causantes del riesgo cubierto por el contrato, por lo que será de aplicación cualquiera que sea el tipo delictivo cometido y afecte o no a la circulación de vehículos a motor. Sin embargo, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal se sigue manteniendo una distinta regulación para los casos en que el asegurador lo sea en virtud de un contrato de seguro obligatorio y para cuando lo sea en virtud de un contrato de seguro voluntario, que lleva a una situación procesal también distinta, cuya reforma reclama ya desde hace tiempo el sector asegurador.

Así, el artículo 764.3 de la LECrim establece que «en los supuestos en que las responsabilidades civiles estén total o parcialmente cubiertas por un seguro obligatorio de responsabilidad civil, se requerirá a la entidad aseguradora o al Consorcio de Compensación de Seguros, en su caso, para que, hasta el límite del seguro obligatorio, afiance aquéllas». Aclara este precepto que en el caso de que la fianza exigida fuera superior a ese límite, el responsable directo o subsidiario vendrá obli-

² En su artículo «la intervención del asegurador del riesgo derivado de la circulación de vehículos a motor en el proceso penal», publicado en la revista *La Ley Penal*, Sección Estudios, en noviembre de 2004.

³ Se establecen aquí el límite de la indemnización y la prohibición de ejercicio de derechos y acciones que puedan ir en perjuicio de los derechos del asegurado, sin que la subrogación permita tampoco al asegurador actuar contra las personas cuyos actos u omisiones den origen a la responsabilidad del asegurado ni contra sus parientes.

gado a prestar fianza o aval por la diferencia, y si no lo hace se procederá al embargo de sus bienes.

Y añade este mismo precepto que «la entidad responsable del seguro obligatorio no podrá, en tal concepto, ser parte del proceso, sin perjuicio de su derecho de defensa en relación con la obligación de afianzar, a cuyo efecto se le admitirá el escrito que presentare, resolviéndose sobre su pretensión en la pieza correspondiente».

Asimismo, el aseguramiento obligatorio de vehículos determina una cobertura mínima para todo siniestro, que conlleva además de la obligación para el asegurador de prestar fianza dentro de los límites cuantitativos del seguro obligatorio, como dice el artículo 764.3 de la LECrim, la obligación de abono anticipado de una pensión provisional para atender a la víctima y a las personas que estuviesen a su cargo que establece el artículo 765 de la LECrim.

La posición procesal de la entidad aseguradora se encuentra, pues, muy limitada en el caso de que se trate de un seguro obligatorio, puesto que la propia LECrim restringe su condición de parte de forma casi absoluta. Línea que ha confirmado nuestra práctica procesal, que les ha negado legitimación para impugnar el aspecto estrictamente penal, que serían las cuestiones que atañen a la responsabilidad penal o al enjuiciamiento y calificación jurídico-penal de la conducta del autor de la infracción. Tampoco podrían impugnar la condena de responsabilidad civil si ésta se mantiene cuantitativamente dentro de los límites del seguro obligatorio⁴. Para el examen de esta jurisprudencia cabe remitir al artículo ya citado de la profesora Pilar Ladrón Tabuena, sin que en el tiempo transcurrido quepa registrar un cambio de tendencia.

De esta forma, la esfera de actuación de los aseguradores se viene limitando a discutir si le corresponde tal obligación de afianzar y si debe ser considerado responsable civil, como ha confirmado el propio Tribunal Constitucional, que ya en su Auto 39/1993, indicó que su interés se limitaba a la obligación de satisfacer la indemnización, y por tanto, a discutir la misma con respecto a la existencia o vigencia del contrato, o si cabe oponer excepciones al pago. Estos serían los únicos supuestos en que la entidad podría verse liberada de su responsabilidad.

La doctrina ya ha puesto de manifiesto que dentro del seguro obligatorio pueden surgir cuestiones que excedan de la impugnación del deber de afianzar y que también afectan a los intereses del asegurador, tales como la valoración de las secuelas para la aplicación del baremo del sistema de valoración de daños corporales, o la discusión sobre si procede el valor de reparación o, por el contrario, el valor venal del vehículo accidentado, etc.

Su única intervención procesal consistirá pues en afianzar u oponerse a esta obligación, propiciando en la fase de instrucción de la causa que se decida sobre esta cuestión, dando lugar al planteamiento de un incidente, cuya regulación encontramos en los artículos 616 y siguientes de la LECrim para el proceso ordinario por delitos graves, que se considera aplicable al proceso penal abreviado. El órgano instructor resolverá por medio de auto no recurrible, sin perjuicio de que por la compañía que haya visto desestimada su pretensión se pueda reproducir en el juicio oral, resolviéndose en sentencia.

Cuando el hecho que da lugar al daño indemnizable sea constitutivo de falta, incoándose este procedimiento, en el que no existe propiamente una fase de instruc-

⁴ Acuerdo de 29 de mayo de 2004 de la Audiencia Provincial de Madrid.

ción sino limitada a las actuaciones imprescindibles para la celebración del juicio oral, será necesaria su citación a juicio para que pueda ejercitar su derecho de defensa con los mismos límites (STC 57/1991, de 14 de marzo).

Pero en el ámbito del procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, la entidad que hubiera asumido el riesgo del seguro obligatorio (al cual se aplican supletoriamente las normas del procedimiento penal abreviado, como indica el artículo 795.4 de la LECrim) recibe un tratamiento distinto. Entre las diligencias que practicará la Policía Judicial cuando se cometa un hecho de apariencia delictiva que debe ser tramitado por esta vía, se incluye la de citar ante el Juzgado de Guardia para el mismo día y hora que a testigos, ofendidos y a perjudicados y a las entidades a que se refiere el artículo 117 del CP, en el caso de que conste su identidad (art. 796.1.5.ª de la LECrim). Tras la incoación de diligencias urgentes se celebrará una comparecencia, en la que las acusaciones personadas o el Ministerio Fiscal podrán solicitar la adopción de medidas cautelares frente al imputado o frente al responsable civil (art. 798 de la LECrim), sin que se prevea su intervención (no parece, sin embargo, que pudiera impedírsele formular recurso frente al auto que acordarse una medida cautelar). De haber comparecido (lo que, en la práctica, no es sencillo), y si continúa el procedimiento por esta vía, tendrá la oportunidad de presentar escrito de defensa en el ámbito de su responsabilidad (art. 800 LECrim). También se deberá permitir su participación en el juicio oral.

En el ámbito del seguro voluntario, las restricciones a las posibilidades de actuación procesal del asegurador tienen distinto alcance en los casos de ampliación de cobertura mediante cualquiera de las modalidades de seguro voluntario. No existiendo norma similar al citado artículo 764.3 LECrim, el asegurador que hubiera suscrito un contrato con coberturas adicionales a las del seguro obligatorio ostentará la condición de parte, pudiendo intervenir tanto en fase de instrucción como de enjuiciamiento en lo relativo a la acción civil, en tanto que se haya formulado una pretensión en este sentido por cualquiera de los legitimados activamente (Ministerio Fiscal, acusación particular o actores civiles).

De esta forma, existiendo un seguro voluntario, el asegurador gozará de plenas facultades de alegación y defensa en lo referente a su acción civil, pudiendo discutir la vigencia y efectividad del contrato y la determinación del quantum de la indemnización. Sin embargo, las excepciones y cláusulas de exclusión de pago contenidas en el contrato (como, por ejemplo, la causación del daño por la conducta dolosa del asegurado, lo que se produce en los casos de los delitos de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas) únicamente serán oponibles al asegurado, pero en ningún caso podrán hacerse valer frente a los perjudicados.

Y por otro lado, las excepciones personales que el asegurador pudiera oponer al perjudicado, así como alegaciones relativas a una eventual intervención del perjudicado en la producción del hecho dañoso, ya sea por culpa exclusiva, concurrencia o compensación de culpas, se tendrán en consideración para determinar la cuantía de la suma a abonar al perjudicado (art. 76 LCS).

Además de lo anterior, la práctica ha mostrado la existencia de casos en los que una misma entidad reúna la doble condición de aseguradora en virtud del seguro obligatorio y del voluntario, incluyendo ésta coberturas complementarias a las básicas. Esto justifica que pueda dudarse del sentido de que se limite su actuación a la obligación de afianzamiento en el primer caso, y se considere parte procesal a todos los

efectos en el segundo, porque no siempre será posible distinguir entre unas u otras actuaciones⁵.

3. LA DEROGADA REGULACIÓN DE LA LEY SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO DE VEHÍCULOS EN LA CIRCULACIÓN DE VEHÍCULOS A MOTOR

Pero el impacto de las normas de la LECrim no puede entenderse sin conocer cual era la regulación anterior, cuyos orígenes se remontan al año 1962, a la Ley sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor.

Una regulación que hasta la modificación operada por la Ley 21/2007, por la que se ha modificado el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, se incluía en los artículos 12 y siguientes de esta misma norma.

Hasta entonces el artículo 13, con la rúbrica de «diligencias en el proceso penal preparatorias de la ejecución», establecía que «cuando en un proceso penal, incoado por hecho cubierto por el seguro de responsabilidad civil de suscripción obligatoria en la circulación de vehículos de motor, se declare la rebeldía del acusado, o recayera sentencia absolutoria u otra resolución que le ponga fin, provisional o definitivamente, sin declaración de responsabilidad, si el perjudicado no hubiera renunciado a la acción civil ni la hubiera reservado para ejercitarla separadamente, antes de acordar el archivo de la causa, el juez o tribunal que hubiera conocido de ésta dictará auto, en el que se determinará la cantidad líquida máxima que puede reclamarse como indemnización de los daños y perjuicios sufridos por cada perjudicado, amparados por dicho seguro de suscripción obligatoria. El auto referido contendrá la descripción del hecho y la indicación de las personas y vehículos que intervinieron y de los aseguradores de cada uno de estos».

Este mismo precepto señalaba que si no se pudiese señalar la cuantía de la indemnización por falta de elementos probatorios o porque los existentes se hubieran emitido sin posibilidad de intervención de los interesados, el auto señalado sólo se retrasará por el tiempo imprescindible para que con audiencia e intervención de los perjudicados y de los aseguradores se lleven a cabo las comprobaciones que se estimen necesarias, de oficio o a petición de parte.

Y, por si fuera poco, se añadía que ese auto no era recurrible.

Por su parte, el artículo 17 prescribía que un testimonio del auto recaído en las diligencias anteriores constituía título ejecutivo. Asimismo, el perjudicado que hubiera obtenido dicho título no podía prescindir de él. Y el artículo 18 enlazaba esta previsión con la Ley de Enjuiciamiento Civil.

De esta regulación se derivaba, por tanto, una situación única en nuestro ordenamiento en el cual no se encuentra ninguna otra previsión de acuerdo con la cual a

⁵ Para un estudio más en profundidad de estas cuestiones nos remitimos al libro «Las compañías aseguradoras en los procesos penal y contencioso-administrativo», de Amaya Arnaiz Serrano, publicado con el número 123 de los cuadernos de la Fundación Mapfre.

pesar de dictarse una sentencia absolutoria o el archivo de actuaciones, el juez de lo penal venga obligado a calcular una responsabilidad civil en tales procesos penales.

A falta de un proceso penal, el artículo 14, que tenía por rúbrica «diligencias preparatorias en vía civil», preveía que ocurrido un hecho de los que dan lugar a responsabilidad civil cubierta por el seguro obligatorio, el perjudicado, para reclamar al asegurador la reparación del daño e indemnización de perjuicios en vía civil, deberá hacer ante el juez de primera instancia o instrucción, ante el juez de paz o ante un notario del lugar del hecho o de su domicilio, residencia o paradero una declaración sobre las circunstancias de aquel, identificando a las personas lesionadas, los objetos dañados, el vehículo y el conductor que han intervenido en la producción del hecho y la especificación del asegurador.

Y con arreglo al artículo 15, con una certificación de la declaración o una copia autorizada de ésta, acompañada de la valoración de los daños, emitida por un perito de seguros, sería presentada al asegurador, quien, en el plazo de ocho días, con facultad de intervención de un perito de seguros designado por aquel, abonaría la cantidad que ambos peritos fijen de común acuerdo. Si no hubiera acuerdo, se designaría a un tercer perito de conformidad de las partes o por el Juez de Primera Instancia en acto de jurisdicción voluntaria, como prevé el párrafo sexto del artículo 38 de la LCS. Nacía entonces, según el anterior artículo 16, la obligación de pago por parte del asegurador, o el Consorcio de Compensación de Seguros en su caso, de la indemnización fijada por el dictamen pericial hasta el límite del seguro obligatorio dentro de los 10 días siguientes a su fijación. Este dictamen peculiar también tenía reconocido en el artículo 17 la condición de título ejecutivo, previa ratificación ante el juez al que corresponda despachar la ejecución.

Tanto para el proceso penal como para la vía civil concluía el artículo 19 que los gastos que se originaran para la formación del título se incluirían en la tasación de costas.

4. LA INCIDENCIA DE LA QUINTA DIRECTIVA DE SEGUROS DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE ASEGURAMIENTO OBLIGATORIO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN, Y SU NORMA DE INCORPORACIÓN

Precisamente, fueron los trabajos dirigidos por la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones del Ministerio de Economía y Hacienda para la incorporación al Derecho español de la quinta Directiva del seguro de automóviles, los que pusieron en tela de juicio la oportunidad de mantener el auto de cuantía máxima que hemos visto.

En especial, los términos en que se regula la oferta motivada del asegurador (en plazos, en contenido, en consecuencias del incumplimiento) permitían afirmar que el

nuevo régimen sería lo bastante garantista como para justificar la supresión del auto de cuantía máxima y con ello del régimen que hemos visto en el cual las entidades veían su participación en estos procesos penales muy disminuida.

Ha sido UNESPA (la Unión Española de Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras) la principal defensora de esta supresión⁶.

En el Ministerio de Justicia se apreció la incongruencia que suponía mantener la desconexión entre el auto de cuantía máxima del proceso penal y el nuevo sistema de oferta y respuesta motivada de indemnización.

Por ello el régimen que ha establecido la nueva Ley 21/2007 ha derogado buena parte de los artículos que antes hemos señalado. Y los que no se han suprimido han sido objeto de modificación.

De esta forma, el nuevo artículo 13, sobre las “diligencias en el proceso penal preparatorias de la ejecución”, mantiene la exigencia de que en el proceso penal incoado por hecho cubierto por el seguro de responsabilidad civil de suscripción obligatoria en la circulación de vehículos de motor, en el que se declare la rebeldía del acusado o recaiga sentencia absolutoria u otra resolución que le ponga fin, provisional o definitivamente, sin declaración de responsabilidad, pero en la que el perjudicado no hubiera renunciado a la acción civil ni la hubiera reservado para ejercitarla separadamente, el juez o tribunal dictará auto en el que se determinará la cantidad líquida máxima que puede reclamarse como indemnización de los daños y perjuicios sufridos por cada perjudicado, amparados por dicho seguro de suscripción obligatoria y según la valoración que corresponda con arreglo al sistema de valoración del anexo de la Ley o, lo que es igual, según el baremo.

La novedad viene dada por el engarce que se hace de esta declaración de responsabilidad civil a cargo de la aseguradora con el nuevo sistema general de indemnización. De esta manera, el auto referido se dictará a la vista de la oferta motivada o de la respuesta motivada del asegurador o del Consorcio de Compensación de Seguros. En el auto se contendrá la descripción del hecho, la indicación de las personas y vehículos que intervinieron y de los aseguradores de cada uno de éstos.

⁶ De manera resumida, las razones que se alegaban por parte de UNESPA para justificar la existencia de un nivel razonable de protección de los perjudicados al margen del título ejecutivo del automóvil:

- El régimen de responsabilidad civil objetiva para daños corporales.
- La acción directa del perjudicado contra la entidad aseguradora.
- La delimitación del ámbito de cobertura, así como la inoponibilidad al perjudicado de excepciones distintas a las que prevé la Ley.
- La extensión de la condición de perjudicado a todos los ocupantes del vehículo excepto al conductor.
- La información sobre el nombre de la entidad aseguradora del vehículo causante del daño, que en España se ha materializado a través del Fichero de Vehículos Asegurados (FIVA).
- El Sistema de Valoración de daños personales, que permite que los perjudicados por accidentes de circulación sean indemnizados por los daños y perjuicios sufridos con la mayor celeridad y sin necesidad de acudir a la jurisdicción ordinaria para la determinación de la cuantía indemnizatoria, al venir ésta determinada legalmente atendiendo a factores objetivos como la edad de la víctima, las lesiones y secuelas padecidas, etc. favoreciendo de este modo los acuerdos entre el perjudicado y la entidad aseguradora. Dentro del Sistema se contemplan además, la restitución íntegra de los gastos sanitarios y de funeral, como conceptos independientes de la indemnización por daños y perjuicios.
- Además de las medidas tuitivas establecidas en el TRLRSCVM, la Ley de Contrato de Seguro, se caracteriza por establecer un conjunto de normas especialmente protectoras de los derechos de los terceros perjudicados, como son la relativa al pago mínimo regulado en el artículo 18 y, muy especialmente, el artículo 20 sobre intereses moratorios.

Se prescribe, asimismo, que en todo caso, antes de dictarse el auto, si en las actuaciones no consta oferta motivada o respuesta motivada según las prescripciones de la Ley, el juez convocará a los perjudicados y posibles responsables y sus aseguradores, incluido, en su caso, el Consorcio de Compensación de Seguros, a una comparecencia en el plazo de cinco días, a fin de que pueda aportarse la oferta o la respuesta motivada, o hacerse las alegaciones que consideren convenientes. Por tanto, se prevé una audiencia de los perjudicados y las aseguradoras en la que, en lo relativo a la determinación de estas indemnizaciones, parece que hay una clara igualdad de armas entre todas las partes, que habría de permitir superar, al menos en estos casos, la marginación de las aseguradoras en estos procesos penales.

El mismo precepto añade que si en la comparecencia se produjera acuerdo entre las partes, el mismo será homologado por el juez con los efectos de una transacción judicial, con lo cual seguirá existiendo un título ejecutivo. Por el contrario, si no se alcanza el acuerdo, el auto de cuantía máxima se dictará en el plazo de tres días desde la terminación de la comparecencia y contra el mismo no podrá interponerse recurso alguno.

Por su parte, el nuevo artículo 17 se limita a decir que un testimonio del auto recaído en las diligencias que hemos visto constituirá título ejecutivo.

Como consecuencia de la instauración de la oferta y la respuesta motivada han desaparecido todas las previsiones relativas a la declaración que constituía la diligencia preparatoria de la vía civil y su certificación.

5. LA REGULACIÓN DE LA OFERTA Y LA RESPUESTA MOTIVADA

De la mano de las normas de la Unión Europea se ha introducido en el nuestra legislación del seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de automóviles el sistema de oferta y respuesta motivada. Se trata de un sistema de reclamación, en principio, extrajudicial, pero no desconectado del ámbito procesal, por lo menos en la práctica, que no sería de extrañar que en los próximos años asistamos a una extensión de esta figura en el ámbito del seguro.

La oferta motivada no sería otra cosa que la propuesta de indemnización que habrían de llevar a cabo las entidades aseguradoras después de tener conocimiento de la producción de daños causados a las personas o en los bienes, o a ambos, con motivo de la circulación de vehículos a motor. El nuevo sistema de la oferta motivada se enmarca también dentro de un modelo que pretende ser más garantista, para lo cual se establecen unos nuevos importes de la cobertura del seguro obligatorio, que pasan a ser:

- a) En los daños a las personas, 70 millones de euros por siniestro, cualquiera que sea el número de víctimas.
- b) Y en los daños en los bienes, 15 millones de euros por siniestro.

El nuevo artículo 7 del TRLRCSVM, referido a las «obligaciones del asegurador», comienza por declarar que «el asegurador, dentro del ámbito del aseguramiento obligatorio y con cargo al seguro de suscripción obligatoria, habrá de satisfacer al perjudicado el importe de los daños sufridos en su persona y en sus bienes». Con este

objeto se recuerda que el perjudicado o sus herederos tendrán acción directa para exigirlo. Y para el ejercicio de esa acción directa para exigir al asegurador la satisfacción al perjudicado del importe de los daños sufridos por éste en su persona y en sus bienes, se establece un plazo de prescripción de un año.

La única causa de exoneración de esta obligación por parte de la aseguradora se prevé si la misma prueba que el hecho no da lugar a la exigencia de responsabilidad civil conforme al artículo 1 de la Ley (esto es, en los casos en que los daños fueran debidos únicamente a la conducta o la negligencia del perjudicado o a fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo).

En la nueva regulación parece que se distinguen dos formas a través de las cuales la entidad aseguradora va a tener conocimiento de un accidente: la propia reclamación del perjudicado y cualquier otra distinta a ésta.

La obligación del asegurador queda claramente determinada en el primer caso. Para este supuesto, el apartado 2 del nuevo artículo 7 prescribe que «en el plazo de tres meses desde la recepción de la reclamación del perjudicado, el asegurador deberá presentar una oferta motivada de indemnización si entendiera acreditada la responsabilidad y cuantificado el daño». Para que la emisión de la oferta motivada se exige que cumpla los requisitos del apartado 3 de este mismo precepto y que son:

a) Contendrá una propuesta de indemnización por los daños en las personas y en los bienes que pudieran haberse derivado del siniestro. En caso de que concurran daños a las personas y en los bienes figurará de forma separada la valoración y la indemnización ofertada para unos y otros.

b) Los daños y perjuicios causados a las personas se calcularán según los criterios e importes que se recogen en el anexo de la Ley (es decir, con arreglo al baremo).

c) Contendrá, de forma desglosada y detallada, los documentos, informes o cualquier otra información de que se disponga para la valoración de los daños, identificándose aquellos en que se ha basado para cuantificar de forma precisa la indemnización ofertada, de manera que el perjudicado tenga los elementos de juicio necesarios para decidir su aceptación o rechazo.

d) Se hará constar que el pago del importe que se ofrece no se condiciona a la renuncia por el perjudicado del ejercicio de futuras acciones en el caso de que la indemnización percibida fuera inferior a la que en derecho pueda corresponderle.

e) Podrá consignarse para pago la cantidad ofrecida. La consignación podrá hacerse en dinero efectivo, mediante un aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o por cualquier otro medio que, a juicio del órgano jurisdiccional correspondiente, garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad consignada⁷.

En caso de que la oferta motivada no cumpla estos requisitos, o si la reclamación del perjudicado hubiera sido rechazada por la aseguradora, la actuación que a ésta corresponde realizar es la emisión de la llamada respuesta motivada.

El incumplimiento de esta obligación de presentación de la oferta motivada constituirá infracción administrativa grave o leve, de acuerdo con el régimen sancionador

⁷ Posiblemente quedó en el tintero aclarar si la consignación que se regula es para pago o como garantía, por los efectos que ello conlleva en el devengo de intereses.

contenido en el texto refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.

Además, transcurrido el plazo de tres meses sin que se haya presentado una oferta motivada de indemnización por una causa no justificada o que le fuera imputable al asegurador, se devengarán intereses de demora, de acuerdo con lo previsto en el artículo 9 del texto refundido, que veremos más adelante. Igualmente se devengarán intereses de demora en el caso de que, habiendo sido aceptada la oferta por el perjudicado, ésta no haya sido satisfecha en el plazo de cinco días, o no se haya consignado para pago la cantidad ofrecida.

Además, con arreglo al apartado 6 del artículo 7, ha de tenerse en cuenta que a pesar de la actuación de la aseguradora tendente a la preparación de su oferta motivada, en todo caso, deberá afianzar las responsabilidades civiles y abonar las pensiones que por la autoridad judicial fueren exigidas a los presuntos responsables asegurados, de acuerdo con lo establecido en los artículos 764 y 765 de la LECrim. Y que las pensiones provisionales se calcularán de conformidad con los límites del baremo legal.

La respuesta motivada se regula, pues, de forma subsidiaria a la oferta motivada. Sus requisitos se establecen en el apartado 4 del mismo artículo 7 del texto refundido, y serían:

a) Dará contestación suficiente a la reclamación formulada, con indicación del motivo que impide efectuar la oferta de indemnización, bien sea porque no esté determinada la responsabilidad, no se haya podido cuantificar el daño o bien porque existe alguna otra causa que justifique el rechazo de la reclamación, que deberá ser especificada.

b) Contendrá, de forma desglosada y detallada, los documentos, informes o cualquier otra información de que se disponga, que acrediten las razones de la entidad aseguradora para no dar una oferta motivada.

c) Incluirá una mención a que no requiere aceptación o rechazo expreso por el perjudicado, ni afecta al ejercicio de cualesquiera acciones que puedan corresponderle para hacer valer sus derechos.

Decíamos que la nueva regulación prevé que el asegurador tenga conocimiento de un siniestro por cualquier otro medio distinto a la reclamación del perjudicado (como puede ser una comunicación judicial), pero en este caso la obligación del asegurador queda establecida en términos de mayor incertidumbre. Se dice, en concreto, que «deberá observar desde el momento en que conozca por cualquier medio la existencia del siniestro una conducta diligente en la cuantificación del daño y la liquidación de la indemnización». Aquí hay una vía no cerrada desde el punto de vista normativo, para que todas las actuaciones que hemos visto sobre la oferta motivada se desarrollaran de forma paralela a un proceso civil, si bien es posible que los plazos tuvieran que ajustarse. Un ajuste que sólo sería admisible a la baja, esto es, si, por ejemplo, una audiencia previa o una vista (según se trate de un juicio ordinario o verbal) tiene lugar antes de que hubieran transcurrido los tres meses que se le conceden para presentar su oferta, convendría que fuera a la audiencia con su oferta formulada. Una actuación diligente por parte de la aseguradora evitaría posiblemente que en el devengo de intereses de demora se aplicara el artículo 20 de la LCS.

En lo que al desarrollo reglamentario de este precepto se refiere, y que prevé su propio apartado 5, mientras que para la oferta motivada se ha limitado a determinadas precisiones de cara al devengo de intereses por mora –que veremos después–, para la respuesta motivada de indemnización sí se ha completado lo que habrá de ser su contenido.

En efecto, el artículo 18 del nuevo Reglamento del seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto 1507/2008, de 12 de septiembre, señala que la respuesta motivada que habrá de formular el asegurador o el Consorcio de Compensación de Seguros cuando no hubieran presentado la oferta motivada de indemnización por no haber podido de cuantificar plenamente el daño, incluirá, además de lo que ya establece el artículo 7.4 del TRLRCSCVM:

1.º La referencia a los pagos a cuenta o pagos parciales anticipados a cuenta de la indemnización resultante final, atendiendo a la naturaleza y entidad de los daños.

2.º El compromiso de la entidad aseguradora de presentar oferta motivada de indemnización tan pronto como se hayan cuantificado los daños.

3.º El compromiso de la entidad aseguradora de informar motivadamente de la situación del siniestro cada dos meses desde el envío de la respuesta motivada y hasta que se efectúe la oferta motivada de indemnización.

A la vista de estas precisiones queda claro que la emisión de la respuesta motivada no exime de la obligación de presentar la oferta motivada cuando ello sea posible.

Como ya hemos adelantado el artículo 9 del TRLRCSCVM se ocupa de regular la mora del asegurador en caso de incumplimiento de su prestación, mediante una remisión al artículo 20 de la LCS, con una serie de singularidades, que serían las siguientes:

a) No imposición de intereses por mora cuando el asegurador acredite haber presentado al perjudicado la oferta motivada de indemnización dentro del plazo previsto para su emisión y con su contenido preceptivo. Se aclara, no obstante, que la falta de devengo de intereses de demora se limitará a la cantidad ofertada y satisfecha o consignada.

b) Cuando los daños causados a las personas hubiesen de sufrirse por éstas durante más de tres meses o su exacta valoración no pudiera ser determinada a efectos de la presentación de la oferta, el órgano jurisdiccional correspondiente, a la vista de las circunstancias del caso y de los dictámenes e informes que precise, resolverá sobre la suficiencia o ampliación de la cantidad ofrecida y consignada por el asegurador, atendiendo a los criterios y dentro de los límites indemnizatorios fijados en el baremo legal. Se declara que contra esta resolución judicial no cabrá recurso alguno.

c) Cuando finalizado un proceso penal se haya acordado que la suma consignada sea devuelta al asegurador o la consignación realizada en otra forma quede sin efecto y se inicie proceso civil en razón de la indemnización debida por el seguro, se aplicará el artículo 20.4 de la LCS (según el cual los primeros dos años la indemnización por demora que se impondrá por el tribunal será el interés legal del dinero incrementado el 50 por 100), salvo que nuevamente se consigne la indemnización dentro de los 10 días siguientes a la notificación al asegurado del inicio del proceso. En tal supuesto, tampoco se generarán intereses de demora.

El nuevo Reglamento ha desarrollado este precepto sobre la mora del asegurador en lo que se refiere a la oferta motivada. Legalmente ya se ha establecido que en caso de rechazo de la oferta motivada, la consignación de la cantidad ofrecida por la entidad aseguradora evita la mora de ésta, al igual que el pago en plazo de cinco días de la oferta motivada aceptada por el perjudicado.

Quedaba por determinar qué ocurre cuando el perjudicado ni acepta ni rechaza la oferta. La solución ha sido entender que el incumplimiento de esta carga del perjudicado impide la mora del asegurador. En el seno del Ministerio de Justicia esta solución recibió una crítica inicial en tanto que se imponía una conducta al perjudicado que no estaba prevista en la ley. Mi opinión personal es que es una solución justa de cara a evitar conductas de los perjudicados tendentes a buscar incrementar la indemnización por esta vía del interés de demora. Aunque tampoco era la única solución y podía haberse previsto que pasado un plazo (un mes) sin que el perjudicado se pronunciara sobre la oferta se consignaría la cantidad por la aseguradora.

En cambio, sí se atendieron las observaciones del Ministerio de Justicia en relación con el artículo 17 del Reglamento, en lo que se refiere a la oferta motivada de indemnización de daños en los siniestros cuya liquidación y pago se efectúa mediante los convenios de indemnización directa suscritos entre entidades aseguradoras para la tramitación de siniestros. Los dos primeros párrafos se refieren a la indemnización de daños a los bienes, recogiendo lo que ya era práctica habitual del sector. Aquí el pago de la indemnización por los daños causados por el siniestro o su reparación antes de tres meses desde la recepción de la reclamación del perjudicado, sustituye a la obligación de presentación de la oferta motivada.

Las dudas podían surgir respecto a la indemnización de los daños a las personas. Frente a una redacción de dicho precepto en su fase de proyecto, según la cual parecía que el transcurso de tres meses desde la recepción de la reclamación del perjudicado sin que se hubiera satisfecho o reparado los daños a los bienes abría un nuevo plazo trimestral para la presentación de la oferta motivada en relación con la indemnización correspondiente a los daños a las personas, se ha tratado de dejar claro que en tal caso no hay dos plazos sucesivos de tres meses para presentar la oferta motivada.

Por ello el nuevo Reglamento declara con toda claridad que esa oferta motivada de indemnización de daños a las personas, se ha de realizar en el mismo plazo de tres meses desde la reclamación del perjudicado. Y el apartado 2 del mismo artículo 17 del Reglamento subraya que la no reparación de los daños mediante los convenios de indemnización directa entre aseguradoras obliga a éstas a presentar la oferta motivada o, en su caso, la respuesta motivada en el mismo plazo de tres meses que regula el artículo 7 de TRLRCSCVM.

6. CONCLUSIONES

Para finalizar este trabajo queda tan sólo una valoración del camino recorrido por las entidades aseguradoras en lo que se refiere a su participación en el proceso penal. Es sabido que el deseo de éstas hubiera sido la supresión del citado auto de cuantía máxima del seguro de automóvil, pero quizás hubiera sido también un cambio muy profundo frente a lo que es la realidad de este sector.

La nueva regulación instaurada por la Ley 21/2007 sin duda mejora la posición de las entidades aseguradoras en el seno de un proceso penal. La instauración de un único procedimiento para el pago de las indemnizaciones derivadas de los siniestros cubiertos por el seguro obligatorio del automóvil constituye un avance necesario y será el rodaje del mismo el que permita valorar la posibilidad de cambios futuros.

DISPOSICIONES GENERALES

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Cuestiones de inconstitucionalidad

CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD n.º 9610-2009, en relación con el artículo 57.2 del Código Penal, en la redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. («BOE» núm. 1 de 1 de enero de 2010.)

El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 10 de diciembre actual, ha acordado admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad número 9610-2009 planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Mataró, en el procedimiento abreviado 1026/2009, 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 del artículo 25 CE, así como de los artículos 17, 19, 32, 35 y 39 de la CE, y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.1.c) LOTC, en la redacción dada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, reservar para sí el conocimiento de la presente cuestión.

De conformidad con lo establecido en el artículo 37.2 LOTC, en su nueva redacción, quienes sean parte en el procedimiento judicial, procedimiento abre-

viado 1026/2009, podrán personarse ante este Tribunal dentro de los quince días siguientes a la publicación del presente edicto en el «Boletín Oficial del Estado».

Madrid, 10 de diciembre de 2009.–La Secretaria de Justicia del Pleno, *Herminia Palencia Guerra*.

Conflictos constitucionales

CONFLICTO POSITIVO DE COMPETENCIA n.º 10023-2009, en relación con la Orden SAS/2080/2009, de 21 de julio, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones sometidas al régimen general de subvenciones de la Secretaría General de Política Social y Consumo. («BOE» núm. 1 de 1 de enero de 2010.)

El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 10 de diciembre actual, ha admitido a trámite el conflicto positivo de competencia número 10023-2009, promovido por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña, en relación con la Orden SAS/2080/2009, de 21 de julio, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones sometidas al régimen general de subvenciones de la Secretaría General de Polí-

tica Social y Consumo, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.2 LOTC en la redacción dada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, atribuir a la Sala Segunda, a la que por turno objetivo le ha correspondido, el conocimiento del presente conflicto.

Madrid, 10 de diciembre de 2009.–La Secretaria de Justicia del Pleno, *Herminia Palencia Guerra*.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA

Empleados públicos. Nóminas

RESOLUCIÓN de 4 de enero de 2010, de la Secretaría de Estado de Hacienda y Presupuestos, por la que se dictan instrucciones en relación con las nóminas de los funcionarios incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, en los términos de la Disposición Final Cuarta de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, y se actualizan para el año 2010 las cuantías de las retribuciones del personal a que se refieren los correspondientes artículos de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para dicho ejercicio. (Publicada en el «BOE» núm. 4 de 5 de enero de 2010.)

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN

Acuerdos internacionales

CANJE de Notas constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y la República del Ecuador sobre participación en las elecciones municipales de los nacionales

de cada país residentes en el territorio del otro, hecho en Quito el 25 de febrero de 2009. (Publicado en el «BOE» núm. 4 de 5 de enero de 2010.)

ACUERDO entre el Reino de España y Nueva Zelanda sobre participación en determinadas elecciones de los nacionales de cada país residentes en el territorio del otro, hecho en Wellington el 23 de junio de 2009. (Publicado en el «BOE» núm. 5 de 6 de enero de 2010.)

MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN

Seguridad Social

ORDEN TIN/25/2010, de 12 de enero, por la que se desarrollan las normas de cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional, contenidas en la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010. («BOE» núm. 15 de 18 de enero de 2010.)

El artículo 129 de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010, establece las bases y tipos de cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional para el ejercicio 2010, facultando en su apartado quince al Ministro de Trabajo e Inmigración para dictar las normas necesarias para la aplicación y desarrollo de lo previsto en el citado artículo.

A dicha finalidad responde esta orden, mediante la cual se desarrollan las previsiones legales en materia de cotizaciones sociales para el ejercicio 2010. A través

de ella no sólo se reproducen las bases y tipos de cotización reflejados en el texto legal citado, sino que, en desarrollo de las facultades atribuidas por el artículo 110 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, se adaptan las bases de cotización establecidas con carácter general a los supuestos de contratos a tiempo parcial. Respecto de la determinación de las bases mínimas de cotización de los diferentes regímenes del sistema de la Seguridad Social, se tienen en cuenta las previsiones contenidas en el apartado catorce del artículo 129 de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre.

En materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales será de aplicación la tarifa de primas establecida en la disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007, en la redacción dada por la disposición final octava de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre.

A su vez, y de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, en esta orden se fijan los coeficientes aplicables para determinar la cotización a la Seguridad Social en supuestos específicos, como son los de convenio especial, colaboración en la gestión de la Seguridad Social o exclusión de alguna contingencia.

Se fijan los coeficientes para la determinación de las aportaciones a cargo de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social al sostenimiento de los servicios comunes de la Seguridad Social, en función de los criterios técnicos para la liquidación de capitales costes, de pensiones y otras prestaciones periódicas, aportaciones mediante las que se garan-

tiza el mantenimiento del equilibrio financiero entre las entidades colaboradoras señaladas y la Administración de la Seguridad Social.

Esta orden se dicta en uso de las atribuciones conferidas en el artículo 129 de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010, y en la disposición final única del Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social.

En su virtud, de acuerdo con el Consejo de Estado, he dispuesto:

CAPÍTULO I

Cotización a la Seguridad Social

SECCIÓN 1.ª RÉGIMEN GENERAL

Artículo 1. *Determinación de la base de cotización.*

1. Para determinar la base de cotización correspondiente a cada mes por las contingencias comunes en el Régimen General, se aplicarán las siguientes normas:

Primera.—Se computará la remuneración devengada en el mes a que se refiere la cotización.

Segunda.—A la remuneración computada conforme a la norma anterior se añadirá la parte proporcional de las gratificaciones extraordinarias establecidas y de aquellos otros conceptos retributivos que tengan una periodicidad en su devengo superior a la mensual o que no tengan carácter periódico y se satisfagan dentro del ejercicio económico del año 2010. A tal efecto, el importe anual estimado de dichas gratificaciones extraordinarias y demás conceptos retributivos se dividirá por 365, y el cociente que resulte se multiplicará por el número de días que comprenda el período de cotización de cada mes. En el caso de que la remuneración

que corresponda al trabajador tenga carácter mensual, el indicado importe anual se dividirá por 12.

Tercera.—Si la base de cotización que resulte de acuerdo con las normas anteriores no estuviere comprendida entre la cuantía de la base mínima y de la máxima correspondiente al grupo de cotización de la categoría profesional del trabajador, conforme a la tabla establecida en el artículo 3, se cotizará por la base mínima o máxima, según que la resultante sea inferior a aquélla o superior a ésta. La indicada base mínima será de aplicación cualquiera que fuese el número de horas trabajadas diariamente, excepto en aquellos supuestos en que por disposición legal se establece lo contrario.

2. Para determinar la base de cotización correspondiente a cada mes por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales se aplicarán las normas primera y segunda del apartado anterior. La cantidad que así resulte no podrá ser superior al tope máximo ni inferior al tope mínimo correspondiente, previstos ambos en el artículo 2, cualquiera que sea el número de horas traba-

das diariamente, excepto en aquellos supuestos en que por disposición legal se establece lo contrario.

Artículo 2. Topes máximo y mínimo de cotización.

1. El tope máximo de la base de cotización al Régimen General será, a partir de 1 de enero de 2010, de 3.198,00 euros mensuales.

2. A partir de la fecha indicada en el apartado 1, el tope mínimo de cotización para las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional será equivalente al salario mínimo interprofesional vigente en cada momento, incrementado por el prorrateo de las percepciones de vencimiento superior al mensual que perciba el trabajador, sin que pueda ser inferior a 738,90 euros mensuales.

Artículo 3. Bases máximas y mínimas de cotización.

Durante el año 2010, la cotización al Régimen General por contingencias comunes estará limitada para cada grupo de categorías profesionales por las bases mínimas y máximas siguientes:

Grupo de cotización	Categorías profesionales	Bases mínimas – Euros/mes	Bases máximas – Euros/mes
1	Ingenieros y Licenciados. Personal de alta dirección no incluido en el artículo 1.3.c) del Estatuto de los Trabajadores	1.031,70	3.198,00
2	Ingenieros Técnicos, Peritos y Ayudantes Titulados	855,90	3.198,00
3	Jefes Administrativos y de Taller	744,60	3.198,00
4	Ayudantes no Titulados	738,90	3.198,00
5	Oficiales Administrativos	738,90	3.198,00
6	Subalternos	738,90	3.198,00
7	Auxiliares Administrativos	738,90	3.198,00
Grupo de cotización	Categorías profesionales	Bases mínimas – Euros/día	Bases máximas – Euros/día
8	Oficiales de primera y segunda	24,63	106,60
9	Oficiales de tercera y Especialistas	24,63	106,60

Grupo de cotización	Categorías profesionales	Bases mínimas – Euros/día	Bases máximas – Euros/día
10	Peones	24,63	106,60
11	Trabajadores menores de dieciocho años, cualquiera que sea su categoría profesional	24,63	106,60

Artículo 4. *Tipos de cotización.*

A partir de 1 de enero de 2010, los tipos de cotización al Régimen General serán los siguientes:

1. Para las contingencias comunes, el 28,30 por 100, del que el 23,60 por 100 será a cargo de la empresa y el 4,70 por 100 a cargo del trabajador.

2. Para las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales se aplicarán los tipos de la tarifa de primas establecida en la disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007, en la redacción dada por la disposición final octava de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010, siendo a cargo exclusivo de la empresa.

Artículo 5. *Cotización adicional por horas extraordinarias.*

La remuneración que obtengan los trabajadores por el concepto de horas extraordinarias queda sujeta a una cotización adicional, que no será computable a efectos de determinar la base reguladora de las prestaciones.

La cotización adicional por las horas extraordinarias motivadas por fuerza mayor se efectuará aplicando el tipo del 14,00 por 100, del que el 12,00 por 100 será a cargo de la empresa y el 2,00 por 100 a cargo del trabajador.

La cotización adicional por las horas extraordinarias que no tengan la consideración referida en el párrafo anterior se

efectuará aplicando el tipo del 28,30 por 100, del que el 23,60 por 100 será a cargo de la empresa y el 4,70 por 100 a cargo del trabajador.

Artículo 6. *Cotización durante las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, maternidad y paternidad, y en los casos de compatibilidad del subsidio por maternidad o paternidad con períodos de descanso en régimen de jornada a tiempo parcial.*

1. La obligación de cotizar permanece durante las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural y de disfrute de los períodos de descanso por maternidad o paternidad, aunque éstos supongan una causa de suspensión de la relación laboral.

2. En las situaciones señaladas en el apartado anterior, la base de cotización aplicable para las contingencias comunes será la correspondiente al mes anterior al de la fecha de la incapacidad, situaciones de riesgo durante el embarazo o de riesgo durante la lactancia natural, o del inicio del disfrute de los períodos de descanso por maternidad o por paternidad.

Para la aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior se tendrán en cuenta las siguientes reglas:

Primera.–En el supuesto de remuneración que se satisfaga con carácter diario, hubiere o no permanecido en alta en la empresa el trabajador durante todo el mes natural anterior, el importe de la base de cotización de dicho mes se dividirá

por el número de días a que se refiera la cotización. El cociente resultante será la base diaria de cotización, que se multiplicará por el número de días en que el trabajador permanezca en situación de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural o de disfrute de los períodos de descanso por maternidad o por paternidad para determinar la base de cotización durante dicha situación.

Segunda.—Cuando el trabajador tuviera remuneración mensual y hubiese permanecido en alta en la empresa durante todo el mes natural anterior al de la iniciación de dichas situaciones, la base de cotización de ese mes se dividirá por 30. Si no hubiera permanecido en alta en la empresa durante todo el mes natural anterior, el importe de la base de cotización de dicho mes se dividirá por el número de días a que se refiere la cotización. En ambos casos, el cociente resultante será la base diaria de cotización, que se multiplicará por 30 de permanecer todo el mes en la situación de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural o de disfrute de los períodos de descanso por maternidad o por paternidad, o por la diferencia existente entre dicha cifra y el número de días que realmente haya trabajado en dicho mes.

Tercera.—Cuando el trabajador hubiera ingresado en la empresa en el mismo mes en que haya iniciado alguna de las situaciones a que se refiere este artículo, se aplicará a ese mes lo establecido en las reglas precedentes.

3. Lo dispuesto en el apartado anterior será de aplicación para calcular la base de cotización, a efectos de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, durante las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural y maternidad o paternidad. No obstante, y a fin de deter-

minar la cotización que por el concepto de horas extraordinarias corresponde efectuar, se tendrá en cuenta el promedio de las efectivamente realizadas y cotizadas durante el año inmediatamente anterior a la fecha de iniciación de dichas situaciones. A tal efecto, el número de horas realizadas se dividirá por 12 ó 365, según que la remuneración del trabajador se satisfaga o no con carácter mensual.

4. Salvo en los supuestos en que por disposición legal se establece lo contrario, en ningún caso la base de cotización por contingencias comunes, en las situaciones a que se refiere este artículo, podrá ser inferior a la base mínima vigente en cada momento correspondiente a la categoría profesional del trabajador. A tal efecto, el correspondiente subsidio se actualizará a partir de la fecha de entrada en vigor de la nueva base mínima de cotización.

5. En la cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, durante los períodos de baja por incapacidad temporal y otras situaciones con suspensión de la relación laboral con obligación de cotización, continuará siendo de aplicación el tipo de cotización correspondiente a la respectiva actividad económica, de conformidad con la tarifa de primas establecida en la disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007, en la redacción dada por la disposición final octava de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010.

6. Cuando se compatibilice la percepción del subsidio por maternidad o paternidad con el disfrute de los períodos de descanso en régimen de jornada a tiempo parcial, la base de cotización vendrá determinada por los dos sumandos siguientes:

a) Base reguladora del subsidio, en proporción a la fracción de jornada correspondiente al período de descanso.

b) Remuneraciones sujetas a cotización, en proporción a la jornada efectivamente realizada.

Artículo 7. Cotización en la situación de alta sin percibo de remuneración.

1. Cuando el trabajador permanezca en alta en el Régimen General y se mantenga la obligación de cotizar conforme a lo dispuesto en el artículo 106.2 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 junio, sin que perciba remuneración computable, se tomará como base de cotización la mínima correspondiente al grupo de su categoría profesional. A efectos de cotización por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales se tendrá en cuenta el tope mínimo de cotización establecido en el artículo 2.2 de esta orden.

2. Lo dispuesto en el apartado anterior no será de aplicación a las situaciones previstas en la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 27 de octubre de 1992.

Artículo 8. Base de cotización en la situación de desempleo protegido.

1. Durante la percepción de la prestación por desempleo por extinción de la relación laboral, la base de cotización a la Seguridad Social de aquellos trabajadores por los que exista obligación legal de cotizar será la base reguladora de la prestación por desempleo, determinada según lo establecido en el artículo 211.1 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, con respeto, en todo caso, del importe de la base mínima por contingencias comunes prevista para cada categoría profesional, teniendo dicha base la consideración de base de contingencias comunes a efectos de las prestaciones de la Seguridad Social.

2. Durante la percepción de la prestación por desempleo por suspensión

temporal de la relación laboral en virtud de expediente de regulación de empleo o de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal o por reducción temporal de jornada en virtud de expediente de regulación de empleo, la base de cotización a la Seguridad Social de aquellos trabajadores por los que exista obligación legal de cotizar será el equivalente al promedio de las bases de los últimos seis meses de ocupación cotizada, por contingencias comunes y por contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación legal de cotizar.

3. La reanudación de la prestación por desempleo en los supuestos de suspensión del derecho supondrá la reanudación de la obligación de cotizar por la base de cotización indicada en los apartados anteriores correspondiente al momento del nacimiento del derecho.

4. Cuando se hubiese extinguido el derecho a la prestación por desempleo y, en aplicación del artículo 210.3 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, el trabajador opte por reabrir el derecho inicial, la base de cotización a la Seguridad Social será la indicada en el apartado 1 de este artículo, correspondiente al momento del nacimiento del derecho por el que se opta, o, en su caso, las indicadas en el apartado 2 de este artículo, correspondientes al momento del nacimiento del derecho por el que se opta.

5. Durante la percepción de la prestación sólo se actualizará la base de cotización indicada en los anteriores apartados cuando resulte inferior a la base mínima de cotización a la Seguridad Social vigente en cada momento que corresponda al grupo de cotización del trabajador en el momento de producirse la situación legal de desempleo y hasta dicho tope.

Artículo 9. *Cotización en la situación de pluriempleo.*

1. Cuando el trabajador se encuentre en situación de pluriempleo se aplicarán las siguientes normas:

a) Para las contingencias comunes:

Primera.—El tope máximo de las bases de cotización, establecido en 3.198,00 euros mensuales, se distribuirá entre todas las empresas en proporción a la remuneración abonada al trabajador en cada una de ellas.

Segunda.—Cada una de las empresas cotizará por los conceptos retributivos computables que satisfaga al trabajador, con el límite que corresponda a la fracción del tope máximo que se le asigne.

Tercera.—La base mínima correspondiente al trabajador, según su categoría profesional, se distribuirá entre las distintas empresas y será aplicada para cada una de ellas en forma análoga a la señalada para el tope máximo. Si al trabajador le correspondieran diferentes bases mínimas de cotización por su clasificación laboral se tomará para su distribución la base mínima de superior cuantía.

b) Para las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales:

Primera.—El tope máximo de la base de cotización, establecido en 3.198,00 euros mensuales, se distribuirá entre todas las empresas en proporción a la remuneración abonada al trabajador en cada una de ellas.

Segunda.—El tope mínimo de cotización se distribuirá entre las distintas empresas y será aplicado para cada una de ellas en forma análoga a la señalada para el tope máximo.

Tercera.—La base de cotización será para cada empresa la que resulte conforme a lo señalado en el artículo 1, con los límites que se le hayan asignado, según las normas anteriores.

2. En el supuesto de que uno de los empleos conlleve la inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social en los términos indicados en el artículo 97.2.k) del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social y en artículo 21.2 de la Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales, la distribución del tope máximo correspondiente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales sólo se efectuará al objeto de determinar las cuotas correspondientes a las contingencias comúnmente protegidas por ambas modalidades de inclusión, así como los demás conceptos de recaudación conjunta. A tal fin, se efectuará una doble distribución del tope máximo de cotización citado, una de ellas para determinar la cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, así como para Formación Profesional, y la otra para determinar la cotización por Desempleo y para el Fondo de Garantía Salarial.

3. Los prorrateos indicados en los apartados anteriores se llevarán a cabo a petición de las empresas o trabajadores afectados o, en su caso, de oficio, por las direcciones provinciales de la Tesorería General de la Seguridad Social o sus administraciones. La distribución así determinada tendrá efectos a partir de la liquidación de cuotas que corresponda al mes en que se acredite la existencia de la situación de pluriempleo, salvo que se trate de períodos en los que hubiera prescrito la obligación de cotizar.

4. Las direcciones provinciales de la Tesorería General de la Seguridad Social o sus administraciones, de oficio o a instancia del trabajador o empresario afectados, podrán rectificar la distribución entre las distintas empresas, efectuada conforme a lo dispuesto en el apartado 1, cuando de acuerdo con dicha distribución se produzcan desviaciones en las bases de cotización resultantes.

Artículo 10. *Cotización de los artistas.*

1. A partir de 1 de enero de 2010, la base máxima de cotización por contingencias comunes para todas las categorías profesionales de los artistas a que se refiere el artículo 32.3 del Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, será de 3.198,00 euros mensuales.

El tope máximo de las bases de cotización en razón de las actividades realizadas por un artista, para una o varias empresas, tendrá carácter anual y se determinará por la elevación a cómputo anual de la base mensual máxima señalada.

2. Las bases de cotización a cuenta para determinar la cotización de los artistas, previstas en el artículo 32.5.b) del Reglamento general citado en el apartado anterior, serán, a partir de 1 de enero de 2010 y para todos los grupos de cotización, las siguientes:

Retribuciones íntegras	Euros/día
Hasta 362,00 euros	213,00
Entre 362,01 y 651,00 euros.	268,00
Entre 651,01 y 1.089,00 euros.	320,00
Mayor de 1.089,01 euros.....	426,00

Artículo 11. *Cotización de los profesionales taurinos.*

1. A partir de 1 de enero de 2010, la base máxima de cotización por contingencias comunes para todas las categorías de los profesionales taurinos a que se refiere el artículo 33.3 del Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social será de 3.198,00 euros mensuales.

El tope máximo de las bases de cotización para los profesionales taurinos tendrá carácter anual y se determinará por la elevación a cómputo anual de la base mensual máxima señalada.

2. Las bases de cotización para determinar las liquidaciones provisionales por los profesionales taurinos, previstas en el artículo 33.5.b) del Reglamento general mencionado en el apartado anterior, serán, a partir de 1 de enero de 2010 y para cada grupo de cotización, las siguientes:

Grupo de cotización	Euros/día
1	987,00
2	909,00
3	681,00
7	407,00

Artículo 12. *Cotización en el sistema especial para las tareas de manipulado y empaquetado de tomate fresco dentro del Régimen General.*

La cuota por tonelada de tomate fresco empaquetado o fracción de 500 o más kilogramos queda fijada en 1,24 euros.

En los supuestos en que la cotización por tonelada a que se refiere el párrafo anterior resulte inferior al 40 por 100 del total de cotizaciones a la Seguridad Social por contingencias comunes, incluyendo la aportación de los trabajadores, las empresas vendrán obligadas a presentar ante la dirección provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social correspondiente o administración de la misma los documentos acreditativos de las exportaciones realizadas, en la forma y con la periodicidad que determine la Dirección General de la Tesorería General de la Seguridad Social.

SECCIÓN 2.^a RÉGIMEN ESPECIAL AGRARIO

Artículo 13. *Bases y tipos de cotización.*

1. A partir de 1 de enero de 2010, las bases mensuales aplicables para los trabajadores por cuenta ajena, que presten servicios durante todo el mes, serán las siguientes:

Grupo de cotización	Categorías profesionales	Bases de cotización – Euros/mes
1	Ingenieros y Licenciados. Personal de alta dirección no incluido en el artículo 1.3.c) del Estatuto de los Trabajadores	1.031,70
2	Ingenieros Técnicos, Peritos y Ayudantes Titulados	897,00
3	Jefes Administrativos y de Taller	897,00
4	Ayudantes no Titulados	897,00
5	Oficiales Administrativos	897,00
6	Subalternos	897,00
7	Auxiliares Administrativos	897,00
8	Oficiales de primera y segunda	897,00
9	Oficiales de tercera y Especialistas	897,00
10	Peones	897,00
11	Trabajadores menores de dieciocho años, cualquiera que sea su categoría profesional	897,00

Las empresas que opten por esta modalidad de cotización mensual deberán comunicar dicha opción a la Tesorería General de la Seguridad Social al inicio de la actividad de los trabajadores, en los términos y condiciones que determine dicho servicio común de la Seguridad Social.

Esta modalidad de cotización deberá mantenerse durante todo el período de prestación de servicios, cuya finalización deberá comunicarse igualmente a la Tesorería General de la Seguridad Social, en los términos y condiciones que ésta determine.

Cuando los trabajadores inicien o finalicen su actividad sin coincidir con el principio o fin de un mes natural, siempre que dicha actividad tenga una duración de, al menos, 30 días naturales consecuti-

vos, la cotización se realizará con carácter proporcional a los días trabajados en el mes.

Esta modalidad de cotización mensual resultará de aplicación con carácter obligatorio para los trabajadores por cuenta ajena con contrato indefinido, sin incluir entre estos a los que presten servicios con carácter fijo discontinuo, respecto a los cuales tendrá carácter opcional.

2. Las bases diarias de cotización por jornadas reales correspondientes a cada uno de los grupos de trabajadores que realicen labores agrarias por cuenta ajena y que respecto a los cuales no se hubiera optado por la modalidad de cotización prevista en el apartado anterior, serán, a partir de 1 de enero de 2010, las siguientes:

Grupo de cotización	Categorías profesionales	Bases diarias de cotización – Euros
1	Ingenieros y Licenciados. Personal de alta dirección no incluido en el artículo 1.3.c) del Estatuto de los Trabajadores	44,86
2	Ingenieros Técnicos, Peritos y Ayudantes Titulados	39,00

Grupo de cotización	Categorías profesionales	Bases diarias de cotización – Euros
3	Jefes Administrativos y de Taller	39,00
4	Ayudantes no Titulados	39,00
5	Oficiales Administrativos	39,00
6	Subalternos	39,00
7	Auxiliares Administrativos	39,00
8	Oficiales de primera y segunda	39,00
9	Oficiales de tercera y Especialistas	39,00
10	Trabajadores mayores de dieciocho años no cualificados.	39,00
11	Trabajadores menores de dieciocho años, cualquiera que sea su categoría profesional	39,00

Quando se realicen en el mes actual 23 o más jornadas reales, la base de cotización correspondiente a las mismas será la establecida en el apartado 1 de este artículo.

3. En el año 2010, las bases mensuales de cotización aplicables para los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el censo agrario, durante los períodos de inactividad, serán las siguientes:

Grupo de cotización	Categorías profesionales	Bases diarias de cotización – Euros
1	Ingenieros y Licenciados. Personal de alta dirección no incluido en el artículo 1.3.c) del Estatuto de los Trabajadores	1.031,70
2	Ingenieros Técnicos, Peritos y Ayudantes Titulados	855,90
3	Jefes Administrativos y de Taller	744,60
4	Ayudantes no Titulados	738,90
5	Oficiales Administrativos	738,90
6	Subalternos	738,90
7	Auxiliares Administrativos	738,90
8	Oficiales de primera y segunda	738,90
9	Oficiales de tercera y Especialistas	738,90
10	Peones	738,90
11	Trabajadores menores de dieciocho años, cualquiera que sea su categoría profesional	738,90

Se entenderá que existen períodos de inactividad dentro de un mes natural cuando el número de jornadas realizadas durante el mismo sea inferior al 76,67 por ciento de los días naturales en que el trabajador figure inscrito en el censo agrario en dicho mes.

La cotización respecto a estos períodos de inactividad se determinará aplicando la siguiente fórmula:

$$C = [(n/N) - (jr \times 1,304/N)]bc \times tc$$

En la que:

C= Cuantía de la cotización.

n= Número de días en el censo agrario sin cotización por bases mensuales de cotización.

N= Número de días de alta en el censo agrario en el mes natural.

jr= Número de jornadas reales realizadas en el mes natural.

bc= Base de cotización mensual.

tc= Tipo de cotización aplicable, conforme a lo indicado en el apartado 4.b).

En ningún caso, la aplicación de la fórmula anterior podrá dar lugar a que C alcance un valor inferior a cero.

Lo dispuesto en este apartado no resultará de aplicación a los trabajadores que coticen con arreglo a lo establecido en el apartado 1.

4. Los tipos aplicables a la cotización de los trabajadores por cuenta ajena incluidos en este Régimen Especial serán los siguientes:

a) Durante los períodos de actividad:

Para la cotización por contingencias comunes el 20,20 por ciento, siendo el 15,50 por ciento a cargo de la empresa y el 4,70 por ciento a cargo del trabajador.

Para la cotización por contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, se aplicarán los tipos de la tarifa de primas establecida en la disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007, en la redacción dada por la disposición final octava de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, siendo las primas resultantes a cargo exclusivo de la empresa.

b) Durante los períodos de inactividad, el tipo de cotización será el 11,50 por ciento, siendo la cotización resultante a cargo exclusivo del trabajador.

5. Se establecen las siguientes reducciones en las aportaciones empresariales a la cotización a este Régimen Especial.

a) En la cotización respecto a los trabajadores incluidos en el censo agrario a que se refiere el apartado 1, encuadrados en los grupos de cotización 2 al 11, la aportación mensual a satisfacer por la empresa se reducirá en 38,70 euros, en cómputo mensual. Del importe a reducir 34,83 euros/mes se aplicará a la cotización por contingencias comunes y 3,87 euros/mes a la cotización por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

b) En la cotización por jornadas reales respecto a los trabajadores con contrato temporal y fijo discontinuo, encuadrados en los grupos de cotización 2 al 11, ambos inclusive, e incluidos en el censo agrario, la reducción será de 1,68 euros por cada jornada, de los que 1,50 euros se aplicarán a la cotización por contingencias comunes y 0,18 euros a la cotización por contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

No obstante, cuando en la mensualidad de que se trate se hayan realizado 23 o más jornadas reales, los empresarios podrán practicar la reducción prevista en el párrafo a).

c) Las reducciones en la cotización por contingencias comunes que procedieran en virtud de lo establecido en los párrafos a) y b) anteriores, se aplicarán sobre las cuotas que resulten de lo previsto en el artículo 30, apartados 3 y 4, en aquellos casos en que sean también de aplicación las bonificaciones y reducciones a que se refiere dicho artículo.

6. Durante la percepción de la prestación por desempleo, si corresponde cotizar en el Régimen Especial Agrario, la base de cotización será la base mínima del Régimen General de la Seguridad Social que corresponda al grupo de cotización del trabajador en el momento de producirse la situación legal de desempleo, o en el que cesó la obligación de cotizar.

Dicha base de cotización se actualizará conforme a la base vigente en cada momento que corresponda al grupo de cotización del trabajador en el momento de producirse la situación legal de desempleo o en el que cesó la obligación de cotizar.

SECCIÓN 3.ª RÉGIMEN ESPECIAL DE LOS TRABAJADORES POR CUENTA PROPIA O AUTÓNOMOS

Artículo 14. *Bases y tipos de cotización.*

A partir de 1 de enero de 2010, las bases y el tipo de cotización por contingencias comunes a este Régimen Especial serán los siguientes:

1. Tipo de cotización: el 29,80 por 100.

No obstante, cuando el trabajador por cuenta propia o autónomo no tenga en dicho régimen la protección por incapacidad temporal, el tipo de cotización será el 26,50 por 100.

Los trabajadores incluidos en este Régimen Especial que no tengan cubierta la protección dispensada a las contingencias derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, efectuarán una cotización adicional equivalente al 0,1 por 100, aplicado sobre la base de cotización elegida, para la financiación de las prestaciones previstas en los capítulos IV quáter y IV quinquies, del título II, de la Ley General de la Seguridad Social.

2. Bases de cotización:

2.1 Base mínima de cotización: 841,80 euros mensuales.

2.2 Base máxima de cotización: 3.198,00 euros mensuales.

3. La base de cotización para los trabajadores que, a 1 de enero de 2010, sean menores de cincuenta años de edad será la elegida por éstos, dentro de los

límites que representan las bases mínima y máxima.

4. Los trabajadores cuyo alta en este Régimen Especial se haya practicado de oficio, como consecuencia, a su vez, de una baja de oficio en el Régimen General de la Seguridad Social o en otro régimen de trabajadores por cuenta ajena, podrán optar, cualquiera que sea su edad en el momento de causar alta, entre mantener la base de cotización por la que venían cotizando en el régimen en que causaron baja o elegir una base de cotización aplicando las reglas generales previstas, a tales efectos, en este Régimen Especial.

5. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, la base de cotización de los trabajadores autónomos que, a 1 de enero de 2010, tengan cumplida la edad de cincuenta o más años estará comprendida entre las cuantías de 907,50 y 1.665,90 euros mensuales, salvo que se trate del cónyuge supérstite del titular del negocio que, como consecuencia del fallecimiento de éste, haya tenido que ponerse al frente del mismo y darse de alta en este Régimen Especial con cuarenta y cinco o más años de edad, en cuyo caso la elección de bases estará comprendida entre las cuantías de 841,80 y 1.665,90 euros mensuales.

No obstante, la base de cotización de los trabajadores autónomos que con anterioridad a los cincuenta años hubieran cotizado en cualquiera de los regímenes del sistema de la Seguridad Social cinco o más años, tendrán las siguientes cuantías:

a) Si la última base de cotización acreditada hubiera sido igual o inferior a 1.649,40 euros mensuales, se habrá de cotizar por una base comprendida entre 841,80 euros mensuales y 1.665,90 euros mensuales.

b) Si la última base de cotización acreditada hubiera sido superior a 1.649,40 euros mensuales, se habrá de cotizar por una base comprendida entre 841,80 euros mensuales y el importe de aquélla incre-

mentado en un porcentaje igual al aumento que haya experimentado la base máxima de cotización de este Régimen Especial.

6. Los trabajadores autónomos dedicados a la venta ambulante o a domicilio (CNAE-09. 4781 Comercio al por menor en mercados y mercadillos de alimentos, bebidas y tabaco; 4782 Comercio al por menor en mercados y mercadillos de textiles, prendas de vestir y calzado; 4789 Otro comercio al por menor en mercados y mercadillos no mencionados anteriormente; y 4799 Comercio al por menor a domicilio y 4799 Comercio al por menor por medio de máquinas expendedoras o vendedores ambulantes), podrán elegir como base mínima de cotización durante el año 2010, 841,80 euros mensuales, o una base de cotización de 738,90 euros mensuales.

Los trabajadores autónomos dedicados a la venta a domicilio (CNAE 4799 Comercio al por menor a domicilio) podrán también elegir como base mínima de cotización durante el año 2010 841,80 euros mensuales, o una base de cotización de 462,90 euros mensuales.

7. Lo previsto en el párrafo primero del apartado 6 será de aplicación a los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado dedicados a la venta ambulante, que perciban ingresos directamente de los compradores.

En tales casos, en el supuesto en que se acredite que la venta ambulante se lleva a cabo durante un máximo de tres días a la semana en mercados tradicionales o «mercadillos», con horario de venta inferior a ocho horas al día, se podrá elegir entre cotizar por una base de 841,80 euros mensuales, o una base de 462,90 euros mensuales.

La elección de bases de cotización prevista en el párrafo precedente también será de aplicación a las personas que se dediquen de forma individual a la venta ambulante, durante un máximo de tres

días a la semana, en mercados tradicionales o «mercadillos» con horario de venta inferior de ocho horas al día, siempre que no dispongan de establecimiento fijo propio, ni produzcan los artículos o productos que vendan.

En cualquier caso, se deberá cotizar obligatoriamente por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, aplicando, sobre la base de cotización elegida, la tarifa de primas a que se refiere el apartado 9.

8. En los supuestos a los que se refieren los apartados 6 y 7, por tratarse de actividades exclusivas de venta, no están incluidos aquellos casos en los que, además, se fabrican o elaboran los productos objeto de venta.

9. Para las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales se aplicarán los tipos de la tarifa de primas establecida en la disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, en la redacción dada por la disposición final octava de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, sobre la misma base de cotización elegida por los interesados para contingencias comunes.

10. Los trabajadores autónomos que, en razón de su trabajo por cuenta ajena desarrollado simultáneamente, hayan cotizado en 2009, respecto de contingencias comunes en régimen de pluriactividad y teniendo en cuenta tanto las aportaciones empresariales como las correspondientes al trabajador en el Régimen General, así como las efectuadas en el Régimen Especial, por una cuantía igual o superior a 10.752 euros, tendrán derecho a una devolución del 50 por ciento del exceso en que sus cotizaciones ingresadas superen la mencionada cuantía, con el tope del 50 por ciento de las cuotas ingresadas en el Régimen Especial, en razón de su cotización por las contingencias comunes de cobertura obligatoria.

La devolución se efectuará a instancia del interesado, que habrá de formularla en los cuatro primeros meses de 2010.

11. Los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado dedicados a la venta ambulante que, con anterioridad al 31 de diciembre de 2008, vianeran encuadrados en el Régimen General y que, en razón de lo establecido en el artículo 120.Cuatro.8 de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009, hayan quedado incluidos, a efectos de la Seguridad Social, en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, tendrán derecho, durante 2010, a una reducción del 50 por 100 de la cuota a ingresar.

La reducción se aplicará sobre la cuota que resulte de aplicar, sobre la base mínima elegida de conformidad con lo previsto en el apartado 7, el tipo de cotización aplicable de acuerdo con lo previsto en el apartado 1 de este artículo.

Artículo 15. Bases y tipos de cotización en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios, establecido en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.

1. A partir de 1 de enero de 2010, las bases y tipos de cotización por contingencias comunes a este Sistema Especial serán las siguientes:

a) Respecto de las contingencias de cobertura obligatoria, cuando el trabajador haya optado por elegir como base de cotización la base mínima aplicable en este Régimen Especial, fijada para el año 2010 en 841,80 euros mensuales, el tipo de cotización aplicable será el 18,75 por 100.

Si el trabajador cotizara por una base de cotización superior a dicha base mínima, a la cuantía que exceda de esta última le será de aplicación el tipo de cotización del 28,30 por 100.

b) Respecto a la mejora voluntaria de la incapacidad temporal por contingencias comunes, el tipo de cotización a aplicar a la cuantía completa de la base de cotización del interesado será del 3,30 por 100.

2. Para las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales se estará a lo dispuesto en el artículo 14.9.

En el supuesto de trabajadores que habiendo estado encuadrados en el Régimen Especial Agrario hayan pasado a incorporarse a este Sistema Especial y no hubiesen optado por la cobertura de la totalidad de las contingencias profesionales, se seguirá abonando, en concepto de cobertura de las contingencias de invalidez y muerte y supervivencia, una cuota resultante de aplicar a la base de cotización elegida el tipo del 1,00 por 100.

3. Igualmente, los trabajadores incluidos en este Sistema Especial que no hayan optado por dar cobertura, en el ámbito de protección dispensada, a la totalidad de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, efectuarán una cotización adicional equivalente al 0,1 por 100, aplicado sobre la base de cotización elegida, para la financiación de las prestaciones previstas en los capítulos IV quáter y IV quinquies, del título II, de la Ley General de la Seguridad Social.

SECCIÓN 4.^a RÉGIMEN ESPECIAL DE LOS EMPLEADOS DE HOGAR

Artículo 16. Base y tipos de cotización.

1. La base y el tipo de cotización a este Régimen Especial serán, a partir de 1 de enero de 2010, los siguientes:

Base de cotización: 738,90 euros mensuales.

Tipo de cotización: 22,00 por 100.

Cuando, de conformidad con la normativa vigente, proceda la distribución

del tipo de cotización señalado anteriormente, ésta se realizará de la siguiente forma: a cargo del empleador el 18,30 por 100 y del empleado de hogar el 3,70 por 100. Cuando el empleado de hogar preste sus servicios con carácter parcial o discontinuo a uno o más empleadores será de su exclusivo cargo el tipo de cotización señalado anteriormente.

2. Además de la cotización establecida en el apartado anterior, durante el año 2010, los trabajadores incluidos en este Régimen Especial efectuarán una cotización adicional para la financiación de las prestaciones previstas en los capítulos IV quáter y IV quinquies, del título II, de la Ley General de la Seguridad Social, equivalente al 0,1 por 100, aplicado sobre la base única de cotización.

La cotización adicional, en el caso de trabajadores a tiempo completo, será por cuenta exclusiva del empleador.

SECCIÓN 5.^a RÉGIMEN ESPECIAL DE LOSTRABAJADORES DEL MAR

Artículo 17. *Normas aplicables.*

1. Lo previsto en la sección 1.^a de este capítulo será de aplicación al Régimen Especial de los Trabajadores del Mar, sin perjuicio, en su caso y para la cotización por contingencias comunes, de lo dispuesto en la Orden de 22 de noviembre de 1974 y de lo establecido para la cotización de los trabajadores incluidos en los grupos segundo y tercero, a los que se refiere el artículo 19.6 del texto refundido de las Leyes 116/1969, de 30 de diciembre, y 24/1972, de 21 de junio, aprobado por el Decreto 2864/1974, de 30 de agosto.

2. A partir de 1 de enero de 2010, el tipo de cotización por contingencias comunes de los trabajadores por cuenta propia será el 29,80 por 100.

SECCIÓN 6.^a RÉGIMEN ESPECIAL PARA LA MINERÍA DEL CARBÓN

Artículo 18. *Peculiaridades en la cotización en el Régimen Especial para la Minería del Carbón.*

1. Durante la percepción de la prestación por desempleo, si corresponde cotizar en el Régimen Especial para la Minería del Carbón, la base de cotización será la normalizada vigente que corresponda a la categoría o especialidad profesional del trabajador en el momento de producirse la situación legal de desempleo. Tal base de cotización se actualizará conforme a la base vigente en cada momento que corresponda a la categoría o especialidad profesional del trabajador en el momento de producirse la situación legal de desempleo.

2. La cotización por contingencias comunes, respecto de los trabajadores pertenecientes a categorías o especialidades profesionales de nueva creación que no tengan asignada la correspondiente base normalizada, y hasta que ésta se determine, se realizará en función de la base de cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Este criterio será también de aplicación a los supuestos de categorías o especialidades profesionales que, habiendo desaparecido, vuelvan a crearse de nuevo.

3. La cotización en el convenio especial suscrito en el Régimen Especial para la Minería del Carbón, se efectuará del siguiente modo:

3.1 Categorías o especialidades profesionales que tienen fijada base normalizada de cotización, en el momento de suscripción del convenio especial.

En los supuestos señalados, se aplicarán las siguientes reglas:

Primera.—La base inicial de cotización correspondiente al convenio especial será la base normalizada vigente en el momento de la suscripción del convenio

para la categoría o especialidad profesional a la que pertenecía el trabajador. Las sucesivas bases de cotización serán equivalentes a las bases normalizadas que, en cada ejercicio económico, se fijen para la respectiva categoría o especialidad profesional.

Segunda.—Si la base normalizada de la categoría o especialidad profesional de que se trate tuviese, en el ejercicio económico correspondiente, un importe inferior a la base del convenio especial, ésta permanecerá inalterada hasta que la base normalizada que se fije sea de una cuantía igual o superior a la del convenio especial.

Tercera.—En el supuesto de que desaparezca la categoría o especialidad profesional a la que perteneció, en su momento, el trabajador que suscribió el convenio especial, la base de cotización del convenio especial podrá ser actualizada de acuerdo con lo establecido en el artículo 6.2.2 de la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el sistema de la Seguridad Social, pudiendo incrementarse dicha base, como máximo, en el porcentaje de variación de la base mínima de cotización en el Régimen General.

A partir del momento en que vuelva a fijarse la base normalizada de cotización para la categoría o especialidad profesional correspondiente, al crearse de nuevo, la base de cotización en el convenio especial será dicha base normalizada, sin perjuicio de lo señalado en la regla segunda.

3.2 Categorías o especialidades profesionales de nueva creación que no tienen fijada base normalizada en el momento de la suscripción del convenio especial.

En los supuestos indicados, la base de cotización, en el momento de suscripción del convenio especial, será la que resulte de aplicar el procedimiento establecido en el artículo 6.2.1.b) de la

Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre. La base inicial así determinada será sustituida por la base normalizada que, para la categoría o especialidad profesional, se fije por el Ministerio de Trabajo e Inmigración.

4. A efectos de determinar la cotización por los pensionistas de incapacidad permanente, en los supuestos referidos en los artículos 20 y 22 de la Orden de 3 de abril de 1973, para la aplicación y desarrollo del Decreto 298/1973, de 8 de febrero, y cuando no exista base normalizada de cotización correspondiente a la categoría o especialidad profesional que ocupaban los pensionistas, en todos o en alguno de los períodos que han de tomarse en cuenta para el cálculo de la pensión de jubilación y a efectos de determinar las cantidades a deducir de la pensión de jubilación, se aplicarán las siguientes reglas:

Primera.—Se tendrá en cuenta como base de cotización y por los períodos indicados la base de cotización fijada para la categoría o especialidad profesional de que se trate, antes de su desaparición.

Segunda.—La citada base de cotización se incrementará aplicándola el porcentaje de incremento que haya experimentado la base mínima de cotización en el Régimen General correspondiente al grupo de cotización en que estuviese encuadrada la categoría o especialidad profesional a las que perteneciese, en su momento, el trabajador.

5. A efectos del cálculo de las bases de cotización normalizadas, la Tesorería General de la Seguridad Social tomará los días trabajados y de alta que figuren en el Fichero General de Afiliación, según la información facilitada por las empresas del sector de acuerdo con las obligaciones que establece el Reglamento general de inscripción, afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social,

aprobado por el Real Decreto 84/1996, de 26 de enero.

SECCIÓN 7.^a COEFICIENTES REDUCTORES DE LA COTIZACIÓN APLICABLES A LAS EMPRESAS EXCLUIDAS DE ALGUNA CONTINGENCIA Y A LAS EMPRESAS COLABORADORAS

Artículo 19. *Coefficientes aplicables a las empresas excluidas de alguna contingencia.*

Desde el 1 de enero de 2010, los coeficientes reductores que han de aplicarse a las cuotas devengadas por las empresas excluidas de alguna contingencia serán los siguientes:

a) En las empresas excluidas de la contingencia de incapacidad temporal derivada de enfermedad común o accidente no laboral, se aplicará el coeficiente 0,055, correspondiendo el 0,046 a la cuota empresarial, y el 0,009 a la cuota del trabajador.

b) En los supuestos a que se refiere el segundo inciso del primer párrafo del apartado 2 de la disposición transitoria quinta del Real Decreto 480/1993, de 2 de abril, por el que se integra en el Régimen General de la Seguridad Social el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Funcionarios de la Administración Local, se aplicará el coeficiente 0,045, correspondiendo el 0,034 a la cuota empresarial y el 0,011 a la cuota a cargo del trabajador.

Artículo 20. *Coefficientes aplicables a las empresas autorizadas a colaborar voluntariamente en la gestión de la Seguridad Social.*

Desde el día 1 de enero de 2010, el coeficiente reductor aplicable a las empresas autorizadas para colaborar voluntariamente en la gestión de la prestación económica de incapacidad temporal derivada de enfermedad común o accidente no laboral, en la modalidad prevista en el artículo 77.1.d), del texto refundido de la

Ley General de la Seguridad Social, será el 0,055 sobre la cuota que les correspondería satisfacer de no existir la colaboración.

Artículo 21. *Aplicación de los coeficientes reductores.*

El importe a deducir de la cotización en los supuestos referidos en los artículos anteriores se determinará multiplicando por los coeficientes señalados o la suma de los mismos, en su caso, la cuota íntegra resultante de aplicar el tipo único vigente a las correspondientes bases de cotización.

SECCIÓN 8.^a COEFICIENTES APLICABLES PARA DETERMINAR LA COTIZACIÓN EN LOS SUPUESTOS DE CONVENIO ESPECIAL

Artículo 22. *Coefficientes aplicables.*

1. En el convenio especial se aplicarán, a partir de 1 de enero de 2010, los siguientes coeficientes:

a) Cuando el convenio especial tenga por objeto la cobertura de todas las prestaciones derivadas de contingencias comunes a excepción de los subsidios por incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, maternidad y paternidad, el 0,94.

b) Cuando el convenio especial se hubiera suscrito con anterioridad a 1 de enero de 1998 y tenga por objeto la cobertura de las prestaciones de jubilación e incapacidad permanente y muerte y supervivencia, derivadas de contingencias comunes, y servicios sociales, el 0,77.

c) En los supuestos de convenio especial suscrito con anterioridad a 1 de enero de 1998 por trabajadores contratados a tiempo parcial y en los supuestos de reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario, el 0,77. Si el convenio especial se hubiera suscrito con posterioridad a 1 de enero de 1998, en los indicados supuestos o

durante la situación de alta especial motivada por huelga legal o cierre patronal, el 0,94.

d) En los supuestos de trabajadores perceptores del subsidio de desempleo, con derecho a cotización por la contingencia de jubilación, que suscriban el convenio especial regulado por el artículo 24 de la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre:

Por la totalidad de la base de cotización elegida por el interesado, para la cobertura de las contingencias de incapacidad permanente y muerte y supervivencia, el 0,14.

Por la diferencia entre dicha base de cotización y aquella por la que cotice en cada momento el Servicio Público de Empleo Estatal, para la cobertura de la contingencia de jubilación, el 0,80.

Si el convenio especial se hubiera suscrito con anterioridad a 1 de enero de 1998 o trajera su causa de expedientes de regulación de empleo autorizados con anterioridad a esa misma fecha, se aplicarán los siguientes coeficientes:

Por la totalidad de la base de cotización elegida por el interesado, para la cobertura de las contingencias de incapacidad permanente y muerte y supervivencia, el 0,33.

Por la diferencia entre dicha base de cotización y aquella por la que cotice en cada momento el Servicio Público de Empleo Estatal, para la cobertura de la contingencia de jubilación, el 0,40.

e) En los convenios especiales regulados por el Real Decreto 2805/1979, de 7 de diciembre, sobre inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de los españoles no residentes en territorio nacional que ostenten la condición de funcionarios o empleados de organizaciones internacionales intergubernamentales, cuando se hubieren suscrito antes de 1 de enero de 2000, se aplicará el 0,77.

A los suscritos con posterioridad a dicha fecha les será de aplicación el 0,94.

f) En los supuestos de convenio especial suscrito por quienes pasen a prestar servicios en la Administración de la Unión Europea, para la cobertura de las prestaciones por incapacidad permanente, el 0,27.

g) En los convenios especiales suscritos al amparo del Real Decreto 996/1986, de 25 de abril, por el que se regula la suscripción de convenio especial de emigrantes e hijos de emigrantes, se aplicará el 0,77.

h) En los convenios especiales suscritos al amparo del Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia, se aplicará el 0,77. Igualmente, se efectuará una cotización por formación profesional en una cuantía equivalente al 0,20 por 100 de la base de cotización a que se refiere el artículo 4.1 del citado real decreto.

2. Para determinar la cotización en los supuestos señalados en el apartado anterior se calculará la cuota íntegra aplicando a la base de cotización que corresponda el tipo único de cotización vigente en el Régimen General, y el resultado obtenido se multiplicará por el coeficiente que en cada caso corresponda, constituyendo el producto que resulte la cuota a ingresar.

SECCIÓN 9.ª COEFICIENTES APLICABLES PARA DETERMINAR LA COTIZACIÓN EN SUPUESTOS DE SUBSIDIO POR DESEMPEÑO DE NIVEL ASISTENCIAL

Artículo 23. *Determinación de los coeficientes.*

1. Para determinar la cotización que corresponde efectuar por los trabajadores beneficiarios del subsidio de desempleo a que se refiere el artículo 218 del texto

refundido de la Ley General de la Seguridad Social, se aplicará el coeficiente reductor 0,20, a deducir de la cuota íntegra resultante.

2. Para determinar la cotización que corresponde efectuar por los beneficiarios del subsidio por desempleo a que se refiere el artículo 215 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, cuando se trate de trabajadores por cuenta ajena de carácter fijo incluidos en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, se cotizará a la Seguridad Social por la base mínima de cotización vigente en cada momento aplicando un coeficiente reductor del 0,69, a deducir de la cuota íntegra resultante, y en los supuestos a que se refiere el apartado 1 anterior se aplicará el coeficiente reductor indicado en ese apartado.

SECCIÓN 10.ª FINANCIACIÓN DE LAS FUNCIONES Y ACTIVIDADES ATRIBUIDAS A LAS MUTUAS DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN RELACIÓN CON LA COBERTURA DE LA PRESTACIÓN ECONÓMICA DE INCAPACIDAD TEMPORAL

Artículo 24. Determinación de la fracción de cuota.

1. La financiación de las funciones y actividades atribuidas a las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social para la gestión de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes a favor de los trabajadores de las empresas asociadas que hayan optado por formalizar la cobertura con ellas se efectuará durante el año 2010 mediante la fracción de cuota a que se refiere el artículo 71.2 del Reglamento sobre colaboración de dichas entidades, aprobado por el Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre, aplicando el coeficiente del 0,06 sobre la cuota íntegra obtenida por dichas empresas como resultado de aplicar el tipo único vigente de

cotización por contingencias comunes a las correspondientes bases de cotización. Dicho porcentaje podrá elevarse hasta el 0,062 para aquellas mutuas que acrediten un coeficiente de población protegida en contingencias comunes superior al porcentaje que se determine de los afiliados en contingencias profesionales, o bien registren un porcentaje de procesos de incapacidad temporal por contingencias comunes superior al que se fije por población protegida, o bien acrediten la insuficiencia financiera del coeficiente general en base a circunstancias estructurales, todo ello en los términos que con la suficiente antelación se determinen por la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, mediante resolución dictada al efecto y publicada en el «Boletín Oficial del Estado».

2. La fracción de cuota prevista en el artículo 76.2 del Reglamento citado en el apartado anterior, que deben percibir las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social para la financiación de la cobertura de la prestación económica por incapacidad temporal de los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos y de los trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios, se fija para el ejercicio del año 2010 en el resultado de aplicar el tipo del 3,30 por 100 a la correspondiente base de cotización.

SECCIÓN 11.ª COEFICIENTES APLICABLES PARA DETERMINAR LAS APORTACIONES A CARGO DE LAS MUTUAS DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y EMPRESAS COLABORADORAS PARA EL SOSTENIMIENTO DE LOS SERVICIOS COMUNES

Artículo 25. Coeficientes aplicables.

1. Las aportaciones de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades

profesionales de la Seguridad Social para el sostenimiento de los servicios comunes de la Seguridad Social, a que se refiere el artículo 75 del Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, se determinarán aplicando el coeficiente del 16,00 por 100.

La Tesorería General de la Seguridad Social aplicará el coeficiente señalado en el párrafo anterior sobre las cuotas ingresadas que correspondan a cada una de las mutuas afectadas, una vez descontada la parte relativa al reaseguro obligatorio.

2. Se fija en el 31,00 por 100 el coeficiente para determinar la cantidad que deben ingresar las empresas autorizadas a colaborar en la gestión de la asistencia sanitaria e incapacidad temporal derivadas de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, en concepto de aportación para el sostenimiento de los servicios comunes de la Seguridad Social y de contribución a los demás gastos generales y a las exigencias de solidaridad nacional.

El citado coeficiente se aplicará a las cuotas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales recaudadas por incapacidad permanente y muerte y supervivencia.

SECCIÓN 12.^a COTIZACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL EN SUPUESTOS ESPECIALES

Artículo 26. *Incremento en la cuota empresarial por contingencias comunes en los contratos temporales de corta duración.*

En los contratos de carácter temporal cuya duración efectiva sea inferior a siete días la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes se incrementará en un 36 por 100. Dicho incremento no será de aplicación a los contratos de interinidad.

Artículo 27. *Cotización en los supuestos de abono de salarios con carácter retroactivo.*

1. Cuando hayan de abonarse salarios con carácter retroactivo, el ingreso de las liquidaciones que deban de efectuarse a la Seguridad Social, Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional, como consecuencia de ellos, se realizará en los plazos señalados en el artículo 56.1.c) del Reglamento general de recaudación de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio.

En dichos supuestos, el ingreso se efectuará mediante la correspondiente liquidación complementaria, a cuyo fin se tomarán las bases, topes, tipos y condiciones vigentes en los meses a que los citados salarios correspondan.

2. De igual forma se liquidarán aquellas gratificaciones que no puedan ser objeto de cuantificación anticipada total o parcialmente, a efectos del prorrateo establecido en el artículo 1, a cuyo fin las empresas deberán formalizar una liquidación complementaria por las diferencias de cotización relativas a los meses del año ya transcurridos, e incrementar, en la parte que corresponda, las cotizaciones pendientes de ingresar durante el ejercicio económico del año 2010.

3. Las liquidaciones complementarias a que se refieren los apartados anteriores se confeccionarán con detalle separado de cada uno de los meses transcurridos.

Artículo 28. *Cotización por percepciones correspondientes a vacaciones devengadas y no disfrutadas.*

Las percepciones correspondientes a vacaciones anuales devengadas y no disfrutadas y que sean retribuidas a la finalización de la relación laboral serán objeto de liquidación y cotización complemen-

taria a la del mes de la extinción del contrato.

La liquidación y cotización complementaria comprenderán los días de duración de las vacaciones, aun cuando alcancen también el siguiente mes natural o se inicie una nueva relación laboral durante los mismos, sin prorrateo alguno y con aplicación, en su caso, del tope máximo de cotización correspondiente al mes o meses que resulten afectados.

No obstante lo establecido en el párrafo anterior, en los supuestos en que, mediante ley o en ejecución de la misma, se establezca que la remuneración a percibir por el trabajador deba incluir la parte proporcional correspondiente a las vacaciones devengadas, se aplicarán las normas generales de cotización.

Artículo 29. Cotización por los salarios de tramitación.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 209.6 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, el empresario es el sujeto responsable del cumplimiento de la obligación de cotizar por los salarios de tramitación en los supuestos a que se refiere el artículo 56 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, sin perjuicio de su derecho a reclamar del Estado el importe de las cuotas correspondientes a dichos salarios en los términos previstos en el artículo 57.2 de esta última ley, y en el Real Decreto 924/1982, de 17 de abril, sobre reclamaciones al Estado por salarios de tramitación en juicios de despido y demás disposiciones complementarias.

El ingreso de las cuotas correspondientes se efectuará en el plazo previsto en el artículo 56.1.c).4.º del Reglamento general de recaudación de la Seguridad Social.

Artículo 30. Tipo de cotización en supuestos especiales.

1. El tipo de cotización por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes en los supuestos a que se refiere el artículo 112 bis del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, será el 1,70 por 100, del que el 1,42 por 100 será a cargo de la empresa y el 0,28 por 100 a cargo del trabajador. Este último porcentaje será asimismo el aplicable para determinar la aportación del trabajador en la cotización por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes en los supuestos a que se refiere la disposición adicional vigésima de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

2. El tipo de cotización por incapacidad temporal en los supuestos a que se refiere la disposición adicional trigésima segunda del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, será el 3,30 por 100 para los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial de los Trabajadores del Mar y para los trabajadores por cuenta propia o autónomos y trabajadores por cuenta propia agrarios incluidos en el Sistema Especial a que se refiere el artículo 15 de esta orden.

3. A efectos de la aplicación tanto de las bonificaciones previstas en el artículo 4.1 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, como de las reducciones establecidas en la disposición adicional cuarta de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, se tomarán en cuenta las cuotas resultantes de aplicar a la correspondiente base de cotización el tipo de cotización del 22,18 por 100. En relación con los trabajadores por cuenta ajena del Régimen Especial Agrario dichas bonificaciones y reducciones se determinarán sobre las cuotas resultantes de aplicar a la correspondiente base de cotización el tipo de cotización del 14,57 por 100.

4. En desarrollo de lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, se aplicarán las siguientes bonificaciones:

a) Los contratos que, con anterioridad a 1 de enero de 2007, se hubiesen transformado en indefinidos darán derecho a una bonificación en la cotización empresarial al Régimen Especial Agrario de 2,17 euros por cada día cotizado durante el mes natural, en el supuesto a que se refiere el artículo 13.1, y de 2,71 euros por cada jornada real cotizada, en el supuesto a que se refiere el artículo 13.2, con el máximo de 800 euros anuales en ambos casos.

b) Los contratos indefinidos a tiempo completo celebrados con trabajadores desempleados con responsabilidades familiares a partir del 3 de diciembre de 2008 darán derecho a una bonificación en la cotización empresarial al Régimen Especial Agrario de 4,07 euros por cada día cotizado durante el mes natural, en el supuesto a que se refiere el artículo 13.1, y de 5,08 euros por cada jornada real cotizada, en el supuesto a que se refiere el artículo 13.2, con el máximo de 125 euros mensuales y de 1.500 euros anuales en ambos casos.

5. La suma de las bonificaciones y reducciones a que se refieren los apartados 3 y 4 de este artículo y el apartado 5 del artículo 13 no podrá superar el importe de la cuota correspondiente.

6. En relación con los bomberos a que se refiere el Real Decreto 383/2008, de 14 de marzo, por el que se establece el coeficiente reductor de la edad de jubilación en favor de los bomberos al servicio de las administraciones y organismos públicos, procederá aplicar un tipo de cotización adicional del 6,50 por ciento, del que el 5,42 por ciento será a cargo de la empresa y el 1,08 por ciento a cargo del trabajador.

7. En relación con los miembros del Cuerpo de la Ertzaintza a que se refiere la

disposición adicional cuadragésima séptima del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, y sin perjuicio de lo previsto en el apartado 4 de la misma, procederá aplicar un tipo de cotización adicional del 4 por ciento, del que el 3,34 por ciento será a cargo de la empresa y el 0,66 por ciento a cargo del trabajador.

CAPÍTULO II

Cotización por Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional

Artículo 31. *Bases y tipos de cotización.*

1. La base de cotización por Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional, en todos los regímenes de la Seguridad Social que tengan cubiertas tales contingencias, a excepción del Régimen Especial Agrario, al que le es de aplicación lo dispuesto en el artículo 32, y los trabajadores incluidos en los grupos segundo y tercero del Régimen Especial de los Trabajadores del Mar, cuya base de cotización será determinada mediante orden del Ministerio de Trabajo e Inmigración, será la correspondiente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Con independencia de su inclusión en la base de cotización por desempleo, en el cálculo de la base reguladora de la prestación se excluirá la retribución por horas extraordinarias, según dispone el artículo 211.1 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

2. Los tipos de cotización por Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional serán, a partir de 1 de enero de 2010, los siguientes:

2.1 Desempleo:

2.1.1 Contratación indefinida, incluidos los contratos indefinidos a tiempo parcial y fijos discontinuos, así como la

contratación de duración determinada en las modalidades de contratos formativos en prácticas, de relevo, de interinidad y contratos, cualquiera que sea la modalidad utilizada, realizados con trabajadores que tengan reconocido un grado de discapacidad no inferior al 33 por ciento: 7,05 por 100, del que el 5,50 por 100 será a cargo de la empresa y el 1,55 por 100 a cargo del trabajador.

2.1.2 Contratación de duración determinada:

2.1.2.1 Contratación de duración determinada a tiempo completo: 8,30 por 100, del que el 6,70 por 100 será a cargo del empresario y el 1,60 por 100 a cargo del trabajador.

2.1.2.2 Contratación de duración determinada a tiempo parcial: 9,30 por 100, del que el 7,70 por 100 será a cargo del empresario y el 1,60 por 100 a cargo del trabajador.

2.1.3 Transformación de la contratación de duración determinada en contratación de duración indefinida: Cuando el contrato de duración determinada, a tiempo completo o parcial, se transforme en un contrato de duración indefinida, se aplicará el tipo de cotización previsto en el apartado 2.1.1 desde el día de la fecha de la transformación.

2.1.4 Socios trabajadores y de trabajo de las cooperativas: Los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado, los socios trabajadores de las cooperativas de explotación comunitaria de la tierra, así como los socios de trabajo de las cooperativas, incluidos en regímenes de Seguridad Social que tienen prevista la cotización por desempleo, cotizarán al tipo previsto en el apartado 2.1.1, si el vínculo societario con la cooperativa es indefinido, y al tipo previsto en el apartado 2.1.2, si el vínculo societario con la cooperativa es de duración determinada.

2.1.5 Colectivos con una relación de servicios de carácter temporal con las administraciones, los servicios de salud o las fuerzas armadas: Los funcionarios de empleo de las administraciones públicas, el personal con nombramiento estatutario temporal de los servicios de salud, los militares de complemento y los militares de tropa y marinería de las fuerzas armadas que mantienen una relación de servicios de carácter temporal cotizarán según lo previsto en el apartado 2.1.1, si esos servicios son de interinidad o sustitución, y según lo previsto en el apartado 2.1.2, si esos servicios son de carácter eventual.

2.1.6 Reconocimiento de discapacidad durante la vigencia del contrato de duración determinada: El tipo de cotización previsto en el apartado 2.1.2 se modificará por el establecido en el apartado 2.1.1 a partir de la fecha en que se reconozca al trabajador un grado de discapacidad no inferior al 33 por 100.

2.1.7 Representantes de comercio que presten servicios para varias empresas: A los representantes de comercio que presten servicios como tales para varias empresas les será de aplicación el tipo de cotización por desempleo que corresponda a cada contratación.

2.1.8 Internos que trabajen en talleres penitenciarios y menores: A los penados y menores que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y centros de internamiento les será de aplicación el tipo previsto en el apartado 2.1.1.

2.1.9 Cargos públicos y sindicales: Los cargos públicos y sindicales incluidos en el artículo 205.4 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, cotizarán a los distintos tipos previstos en el apartado 2.1.2, según que su dedicación sea exclusiva a tiempo completo o parcial.

2.1.10 Reservistas: Los reservistas voluntarios, salvo cuando sean funcionarios de carrera, y los reservistas de espe-

cial disponibilidad, cuando sean activados para prestar servicios en unidades, centros y organismos del Ministerio de Defensa, cotizarán al tipo previsto en el apartado 2.1.2.1.

2.2 Fondo de Garantía Salarial: el 0,20 por 100, a cargo de la empresa.

2.3 Formación Profesional: el 0,70 por 100, del que el 0,60 por 100 será a cargo de la empresa, y el 0,10 por 100 a cargo del trabajador.

Artículo 32. *Bases y tipos de cotización por Desempleo y Fondo de Garantía Salarial en el Régimen Especial Agrario.*

1. La cotización por la contingencia de desempleo de los trabajadores por cuenta ajena, incluidos en el Régimen Especial Agrario, se obtendrá aplicando a las bases de cotización establecidas en los apartados 1 y 2 del artículo 13, según la modalidad de cotización por contingencias comunes que corresponda al trabajador, los siguientes tipos:

Para los trabajadores por cuenta ajena de carácter fijo, el 7,05 por 100, del que el 5,50 por 100 será a cargo de la empresa y el 1,55 por 100 a cargo del trabajador.

Para los trabajadores por cuenta ajena de carácter eventual, el 8,30 por 100, del que el 6,70 por 100 será a cargo de la empresa y el 1,60 por 100 a cargo del trabajador.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se trate de contratos de duración determinada o celebrados con trabajadores discapacitados a los que se refiere el artículo 31.2.1.1, el tipo aplicable será el 7,05 por 100, del que el 5,50 por 100 será a cargo de la empresa y el 1,55 por 100 a cargo del trabajador.

2. La cotización a favor del Fondo de Garantía Salarial de los trabajadores por cuenta ajena incluidos en este Régimen Especial se obtendrá aplicando a las bases de cotización establecidas en los apar-

tados 1 y 2 del artículo 13, según la modalidad de cotización por contingencias comunes que corresponda al trabajador, el 0,20 por 100, que será a cargo exclusivo de la empresa.

Artículo 33. *Normas aplicables en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar.*

En el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar, a la base de cotización por desempleo, determinada conforme a lo dispuesto en el artículo 31 de esta orden, le serán de aplicación los coeficientes correctores a los que se refieren el artículo 19.6 del texto refundido aprobado por el Decreto 2864/1974, de 30 de agosto, y la Orden de 22 de noviembre de 1974, sin perjuicio de lo señalado en el artículo 17 de esta orden.

CAPÍTULO III

Cotización en los supuestos de contratos a tiempo parcial

Artículo 34. *Bases de cotización.*

1. La cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional derivada de los contratos de trabajo a tiempo parcial se efectuará en razón de la remuneración efectivamente percibida en función de las horas trabajadas en el mes que se considere.

2. Para determinar la base de cotización mensual correspondiente a las contingencias comunes se aplicarán las siguientes normas:

Primera.—Se computará la remuneración devengada por las horas ordinarias y complementarias en el mes a que se refiere la cotización, cualquiera que sea su forma o denominación, con independencia de que haya sido satisfecha diaria, semanal o mensualmente.

Segunda.—A dicha remuneración se añadirá la parte proporcional que corresponda en concepto de descanso semanal y festivos, pagas extraordinarias y aquellos otros conceptos retributivos que tengan una periodicidad en su devengo superior a la mensual o que no tengan carácter periódico y se satisfagan dentro del año 2010.

Tercera.—Si la base de cotización mensual, calculada conforme a las normas anteriores, fuese inferior a las bases mínimas que resulten de lo dispuesto en el artículo 35 o superior a las máximas establecidas con carácter general para los distintos grupos de categorías profesionales, se tomarán éstas o aquéllas, respectivamente, como bases de cotización.

3. Para determinar la base de cotización por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, así como por Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional, se computará, asimismo, la remuneración correspondiente a las horas extraordinarias motivadas por fuerza mayor reali-

zadas, teniéndose en cuenta las normas primera y segunda del apartado anterior. En ningún caso, la base así obtenida podrá ser superior, a partir de 1 de enero de 2010, al tope máximo señalado en el artículo 2.1 ni inferior a 4,45 euros por cada hora trabajada.

Con independencia de su inclusión en la base de cotización por desempleo, en el cálculo de la base reguladora de la prestación se excluirá la retribución por estas horas extraordinarias.

4. La remuneración que obtengan los trabajadores a tiempo parcial por el concepto de horas extraordinarias motivadas por fuerza mayor a las que se refiere el artículo 35.3 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, queda sujeta a la cotización adicional regulada en el artículo 5 de esta orden.

Artículo 35. Bases mínimas de cotización por contingencias comunes.

1. A partir de 1 de enero de 2010, las bases mínimas por horas aplicables a los contratos de trabajo a tiempo parcial, serán las siguientes:

Grupo de cotización	Categorías profesionales	Base mínima por hora – Euros
1	Ingenieros y Licenciados. Personal de alta dirección no incluido en el artículo 1.3.c) del Estatuto de los Trabajadores	6,22
2	Ingenieros Técnicos, Peritos y Ayudantes Titulados	5,16
3	Jefes Administrativos y de Taller	4,49
4	Ayudantes no Titulados	4,45
5	Oficiales Administrativos	4,45
6	Subalternos	4,45
7	Auxiliares Administrativos	4,45
8	Oficiales de primera y segunda	4,45
9	Oficiales de tercera y Especialistas	4,45
10	Trabajadores mayores de dieciocho años no cualificados ...	4,45
11	Trabajadores menores de dieciocho años, cualquiera que sea su categoría profesional	4,45

2. La base mínima mensual de cotización será el resultado de multiplicar el número de horas realmente trabajadas por la base mínima horaria que se establece en el apartado anterior.

Artículo 36. Cotización en los supuestos de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural y maternidad o paternidad.

Durante las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural y maternidad o paternidad la base diaria de cotización será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante los tres meses inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante entre el número de días efectivamente trabajados y, por tanto, cotizados en dicho período. Esta base se aplicará exclusivamente a los días en que el trabajador hubiera estado obligado a prestar servicios efectivos en la empresa, de no hallarse en alguna de las situaciones anteriores.

Artículo 37. Cotización en la situación de pluriempleo.

Cuando el trabajador preste sus servicios en dos o más empresas en régimen de contratación a tiempo parcial, cada una de ellas cotizará en razón de la remuneración que le abone. Si la suma de las retribuciones percibidas sobrepasase el tope máximo de cotización a la Seguridad Social, éste se distribuirá en proporción a las abonadas al trabajador en cada una de las empresas.

Artículo 38. Cotización en los supuestos de trabajo concentrado en períodos inferiores a los de alta.

1. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 65.3 del Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, en aquellos supuestos en que los trabajadores

hayan acordado con su empresa que la totalidad de las horas de trabajo que anualmente deben realizar se presten en determinados períodos de cada año, percibiendo todas las remuneraciones anuales o las correspondientes al período inferior de que se trate, en esos períodos de trabajo concentrado, existiendo períodos de inactividad superiores al mensual, la cotización a la Seguridad Social se efectuará de acuerdo con las siguientes reglas:

Primera.—La base de cotización se determinará al celebrarse el contrato de trabajo y al inicio de cada año en que el trabajador se encuentre en dicha situación, computando el importe total de las remuneraciones que tenga derecho a percibir el trabajador a tiempo parcial en ese año, con exclusión en todo caso de los importes correspondientes a los conceptos no computables en la base de cotización a la Seguridad Social, de acuerdo con lo establecido en el artículo 23 del Reglamento general citado y demás disposiciones complementarias.

Segunda.—El importe obtenido se prorrateará entre los doce meses del año o del período inferior de que se trate, determinándose de este modo la cuantía de la base de cotización correspondiente a cada uno de ellos y con independencia de que las remuneraciones se perciban íntegramente en los períodos de trabajo concentrado o de forma prorrateada a lo largo del año o período inferior respectivo.

Tercera.—La base mensual de cotización, calculada conforme a las reglas anteriores, no podrá ser inferior al importe de las bases mínimas que resulten de lo dispuesto en el artículo 35.

Cuarta.—Si al final del ejercicio o período inferior de que se trate, el trabajador con contrato a tiempo parcial, subsistiendo su relación laboral, hubiese percibido remuneraciones por importe distinto al inicialmente considerado en

ese año o período para determinar la base mensual de cotización durante el mismo, conforme a las reglas anteriores, se procederá a realizar la correspondiente regularización. A tal efecto, el empresario deberá o bien practicar la correspondiente liquidación complementaria de cuotas por las diferencias en más y efectuar el pago dentro del mes de enero del año siguiente o del mes siguiente a aquel en que se extinga la relación laboral, o bien solicitar, en su caso, la devolución de las cuotas que resulten indebidamente ingresadas.

Quinta.—Asimismo, la Administración de la Seguridad Social podrá efectuar de oficio las liquidaciones de cuotas y acordar las devoluciones solicitadas que sean procedentes, en especial, en los supuestos de extinción de la relación laboral de estos trabajadores con contrato a tiempo parcial por jubilación ordinaria o anticipada, por reconocimiento de la pensión por incapacidad permanente, por fallecimiento o por cualquier otra causa, con la consiguiente baja en el régimen correspondiente de la Seguridad Social y cese en la obligación de cotizar.

2. Lo previsto en el apartado anterior no será de aplicación a los trabajadores fijos-discontinuos a que se refiere el artículo 15.8 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, de acuerdo con lo dispuesto en la disposición adicional tercera.³ del Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre.

Artículo 39. *Base mínima de cotización respecto de los socios de cooperativas de trabajo asociado, en los supuestos de contrato a tiempo parcial.*

La base de cotización por contingencias comunes y profesionales de los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado que hubieran optado en sus estatutos por asimilar a los socios trabajadores a trabajadores por cuenta

ajena, incluidos en razón de la actividad de la cooperativa en el Régimen General, en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar o en el Régimen Especial para la Minería del Carbón, en los supuestos de prestación de servicios a tiempo parcial, no podrá ser inferior a las cuantías que para los diferentes grupos de cotización se indican a continuación:

Grupo de cotización – Euros	Base mínima mensual
1	412,80
2	299,70
3	260,70
4 a 11	258,60

Artículo 40. *Cotización en el Régimen Especial Agrario en los supuestos de contratos a tiempo parcial.*

Lo dispuesto en este capítulo no será de aplicación para la determinación de la cotización de los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el campo de aplicación del Régimen Especial Agrario, contratados a tiempo parcial, respecto de los cuales se estará a lo establecido en los apartados 1 y 2 del artículo 13.

Artículo 41. *Cotización en los supuestos de guarda legal o cuidado directo de un familiar.*

La cotización por los trabajadores que, por razones de guarda legal o cuidado directo de un familiar y en virtud de lo dispuesto en el artículo 37.5 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, realicen una jornada reducida se efectuará en función de las retribuciones que perciban sin que, en ningún caso, la base de cotización pueda ser inferior a la cantidad resultante de multiplicar las horas realmente trabajadas en el mes a que se refiere la cotización por las bases mínimas horarias señaladas en el artículo 35.1 de esta orden.

CAPÍTULO IV

Cotización en los contratos para la formación

Artículo 42. *Determinación de las cuotas.*

1. Durante el año 2010, la cotización a la Seguridad Social y demás contingencias protegidas por los trabajadores que hubieran celebrado un contrato para la formación se efectuará de acuerdo con lo siguiente:

a) La cotización a la Seguridad Social consistirá en una cuota única mensual de 35,92 euros por contingencias comunes, de los que 29,95 euros serán a cargo del empresario y 5,97 euros a cargo del trabajador, y de 4,12 euros por contingencias profesionales, a cargo del empresario.

b) La cotización al Fondo de Garantía Salarial consistirá en una cuota mensual de 2,28 euros, a cargo del empresario.

c) A efectos de cotización por Formación Profesional, se abonará una cuota mensual de 1,25 euros, de los que 1,10 euros corresponderán al empresario y 0,15 euros al trabajador.

d) Las retribuciones que perciban los trabajadores en concepto de horas extraordinarias estarán sujetas a la cotización adicional regulada en el artículo 5.

2. Lo previsto en el párrafo a) del apartado 1 será asimismo de aplicación para la cotización del personal investigador en formación de beca incluido en el Real Decreto 63/2006, de 27 de enero, por el que se aprueba el Estatuto del personal investigador en formación.

Este sistema de cotización no afectará a la determinación de las cuantías de las prestaciones económicas a que se tengan derecho, respecto de la cual se seguirá aplicando el importe de la base mínima correspondiente al grupo primero de cotización del Régimen General.

Disposición adicional primera. *Cotización por contingencias profesionales en los supuestos de suspensión de la relación laboral.*

La cotización por accidente de trabajo y enfermedades profesionales por aquellos trabajadores que tengan suspendida la relación laboral por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor, a que se refiere el artículo 47 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, que se encuentren en situación de desempleo total, se efectuará aplicando los tipos establecidos para la respectiva actividad económica, de conformidad con la tarifa de primas establecida en la disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007, en la redacción dada por la disposición final octava de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010.

Disposición adicional segunda. *Cotización por contingencias profesionales de los trabajadores desempleados que realicen trabajos de colaboración social.*

1. De acuerdo con lo establecido en la disposición adicional quinta del Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, las administraciones públicas que, conforme a lo establecido en el artículo 38 del Real Decreto 1445/1982, de 25 de junio, utilicen trabajadores desempleados para la realización de trabajos de colaboración social, vendrán obligadas a formalizar la cobertura de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales por dichos trabajadores y a ingresar las cuotas correspondientes a las citadas contingencias.

2. La base de cotización por las contingencias señaladas en el apartado

anterior se calculará conforme al promedio de las bases de cotización por dichas contingencias, en los últimos seis meses de ocupación efectiva, sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de lo previsto en los apartados 3 y 4 del artículo 8.

En los supuestos de trabajadores perceptores del subsidio de desempleo, la base de cotización será equivalente al tope mínimo de cotización a que se refiere el artículo 2.

Disposición adicional tercera. *Cotización durante la percepción de las prestaciones por desempleo por parte de las víctimas de violencia de género.*

Durante el período de percepción de las prestaciones por desempleo por parte de las víctimas de violencia de género que tengan suspendida la relación laboral, la entidad gestora de las prestaciones ingresará la cotización a la Seguridad Social conforme a lo establecido para los supuestos de extinción de la relación laboral.

Disposición transitoria primera. *Opción de bases de cotización, en determinados supuestos, en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.*

Los trabajadores comprendidos en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos que, en la fecha de surtir efectos las bases de cotización previstas en el artículo 14, hubieran optado por las bases máximas permitidas hasta ese momento, podrán elegir, hasta el último día del mes siguiente al de la publicación de esta orden en el «Boletín Oficial del Estado», cualquier base de cotización de las comprendidas entre aquella por la que vinieran cotizando y el límite máximo que les sea de aplicación. La nueva base elegida surtirá efectos a partir de 1 de enero de 2010.

Disposición transitoria segunda. *Aplicación de la tarifa de primas de accidentes con respecto a períodos anteriores a 1 de enero de 2010.*

Para la determinación de las cuotas a ingresar por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales correspondientes a períodos de liquidación anteriores a 1 de enero de 2010, fecha de entrada en vigor de la tarifa de primas regulada en la disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, en la redacción dada por la disposición final octava de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, los tipos de cotización aplicables serán los vigentes en el período de liquidación de que se trate.

Disposición transitoria tercera. *Ingreso de diferencias de cotización.*

1. Las diferencias de cotización que se hubieran podido producir por la aplicación de lo dispuesto en esta orden respecto de las cotizaciones que, a partir de 1 de enero de 2010, se hubieran efectuado, podrán ser ingresadas sin recargo en el plazo que finalizará el último día del segundo mes siguiente al de la publicación de esta orden en el «Boletín Oficial del Estado».

2. Asimismo, las diferencias de cotización que se produzcan como consecuencia de lo que se establece en la disposición transitoria primera, cuando los trabajadores a los que se refiere opten por una base de cotización superior a aquella por la que vinieran cotizando, se podrán ingresar sin recargo hasta el último día del mes siguiente a aquel en que finalice el plazo de opción que se fija en la disposición señalada.

Disposición transitoria cuarta. *Determinación provisional de las bases de cotización aplicables en el Régimen Especial para la Minería del Carbón.*

La cotización por los trabajadores incluidos en el Régimen Especial para la

Minería del Carbón, respecto de contingencias comunes, se efectuará sobre las bases establecidas para 2009, hasta tanto se aprueben las bases de cotización que han de regir en el presente ejercicio, sin perjuicio de las regularizaciones a que, con posterioridad, hubiere lugar.

Disposición final primera. *Entrada en vigor.*

La presente orden entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», con efectos desde el día 1 de enero de 2010.

Disposición final segunda. *Facultades de aplicación y desarrollo.*

Se faculta a la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social para resolver cuantas cuestiones de índole general puedan plantearse en la aplicación de esta orden.

Madrid, 12 de enero de 2010.–El Ministro de Trabajo e Inmigración, *Celestino Corbacho Chaves.*

COMUNIDADES AUTÓNOMAS

COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LA RIOJA

Medidas fiscales y administrativas

LEY 6/2009, de 15 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas para el año 2010. (Publicada en el «BOE» núm. 14 de 16 de enero de 2010.)

COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CATALUÑA

Medidas fiscales, financieras y administrativas

LEY 26/2009, de 23 de diciembre, de medidas fiscales, financieras y administrativas. (Publicada en el «BOE» núm. 15 de 18 de enero de 2010.)

AUTORIDADES Y PERSONAL

NOMBRAMIENTO, SITUACIONES E INCIDENCIAS

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Destinos

RESOLUCIÓN de 28 de diciembre de 2009, de la Presidencia del Tribunal Constitucional, por la que se resuelve el concurso de méritos, convocado por Resolución de 9 de septiembre de 2009. (Publicada en el «BOE» núm. 14 de 16 de enero de 2010.)

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

MAGISTRADOS

Nombramientos

REAL DECRETO 1905/2009, de 11 de diciembre, por el que se nombra al Magistrado don Álvaro Domínguez Calvo, Juez Central de lo Contencioso-Administrativo número 10. (Publicado en el «BOE» núm. 3 de 4 de enero de 2010.)

REAL DECRETO 1906/2009, de 11 de diciembre, por el que se nombra al Ma-

gistrado don Javier Fernández-Corredor Sánchez-Diezma, Juez de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Toledo. (Publicado en el «BOE» núm. 3 de 4 de enero de 2010.)

REAL DECRETO 1907/2009, de 11 de diciembre, por el que se nombra a don Luis Fernández Antelo, Magistrado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla. (Publicado en el «BOE» núm. 3 de 4 de enero de 2010.)

REAL DECRETO 1908/2009, de 11 de diciembre, por el que se nombra a doña Paloma Santiago Antuña, Magistrada de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. (Publicado en el «BOE» núm. 3 de 4 de enero de 2010.)

REAL DECRETO 1909/2009, de 11 de diciembre, por el que se nombra a la Magistrada doña María Luisa Silva Castaño, Jueza de lo Penal número 2 de Alcalá

de Henares. (Publicado en el «BOE» núm. 3 de 4 de enero de 2010.)

cribano Mora. (Publicado en el «BOE» núm. 15 de 18 de enero de 2010.)

REAL DECRETO 1910/2009, de 11 de diciembre, por el que se nombra Decana de los Juzgados de Palencia, a la Magistrada doña María del Amparo Rodríguez Riquelme. (Publicado en el «BOE» núm. 3 de 4 de enero de 2010.)

ACUERDO de 29 de diciembre de 2009, 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 Virginia Sesma Mauleón. (Publicado en el «BOE» núm. 17 de 20 de enero de 2010.)

REAL DECRETO 1998/2009, de 18 de diciembre, por el que se nombra en propiedad a doña María Victoria Balseiro Diéguez, Magistrada del Juzgado de Primera Instancia número 59 de Madrid. (Publicado en el «BOE» núm. 15 de 18 de enero de 2010.)

Destinos

REAL DECRETO 1904/2009, de 11 de diciembre, por el que se destina a los Magistrados que se relaciona, como consecuencia del concurso resuelto por Acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial. (Publicado en el «BOE» núm. 3 de 4 de enero de 2010.)

Situaciones

ACUERDO de 22 de diciembre de 2009, 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 en segunda anualidad a doña Carmen González Suárez. (Publicado en el «BOE» núm. 6 de 7 de enero de 2010.)

CORRECCIÓN DE ERRORES del Real Decreto 1904/2009, de 11 de diciembre, por el que se destina a los Magistrados que se relaciona, como consecuencia del concurso resuelto por Acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial. (Publicada en el «BOE» núm. 14 de 16 de enero de 2010.)

JUECES

Destinos

ACUERDO de 12 de enero de 2010, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se declara el reingreso al servicio activo en la Carrera Judicial del Magistrado don Fernando Es-

CORRECCIÓN DE ERRORES de la Orden de 23 de junio de 2009, por la que se destina a los Jueces nombrados por

Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 26 de mayo de 2009. (Publicada en el «BOE» núm. 14 de 16 de enero de 2010.)

MINISTERIO DE JUSTICIA

Nombramientos

ORDEN JUS/3621/2009, de 21 de diciembre, por la que se nombran funcionarios del Cuerpo Especial de Técnicos Especialistas del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses. (Publicada en el «BOE» núm. 7 de 8 de enero de 2010.)

CORRECCIÓN DE ERRATAS de la Orden JUS/3621/2009, de 21 de diciembre, por la que se nombran funcionarios del Cuerpo Especial de Técnicos Especialistas del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses. (Publicada en el «BOE» núm. 14 de 16 de enero de 2010.)

RESOLUCIÓN de 4 de enero de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se nombra Notario Archivero de Protocolos del Distrito Notarial de Astorga, perteneciente al Ilustre Colegio Notarial de Castilla y León, a la notaria de dicha localidad, doña M^a Antonia Torga Noval. (Publicada en el «BOE» núm. 17 de 20 de enero de 2010.)

RESOLUCIÓN de 5 de enero de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se nombra Notario Archivero de Protocolos del Distrito Notarial de San Roque, perteneciente al Ilustre Colegio Notarial de Andalucía, al notario de dicha localidad, don Antonio Ángel Camarena de La

Rosa. (Publicado en el «BOE» núm. 17 de 20 de enero de 2010.)

RESOLUCIÓN de 8 de enero de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se jubila al notario de Zamora, don Antonio Hernández Rodríguez-Calvo. (Publicada en el «BOE» núm. 17 de 20 de enero de 2010.)

Situaciones

RESOLUCIÓN de 10 de diciembre de 2009, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se jubila al notario de Villaviciosa de Odón, don Luis Morales Rodríguez. (Publicada en el «BOE» núm. 5 de 6 de enero de 2010.)

RESOLUCIÓN de 16 de diciembre de 2009, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se jubila al notario de Palma, don Rafael Zaragoza Tafalla. (Publicada en el «BOE» núm. 5 de 6 de enero de 2010.)

RESOLUCIÓN de 17 de diciembre de 2009, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se dispone la jubilación voluntaria del notario de Madrid, don Pedro Fernando Conde Martín de Hijas. (Publicada en el «BOE» núm. 5 de 6 de enero de 2010.)

RESOLUCIÓN de 21 de diciembre de 2009, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se jubila a don Carlos Tomás Pérez Giralda, regis-

trador de la propiedad de Las Rozas de Madrid nº 1. (Publicada en el «BOE» núm. 15 de 18 de enero de 2010.)

Notariado, por la que se jubila al notario de Getafe, don Joaquín Pulido Cordero. (Publicada en el «BOE» núm. 15 de 18 de enero de 2010.)

RESOLUCIÓN de 24 de diciembre de 2009, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se jubila a don Francisco Mesa Martín, Registrador de la Propiedad de Mijas nº 2. (Publicada en el «BOE» núm. 15 de 18 de enero de 2010.)

Destinos

ORDEN JUS/3594/2009, de 21 de diciembre, por la que se resuelve el concurso específico de méritos, convocado por Orden JUS/2413/2009, de 25 de agosto. (Publicada en el «BOE» núm. 4 de 5 de enero de 2010.)

RESOLUCIÓN de 30 de diciembre de 2009, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se jubila al notario de Madrid, don Juan Ignacio Garmendia Miangolarra. (Publicada en el «BOE» núm. 15 de 18 de enero de 2010.)

ORDEN JUS/3608/2009, de 18 de diciembre, por la que se resuelve un concurso de traslado para la cobertura de plazas vacantes en el Ministerio Fiscal. (Publicada en el «BOE» núm. 6 de 7 de enero de 2010.)

RESOLUCIÓN de 30 de diciembre de 2009, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se jubila al notario de San Sebastián de los Reyes, don Miguel Morales Montoto. (Publicada en el «BOE» núm. 15 de 18 de enero de 2010.)

ORDEN JUS/3620/2009, de 21 de diciembre, por la que se otorgan destinos a los funcionarios del Cuerpo o Escala de Técnicos Especialistas del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, turno promoción interna, que superaron las pruebas selectivas convocadas por Orden JUS/4005/2007, de 27 de diciembre. (Publicada en el «BOE» núm. 7 de 8 de enero de 2010.)

RESOLUCIÓN de 2 de enero de 2010, de la Dirección General de los Registros y del

OPOSICIONES Y CONCURSOS

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Carrera Judicial

ACUERDO de 22 de diciembre de 2009, de la Comisión Permanente del Consejo

General del Poder Judicial, por el que se publica la relación de aspirantes que han superado la primera fase de los procesos selectivos para el ingreso en la Carrera Judicial por la categoría de Magistrado, entre juristas de reconocida competencia

con más de diez años de ejercicio profesional, convocados por Acuerdos de 25 de junio de 2008, del Pleno del mismo Consejo. (Publicado en el «BOE» núm. 4 de 5 de enero de 2010.)

ACUERDO de 29 de diciembre de 2009, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se convoca un proceso selectivo, entre juristas de reconocida competencia con más de diez años de ejercicio profesional en las materias propias de los órganos del orden civil, del orden penal o de los órganos con jurisdicción compartida, para el acceso a la Carrera Judicial por la categoría de Magistrado. (Publicado en el «BOE» núm. 6 de 7 de enero de 2010.)

ACUERDO de 17 de diciembre de 2009, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se convoca concurso de méritos para la provisión de puestos de Inspector Delegado en el Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial. (Publicado en el «BOE» núm. 9 de 11 de enero de 2010.)

ACUERDO de 29 de diciembre de 2009, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se anuncia para su provisión la Presidencia de la Audiencia Provincial de Salamanca. (Publicado en el «BOE» núm. 11 de 13 de enero de 2010.)

ACUERDO de 29 de diciembre de 2009, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se anuncia para su provisión la Presidencia de la Audiencia Provincial de Navarra.

(Publicado en el «BOE» núm. 11 de 13 de enero de 2010.)

ACUERDO de 29 de diciembre de 2009, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se anuncia para su provisión la Presidencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real. (Publicado en el «BOE» núm. 11 de 13 de enero de 2010.)

ACUERDO de 29 de diciembre de 2009, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se anuncia para su provisión la Presidencia de la Audiencia Provincial de Granada. (Publicado en el «BOE» núm. 11 de 13 de enero de 2010.)

ACUERDO de 29 de diciembre de 2009, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se anuncia para su provisión la Presidencia de la Audiencia Provincial de Toledo. (Publicado en el «BOE» núm. 11 de 13 de enero de 2010.)

ACUERDO de 29 de diciembre de 2009, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se anuncia para su provisión la Presidencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria. (Publicado en el «BOE» núm. 11 de 13 de enero de 2010.)

ACUERDO de 12 de enero de 2010, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba la relación provisional de aspirantes admi-

tidos para tomar parte en las pruebas de especialización en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, convocadas por Acuerdo de 19 de noviembre de 2009, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial. (Publicado en el «BOE» núm. 16 de 19 de enero de 2010.)

ACUERDO de 12 de enero de 2010, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba la relación provisional de aspirantes admitidos para tomar parte en las pruebas de especialización en el orden jurisdiccional social, convocadas por Acuerdo de 19 de noviembre de 2009, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial. (Publicado en el «BOE» núm. 16 de 19 de enero de 2010.)

Funcionarios del Subgrupo A1

ACUERDO de 17 de diciembre de 2009, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se anuncia concurso de méritos para la provisión de un puesto de trabajo de Jefe de Sección de Formación Continua en la Escuela Judicial, entre Jueces, Magistrados, Secretarios de la Administración de Justicia, Abogados del Estado, miembros de la Carrera Fiscal y Funcionarios de las Administraciones Públicas del Subgrupo A1. (Publicado en el «BOE» núm. 9 de 11 de enero de 2010.)

MINISTERIO DE JUSTICIA

Funcionarios de la Administración del Estado

ORDEN JUS/3550/2009, de 28 de diciembre, por la que se convoca la provi-

sión de puestos de trabajo por el sistema de libre designación. (Publicada en el «BOE» núm. 1 de 1 de enero de 2010.)

Cuerpo de Secretarios Judiciales

ORDEN JUS/3636/2009, de 28 de diciembre, por la que se convoca proceso selectivo para ingreso por el sistema general de acceso libre y por el sistema de promoción interna, en el Cuerpo de Secretarios Judiciales. (Publicada en el «BOE» núm. 9 de 11 de enero de 2010.)

Notarías

RESOLUCIÓN de 30 de diciembre de 2009, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se eleva a definitiva la lista provisional de admitidos para tomar parte en la oposición libre para obtener el título de notario, convocada por Resolución de 24 de septiembre de 2009. (Publicada en el «BOE» núm. 10 de 12 de enero de 2010.)

ORDEN JUS/5/2010, de 12 de enero, por la que se nombran los Tribunales calificadores de la oposición libre para obtener el título de Notario convocada por Resolución de 24 de septiembre de 2009. (Publicada en el «BOE» núm. 12 de 14 de enero de 2010.)

Personal laboral

ORDEN JUS/3652/2009, de 18 de diciembre, por la que se convocan pruebas selectivas para proveer plazas de personal laboral fijo en el marco del proceso de

consolidación de empleo temporal en la categoría de Titulado Superior de Actividades Específicas, grupo profesional 1 y en las categorías de Titulado Medio de Gestión y Servicios Comunes y Titulado Medio de Actividades Específicas, grupo profesional 2, en el ámbito de la Administración de Justicia. (Publicada en el «BOE» núm. 13 de 15 de enero de 2010.)

Cuerpo de Oficiales de la Administración de Justicia

ORDEN JUS/3695/2009, de 21 de diciembre, por la que se procede al cumplimiento de la sentencia recaída en relación

al proceso selectivo convocado por Orden de 30 de agosto de 1991. (Publicado en el «BOE» núm. 17 de 20 de enero de 2010.)

TRIBUNAL DE CUENTAS

Funcionarios de las Administraciones Públicas

RESOLUCIÓN de 22 de diciembre de 2009, de la Presidencia del Tribunal de Cuentas, por la que se convoca la provisión de puestos de trabajo por el sistema de libre designación. (Publicada en el «BOE» núm. 1 de 1 de enero de 2010.)

OTRAS DISPOSICIONES

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Juzgados de lo Contencioso-Administrativo

ACUERDO de 22 de diciembre de 2009, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 10 de noviembre de 2009, de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, relativa a la modificación de las normas de reparto de los Juzgados del mencionado orden jurisdiccional contencioso-administrativo. («BOE» núm. 4 de 5 de enero de 2010.)

La Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, en su reunión de 22 de diciembre de 2009, acordó hacer público el Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, en su reunión del día 10 de noviembre de 2009, en el que se aprueba la propuesta de la Junta Sectorial de Jueces de lo Contencioso-Administrativo de Granada, celebrada el 2 de noviembre de 2009, relativa a la modificación de las normas de reparto de los Juzgados del expresado orden jurisdiccional:

«Se acuerda introducir las siguientes modificaciones parciales en las vigentes normas de reparto entre los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo:

1. Introducir una base de reparto con la finalidad de evitar abstenciones moti-

vadas por la actuación profesional de familiares de los Magistrados Jueces o Secretarios, con la siguiente redacción: «Para evitar expedientes de abstención por vínculo de parentesco hasta el cuarto grado entre profesionales y Jueces o Secretarios, se acuerda por unanimidad de los asistentes anular el reparto de asuntos en cuestión, cuando el profesional acredite ser letrado o procurador de la parte y ostente vínculo de parentesco con el magistrado/a o secretario/a del Juzgado al que se hubiere turnado el asunto, el cual entrará nuevamente a sorteo y posterior reparto.»

2. Corregir la redacción de la norma quinta, relativa a las extensiones de efectos, dado que, como por imperativo del artículo 110.2 LJCA han de ser conocidas por el Juzgado que dictó la sentencia que se pretende extender, no pueden ser «repartidas», sino forzosamente dirigidas a ese Juzgado. Por tanto, donde dice «repartidas» habrá de decir «turnadas».

3. En consecuencia, carece de sentido la existencia de un grupo de extensiones de efectos en la norma séptima (número 13), por lo que se suprime, sin perjuicio de que su registro a través del decanato se acomodará a lo previsto en la Instrucción 1/2009 de 26 de marzo, («BOE» de 6 de mayo).

Se crea un nuevo grupo de reparto en la norma séptima, con el número 13, correspondiente a peticiones de justicia gra-

tuita, conociendo el Juzgado que la reciba también del procedimiento que surja a raíz de la misma, que será computado a través del Decanato en el grupo correspondiente (ordinarios, abreviados, derechos fundamentales ...).»

Madrid, 22 de diciembre de 2009.–El Presidente del Consejo General del Poder Judicial, *José Carlos Dívar Blanco*.

Carrera Judicial

ACUERDO de 22 de diciembre de 2009, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se resuelven solicitudes presentadas por miembros de la Carrera Judicial, sobre

reconocimiento del mérito preferente del conocimiento del Idioma y del Derecho Civil Especial o Foral propio de determinadas Comunidades Autónomas. (Publicado en el «BOE» núm. 12 de 14 de enero de 2010.)

ACUERDO de 29 de diciembre de 2009, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se resuelven solicitudes presentadas por alumnos de la Escuela Judicial sobre reconocimiento del mérito preferente del conocimiento del Idioma propio de determinadas Comunidades Autónomas. (Publicado en el «BOE» núm. 12 de 14 de enero de 2010.)

MINISTERIO DE JUSTICIA

Recursos

RESOLUCIÓN de 16 de diciembre de 2009, 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 abreviado núm. 272/2009, interpuesto ante el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo núm. 12, de Madrid. (Publicada en el «BOE» núm. 2 de 2 de enero de 2010.)

ficación «L-LICO». (Publicada en el «BOE» núm. 4 de 5 de enero de 2010.)

RESOLUCIÓN de 28 de diciembre de 2009, 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 Deutsche Bank, S.A.E., con letras de identificación F-D. (Publicada en el «BOE» núm. 16 de 19 de enero de 2010.)

Bienes muebles. Financiación

RESOLUCIÓN de 11 de diciembre de 2009, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se aprueban las modificaciones del modelo de contrato de arrendamiento financiero de bienes muebles, para ser utilizado por la entidad «Lico Leasing S.A., E.F.C.», con letras de identi-

Carta de Servicios

RESOLUCIÓN De 15 de diciembre de 2009, de la Subsecretaría, por la que se aprueba la actualización de la Carta de servicios de la Subdirección General del Notariado y de los Registros. (Publicado en el «BOE» núm. 9 de 11 de enero de 2010.)

GRANDEZAS Y TÍTULOS DEL REINO

Anuncios

ANUNCIO de la Subsecretaría (División de Tramitación de Derechos de Gracia y otros Derechos), sobre solicitud de sucesión en el título de Conde de Benahavís. (Publicado en el «BOE» núm. 6 de 7 de enero de 2010.)

ANUNCIO de la Subsecretaría (División de Tramitación de Derechos de Gracia y otros Derechos), sobre solicitudes de sucesión en el título de Conde de Villaleal. (Publicado en el «BOE» núm. 13 de 15 de enero de 2010.)

MINISTERIO DE DEFENSA

Recursos

RESOLUCIÓN 430/38280/2009, de 30 de noviembre, de la Dirección General de Personal, por la que se emplaza a los interesados en el procedimiento abreviado 229/2009, promovido ante el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo núm. 12 de Madrid. (Publicada en el «BOE» núm. 2 de 2 de enero de 2010.)

RESOLUCIÓN 160/38285/2009, de 14 de diciembre, de la Jefatura de Enseñanza de la Guardia Civil, por la que se emplaza a los interesados en el recurso contencioso-administrativo 1163/2009, promovido ante la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. (Publicada en el «BOE» núm. 15 de 18 de enero de 2010.)

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

Recursos

RESOLUCIÓN de 18 de diciembre de 2009, de la Secretaría General Técnica, por la que se acuerda la remisión del expediente administrativo correspondiente al recurso contencioso-administrativo 407/2009, interpuesto ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, sección tercera y se emplaza a los interesados en el mismo. (Publicada en el «BOE» núm. 2 de 2 de enero de 2010.)

MINISTERIO DEL INTERIOR

Recursos

RESOLUCIÓN de 29 de diciembre de 2009, de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, por la que se em-
plaza a los interesados en el procedimiento
abreviado 345/2009, seguido en el Juz-
gado Central de lo Contencioso-Adminis-
trativo n.º 6. (Publicada en el «BOE» núm.
16 de 19 de enero de 2010.)

RESOLUCIÓN de 29 de diciembre de 2009, de la Secretaría General de Insti-
tuciones Penitenciarias, por la que se em-

plaza a los interesados en el procedimiento
abreviado 390/2009, seguido en el Juz-
gado Central de lo Contencioso-Adminis-
trativo núm. 11. (Publicada en el «BOE»
núm. 16 de 19 de enero de 2010.)

RESOLUCIÓN de 29 de diciembre de 2009, de la Secretaría General de Insti-
tuciones Penitenciarias, por la que se em-
plaza a los interesados en el procedimiento
abreviado 394/2009, seguido en el Juz-
gado Central de lo Contencioso-Adminis-
trativo núm. 4. (Publicada en el «BOE»
núm. 16 de 19 de enero de 2010.)

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

Recursos

RESOLUCIÓN de 20 de octubre de 2009, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Pola de Laviana, a practicar la inscripción derivada de un auto recaído en un procedimiento de expediente de dominio para la reanudación del tracto sucesivo interrumpido. («BOE» núm. 7 de 8 de enero de 2010.)

En el recurso interpuesto por don A. L. S. contra la negativa de la Registradora de la Propiedad de Pola de Laviana, doña Margarita María de Carlos Muñoz, a practicar la inscripción derivada de un auto recaído en un procedimiento de expediente de dominio para la reanudación del tracto sucesivo interrumpido.

HECHOS

I

Se presentó en el Registro de la Propiedad de Pola de Laviana, con fecha 18 de noviembre de dos mil ocho, testimonio del auto, dictado el 8 de octubre de 2008, del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Pola de Laviana, expresando en su parte dispositiva que «se declara justificado el dominio de A. L. S. sobre las

fincas descritas en el hecho primero de esta resolución, ordenándose la cancelación de las inscripciones contradictorias...». Dicho documento judicial presentado fue objeto inscripción parcial, se inscribieron las fincas número dos y tres descritas en el «hecho primero» de la resolución y fue objeto de calificación negativa en cuanto a la finca número uno descrita en el «hecho primero» de la mencionada resolución judicial en base a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: «Examinado y calificado el precedente mandamiento, que fue presentado en este Registro de la Propiedad con fecha 18/11/2008, asiento número 1348 del Diario 118, el Registrador que suscribe ha practicado la inscripción, en cuanto a la finca número 2 y finca número 3, en el Tomo 1902 del archivo, Libro 426 del Ayuntamiento San Martín del Rey Aurelio, folios 39 y 42, fincas registrales números 17.158 y 17.152, inscripción 2.ª de las mismas, en virtud de las cuales ha quedado inscrito el dominio de las mismas a favor de don A. L. S., con carácter privativo. Al margen de las inscripciones practicadas se ha extendido una nota de afección por plazo de cinco años. Se ha hecho constar la referencia catastral, en relación con la finca número 17.158. Se advierte al interesado del incumplimiento de la obligación de acreditar la Referencia Catastral individualizada de la finca número 17.152, de con-

formidad con lo dispuesto en los artículos 43 y 44 del R.D.L. 1/2004 del día 5 de marzo, texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario. Se acompañan notas simples informativas, en aplicación del artículo 253.2 de la Ley Hipotecaria. Asimismo, ha resuelto denegar la inscripción de la finca número 1, registral 17.159, en base a los siguientes: «Hechos» 1.º Dicha finca registral 17.159 aparece inscrita a favor de don C. B. F. y su esposa doña N. S. L., que la hablan adquirido por compra efectuada por el esposo en escritura autorizada por el Notario de Pola de Laviana, don Germán Cabrero Gallego, el día 27 de octubre de 1959, a doña J. S. C. y doña C. L. S. 2.º Del propio auto resulta que por el promotor del expediente se alegó haber adquirido la finca por «donación verbal» hecha por su padre don A. L. S., quien la había adquirido, también por «donación verbal» de su madre doña J. S. C. –transmitente de la finca a sus actuales titulares registrales–. 3.º Asimismo, el auto expone que «si bien es cierto que consta que fue inscrita el nueve de enero de 1959, por don C. B. L., y se dice que tiene una cabida de 30 áreas, en la escritura de partición citada reiteradamente aquí se dice que mide 40 áreas. Y en la certificación catastral se dice que figura una finca llamada La Colla a nombre de A. L. S., con una extensión de 30 áreas. Esto explica que de la finca original del cuaderno particional llamada La Collada se segregó en tres partes, una es la que compra don C. y de las otras dos partes una, llamada La Collada también, es la que han venido poseyendo don A. y su padre don A. Y la otra pasó a propiedad de don A. L., tío del promovente y posteriormente de sus hijos». De donde parece deducirse que la finca La Collada propiedad del promotor, procedería por segregación de otra mayor de igual denominación, de la que también se habría segregado la que luego se inmatriculó como finca registral 17.159. En consecuencia, la finca La Collada propiedad del promotor no es la finca registral

17.159. «Fundamentos de Derecho». Vistos los artículos 20, 201 y 202 de la Ley Hipotecaria y 100 de su Reglamento, procede denegar la inscripción solicitada por no ser la finca registral 17.159 la que se dice ser propiedad del promotor, de donde resulta ser incongruente la parte dispositiva de la resolución judicial con lo expresado en los hechos de la misma. Contra esta calificación (...). Pola de Laviana, a 5 de diciembre de 2008. La Registradora, Fdo: Margarita-María de Carlos Muñoz (firma ilegible).».

II

Don A. L. S. interpuso recurso contra la anterior nota de calificación por la que se denegaba la inscripción de una de las tres fincas descritas en el auto recaído en un expediente de dominio para la reanudación del tracto sucesivo ininterrumpido, en virtud de escrito de recurso, en base a considerar, en primer lugar, que el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, que recoge el principio de tracto sucesivo no es de aplicación al procedimiento especial de reanudación de tracto regulado en los artículos 201 y 202 de la Ley Hipotecaria. En segundo lugar, alega el recurrente, que cumplidos los trámites de los artículos 201 y 202 de la Ley Hipotecaria, incluidos las citaciones judiciales pertinentes a los que aparecen como titulares registrales de las fincas objeto del procedimiento –con independencia de que tales titulares quieran o no, tras la citación, comparecer en el procedimiento y sin que pueda la Registradora postularse como «defensora de sus presuntos derechos»–, el auto recaído en el expediente será inscribible, aunque en el Registro apareciesen inscripciones contradictorias siempre que éstas tengan más de treinta años de antigüedad y el titular de las mismas haya sido citado en debida forma, requisitos ambos cumplidos en el presente caso. Finalmente, alega el recurrente que la Registradora «ha hecho una interpretación y aplicación extensiva» del

artículo 100 del Reglamento Hipotecario, «que contraviene lo preceptuado en el artículo 103, párrafo 1.º de la Constitución».

III

El Registrador emitió el informe el día 23 de febrero de 2009 y elevó el expediente a este Centro Directivo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 1, 18, 20, 200, 201, 202 y 324 y siguientes de la Ley Hipotecaria; 100 y 272 y siguientes del Reglamento Hipotecario y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de enero de 2001, 18 de junio de 2002 y 16 de marzo de 2005.

1. En el presente recurso se plantea si dictado un auto judicial que viene a resolver un expediente de reanudación de tracto sucesivo interrumpido sobre tres fincas registrales, en donde el juez declara justificado el dominio de las tres fincas objeto del procedimiento, puede el Registrador –que ha practicado la inscripción sobre dos de dichas fincas– proceder a denegar la práctica la inscripción respecto de la restante finca objeto del expediente de dominio por entender que debió ser otra la finca cuyo dominio se acredita, tachando de incongruente la resolución judicial.

2. En primer lugar, ha de señalarse con carácter previo que es doctrina reiterada de este Centro Directivo que tratándose de calificación de documentos judiciales, el Registrador ha de limitarse, al artículo 100 del Reglamento Hipotecario, sin entrar a valorar sobre el acierto intrínseco de la decisión judicial que en aquellos se contiene, pues, ello supondría interferirse en la función jurisdiccional que corresponde en exclusiva a jueces y tribunales, de acuerdo con los artículos 117

del Constitución Española, 18 de la Ley Hipotecaria y 100 del Reglamento Hipotecario. En consecuencia, y tratándose de un auto recaído en expediente de dominio, por el que se ordena reanudar el tracto registral sobre determinada finca a favor del promotor, auto que es, por sí solo, título hábil para tal inscripción (cfr. artículo 201.6 de la Ley Hipotecaria) huelgan todas las alegaciones del Registrador en el sentido que, en su opinión, de los hechos narrados debe concluirse una solución distinta sobre la titularidad dominical actual de la finca en cuestión, de la que sirve de fundamento a la declaración judicial contenida en dicho auto. El título inscribible es el auto, y como este ordena la inscripción a favor del promotor y tiene aptitud legal para provocar tal asiento, el Registrador ha de estar y pasar por tales declaraciones y practicar la inscripción solicitada, pues de lo contrario, el Registrador se interferiría en el fundamento de la resolución judicial y realizaría una actividad jurisdiccional que no le corresponde.

3. En el supuesto de hecho objeto del presente recurso, la Registradora practica la inscripción respecto de dos de las tres fincas objeto del expediente de reanudación de tracto sucesivo interrumpido, al cumplirse todos los requisitos exigidos por los artículos 201 y 202 de la Ley Hipotecaria –que, evidentemente, suponen un supuesto de excepción a la aplicación del artículo 20– y demás normativa aplicable. Sin embargo, respecto de la tercera finca procede a denegar la inscripción por considerar que a pesar de lo dispuesto en los fundamentos de derecho y en la parte dispositiva del auto declarando justificado el dominio sobre todas las fincas objeto del expediente, esta declaración es incongruente con lo expresado en los hechos de la misma. Basa su calificación, en considerar que la finca registral 17.159, de 30 áreas, inscrita a favor de don C. B. F. y doña N. S. L. está correcta-

mente inscrita y no es propiedad del promotor del expediente.

4. No concurre la incongruencia alegada por la Registradora al no poderse apreciar discordancia alguna entre hechos, fundamentos de derecho y parte dispositiva o fallo. Del texto del auto se desprende que el juez considera que esa finca, que entiende es una de las tres partes en que se dividió la primitiva, es la que debe ser propiedad del promotor y ordena la cancelación de las inscripciones contradictorias.

5. Las consideraciones por parte de la Registradora obligan a entrar en el fondo de la resolución judicial a la hora de proceder a su calificación, algo que supone una extralimitación de su función calificadora respecto de los documentos judiciales. La declaración judicial en el expediente es clara e indubitada. Declara justificado el dominio del promotor sobre todas las fincas objeto del procedimiento, sin excluir ninguna de ellas y, en consecuencia, la Registradora debe atenerse al pronunciamiento judicial.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar 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, 20 de octubre de 2009.–La Directora General de los Registros y del Notariado, *M.^a Ángeles Alcalá Díaz*.

RESOLUCIÓN de 5 de noviembre de 2009,
de la Dirección General de los Registros y del

Notariado, en el recurso interpuesto por Movimientos de Tierras López Santaella S.L. contra la nota de calificación de la registradora de la propiedad de Albuñol, por la que se suspende una anotación preventiva de embargo. («BOE» núm. 7 de 8 de enero de 2010.)

En el recurso interpuesto por la mercantil Movimientos de «Tierras López Santaella, S.L.», contra la nota de calificación de la Registradora de la Propiedad de Albuñol, doña María Cristina Palma López, por la que se suspende una anotación preventiva de embargo.

HECHOS

I

Mediante auto de 24 de octubre de 2008 dictado por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 4 de Motril, en demanda de juicio ordinario cambiario, se ordenó trabar embargo sobre una finca en el término municipal de Polopos. Por auto de fecha 13 de noviembre de 2008 se ordenó por el mismo Juzgado la anotación preventiva del embargo y librarse mandamiento al Registro de la Propiedad.

II

Presentado mandamiento de embargo en el Registro de la Propiedad de Albuñol fue objeto de la siguiente nota de calificación: Hechos. El día 29/12/2008, a las 17:39 horas, el Sr./Sra AGM Asesores presenta mandamiento judicial ordenado tomar anotación preventiva de embargo expedido por Juzgado de 1.^ª Instancia n.º 4 de Motril, el día 13/11/2008, en procedimiento número 643/2008, habiendo practicado en este Registro Asiento de Presentación número 1099 del Libro Diario 77, siendo documento conexo con los asientos número 994 y 996. Fundamentos de derecho. 1. 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 99 y 100 del Reglamento para su ejecución.

2. Previa calificación jurídica del precedente documento, una vez consultados los antecedentes del Registro, el Registrador que suscribe a resuelto suspender la anotación por el siguiente defecto que se estima subsanable: No encontrarse la finca inscrita a favor de la persona contra la que se decreta el embargo vulnerando el principio de tracto sucesivo (artículos 20 de la Ley Hipotecaria y 140 del Reglamento Hipotecario). Acuerdo. En su virtud, se suspende la anotación del documento objeto de la presente calificación, quedando automáticamente prorrogado el asiento de presentación correspondiente durante el plazo de sesenta días a contar desde que se tenga constancia de la recepción de la última de las notificaciones legalmente pertinentes, de conformidad con los artículos 322 y 323 de la Ley Hipotecaria. Notifíquese al presentante y al funcionario autorizante del título calificado en el plazo máximo de diez días naturales contados desde esta fecha. Puede no obstante el interesado o el funcionario autorizante del título, durante la vigencia del asiento de presentación y dentro del plazo de sesenta días anteriormente referidos, solicitar que se practique la anotación preventiva prevista en el art. 42.9 de la Ley Hipotecaria. Contra la presente (...) Albuñol a 23 de enero de 2009. Fdo. María Cristina Palma López.

III

Contra la anterior nota de calificación, don Pablo Porcel Saavedra, Letrado, en nombre y representación de la compañía

mercantil Movimientos de «Tierras López Santaella, S.L.», interpone recurso en virtud de escrito de fecha 2 de marzo de 2009 basándose en que en la fecha en la que se ordenó por parte del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Motril la anotación preventiva de embargo, la sociedad deudora era todavía propietaria de la finca embargada, sin que en dicha fecha hubiera cambiado el propietario de la finca.

IV

La Registradora emitió informe el día 1 de abril de 2009, mantuvo su calificación y elevó el expediente a este Centro Directivo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 24 de la Constitución; artículos 17, 18, 20, 24, 25, 38 y 42 de la Ley Hipotecaria; los artículos 100, 105 y 144 del Reglamento Hipotecario, y las Resoluciones de 6, 10 y 19 de noviembre de 1981; 16 de febrero, 29 de mayo, y 18 y 24 de septiembre de 1987; 18 y 25 de marzo de 1988; 29 de mayo de 1989; 3 y 4 de junio de 1991; 25 de enero y 4 de octubre de 1993; 28 de diciembre de 1998; 18 de febrero y 23 de junio de 2000; 18 de febrero y 15 y 24 de abril de 2002; 6 de octubre de 2005, y 1 de agosto de 2006.

1. Presentado en el Registro mandamiento de embargo, caduca el asiento de presentación, por lo que el Registrador procede al despacho de una escritura de compraventa posterior en la que el deudor transmite la finca a un tercero. Presentado de nuevo el mandamiento de embargo el registrador suspende la anotación. Se plantea así en este recurso si puede tomarse anotación preventiva del embargo: el recurrente entiende que sí puesto que la finca pertenecía al deudor en el momento de adoptarse la resolución judicial

ordenando la anotación preventiva del embargo; el registrador mantiene la suspensión ya que, al dejarse caducar el asiento de presentación, cuando el mandamiento de embargo es objeto de una nueva presentación, ya pertenece la finca a un tercer adquirente.

2. Conforme a la reiterada doctrina de este Centro Directivo (cfr. las Resoluciones citadas en los «Vistos»), al tratarse en este caso de un mandamiento de embargo sobre finca que aparece inscrita a favor de una persona que, según el mismo mandamiento no es la persona demandada como deudora, procede, en consecuencia, la denegación de la anotación solicitada, por aplicación de los principios de tracto sucesivo y legitimación (cfr. artículos 20 y 38 de la Ley Hipotecaria y 140.1 del Reglamento para su ejecución).

3. En efecto, cuando finalmente se presenta el mandamiento de embargo las fincas aparecen inscritas a nombre de personas contra las que no se ha dirigido el procedimiento. Las exigencias del principio de tracto sucesivo han de confirmar la denegación de la nota recurrida toda vez que el procedimiento de que dimana el mandamiento calificado no aparece establecido contra el titular registral (artículo 20 de la Ley Hipotecaria); sin que pueda alegarse en contra la limitación del ámbito calificador respecto de los mandamientos judiciales, pues si bien es cierto que los Registradores de la Propiedad, como funcionarios públicos tienen la obligación de respetar y colaborar en la ejecución de las resoluciones judiciales firmes (artículo 17.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), no lo es menos que el principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos (cfr. artículo 24 de la Constitución Española) impide extender las consecuencias de un proceso a quienes no han tenido parte en él, ni han intervenido de manera alguna, exigencia ésta que en el ámbito registral determina la imposibilidad de practicar asientos que

comprometen una titularidad inscrita (que está bajo la salvaguardia de los Tribunales, conforme al artículo 1 de la Ley Hipotecaria) si no consta el consentimiento de su titular o que éste haya sido parte en el procedimiento de que se trata; de ahí en el ámbito de la calificación de los documentos judiciales el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, en coherencia plena con los preceptos constitucionales y legales, incluya los obstáculos que surjan del Registro.

4. La circunstancia de que en el momento de adoptarse la resolución judicial la finca aún pertenecía al deudor, no basta para tomar la anotación preventiva de embargo, pues el momento en el que se debe cumplir el tracto sucesivo es el de la presentación en el Registro del título cuya inscripción se pretende o después si durante la vigencia del asiento de presentación se aportan los títulos intermedios; por lo que no basta con que se cumpliera el tracto sucesivo en el momento de la fecha del auto ordenando la anotación (cfr. artículos 24 y 25 de la Ley Hipotecaria). El principio de prioridad registral (cfr. artículo 17 Ley Hipotecaria) conlleva procurar inmediatamente la presentación del título en el Registro de la Propiedad y en no dejar caducar el asiento (aportando el título original si la presentación fue por telefax como ocurrió en este caso), pues en caso de que se deje caducar el asiento de presentación procede el despacho de los títulos posteriores, que ganan prioridad y producen el cierre registral de títulos incompatibles aunque sean de fecha posterior.

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, 5 de noviembre de 2009.–La Directora General de los Registros y del Notariado, *M.ª Ángeles Alcalá Díaz*.

RESOLUCIÓN de 6 de noviembre de 2009, 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 de Málaga número 15, por la que se suspende la inscripción de la ejecutoria de una sentencia. («BOE» núm. 7 de 8 de enero de 2010.)

En el recurso interpuesto por doña M. M. B. H. contra la nota de calificación de la Registradora de la Propiedad de Málaga número 15, doña María Virginia Salto Téllez, por la que se suspende la inscripción de la ejecutoria de una sentencia.

HECHOS

I

Tomada anotación preventiva sobre los derechos que en la liquidación de la sociedad de gananciales puedan corresponder al deudor, el procedimiento de ejecución sigue adelante, y en virtud de sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Málaga el 22 de noviembre de 1996 se aprobó el remate a favor del postor sobre la mitad indivisa de la finca embargada.

II

Presentado testimonio de la sentencia firme en el Registro de la Propiedad de Málaga número 15 fue objeto de la si-

guiente nota de calificación: «Previo examen y calificación del precedente documento, el Registrador de la Propiedad que suscribe, ha resuelto suspender su inscripción en base a los siguientes Hechos y Fundamentos de Derecho. Hechos: Con fecha veintidós de octubre de dos mil ocho, se presenta en este Registro de la Propiedad a mi cargo testimonio de una sentencia expedido por el Juzgado de Primera Instancia número cuatro de Málaga el día diez de mil novecientos noventa y seis, en el procedimiento Autos de Juicio Declarativo Menor Cuantía 1001/93, causando el asiento de presentación número 1442 del Libro Diario 115, que en el día de hoy es calificada desfavorablemente al observarse que la finca registral 6501 se encuentra inscrita, por título de compra, a nombre de los esposos don F. S. S. y doña A. G. S., con carácter ganancial. La anotación preventiva de embargo letra A, sobre la que se asienta la adjudicación presentada, se practicó, al acreditarse solamente la disolución de la sociedad de gananciales, dado el fallecimiento del Señor S., pero no la liquidación, «sobre la parte o derecho que a la viuda demandada en la sociedad de gananciales en liquidación». No cabe inscribir el mencionado testimonio de la Sentencia en el que se adjudica la mitad indivisa de la finca que como gananciales correspondía a doña A. G. S. (parece presuponer la liquidación de la sociedad de gananciales), sin que la previa inscripción del título correspondiente a la liquidación de su sociedad ganancial. Fundamentos de Derecho: Vistos los artículos 20 y 38 de la Ley Hipotecaria y 144 de su Reglamento, y 1.392 del Código Civil. Único.–Inscrito un bien con carácter ganancial y constando la disolución de la sociedad conyugal por fallecimiento del esposo, el principio de tracto sucesivo consagrado en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria impide, como ya declara la Dirección General de los Registros y del Notariado en sus Resoluciones de 16 de marzo y 23

de diciembre de 2002 y de 23 de abril de 2005, inscribir la adjudicación de dicho bien, –en este caso la mitad indivisa de dicho inmueble–, alcanzada en procedimiento seguido exclusivamente contra uno de los cónyuges cotitulares. En este caso se hace necesario inscribir, previamente, el título correspondiente de liquidación de la sociedad ganancial, o cualquier otro suficiente al efecto, por cuya virtud el cónyuge ejecutado pase a ser titular exclusivo de la mitad indivisa adjudicada, sin que quepa alegar en contra que en su día se anotó el embargo, y esto por cuanto que el embargo anotado no era del bien enajenado judicialmente, una mitad indivisa del inmueble, sino de los derechos que sobre el mismo pudieran corresponder al cónyuge ejecutado cuando se liquidase su sociedad conyugal, de modo que habrá que esperar a la realización de esa liquidación para saber qué derechos corresponderán, en su caso, al ejecutado en dicho bien. En base a los precedentes «Hechos» y «Fundamentos de Derecho» el Registrador de la Propiedad que suscribe ha resuelto suspender la inscripción solicitada extendiendo la siguiente nota de calificación: Suspendida la inscripción solicitada por no resultar acreditada la previa liquidación de la sociedad conyugal del deudor ejecutado. Contra esta nota (...) Málaga a siete de noviembre de dos mil ocho. El Registrador. Fdo: María Virginia Salto Téllez».

III

Contra la anterior nota de calificación, doña M. M. B. H. interpone recurso en virtud de escrito de fecha 3 de diciembre de 2008 en base entre otros a los siguientes argumentos: que se trata de un bien ganancial, y que al fallecimiento del marido se trabó embargo sobre la mitad indivisa que pertenecía a la esposa por disolución automática de la sociedad de gananciales; que dicha mitad fue adjudicada en resolución judicial sin que ninguna acción ejecutiva se haya llevado a

cabo contra la otra mitad indivisa del cónyuge fallecido; que al haberse disuelto la sociedad de gananciales por fallecimiento del marido corresponde la mitad a la esposa conforme a los artículos 85 y 1344 del Código Civil.

IV

La Registradora emitió informe el día 19 de marzo de 2009, mantuvo su calificación y elevó el expediente a este Centro Directivo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 85, 1344 y 1401 del Código Civil; artículo 20 de la Ley Hipotecaria; 144.4 del Reglamento Hipotecario; así como las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1905; 11 de febrero de 1959; 27 de febrero de 1960; 11 de diciembre de 1964; 8 de octubre de 1990, y 17 de febrero de 1992, y las Resoluciones de 22 de mayo, 3 de junio y 16 de octubre de 1986; 16 de febrero, 29 de mayo y 6 de noviembre de 1987; 3 y 4 de junio, 8 de julio y 11 de diciembre de 1991, y 28 de febrero de 1992; 10 de octubre de 1998; 20 de septiembre de 2002, y 1 de marzo de 2004.

1. Se debate en este recurso la inscribibilidad de una sentencia por la que se adjudica la mitad indivisa de una finca inscrita con carácter ganancial, resultando que la anotación del embargo –al haber fallecido el cónyuge no deudor–, se tomó sobre los derechos que pudieran corresponder al cónyuge deudor en la liquidación de la sociedad conyugal.

2. Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que disuelta pero no liquidada la sociedad de gananciales, no corresponde a los cónyuges individualmente una cuota indivisa en todos y cada uno de los bienes que la integran y de la que pueda disponer separadamente, sino que, por el contrario, la participación de aqué-

llos se predica globalmente respecto de la masa ganancial en cuanto patrimonio separado colectivo, en tanto que conjunto de bienes con su propio ámbito de responsabilidad y con un régimen específico de gestión, disposición y liquidación, que presupone la actuación conjunta de ambos cónyuges o de sus respectivos herederos, y solamente cuando concluyan las operaciones liquidatorias, esta cuota sobre el todo cederá su lugar a las titularidades singulares y concretas que a cada uno de ellos se le adjudiquen en las operaciones liquidatorias.

3. De lo anterior se desprende la necesidad de distinguir tres hipótesis diferentes, así en su sustancia como en su tratamiento registral. En primer lugar, el embargo de bienes concretos de la sociedad ganancial en liquidación, el cual, en congruencia con la unanimidad que preside la gestión y disposición de esa masa patrimonial (cfr. artículos 397, 1058, 1401 del Código Civil), requiere que las actuaciones procesales respectivas se sigan contra todos los titulares (art. 20 de la Ley Hipotecaria). En segundo lugar, el embargo de la cuota global que a un cónyuge corresponde en esa masa patrimonial, embargo que, por aplicación analógica de los artículos 1067 del Código Civil y 42.6 y 46 de la Ley Hipotecaria, puede practicarse en actuaciones judiciales seguidas sólo contra el cónyuge deudor, y cuyo reflejo registral se realizará mediante su anotación 'sobre los inmuebles o derechos que se especifique en el mandamiento judicial en la parte que corresponda al derecho del deudor' (cfr. art. 166.1, in fine, del Reglamento Hipotecario). En tercer lugar, el teórico embargo de los derechos que puedan corresponder a un cónyuge sobre un concreto bien ganancial, una vez disuelta la sociedad conyugal, supuesto que no puede confundirse con el anterior pese a la redacción del artículo 166.1.º, in fine, del Reglamento Hipotecario, y ello se advierte

fácilmente cuando se piensa en la diferente sustantividad y requisitos jurídicos de una y otra hipótesis. En efecto, teniendo en cuenta que el cónyuge viudo y los herederos del premuerto puedan verificar la partición del remanente contemplado en el artículo 1404 del Código Civil, como tengan por conveniente, con tal de que no se perjudiquen los derechos del tercero (cfr. arts. 1410 y 1083 y 1058 del Código Civil), en el caso de la traba de los derechos que puedan corresponder al deudor sobre bienes gananciales concretos, puede perfectamente ocurrir que estos bienes no sean adjudicados al cónyuge deudor (y lógicamente así será si su cuota puede satisfacerse en otros bienes gananciales de la misma naturaleza especie y calidad), con lo que aquella traba quedará absolutamente estéril; en cambio, si se embarga la cuota global, y los bienes sobre los que se anota no se atribuyen al deudor, éstos quedarán libres, pero el embargo se proyectará sobre los que se le haya adjudicado a éste en pago de su derecho (de modo que sólo queda estéril la anotación, pero no la traba). Se advierte, pues, que el objeto del embargo cuando la traba se contrae a los derechos que puedan corresponder a un cónyuge en bienes gananciales singulares carece de verdadera sustantividad jurídica; no puede ser configurado como un auténtico objeto de derecho susceptible de una futura enajenación judicial (cfr. Resolución de 8 de julio de 1991) y, por tanto, debe rechazarse su reflejo registral, conforme a lo previsto en los artículos 1 y 2 de la Ley Hipotecaria.

Lo que no cabe nunca es el embargo de mitad indivisa del bien, pues mientras no esté liquidada la sociedad de gananciales y aunque haya disolución por fallecimiento de uno de los cónyuges, no existen cuotas indivisas sobre bienes concretos.

4. En el supuesto de hecho de este expediente nos encontramos ante un em-

bargo de un bien ganancial, en el que la anotación –dado el fallecimiento del marido– se toma sobre los derechos que puedan corresponder a la esposa en la liquidación de la sociedad conyugal, es decir, nos encontramos en el segundo de los supuestos analizados con anterioridad.

En estos casos no es posible la adjudicación de la mitad indivisa de un bien, pues como se ha visto no existen todavía, pendiente la liquidación de la sociedad, cuotas indivisas sobre bienes concretos. Podría haberse adjudicado la parte que al cónyuge le correspondiera en la liquidación, pero no una mitad indivisa del bien.

5. Como ya señalara este Centro Directivo (véase Resolución de 20 de septiembre de 2002) nada se opone a la posibilidad de enajenar bienes de un patrimonio en liquidación, siempre que dicha enajenación sea realizada por todos los que conforme a la Ley y a las normas rectoras de aquél, ostentan las plenas facultades de gestión y representación del mismo (cfr. artículos 209.1.º del Reglamento Hipotecario, 803 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 1.024-2 y 1.410 del Código Civil), y nada impide que durante la pendencia de la liquidación puedan hacerse efectivas sobre la masa participacional en liquidación las deudas de las que respondan los bienes gananciales, dando lugar al embargo y rescate de bienes integrantes de aquella (cfr. artículo 1.911 del Código Civil).

En tal caso, es obvio que las exigencias del tracto sucesivo, a efectos de inscribir el remate o adjudicación alcanzado, queda plenamente satisfecha, si en el procedimiento seguido fueran demandados y condenados todos los que según el Registro ostentaren la completa titularidad o la plena representación de esa masa patrimonial, sin necesidad de previa inscripción de unas adjudicaciones que ni se habían realizado ni se van ya a rea-

lizar, en lo que al bien ejecutado se refiere (cfr. artículos 20-4 y 20-5-3.º de la Ley Hipotecaria).

Pero dado que lo que se adjudica es tan sólo la mitad indivisa del bien ganancial, y reiterando que eso no es posible durante la vigencia de la sociedad de gananciales, aún en liquidación, no procede sino confirmar la nota de calificación.

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, 6 de noviembre de 2009.–La Directora General de los Registros y del Notariado, *M.ª Angeles Alcalá Díaz*.

RESOLUCIÓN de 9 de noviembre de 2009, 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 La Línea de la Concepción, por la que se suspende la rectificación por error de una nota marginal de cancelación de condición resolutoria. («BOE» núm. 7 de 8 de enero de 2010.)

En el recurso interpuesto por don R. C. P. J., en representación de doña A. E. B. D., de don B. L. F. D., y de doña T. C. M. I. F. D. contra la nota de calificación del Registrador de la Propiedad de La Línea de la Concepción, don Tomás Cano Jiménez, por la que se suspende la rectifi-

cación por error de una nota marginal de cancelación de condición resolutoria.

HECHOS

I

Mediante instancia suscrita el día 20 de mayo de 2009 por doña A. E. B. D. en su propio nombre y en representación de su hijo don B. L. F. D., y por doña T. C. M. I. F. D., en su calidad de herederos abintestato de don L. F. C., solicitan la rectificación de una nota marginal en la que se hace constar la cancelación de una condición resolutoria, pidiendo la anulación de la misma por haberse extendido erróneamente; solicitando, asimismo, que si se entendiese que se trata de error de concepto, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 218 de la Ley Hipotecaria, se de traslado a Martinsa-Fadesa para que alegue lo que a su derecho convenga.

II

Dicha instancia fue presentada en el Registro de la Propiedad de La Línea de la Concepción a las trece horas y quince minutos del día veintiuno de mayo pasado, asiento setecientos ochenta y cuatro del Diario cuatro y fue calificado con la siguiente nota: «Visto por don Tomás Cano Jiménez el documento que antecede, y calificado por lo que resulta del mismo, y en su caso de los documentos complementarios aportados, en relación con los antecedentes obrantes en el Registro –art. 18 de la Ley Hipotecaria– se formula la presente nota de calificación sobre los siguientes Hechos. Primero: Con fecha 21 de mayo de 2009 se presentó en este Registro a las 13 horas y 15 minutos bajo el asiento número 784 del Diario 4, instancia suscrita en la Línea de la Concepción el día 20 de mayo de 2.009 por doña A. E. B. D. con NIE. (...) en su propio nombre y en nombre y representación de sus hijos don B. L. y doña

T. C. M. I. F. D. todos ellos en calidad de herederos abintestato de don L. F. C., cuya firma está debidamente legitimada por el notario de Marbella don Joaquín María Crespo Candela el mismo día 20 de mayo de 2009, por la que solicitan la rectificación del Registro con motivo del despacho de la escritura autorizada por el Notario de Marbella don Antonio Ruiz Clavijo Laencina el día 23 de febrero de 2007 con el número 543 de protocolo entendiendo que se produjo un error en el despacho del dicho título y solicitando que se declare subsistente la condición resolutoria que se pactó en la escritura de compraventa autorizada en Marbella el día 10 de mayo de 2004 ante su notario don Emilio Iturmendi González con el número 1.156 de protocolo en la que don L. F. C. vendió el pleno dominio de un 90 por ciento de la finca registral número 935 del término de La Línea de la Concepción a la mercantil Fadesa Inmobiliaria. A dicha instancia se acompaña otra copia, no la que se inscribió, de la citada escritura de 23 de febrero de 2007. Segundo: Del examen de la misma resultan los siguientes defectos subsanables: No consta el consentimiento de todos los interesados, especialmente el del titular registral de la finca, a saber Fadesa Inmobiliaria, S. A., para la rectificación solicitada, ya que de haberse cometido el error denunciado, se trataría de un error de concepto, que requiere el consentimiento unánime de ambas partes o, en su defecto, resolución judicial. A los anteriores hechos son de aplicación los siguientes Fundamentos de derecho –Los documentos de toda clase, susceptibles de inscripción, se hallan sujetos a la calificación del 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 de su Reglamento. 2– En el presente caso procede analizar qué tipo

de error, material o de concepto, pudiera haberse cometido. La Ley Hipotecaria al tratar esta materia dice –vid., art 212 Ley Hipotecaria– que se entenderá que se comete error material cuando sin intención conocida se escriban unas palabras por otras, se omita la expresión de alguna circunstancia formal de los asientos, o se equivoquen los nombres propios o las cantidades al copiarlas del título, sin cambiar por ello el sentido general de la inscripción o del asiento de que se trate, ni el de ninguno de sus conceptos, mientras que el artículo 216 LH establece «Se entenderá que se comete error de concepto cuando al expresar en la inscripción alguno de los contenidos en el título se altere o varíe su verdadero sentido». En este caso parece evidente la calificación del error como de concepto, ya que de prosperar la rectificación que se pretende, ello implicaría imponer una carga sobre la finca, la cual no existe al día de otorgamiento de la escritura –véase artículo 1.3 LH–. Los asientos del Registro practicados en los Libros que se determinan en los artículos 238 y siguientes, en cuanto se refieran a los derechos inscribibles, están bajo la salvaguardia de los Tribunales, y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la Ley. La inscripción de cargas o gravámenes en el Registro sólo puede hacerse con el consentimiento del titular registral, o en virtud de resolución judicial firme en procedimiento contradictorio, en donde el titular registral haya sido parte en el proceso. En ello consiste el llamado principio registral del tracto sucesivo –artículo 20 LH–, que en materia de rectificación de errores viene confirmado por los siguientes artículos: 40.c) LH cuando la inexactitud tuviere lugar por nulidad o error de algún asiento, se rectificará el Registro en la forma que determina el título VII, en relación con lo que dispone el párrafo segundo del apartado d) del mismo artículo en los casos en que haya de solicitarse judicialmente la rectifica-

ción, se dirigirá la demanda contra todos aquéllos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho, y se sustanciará por los trámites del juicio declarativo correspondiente; artículo 217 LH los errores de concepto cometidos en las inscripciones, anotaciones, cancelaciones, o en otros asientos referentes a ellas, cuando no resultaren claramente de las mismas, no se rectificarán sin el acuerdo unánime de todos los interesados y del Registrador o una providencia judicial que lo ordene; artículo 218 LH el registrador, o cualquiera de los interesados en una inscripción, podrán oponerse a la rectificación que otro solicite por causa de error de concepto, siempre que a su juicio esté conforme el concepto que se suponga equivocado con el correspondiente en el título a que la inscripción se refiera. La cuestión que se suscite por este motivo se decidirá en juicio ordinario; así como el artículo 329 RH si el error advertido por cualquier interesado fuese de concepto, y el Registrador y los demás interesados en la inscripción equivocada convinieran en la rectificación, se harán constar los acuerdos en el acta a que se refiere el párrafo segundo del artículo 326, procediéndose en la forma que el mismo determina. Si hubiese oposición por parte del Registrador o de cualquiera de los interesados se estará a lo que dispone el artículo 218 de la Ley Hipotecaria. Y en virtud de cuanto antecede Acuerdo: Se suspende la práctica de la rectificación que se pretende, por el defecto de no constar el consentimiento del titular registral, o en su defecto una providencia judicial que ordene dicha rectificación, toda vez que de prosperar la rectificación que se pretende supondría imponer una carga, en este caso una condición resolutoria, sin el conocimiento y consentimiento del titular registral, esto es Fadesa inmobiliaria, S. A., y todo ello en base a lo anteriormente expuesto en los Fundamentos de Derecho. Notifíquese esta calificación al presentante del título calificado en el plazo de

10 días y practíquense las oportunas notas marginales en el Libro Diario, haciendo constar la calificación, su notificación y la prórroga del asiento de presentación, así como de los posteriores relativos a las misma/s finca/s. Contra la presente (...) La Línea de la Concepción a 28 de mayo de 2009.–El Registrador. Fdo, Tomás Cano Jiménez».

III

Don R. C. P. J., en representación de doña A. E. B. D., de don B. L. F. D., y de doña T. C. M. I. F. D., en su calidad de herederos abintestato de don L. F. C., interpuso recurso gubernativo mediante escrito de 9 de junio de 2009 que tuvo entrada en el Registro el día 12 de junio del mismo año con arreglo, entre otros, a los siguientes Fundamentos de derechos: Considera el recurrente que el error cometido al cancelar indebidamente la condición resolutoria no se trató de un error acerca del alcance o interpretación del clausulado de la escritura otorgada, ni ofrece dudas acerca de su sentido jurídico. No puede otorgársele al error en que se ha incurrido tal dimensión, porque no pueden existir concepciones contrapuestas o interpretaciones distintas al sentido literal de su texto. No hay un concepto divergente al inscrito, que pueda contraponerse; ni existe la posibilidad, por mínima que esta fuese, de un debate conceptual jurídico. En este sentido resulta muy clarificadora la Resolución de 10 noviembre 2003 de la Dirección General de los Registros y del Notariado. En consecuencia, el error ha de ser tenido por material y susceptible de rectificación sin necesidad del consentimiento unánime de todos los interesados ni de la resolución judicial subsidiaria. En este caso se presentó al Registro una carta de pago parcial –de 23 de febrero de 2007– y, al entender erróneamente el Registrador que se trataba de un pago total, motivó la cancelación de la condición resolutoria. No es baladí la cuestión, pues

esta calificación implicaría que, de acuerdo con el art. 220 LH, si se entendiese el error como de concepto, la rectificación no surtiría efecto sino desde la fecha de la rectificación, que, como esta Dirección lo conoce perfectamente, no se produciría sino hasta que terminase un procedimiento judicial, necesariamente largo. El segundo motivo de impugnación –para el supuesto de que se pueda entender que estamos ante un error de concepto– gravita sobre la inaplicación, por parte del Registrador, de lo dispuesto en el art. 326 del Reglamento Hipotecario. Profundizando aún más, es evidente que el error en que se ha incurrido salta a la vista, por lo que debemos tener en cuenta que el art. 217 de la Ley Hipotecaria prevé en estos casos que la actuación del Registrador ni siquiera debe ser la de recabar el acuerdo unánime de todos los interesados. Además de las razones anteriores, resulta innecesario el consentimiento de Fadesa Inmobiliaria, S.A., y ello por los siguiente motivos añadidos: 1. El consentimiento de FADESA no es, en ningún caso, necesario con carácter previo a la solicitud, ya que el art. 326 RH establece un procedimiento según el cual el Registrador debe recabar su opinión una vez conocido el error –es decir, tras la solicitud de esta parte– procedimiento que ha sido indebidamente inobservado por el Registrador. Las normas hipotecarias no exigen que el acuerdo sea ab initio, sino que estatuyen un procedimiento en el que la actividad –en este caso denegada– del Registrador resulta capital en evitación de daños y perjuicios –y sólo necesaria si el error de concepto no es claro, según hemos visto–. 2. Por otra parte, el recabar, hoy, el consentimiento de Fadesa Inmobiliaria, S.A., para la subsanación del error –recordemos, de tipo material– implicaría para el Registro ir en contra de sus propios actos pues cuando canceló la condición no recabó el consentimiento de esta parte, pese a que el mecanismo de cancelación estaba perfectamente descrito y regulado en la

Estipulación quinta de la escritura de compraventa de 10 de mayo de 2004.

IV

El Registrador emitió informe el día 22 de junio de 2009 y elevó el expediente a este Centro Directivo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 1, 20, 40, 211 a 220 de la Ley Hipotecaria, 314 a 331 del Reglamento para su ejecución y Resoluciones de la Dirección General de 20 de agosto de 1982; 12 de julio de 2001; 23 de marzo de 2002, y 8 de mayo de 2009, y Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1999.

1. En el presente recurso se ha de determinar si es o no conforme a Derecho la calificación registral por la que se deniega la rectificación de una nota marginal practicada en la que se canceló por error una condición resolutoria en garantía de precio aplazado, ya que la escritura que provocó dicho asiento reseñaba un pago parcial del precio y no de la totalidad del mismo. El recurrente sostiene que nos encontramos ante un error material, mientras que el Registrador considera que el error es de concepto y que se precisa del consentimiento del titular registral para proceder a la rectificación.

2. Cuestión básica para resolver el recurso es la calificación del error que se ha producido en los asientos del Registro como material o de concepto. En la nota marginal en la que se comete el error se hace constar que la entidad compradora «declara haber entregado la cantidad que del precio de venta quedó aplazado», especificando, a continuación, que el pago se verificó mediante cheque bancario a nombre de los herederos del vendedor por importe de cuatrocientos diez mil euros, quedando cancelada la condición resolutoria. Es importante destacar,

según resulta de la inscripción principal, que se aplazó un ochenta por ciento del precio total y que con la cantidad pagada a que se refiere la escritura que dio lugar a la nota marginal ahora cuestionada quedaba pendiente de satisfacer el setenta por ciento del mismo. El artículo 212 de la Ley Hipotecaria exige para considerar un error como material que con el mismo no se cambie el sentido general de la inscripción ni de ninguno de sus conceptos; por otra parte, el artículo 216 de la misma Ley señala que se comete error de concepto cuando al expresar en la inscripción alguno de los contenidos en el título se altere o varíe su verdadero sentido; asimismo, el artículo 327 del Reglamento Hipotecario determina que se considera el error de concepto de los comprendidos en el párrafo primero del artículo 217 de la Ley Hipotecaria (es decir, los cometidos en inscripciones, anotaciones o cancelaciones, o en otros asientos referentes a ellas, cuando no resulte claramente de las mismas), el contenido en algún asiento por la apreciación equivocada de los datos obrantes en el Registro.

De todo ello resulta, con claridad, que el error advertido no es material, sino de concepto. Tres son las razones que fundamentan esta conclusión: en primer lugar los relevantes efectos del error que da por resultado la cancelación indebida de la condición resolutoria; en segundo lugar, la constancia en la nota marginal de la declaración de haberse entregado el precio aplazado, cuando como resulta claramente de la misma al indicar la cantidad entregada, confrontándola con la inscripción de compraventa a cuyo margen se extendió, la entrega fue parcial; en tercer lugar, porque sólo puede entenderse el error por la apreciación equivocada de la cantidad que quedaba aplazada.

3. La legislación hipotecaria diferencia dos procedimientos para la rectificación de los errores de concepto: el que

exige el acuerdo unánime de los interesados y del Registrador o, en su defecto, resolución judicial, y el que permite la rectificación de oficio por parte del Registrador cuando el error resulte claramente de los asientos practicados o, tratándose de asientos de presentación y notas, cuando la inscripción principal respectiva baste para darlo a conocer (cfr. art. 217 de la Ley Hipotecaria).

Esta última modalidad de rectificación se infiere con claridad de lo dispuesto en el párrafo primero del citado artículo 217 de la Ley Hipotecaria, conforme al cual «Los errores de concepto cometidos en inscripciones, anotaciones o cancelaciones, o en otros asientos referentes a ellas, cuando no resulten claramente de las mismas, no se rectificarán sin el acuerdo unánime de todos los interesados y del Registrador, o una providencia judicial que lo ordene», de donde se colige que resultando claramente el error padecido de los propios asientos el Registrador no precisa del consentimiento de los interesados para proceder a su rectificación. Así lo ha interpretado también el Tribunal Supremo en su Sentencia de 28 de febrero de 1999 al hacer la exégesis del citado artículo 217 de la Ley Hipotecaria –en un caso en que se expresó en la inscripción que la finca estaba libre de cargas, cuando en realidad estaba gravada con una sustitución fideicomisaria condicional– afirmando que «A sensu contrario si los errores de concepto de los asientos resultan claramente de los mismos (como ocurre en el tema que nos ocupa si contrastamos las inscripciones primera, segunda y tercera) la rectificación sigue pautas mucho más sencillas; no es preciso reunir ese cónclave entre los particulares y el Registrador, ni tampoco acudir a la autoridad judicial. Basta con que el Registrador, como encargado de la oficina, compruebe la equivocación padecida y la subsane mediante la oportuna diligencia. Esto hubiera sido suficiente en su día, sin tener que provocar

todo el estrépito judicial de la acción ejercitada».

4. Resta por concluir si el procedimiento para la rectificación, en este caso, exige el consentimiento del titular registral o no. Pues bien, si se tiene en cuenta: a) que la condición resolutoria en garantía del precio aplazado de una compraventa de un inmueble, como elemento accidental del negocio, no opera automáticamente en sede registral ni en su cumplimiento (necesidad de acreditar el impago, el requerimiento notarial o judicial, la falta de oposición del comprador, etc.: vid. art. 1.504 del Código Civil y Resolución de 29 de diciembre de 1982), ni en su incumplimiento pues su cancelación requiere bien resolución judicial, bien escritura en que conste el consentimiento cancelatorio del vendedor (lo que requiere capacidad dispositiva y no simplemente la capacidad general para administrar que se precisa para recibir el pago (ex art. 1.068 del Código Civil), bien la acreditación fehaciente del hecho o hechos cuya ocurrencia, en virtud de pacto expreso, permita al comprador solicitar unilateralmente tal cancelación (cfr. art. 82 de la Ley Hipotecaria y 56 del Reglamento Hipotecario); b) que resulta claramente de la inscripción de la compraventa que la condición resolutoria pactada garantizaba el precio aplazado en su totalidad; c) que resulta de la nota marginal cuya rectificación se pretende que se entregó una cantidad que, confrontándola con la inscripción principal, no corresponde a la totalidad del precio aplazado sino a una parte del mismo; d) que como consecuencia de ello resulta directa y claramente de los asientos del Registro que no se ha producido el hecho que permitiría solicitar la cancelación de la condición, esto es, el pago de la totalidad cantidad aplazada; e) que, al margen del pago, tan sólo se admitía en la escritura de compraventa en que se constituyó la condición resolutoria dos modos de cancelarla: 1.º mediante escri-

tura de cancelación de dicha garantía otorgada por la parte vendedora, y 2.º mediante acta notarial en la que la entidad compradora acredite que se han avalado las cantidades pendientes de pago y que dichos avales están a disposición de los vendedores, ninguno de cuyos documentos se presentó en el Registro; f) que la nota marginal que hubiera debido practicarse a la vista de dicho título no es la de cancelación de la condición resolutoria por su incumplimiento, en cuya virtud se consuma la adquisición del derecho del comprador (cfr. art. 23 de la Ley Hipotecaria), prevista en el artículo 56 del Reglamento Hipotecario, como por error se produjo, sino una nota de pago parcial del precio aplazado conforme al artículo 58 del mismo Reglamento; en base a todo lo cual hay que concluir en el corolario de que no es preciso el consentimiento del titular registral para la rectificación.

Si a ello se añade que una de los límites del ejercicio de todo derecho es la buena fe (cfr. art. 7.1 del Código Civil), una de cuyas manifestaciones es la imposibilidad de ir contra los actos propios (cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 14 y 28 de octubre de 2005; 26 de enero de 2006, y 23 de enero de 2008), y que del título que generó la cancelación de la condición resolutoria resulta de modo inequívoco que se trataba de un pago parcial y que no se prestaba consentimiento a la cancelación de la condición resolutoria, no hay ningún obstáculo para la rectificación solicitada a la vista de que se trata de un error de concepto padecido en la redacción de una nota marginal cuya sola confrontación con la inscripción principal respectiva basta para darlo a conocer.

Por último, el hecho de que la rectificación implique la reactivación de la condición resolutoria cancelada no es un obstáculo para la misma, pues la rectificación no surtirá efecto frente a terceros sino de la fecha en que se verifique (cfr.

arts. 40 y 220 de la Ley Hipotecaria) y el titular registral ya prestó su consentimiento a la condición en la escritura de compraventa originaria.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso en cuanto a la no necesidad de consentimiento del titular registral para la rectificación 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, 9 de noviembre de 2009.–La Directora General de los Registros y del Notariado, *M.ª Ángeles Alcalá Díaz*.

RESOLUCIÓN de 10 de noviembre de 2009, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Molina de Aragón, a practicar la cancelación de asientos y la inscripción de dominio ordenado en una sentencia recaída en el seno de un procedimiento declarativo ordinario. («BOE» núm. 7 de 8 de enero de 2010.)

En el recurso interpuesto por doña L.H.T. contra la negativa de la Registradora de la Propiedad de Molina de Aragón, doña Alicia Solesio Jofre de Villegas, a practicar la cancelación de asientos y la inscripción de dominio ordenado en una sentencia recaída en el seno de un procedimiento declarativo ordinario.

HECHOS

I

Se presentó en el Registro de la Propiedad de Molina de Aragón, con fecha 7 de enero de dos mil nueve, testimonio de una sentencia, dictada el 18 de julio de 2007, del Juzgado de Primera Instancia número 9 de Madrid, expresando en su parte dispositiva que, estimándose la demanda interpuesta, «se declara la nulidad del contrato de compraventa.... en relación a las fincas registrales 2391 y 2392 ...y, consecuentemente, la nulidad de todos los asientos posteriores que traigan causa de éste y en la medida que contradigan la exclusiva y nuda propiedad de la actora... procediéndose a la inscripción del pleno dominio a su favor». Dicho documento judicial presentado fue objeto de calificación negativa en base a los siguientes Hechos y Fundamentos de Derecho: «En Molina de Aragón a veinticuatro de enero de dos mil nueve, en vista a los antecedentes de hecho y fundamentos de derecho siguientes: Antecedentes de Hecho. I. El pasado día siete de enero se presenta en este registro Testimonio de Sentencia por la que se ordena cancelación de los asientos practicados en virtud de Escritura declarada nula así como la inscripción del dominio a favor del demandante. El asiento cuya cancelación se solicita es una inscripción primera de inmatriculación. Fundamentos de Derecho. I. Esta nota de calificación se extiende por la registradora titular de esta Oficina, competente por razón del territorio donde radica la citada finca, en el ámbito de sus facultades de calificación previstas por el artículo 18 de la Ley Hipotecaria y 100 y siguientes de su Reglamento. No se presentan los documentos exigidos por la legislación vigente para la práctica de la inscripción en favor del demandante. Para dicha inscripción, dado que tiene naturaleza inmatriculadora, será necesario aportar el título

idóneo para la práctica del citado asiento; así, será necesario o bien el expediente de dominio o bien título público de adquisición de la finca complementado por acta de notoriedad cuando no se acredite de modo fehaciente el título adquisitivo del transmitente o enajenante. En todo caso, será necesario aportar certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca totalmente coincidente con el título de una antigüedad no superior a un año y de la que resulte que la finca se encuentra catastrada a nombre del transmitente o adquirente. Sin dichos requisitos no podrá procederse a la cancelación del asiento que se declare como contradictorio dado que al tratarse de una inscripción primera supondría la «desinmatriculación» de la finca. El documento presentado es idóneo para llevar a cabo la cancelación pero siempre y cuando pueda procederse a la inscripción a favor del demandante como consecuencia de la presentación de los documentos subsanatorios indicados. Ello de conformidad a los artículos 199 y 205 LH, 298 RH y 53.7 Ley 13/1996. Con arreglo a lo anterior, la registradora que suscribe ha resuelto suspender el despacho del citado documento por el defecto señalado. No se toma anotación de suspensión por no haber sido solicitada. La presente calificación se extenderá en el título si el interesado así lo solicita. La vigencia del asiento de presentación de este título quedará prorrogada por sesenta días desde la fecha de la recepción de la última de las notificaciones del presente acuerdo de calificación conforme a lo establecido en el artículo 323 de la Ley Hipotecaria. Notifíquese al presentante y al funcionario autorizante del documento a los efectos oportunos. Este acuerdo de calificación (...). La Registradora. Fdo.: Alicia Solesio Jofre de Villegas (firma ilegible)».

II

Doña L.H.T. interpuso recurso contra la anterior nota de calificación en la que se denegaba la inscripción de dominio a

favor de la demandante y la cancelación de todos los asientos contradictorios con su dominio, en virtud de escrito de recurso de fecha cuatro de marzo de dos mil nueve, en base a considerar que la sentencia firme declarativa del dominio de la demandante, al que se adjuntan las certificaciones catastrales, es título suficiente para obtener la inscripción a su favor. En este sentido, diferencia los dos mandatos que contiene la sentencia judicial. En primer lugar, procede la sentencia a ordenar la cancelación de las inscripciones que, declarándose en la sentencia nulos los actos jurídicos recogidos en dichos asientos, devuelven a la recurrente la propiedad de las dos fincas registrales objeto de este procedimiento, mencionando el artículo 117 de la Constitución. Nada obsta, en opinión de la recurrente al considerar «que no existe precepto alguno, término o simple expresión legal que impida cancelar las inscripciones», habida cuenta la declaración de nulidad de los actos jurídicos que las sustentan, para que se proceda a practicar dichas cancelaciones. Considera la recurrente que no es argumento suficiente para denegar dichas cancelaciones, como afirma la Registradora, que el asiento a cancelar «se trata de una primera inscripción». En segundo lugar, procede la sentencia a ordenar que se proceda a la inscripción del pleno dominio a favor de la demandada. Entiende la recurrente que en este punto, al amparo de las RDGRN de fechas 2 de octubre de 2008 y 8 de junio de 2006, se puede concluir que «toda resolución judicial que imponga el deber de inscribir una o varias fincas a favor de una de las partes, queda al margen de lo establecido en los artículos 199 y 205 de la Ley Hipotecaria y el artículo 298 del Reglamento Hipotecario».

III

El Registrador interino emitió el informe el día 25 de marzo de 2009 y elevó el expediente a este Centro Directivo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 1, 18, 20, 40, 76 y siguientes, 199, 205 y 324 y siguientes de la Ley Hipotecaria; 100, 173 y siguientes y 298 del Reglamento Hipotecario; 53 de la Ley 13/1996, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de noviembre de 2004; 8 de junio de 2006, y 2 de octubre de 2008.

1. En el presente recurso se plantea si una sentencia, dictada en el seno de un procedimiento declarativo ordinario, es título hábil para proceder a la cancelación de las inscripciones que se declaran nulas en el documento judicial y para proceder a la inscripción del pleno dominio a favor de la demandante. En este sentido, alega la Registradora, a la vista del título presentado, que para la inscripción de dominio a favor de la demandante «dado que tiene naturaleza inmatriculadora, será necesario aportar el título idóneo para la práctica del citado asiento», esto es, acudir a la vía del artículo 199 y 205 de la Ley Hipotecaria y 298 de su Reglamento, acompañado de la pertinente certificación catastral gráfica y descriptiva de la finca totalmente coincidente. Continúa afirmando la Registradora que «sin dichos requisitos no podrá procederse a la cancelación del asiento que se declare como contradictorio dado que al tratarse de una inscripción primera supondría la «desinmatriculación» de la finca. El documento presentado es idóneo para llevar a cabo la cancelación pero siempre y cuando pueda procederse a la inscripción a favor del demandante como consecuencia de la presentación de los documentos subsanatorios indicados».

2. Este defecto no puede ser confirmado. En el supuesto de hecho de este expediente no estamos ante una inmatriculación propiamente dicha, pues se trata de cancelar una inmatriculación previa

ya practicada y a continuación de proceder a la inscripción a favor del actor, en lo que formalmente será una inscripción segunda. Por lo que huelga toda referencia a los requisitos para la inmatriculación de la finca, pues al inscribirse la sentencia no quedará desinmatriculada la finca.

3. Pero es que además, aunque hubiéramos estado ante un supuesto de inmatriculación –que no lo es–, es doctrina reiterada de este Centro directivo (véase resoluciones expresadas en los vistos) que en juicio declarativo ordinario es posible la inmatriculación de fincas, sin necesidad de acudir a los procedimientos de inmatriculación específicos previstos en la Ley Hipotecaria. Las garantías establecidas en el artículo 205 de la Ley y 298 del Reglamento Hipotecario, fundamentalmente consistentes en la exigencia para inmatricular de un doble título público sucesivo y de publicación de edictos con suspensión de efectos de la inscripción durante dos años, sólo es aplicable a los casos de inmatriculación por título público extrajudicial, es decir, notarial, y no cuando se trata de expedientes de dominio o de certificaciones administrativas para inmatricular –véase artículo 298 Reglamento Hipotecario que se remite expresamente al artículo 199 letra b) de la Ley Hipotecaria, y no a los apartados a) ni c)–, como tampoco es aplicable a los títulos de reparcelación urbanística, donde las normas complementarias al Reglamento Hipotecario en materia urbanística, tampoco contemplan ulteriores requisitos para su inmatriculación.

Lo mismo ocurre con las sentencias dictadas en juicios declarativos, instrumento eficaz para determinar la inmatriculación de las fincas –véase artículo 40 letra a) de la Ley Hipotecaria, que lo considera un supuesto independiente y apto para la rectificación de la inexactitud registral por falta de acceso de alguna relación jurídica inmobiliaria, y que no está sujeto a los requisitos derivados del ar-

tículo 205 Ley Hipotecaria, desarrollados por el 298 Reglamento Hipotecario, salvo claro está, la exigencia de certificación catastral descriptiva y gráfica, exigible para todo supuesto de inmatriculación desde la Ley 13/1996–. Cuestión distinta, en la que no pudo manifestarse este centro directivo por no haber sido planteado en las notas de calificación es que hayan sido llamados al procedimiento todos los interesados (cfr. artículo 201.3 de la Ley Hipotecaria).

4. Por tanto, en el supuesto de hecho de este expediente, que no es inmatriculación, nada impide la cancelación de las inscripciones declaradas nulas en el título judicial y la consiguiente inscripción del dominio de las fincas a favor de la demandante.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar 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, 10 de noviembre de 2009.–La Directora General de los Registros y del Notariado, *M.ª Ángeles Alcalá Díaz*.

RESOLUCIÓN de 11 de noviembre de 2009, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto en representación de Rocío Alto, S.A. contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de La Línea de la Concepción, por la que se suspende la rectificación por error de una nota marginal de cancelación de condi-

ción resolutoria. («BOE» núm. 7 de 8 de enero de 2010.)

En el recurso interpuesto por don R. C. P. J., en representación de la compañía mercantil Rocío Alto, S.A. contra la nota de calificación del Registrador de la Propiedad de La Línea de la Concepción, don Tomás Cano Jiménez, por la que se suspende la rectificación por error de una nota marginal de cancelación de condición resolutoria.

HECHOS

I

Mediante instancia suscrita el día 8 de junio de 2009 por doña A. E. B. D. en su propio nombre y en representación de Rocío Alto, S.A., solicita la rectificación de una nota marginal en la que se hace constar la cancelación de una condición resolutoria en el sentido de declarar subsistente la condición resolutoria, anulando el asiento cancelatorio por haberse extendido erróneamente; solicitando, asimismo, que si se entendiese que se trata de un error de concepto se de traslado, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 326 del Reglamento Hipotecario, a Martinsa-Fadesa para que alegue lo que a su derecho convenga.

II

Dicha instancia fue presentada en el Registro de la Propiedad de La Línea de la Concepción a las doce horas y cinco minutos del día nueve de junio pasado, asiento mil veintinueve del Diario cuatro y fue calificado con la siguiente nota: «Visto por don Tomás Cano Jiménez el documento que antecede, y calificado por lo que resulta del mismo, y en su caso de los documentos complementarios aportados, en relación con los antecedentes obrantes en el Registro –art. 18 de la Ley Hipotecaria– se formula la pre-

sente nota de calificación sobre los siguientes Hechos Primero: Con fecha 9 de junio de 2.009 se presentó en este Registro a las 12 horas y 5 minutos bajo el asiento número 1.029 del Diario 4, instancia suscrita en la Línea de la Concepción el día 8 de junio de 2009 por doña A. E. B. D. con NIE (...) en su calidad de apoderada de la entidad Rocío Alto Sociedad Anónima en virtud de escritura de poder autorizada en Marbella el día 11 de enero de 2005 ante su notario doña Amelia Bergillos Moretón con el número 50 de protocolo debidamente inscrito en el Registro Mercantil, testimonio del cual librado por la citada notario señora Bergillos Moretón se acompaña, y cuya firma fue debidamente legitimada por la citada notario doña Amelia Bergillos Moretón el día 9 de junio de 2009, por la que solicitan la rectificación del Registro con motivo del despacho de la escritura autorizada por el notario de Marbella don Antonio Ruiz Clavijo Laencina el día 23 de febrero de 2007 con el número 544 de protocolo entendiéndose que se produjo un error en el despacho del dicho título y solicitando que se declare subsistente la condición resolutoria que se pactó en la escritura de compraventa autorizada en Marbella el día 10 de mayo de 2004 ante su notario don Emilio Iturmendi González con el número 1.155 de protocolo en la que la citada mercantil Rocío Alto, S.A. vendió el pleno dominio de un 10% de la finca registral número 935, así como el pleno dominio de las fincas registrales números 23.726 y 10.937 del término de la Línea de la Concepción a la mercantil Fadesa Inmobiliaria. A dicha instancia se acompaña otra copia, no la que se inscribió, librada a instancia de Rocío Alto, S.A. de la citada escritura de 23 de febrero de 2007. Segundo: Del examen de la misma resultan los siguientes defectos subsanables: No consta el consentimiento de todos los interesados, especialmente el del titular registral de la finca, a saber Fadesa Inmobiliaria S.A., para la rectificación solicitada, ya que de

haberse cometido el error denunciado, se trataría de un error de concepto, que requiere el consentimiento unánime de ambas partes o, en su defecto, resolución judicial. A los anteriores hechos son de aplicación los siguientes Fundamentos de derecho: 1. Los documentos de toda clase, susceptibles de inscripción, se hallan sujetos a la calificación del 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 de su Reglamento. 2. En el presente caso procede analizar qué tipo de error, material o de concepto, pudiera haberse cometido. La Ley Hipotecaria al tratar esta materia dice (vid. art 212 L.H. «que se entenderá que se comete error material cuando sin intención conocida se escriban unas palabras por otras, se omita la expresión de alguna circunstancia formal de los asientos, o se equivoquen los nombres propios o las cantidades al copiarlas del título, sin cambiar por ello el sentido general de la inscripción o del asiento de que se trate, ni el de ninguno de sus conceptos», mientras que el artículo 216 LH establece «Se entenderá que se comete error de concepto cuando al expresar en la inscripción alguno de los contenidos en el título se altere o varíe su verdadero sentido». En este caso parece evidente la calificación del error como de concepto, ya que de prosperar la rectificación que se pretende, ello implicaría imponer una carga sobre la finca, la cual no existe al día de otorgamiento de la escritura (véase artículo 1.3 L.H.) «Los asientos del Registro practicados en los Libros que se determinan en los artículos 238 y siguientes, en cuanto se refieran a los derechos inscribibles, están bajo la salvaguardia de los Tribunales, y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la Ley». La inscripción de

cargas o gravámenes en el Registro sólo puede hacerse con el consentimiento del titular registral, o en virtud de resolución judicial firme en procedimiento contradictorio, en donde el titular registral haya sido parte en el proceso. En ello consiste el llamado principio registral del tracto sucesivo (artículo 20 L.H.), que en materia de rectificación de errores viene confirmado por los siguientes artículos: 40.c) LH cuando la inexactitud tuviere lugar por nulidad o error de algún asiento, se rectificará el Registro en la forma que determina el título VII, en relación con lo que dispone el párrafo segundo del apartado d) del mismo artículo en los casos en que haya de solicitarse judicialmente la rectificación, se dirigirá la demanda contra todos aquéllos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho, y se sustanciará por los trámites del juicio declarativo correspondiente; artículo 217 LH los errores de concepto cometidos en las inscripciones, anotaciones, cancelaciones, o en otros asientos referentes a ellas, cuando no resultaren claramente de las mismas, no se rectificarán sin el acuerdo unánime de todos los interesados y del Registrador o una providencia judicial que lo ordene; artículo 218 LH el registrador, o cualquiera de los interesados en una inscripción, podrán oponerse a la rectificación que otro solicite por causa de error de concepto, siempre que a su juicio esté conforme el concepto que se suponga equivocado con el correspondiente en el título a que la inscripción se refiera. La cuestión que se suscite por este motivo se decidirá en juicio ordinario; así como el artículo 329 RH si el error advertido por cualquier interesado fuese de concepto, y el Registrador y los demás interesados en la inscripción equivocada convinieran en la rectificación, se harán constar los acuerdos en el acta a que se refiere el párrafo segundo del artículo 326, procediéndose en la forma que el mismo determina. Si hubiese oposición por parte del Registrador o de cualquiera de los intere-

sados se estará a lo que dispone el artículo 218 de la Ley Hipotecaria. Y en virtud de cuanto antecede acuerdo: Se suspende la práctica de la rectificación que se pretende, por el defecto de no constar el consentimiento del titular registral, o en su defecto una providencia judicial que ordene dicha rectificación, toda vez que de prosperar la rectificación que se pretende supondría imponer una carga, en este caso una condición resolutoria, sin el conocimiento y consentimiento del titular registral, esto es Fadesa Inmobiliaria S.A. y todo ello en base a lo anteriormente expuesto en los Fundamentos de Derecho. Notifíquese esta calificación al presentante del título calificado en el plazo de 10 días y practíquense las oportunas notas marginales en el Libro Diario, haciendo constar la calificación, su notificación y la prórroga del asiento de presentación, así como de los posteriores relativos a las misma/s finca/s. Contra la presente (...) La Línea de la Concepción a 25 de junio de 2009.–El Registrador, Fdo. Tomás Cano Jiménez.

III

Don R. C. P. J., en nombre y representación de Rocío Alto, S.A., interpuso recurso gubernativo mediante escrito de 30 de junio de 2009 que tuvo entrada en el Registro el día 3 de julio del mismo año con arreglo, entre otros, a los siguientes Fundamentos de derechos: Considera el recurrente que el error cometido al cancelar indebidamente la condición resolutoria no se trató de un error acerca del alcance o interpretación del clausulado de la escritura otorgada, ni ofrece dudas acerca de su sentido jurídico. No puede otorgársele al error en que se ha incurrido tal dimensión, porque no pueden existir concepciones contrapuestas o interpretaciones distintas al sentido literal de su texto. No hay un concepto divergente al inscrito, que pueda contraponerse; ni existe la posibilidad, por mínima que esta fuese, de un debate conceptual jurídico.

En este sentido resulta muy clarificadora la Resolución de 10 de noviembre de 2003 de la Dirección General de los Registros y del Notariado. En consecuencia, el error ha de ser tenido por material y susceptible de rectificación sin necesidad del consentimiento unánime de todos los interesados ni de la resolución judicial subsidiaria. En este caso se presentó al Registro una carta de pago parcial –de 23 de febrero de 2007– y, al entender erróneamente el Registrador que se trataba de un pago total, motivó la cancelación de la condición resolutoria. No es baladí la cuestión, pues esta calificación implicaría que, de acuerdo con el art. 220 LH, si se entendiese el error como de concepto, la rectificación no surtiría efecto sino desde la fecha de la rectificación, que, como esta Dirección lo conoce perfectamente, no se produciría sino hasta que terminase un procedimiento judicial, necesariamente largo. El segundo motivo de impugnación –para el supuesto de que se pueda entender que estamos ante un error de concepto– gravita sobre la inaplicación, por parte del Registrador, de lo dispuesto en el art. 326 del Reglamento Hipotecario. Profundizando aún más, es evidente que el error en que se ha incurrido salta a la vista, por lo que debemos tener en cuenta que el art. 217 de la Ley Hipotecaria prevé en estos casos que la actuación del Registrador ni siquiera debe ser la de recabar el acuerdo unánime de todos los interesados. Además de las razones anteriores, resulta innecesario el consentimiento de Fadesa Inmobiliaria, S.A. y ello por los siguientes motivos añadidos: 1. El consentimiento de Fadesa no es, en ningún caso, necesario con carácter previo a la solicitud, ya que el art. 326 RH establece un procedimiento según el cual el Registrador debe recabar su opinión una vez conocido el error –es decir, tras la solicitud de esta parte– procedimiento que ha sido indebidamente inobservado por el Registrador. Las normas hipotecarias no exigen que el acuerdo sea *ab initio*, sino que estatuyen

un procedimiento en el que la actividad –en este caso denegada– del Registrador resulta capital en evitación de daños y perjuicios –y sólo necesaria si el error de concepto no es claro, según hemos visto–.

2. Por otra parte, el recabar, hoy, el consentimiento de Fadesa Inmobiliaria, S.A. para la subsanación del error –recordemos, de tipo material– implicaría para el Registro ir en contra de sus propios actos pues cuando canceló la condición no recabó el consentimiento de esta parte, pese a que el mecanismo de cancelación estaba perfectamente descrito y regulado en la Estipulación Quinta de la escritura de compraventa de 10 de mayo de 2004.

IV

El Registrador emitió informe el día 14 de julio de 2009 y elevó el expediente a este Centro Directivo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 1, 20, 40, 211 a 220 de la Ley Hipotecaria, 314 a 331 del Reglamento para su ejecución y Resoluciones de la Dirección General de 20 de agosto de 1982, 12 de julio de 2001, 23 de marzo de 2002 y 8 de mayo de 2009 y Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1999.

1. En el presente recurso se ha de determinar si es o no conforme a Derecho la calificación registral por la que se deniega la rectificación de una nota marginal practicada en la que se canceló por error una condición resolutoria en garantía de precio aplazado, ya que la escritura que provocó dicho asiento reseñaba un pago parcial del precio y no de la totalidad del mismo. El recurrente sostiene que nos encontramos ante un error material, mientras que el Registrador considera que el error es de concepto y que

se precisa del consentimiento del titular registral para proceder a la rectificación.

2. Cuestión básica para resolver el recurso es la calificación del error que se ha producido en los asientos del Registro como material o de concepto. En la nota marginal en la que se comete el error se hace constar que la entidad vendedora da por recibida la cantidad del diez por ciento que del precio de venta (por importe de trescientos noventa mil euros) quedó aplazada, como resulta de la inscripción de la compraventa correspondiente, quedando, en consecuencia, cancelada la condición resolutoria establecida en dicha inscripción. Es importante destacar que, según resulta de la mencionada inscripción principal, se aplazó un ochenta por ciento del precio total de la venta y que con la cantidad pagada a que se refiere la escritura que dio lugar a la nota marginal ahora cuestionada quedaba pendiente de satisfacer el setenta por ciento del mismo.

El artículo 212 de la Ley Hipotecaria exige para considerar un error como material que con el mismo no se cambie el sentido general de la inscripción ni de ninguno de sus conceptos; por otra parte, el artículo 216 de la misma Ley señala que se comete error de concepto cuando al expresar en la inscripción alguno de los contenidos en el título se altere o varíe su verdadero sentido; asimismo, el artículo 327 del Reglamento Hipotecario determina que se considera el error de concepto de los comprendidos en el párrafo primero del artículo 217 de la Ley Hipotecaria (es decir, los cometidos en inscripciones, anotaciones o cancelaciones, o en otros asientos referentes a ellas), el contenido en algún asiento por la apreciación equivocada de los datos obrantes en el Registro.

De todo ello resulta, con claridad, que el error advertido no es material, sino de concepto. Tres son las razones que fundamentan esta conclusión: en primer lugar

los relevantes efectos del error que da por resultado la cancelación indebida de la condición resolutoria; en segundo lugar, la constancia en la nota marginal del hecho de haberse entregado el diez por ciento del precio de la compraventa, cuando, como resulta claramente de la misma confrontándola con la inscripción de compraventa a cuyo margen se extendió, dicha entrega era sólo una parte del total precio aplazado; en tercer lugar, porque sólo puede entenderse el error por la apreciación equivocada de la cantidad que quedaba aplazada.

3. La legislación hipotecaria diferencia dos procedimientos para la rectificación de los errores de concepto: el que exige el acuerdo unánime de los interesados y del Registrador o, en su defecto, resolución judicial; y el que permite la rectificación de oficio por parte del Registrador cuando el error resulte claramente de los asientos practicados o, tratándose de asientos de presentación y notas, cuando la inscripción principal respectiva baste para darlo a conocer (cfr. art. 217 de la Ley Hipotecaria).

Esta última modalidad de rectificación se infiere con claridad de lo dispuesto en el párrafo primero del citado artículo 217 de la Ley Hipotecaria, conforme al cual «Los errores de concepto cometidos en inscripciones, anotaciones o cancelaciones, o en otros asientos referentes a ellas, cuando no resulten claramente de las mismas, no se rectificarán sin el acuerdo unánime de todos los interesados y del Registrador, o una providencia judicial que lo ordene», de donde se colige que resultando claramente el error padecido de los propios asientos el Registrador no precisa del consentimiento de los interesados para proceder a su rectificación. Así lo ha interpretado también el Tribunal Supremo en su Sentencia de 28 de febrero de 1999 al hacer la exégesis del citado artículo 217 de la Ley Hipotecaria –en un caso en que se expresó en la inscripción que la finca estaba libre de

cargas, cuando en realidad estaba gravada con una sustitución fideicomisaria condicional– afirmando que «*A sensu contrario* si los errores de concepto de los asientos resultan claramente de los mismos (como ocurre en el tema que nos ocupa si contrastamos las inscripciones primera, segunda y tercera) la rectificación sigue pautas mucho más sencillas; no es preciso reunir ese cónclave entre los particulares y el Registrador, ni tampoco acudir a la autoridad judicial. Basta con que el registrador, como encargado de la oficina, compruebe la equivocación padecida y la subsane mediante la oportuna diligencia. Esto hubiera sido suficiente en su día, sin tener que provocar todo el estrépito judicial de la acción ejercitada».

4. Resta por concluir si el procedimiento para la rectificación, en este caso, exige el consentimiento del titular registral o no. Pues bien, si se tiene en cuenta: a) que la condición resolutoria en garantía del precio aplazado de una compraventa de un inmueble, como elemento accidental del negocio, no opera automáticamente en sede registral ni en su cumplimiento (necesidad de acreditar el impago, el requerimiento notarial o judicial, la falta de oposición del comprador, etc. (vid. art. 1504 del Código Civil y Resolución de 29 de diciembre de 1982), ni en su incumplimiento pues su cancelación requiere bien resolución judicial, bien escritura en que conste el consentimiento cancelatorio del vendedor (lo que requiere capacidad dispositiva y no simplemente la capacidad general para administrar que se precisa para recibir el pago ex art. 1.068 del Código Civil), bien la acreditación fehaciente del hecho o hechos cuya ocurrencia, en virtud de pacto expreso, permita al comprador solicitar unilateralmente tal cancelación (cfr. art. de la 82 Ley Hipotecaria y 56 del Reglamento Hipotecario); b) que resulta claramente de la inscripción de la compraventa que la condición resolutoria pac-

tada garantizaba el precio aplazado en su totalidad; c) que resulta de la nota marginal cuya rectificación se pretende que se entregó una cantidad que, confrontándola con la inscripción principal, no corresponde a la totalidad del precio aplazado sino a una parte del mismo; d) que como consecuencia de ello resulta directa y claramente de los asientos del Registro que no se ha producido el hecho que permitiría solicitar la cancelación de la condición, esto es, el pago de la totalidad cantidad aplazada; e) que, al margen del pago, tan sólo se admitía en la escritura de compraventa en que se constituyó la condición resolutoria dos modos de cancelarla: 1.º mediante escritura de cancelación de dicha garantía otorgada por la parte vendedora, y 2.º mediante acta notarial en la que la entidad compradora acredite que se han avalado las cantidades pendientes de pago y que dichos avales están a disposición de los vendedores, ninguno de cuyos documentos se presentó en el Registro; f) que la nota marginal que hubiera debido practicarse a la vista de dicho título no es la de cancelación de la condición resolutoria por su incumplimiento, en cuya virtud se consuma la adquisición del derecho del comprador (cfr. art. de la 23 Ley Hipotecaria), prevista en el artículo 56 del Reglamento Hipotecario, como por error se produjo, sino una nota de pago parcial del precio aplazado conforme al artículo 58 del mismo Reglamento; en base a todo lo cual hay que concluir en el corolario de que no es preciso el consentimiento del titular registral para la rectificación.

Si a ello se añade que una de los límites del ejercicio de todo derecho es la buena fe (cfr. art. 7.1 del Código civil), una de cuyas manifestaciones es la imposibilidad de ir contra los actos propios (cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 14 y 28 de octubre de 2005, 26 de enero de 2006 y 23 de enero de 2008); y que del título que generó la cancelación de la

condición resolutoria resulta de modo inequívoco que se trataba de un pago parcial y que no se prestaba consentimiento a la cancelación de la condición resolutoria, no hay ningún obstáculo para la rectificación solicitada a la vista de que se trata de un error de concepto padecido en la redacción de una nota marginal cuya sola confrontación con la inscripción principal respectiva basta para darlo a conocer.

Por último, el hecho de que la rectificación implique la reactivación de la condición resolutoria cancelada no es un obstáculo para la misma, pues la rectificación no surtirá efecto frente a terceros sino de la fecha en que se verifique (cfr. arts 40 y 220 de la Ley Hipotecaria) y el titular registral ya prestó su consentimiento a la condición en la escritura de compraventa originaria.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso en cuanto a la no necesidad de consentimiento del titular registral para la rectificación, 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, 11 de noviembre de 2009.–La Directora General de los Registros y del Notariado, *M.ª Ángeles Alcalá Díaz*.

RESOLUCIÓN de 12 de noviembre de 2009, 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 Murcia número 8, por la que se suspende la inscripción de una escritura de

compraventa. («BOE» núm. 7 de 8 de enero de 2010.)

En el recurso interpuesto por don A.P.P., contra la nota de calificación del Registrador de la Propiedad de Murcia número 8, don Fructuoso Flores Bernal, por la que se suspende la inscripción de una escritura de compraventa.

HECHOS

I

Mediante escritura pública de compraventa de fecha 23 de enero de 2009, autorizada por doña María Ángeles Trigueros Parra, Notario de Murcia, don A.P.P. y su esposa doña J.M.P. vendieron determinados bienes inmuebles a los esposos don J.P.L.L. y doña R.C.C., que los adquieren para su sociedad de gananciales, por el precio global de ciento cincuenta mil doscientos cincuenta y tres euros, de cuyo precio cuarenta mil euros se confiesan recibidos por la parte vendedora, en efectivo metálico, el mismo día del otorgamiento, y el resto, o sea, ciento diez mil doscientos cincuenta y tres euros, se aplazan acordándose en la estipulación segunda de la escritura su abono «por la compradora a la vendedora el próximo día 26 de enero de 2009, en la forma que tengan por conveniente, sin que puedan precisarla en este momento».

II

Presentada copia de dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Murcia número 8 fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Hechos.—En la escritura de compraventa objeto de la presente calificación, se transmiten tres fincas por un precio global de 150.253 euros, del cual la parte vendedora ha recibido de la parte compradora la cantidad de 40.000 euros en efectivo metálico en el día del otorgamiento de la escritura de compraventa de

referencia, con anterioridad a dicho acto, y el resto del precio, o sea, 110.253 euros serán abonados por la parte compradora a la vendedora el día 26 de enero de 2009, en la forma que tengan por conveniente, sin que puedan precisarla en dicho momento. Fundamentos jurídicos y calificación. Documentándose en la escritura que se califica un acto o contrato con contraprestación consistente, en todo o en parte, en dinero o signo que lo represente, y dado que el artículo 7 de la Ley de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal, Ley 36/2006, de 29 de noviembre, en relación con los artículos 21 y 254.3 de la Ley Hipotecaria y Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de mayo de 2008, exigen la identificación de los medios de pago empleados por las partes (respecto del precio que queda pendiente de pago por importe de 110.253 euros), dado que existe omisión en la identificación de los medios de pago, ni mención alguna en la escritura sobre advertencia en este sentido, es necesario que se expresen cual es el medio de pago que será utilizado respecto del precio que queda pendiente de pago de la compraventa, por cuyo defecto, subsanable, se suspende la inscripción del documento que motiva la presente, en referencia a lo expuesto en el hecho antecedente. [Sigue pie de recursos]. Murcia, 8 de junio de 2009.»

III

Contra la anterior nota de calificación, don A.P.P. interpone recurso en virtud de escrito de fecha 10 de junio de 2009, en base, entre otros, a los siguientes argumentos: que el legislador se está refiriendo a los medios de pago que se han utilizado, esto es, que efectivamente ha tenido ya lugar, y no exige que se incorporen en las escrituras los medios de pago previstos para utilizar en el futuro, dado que el objeto de la Ley es el control de los medios de pago que efectivamente o realmente se han utilizado (artículos

254, apartados 3 y 4, de la Ley Hipotecaria, 24 de la Ley del Notariado, y 177 del Reglamento Notarial).

IV

Mediante escrito de fecha 11 de junio de 2009 se trasladó a la Notaria autorizante de la escritura calificada fotocopia del recurso y de la calificación negativa, a los efectos de cumplir con el trámite de alegaciones previsto por el párrafo 5.º del artículo 327 de la Ley Hipotecaria, sin que en el plazo de los cinco días previsto haya presentado alegación alguna.

El Registrador emitió informe el día 24 de junio de 2009, manteniendo su calificación, y elevó el expediente a este centro directivo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 103 de la Constitución, 1091, 1156, 1258 y 1170 del Código Civil; 1, 10, 18, 21, 22 y 254, de la Ley Hipotecaria; 24 de la Ley del Notariado; los artículos sexto y séptimo de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal; 17, 24, 38, 60 y 71 de la Ley General Tributaria; 88 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido; artículo 177 del Reglamento Notarial; 51.7.º del Reglamento Hipotecario; y las Resoluciones de 27 de noviembre de 1986, 2 de noviembre de 1992, 12 de junio y 17 de diciembre de 1993, 5 de octubre de 1994, 27 de septiembre de 1999, 12 de septiembre y 2 de diciembre de 2000, 27 de mayo de 2003 y las citadas en su vistos, 23 y 26 de septiembre de 2005, 14, 20 y 28 de febrero de 2007, y 18 de mayo de 2007, y 28 de febrero, 5, 7 y 18 de marzo, 5, 6 y 26 de mayo, 22 de octubre y 5 de diciembre de 2008, y 9 de julio de 2009.

1. Mediante la escritura cuya calificación es objeto del presente recurso se

formaliza un contrato de compraventa en el que los propietarios de determinados inmuebles los venden y transmiten a los compradores por el precio global de ciento cincuenta mil doscientos cincuenta y tres euros, de cuyo precio cuarenta mil euros se confiesan recibidos por la parte vendedora, en efectivo metálico, el mismo día del otorgamiento, y el resto, o sea ciento diez mil doscientos cincuenta y tres euros, se aplazan acordándose en la estipulación segunda de la escritura su abono «por la compradora a la vendedora el próximo día 26 de enero de 2.009, en la forma que tengan por conveniente, sin que puedan precisarla en este momento».

El Registrador suspende la inscripción por considerar que, documentándose en la escritura que se califica un acto o contrato con contraprestación consistente, en todo o en parte, en dinero o signo que lo represente, no se identifican todos los medios de pago empleados por las partes en los términos exigidos por la Ley de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal, Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, en relación con los artículos 21 y 254.3 de la Ley Hipotecaria y Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de mayo de 2008, siendo necesario expresar cual es el medio de pago que se empleará respecto de la cantidad aplazada. El recurrente considera que tal mención no es necesaria respecto de la parte del precio aplazado por no exigirlo la legislación vigente.

2. El párrafo segundo del artículo 21 de la Ley Hipotecaria, introducido por la Ley la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, establece que «Las escrituras públicas relativas a actos o contratos por los que se declaren, constituyan, transmitan, graven, modifiquen o extingan a título oneroso el dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles, cuando la contraprestación consistiera, en todo o en

parte, en dinero o signo que lo represente, deberán expresar, además de las circunstancias previstas en el párrafo anterior, la identificación de los medios de pago empleados por las partes, en los términos previstos en el artículo 24 de la Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862». Esta remisión al artículo 24 de la Ley del Notariado delimita el contenido y extensión con que ha de realizarse aquella «identificación de los medios de pago empleados por las partes», delimitación que se contiene en la nueva redacción que al citado precepto da la Ley 36/2006, en los siguientes términos «sin perjuicio de su ulterior desarrollo reglamentario, deberá identificarse si el precio se recibió con anterioridad o en el momento del otorgamiento de la escritura, su cuantía, así como si se efectuó en metálico, cheque, bancario o no, y, en su caso, nominativo o al portador, otro instrumento de giro o bien mediante transferencia bancaria».

3. En desarrollo del artículo 24 de la Ley del Notariado, el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, modificó el artículo 177 del Reglamento Notarial, con el precedente de la Instrucción de este centro directivo de 28 de noviembre de 2006. En dicho precepto reglamentario se fijaron las siguientes reglas:

Los Notarios deberán identificar en las referidas escrituras el precio, haciendo constar si éste se recibió con anterioridad o en el momento del otorgamiento, la cuantía, así como el medio o medios de pago empleados y el importe de cada uno de ellos.

Si el pago si se produjo con anterioridad, el Notario hará constar la fecha o fechas en que se realizó y el medio de pago empleado en cada una de ellas.

Además, se distingue entre acreditación y manifestación de la identificación de los medios de pago. En el primer supuesto, se exige del Notario que testimonie los «los cheques, instrumentos de

giro o documentos justificativos de los medios de pago empleados, que se exhiban por los otorgantes». En el segundo caso –imposibilidad por parte de los otorgantes de acompañar, en todo o en parte del precio, los documentos acreditativos del medio de pago empleado–, el Notario «deberá no sólo preguntar las causas por las que no se aportan los documentos justificativos de pago, sino también las fechas y los medios de pago empleados, haciendo constar en la escritura, bajo la responsabilidad en los términos que procedan de los otorgantes, sus manifestaciones al respecto».

Por último, si el otorgante se niega a identificar el medio de pago, en todo o en parte, el Notario deberá hacer constar tal circunstancia en la escritura pública. Además, le advertirá, haciéndolo constar también en la escritura, que suministrará a la Administración Tributaria, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley del Notariado y a través del Consejo General del Notariado, la información relativa a dicha escritura.

4. Este régimen reglamentario fue modificado por el Real Decreto 1804/2008, de 3 de noviembre, por el que se desarrolla la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, en el que se da nueva redacción al artículo 177 del Reglamento Notarial en lo relativo a la forma de consignar en las escrituras públicas los medios de pago empleados por las partes, que en general se inspira por una idea de intensificación del rigor exigido, suprimiendo los supuestos de alegación de imposibilidad de aportar la justificación documental de los medios de pago empleados por los otorgantes, y añadiendo nuevos datos de identificación de tales medios. En concreto, las novedades en el régimen de la identificación de los medios de pago se pueden sistematizar en los siguientes términos:

1.º Se han de expresar por los comparecientes los importes satisfechos en metálico, quedando constancia en la escritura de dichas manifestaciones.

2.º Pagos realizados por medio de cheques u otros instrumentos de giro: Además de la obligación del Notario de incorporar testimonio de los cheques y demás instrumentos de giro que se entreguen en el momento del otorgamiento, se establece que, en caso de pago anterior a dicho momento, los comparecientes deberán manifestar los datos a que se refiere el artículo 24 de la Ley del Notariado, correspondientes a los cheques y demás instrumentos de giro que hubieran sido entregados antes de ese momento. Pero a los datos del artículo 24 de la Ley del Notariado se añaden otros nuevos: la numeración y el código de la cuenta de cargo de los instrumentos de giro empleados.

Por otra parte, cuando se trate de cheques bancarios u otros instrumentos de giro librados por una entidad de crédito, ya sean entregados con anterioridad o en el momento del otorgamiento de la escritura, el compareciente que efectúe el pago deberá manifestar el código de la cuenta con cargo a la cual se aportaron los fondos para el libramiento o, en su caso, la circunstancia de que se libraron contra la entrega del importe en metálico.

De todas estas manifestaciones quedará constancia en la escritura.

3.º En caso de pago por transferencia o domiciliación, el régimen es indistinto para el caso de que los pagos sean anteriores o simultáneos al otorgamiento de las escrituras: los comparecientes deberán manifestar los datos correspondientes a los códigos de las cuentas de cargo y abono, quedando constancia en la escritura de dichas manifestaciones.

4.º Si los comparecientes se negasen a aportar alguno de los datos o documentos citados anteriormente, el Notario hará constar en la escritura esta circuns-

tancia, y advertirá verbalmente a aquéllos del cierre registral dispuesto en el apartado 3 del artículo 254 de la Ley Hipotecaria, dejando constancia, asimismo, de dicha advertencia.

Finalmente, el artículo 254 de la Ley Hipotecaria, en su apartado 3, redactado por la Ley 36/2006, establece una sanción de cierre registral en los siguientes términos: «3. No se practicará ninguna inscripción en el Registro de la Propiedad de títulos relativos a actos o contratos por los que se declaren, constituyan, transmitan, graven, modifiquen o extingan a título oneroso el dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles, cuando la contraprestación consistiera, en todo o en parte, en dinero o signo que lo represente, si el fedatario público hubiere hecho constar en la Escritura la negativa de los comparecientes a identificar, en todo o en parte, los datos o documentos relativos a los medios de pago empleados».

5. Visto el régimen legal que rige en la materia, es evidente que el defecto opuesto por el Registrador respecto de la necesidad de hacer constar los medios previstos para los pagos correspondientes a la parte del precio aplazado no puede mantenerse. Las manifestaciones y constancia documental de los medios de pago empleados exigidas tanto por los artículos 21 y 254 de la Ley Hipotecaria, como por los artículos 24 de la Ley del Notariado y 177 de su Reglamento aparecen referidas, en todo caso, a los pagos realizados en el momento del otorgamiento de la correspondiente escritura pública o con anterioridad al mismo, pero no se refieren en ningún caso a los pagos que para satisfacer la parte de la prestación dineraria pactada que haya sido aplazada se hayan de realizar en un momento ya posterior a aquél otorgamiento, con independencia de que en la inscripción se haga constar, conforme al artículo 10 de la Ley Hipotecaria, la forma en que las partes contratantes hayan convenido los pagos futuros

correspondientes a la parte del precio aplazado. Por lo demás, no resulta necesario prejuzgar ahora si en caso de que los interesados reclamen la constancia registral, a través de la correspondiente nota marginal, del pago de cualquier cantidad que haga el adquirente después de practicada la inscripción de su adquisición por cuenta o saldo del precio de la venta, conforme al artículo 58, n.º 1, del Reglamento Hipotecario, tal constancia queda sujeta o no a las exigencias de constancia del medio de pago empleados impuestas por la reiterada Ley 36/2006.

Esta Dirección General ha acordado revocar la nota de calificación recurrida y 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, 12 de noviembre de 2009.–La Directora General de los Registros y del Notariado, *M.ª Ángeles Alcalá Díaz*.

RESOLUCIÓN de 14 de noviembre de 2009, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por el notario de Córdoba, don Pedro Antonio Vidal Pérez, contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles de Córdoba, a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de «Jiménez y Wals Asesores, S.L.P.». («BOE» núm. 7 de 8 de enero de 2010.)

En el recurso interpuesto por el Notario de Córdoba, don Pedro Antonio Vidal Pérez, contra la negativa del Regis-

trador Mercantil y de Bienes Muebles de Córdoba, don Francisco Manuel Galán Onega, a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de la entidad «Jiménez y Wals Asesores, S.L.P.».

HECHOS

I

Mediante escritura autorizada el día 15 de diciembre de 2008 por el Notario de Córdoba don Pedro Antonio Vidal Pérez, se elevaron a público los acuerdos adoptados por la Junta General de la sociedad «Jiménez y Wals Asesores, S.L.» celebrada el día 12 de diciembre de 2008, relativos a la adaptación de sus estatutos sociales a la Ley de Sociedades Profesionales y reelección de administradores de dicha sociedad.

Según la nueva redacción de los estatutos sociales, se dispone en el primer párrafo del artículo 27 lo siguiente: «Para ser nombrado Administrador no será necesaria la condición de socio, sin perjuicio de lo establecido respecto de los socios profesionales». Y, según el último párrafo del artículo 25, «En todo caso, las tres cuartas partes del órgano de administración deberá estar formado por socios profesionales. En caso de que el cociente no fuera número exacto, el cómputo de las tres cuartas partes se hará por exceso».

En los párrafos penúltimo y antepenúltimo del artículo 30 de los estatutos, relativo al Consejo de Administración, se dispone lo que a continuación se transcribe: «El Consejo podrá designar de su seno uno o más Consejeros Delegados, sin perjuicio de los apoderamientos que pueda conferir a cualquier persona, determinando en cada caso las facultades a conferir», «La delegación permanente de alguna facultad del Consejo en uno o varios Consejeros Delegados y la desig-

nación del o de los Administradores que hayan de ocupar tales cargos, requerirán para su validez el voto favorable de las dos terceras partes de los componentes del Consejo y no producirán efecto alguno hasta su inscripción en el Registro Mercantil». En el artículo 1 de los mismos estatutos sociales se dispone que la sociedad que se constituye «... se regirá por la Ley 2/2007, de 15 de marzo, en su defecto por la Ley 2/95, de 23 de marzo, demás disposiciones legales que le fueran aplicables que se encuentren en vigor... y por los presentes Estatutos».

II

El 15 de diciembre de 2008 se presentó copia autorizada de dicha escritura en el Registro Mercantil de Córdoba y fue objeto de la calificación negativa que se transcribe en lo relativo a los defectos objeto de impugnación:

«Don Francisco Manuel Galán Onega, Registrador Mercantil de Córdoba, 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:

Hechos...

Fundamentos de derecho (defectos).

1. Artículo 27 de los Estatutos: En las Sociedades Profesionales, «sí» es necesario que el administrador sea socio, al menos en sus tres cuartas partes que han de ser socios profesionales. Artículo 4.3 de la Ley 2/2007 de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales.

2. Artículo 30 de los Estatutos: Todos los Consejeros Delegados deben ser socios profesionales –art. 4.3 Ley 2/2007 de 15 de marzo–, lo que debe hacerse constar expresamente, debido a que en el artículo 25 de los Estatutos, al referirse a los sistemas de administración, sólo se

recoge la limitación de que las tres cuartas partes de los administradores serán socios profesionales.

3. ...

4. Por el/los defecto/s aludido/s se suspende la inscripción solicitada, al considerarlo/s subsanable/s.

En relación con la presente calificación:

Puede instarse la aplicación del cuadro de sustituciones...

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

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

Córdoba, a 2 de enero de 2009.–El Registrador.»

III

La anterior calificación se notificó al Notario autorizante el 13 de enero de 2009.

Mediante escrito de 19 de enero de 2009 –que causó entrada en el referido Registro Mercantil el día 27 del mismo mes–, dicho Notario interpuso recurso contra la calificación, en el que alegó lo siguiente:

1.º El primero de los defectos debe referirse, pues no se dice pero se deduce, al primer párrafo del artículo 27 de los Estatutos sociales, cuando en su literalidad manifiesta: «Para ser nombrado Administrador no será necesaria la condición de socio, sin perjuicio de lo establecido respecto de los socios profesionales». A esto opone el Sr. Registrador que «en las sociedades profesionales «sí» es necesario que el Administrador sea socio,» y añade «al menos en sus tres cuartas partes que han de ser socios profesionales».

Tal defecto no se puede aceptar, puesto que da a entender, con toda claridad y entrecomillado, que en las sociedades

profesionales los Administradores han de ser socios, y además, en sus tres cuartas partes socios profesionales. La segunda parte de la nota, en este primer defecto, no se discute, la primera sí, pues parece privar a las sociedades profesionales de la posibilidad de que tengan otros Administradores distintos de los socios. En las sociedades profesionales puede haber Administradores no socios siempre que las tres cuartas partes, en caso de pluralidad de Administradores, lo sean socios profesionales. A ésta última excepción es justamente a la que se refieren los estatutos al decir «sin perjuicio de lo establecido respecto de los socios profesionales», salvedad que, estando en el artículo que está, título tercero, órganos de la sociedad, sección segunda, del órgano de administración, no puede referirse a otra cosa. A mayor abundamiento, el último inciso del artículo 25 de los Estatutos sociales contempla la misma excepción y es congruente, en mi opinión, con el último inciso del primer párrafo del artículo 27.

A la misma solución se hubiera llegado de no haberse expresado la posibilidad de que hubiera administradores no socios, o sea, omitiendo el párrafo citado, puesto que, cumplidos los límites de las tres cuartas partes, sería aplicable, para el exceso, el artículo 58 párrafo 2.º de la Ley 2/1995 por remisión del artículo 1, párrafo 3.º de la Ley 2/2007.

No parece siquiera, que la mejor redacción de la excepción «sin perjuicio de lo establecido respecto de los socios profesionales» pudiera evitar el defecto, pues ya se ha dicho que de la literalidad de la nota parece desprenderse que todos los Administradores deben ser socios, exigencia que no tiene fundamento legal; el precepto citado alude al límite ya comentado de las tres cuartas partes. Pero si así fuera, si lo que se pretende es la mejor redacción, se acepta no de ésta, sino de todas las escrituras, que son naturalmente perfectibles, al igual que todas las notas

de calificación. Se dice esto porque el recurrente alberga dudas razonables sobre el fundamento de la nota, puesto que no puede dejar de hacer constar que el día 20 de octubre de 2007, el mismo Sr. Registrador practicó la inscripción a otra escritura otorgada el día 6 de octubre de 2008 en un supuesto textualmente idéntico.

No obstante todo lo anterior, se rechaza que con una interpretación, tanto literal como sistemática, de los citados estatutos, tengan en este punto defecto que impida su inscripción.

2.º El segundo defecto, relativo al artículo 30 de los Estatutos sociales, se concreta en la exigencia de la constancia expresa de que los Consejeros Delegados deben ser socios profesionales, cualidad que, ciertamente, exige la Ley 2/2007 en el artículo 4, párrafo 3.º Pero el artículo de los estatutos citado no contradice esa exigencia legal, ni la condiciona, ni la restringe o modifica en modo alguno, sencillamente no se refiere a ella porque su constancia expresa no viene requerida en los artículos 7, párrafo d), y 8, párrafo 2.º, apartado e), de la Ley 2/2007 ni en el 13 de la Ley 2/1995 aplicable por la remisión del artículo 1, párrafo 4.º de la citada Ley 2/2007. Defectuosa sería la escritura que pretendiera un nombramiento de consejero delegado en persona que no tuviera la condición de socio profesional. Obviamente no es el caso.

Pero de ahí a convertir en defecto de cualquier omisión, en los Estatutos, del régimen legal, sin que la misma se entienda suplida por lo dispuesto en el artículo 1 de los citados estatutos que se refiere, especialmente y en primer lugar, a su vigencia; eso es algo absolutamente desproporcionado que parece envolver la pretensión de que lo no inscrito deroga al régimen legal.

Por lo demás, también concurre en este supuesto, la identidad textual con la escritura que causó la inscripción practi-

cada el día 20 de octubre de 2007 a que se ha hecho referencia.

IV

Mediante escritos de 4 de febrero de 2009, el Registrador Mercantil de Córdoba, don Francisco Manuel Galán Onega, elevó el expediente, con su informe, a este Centro Directivo, en el que tuvo entrada el 9 de febrero.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 1, 4, 7 y 8 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales; 13 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; 1281, 1284 y 1285 del Código Civil; y las Resoluciones de 16 de septiembre de 1958, 4 de marzo de 1981 y 3 de febrero de 1986.

1. En relación con el primero de los defectos impugnados, el Registrador suspende la inscripción de la disposición de los estatutos de una sociedad profesional según la cual para ser nombrado administrador «no será necesaria la condición de socio, sin perjuicio de lo establecido respecto de los socios profesionales». Fundamenta dicha suspensión en que, según el artículo 4.3 de la Ley de sociedades profesionales, es necesario que el administrador sea socio, al menos en cuanto a las tres cuartas partes de los miembros del órgano de administración que han de ser socios profesionales.

El Notario recurrente alega que dicho precepto estatutario se ajusta a lo dispuesto en la Ley mencionada, toda vez que se deja a salvo lo establecido respecto de los socios profesionales y, según el último párrafo del artículo 25 de los mismos estatutos, «En todo caso, las tres cuartas partes del órgano de administración deberá estar formado por socios profesionales...».

Según la reiterada doctrina de esta Dirección General, a la hora de calificar las disposiciones de los estatutos sociales el Registrador Mercantil habrá de tener en cuenta no sólo la simple y pura literalidad de los términos empleados, sino también la intención evidente de los otorgantes reflejada en el negocio documentado, la valoración global de sus cláusulas y su inteligencia en el sentido más adecuado para que produzcan efecto (cfr. artículos 1281, 1284 y 1285 del Código Civil). En el presente caso, la propia literalidad de la disposición estatutaria cuyo acceso al Registro rechaza el Registrador deja a salvo lo prevenido respecto de los socios profesionales. Por ello, de la misma se desprende con claridad meridiana que, tanto de lo establecido en el artículo 4.3 de la Ley de sociedades profesionales como de lo dispuesto en el artículo 25 de los estatutos, que en este punto son trasunto de dicha norma legal, resulta que únicamente podrá nombrarse como administrador a una persona que no tenga la cualidad de socio profesional cuando ello sea posible según dicho precepto legal.

2. Según el segundo de los defectos expresados en la calificación, considera el Registrador que en la regulación estatutaria del funcionamiento del Consejo de Administración, y concretamente, en lo relativo a la posibilidad de delegación de sus facultades en alguno de sus miembros, debe hacerse constar expresamente que todos los Consejeros Delegados deben ser socios profesionales. Mientras que el Notario recurrente sostiene que dicha disposición estatutaria no se opone a la exigencia establecida en el artículo 4.3 de la Ley de sociedades profesionales y que la omisión a que se refiere la calificación se entiende suplida por lo dispuesto en el artículo 1 de los mismos estatutos sociales que se refiere, especialmente y en primer lugar, a la aplicación de dicha Ley a la sociedad de que se trata.

Esta cuestión también debe ser resuelta según el canon hermenéutico referido en el precedente fundamento de Derecho, por lo que interpretando unas cláusulas estatutarias por lo que resulte del conjunto de ellas (artículo 1285 del Código Civil) resulta claramente que no podrá designarse un Consejero Delegado que no sea socio profesional. En efecto, así se desprende de la salvedad que se hace de «lo establecido respecto de los socios profesionales», y de la remisión que en el artículo 1 de los estatutos sociales se contiene respecto del contenido imperativo de la Ley de sociedades profesionales. En este sentido cabe recordar la doctrina de este Centro Directivo (cfr., por todas, las Resoluciones de 16 de septiembre de 1958, 4 de marzo de 1981 y 3 de febrero de 1986), según la cual no es necesario reproducir en los estatutos sociales reglas fundamentales idénticas a las legales cuando en los mismos estatutos se haga constar la remisión a la Ley.

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, 14 de noviembre de 2009.–La Directora General de los Registros y del Notariado, M.^a Ángeles Alcalá Díaz.

RESOLUCIÓN de 16 de noviembre de 2009, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por el notario de Arzúa, don José María Gamallo Aller, contra la negativa de la

registradora de la propiedad de Cáceres número 2, a la inmatriculación de determinadas fincas. («BOE» núm. 7 de 8 de enero de 2010.)

En el recurso interpuesto por el Notario de Arzúa, don José María Gamallo Aller, contra la negativa de la Registradora de la Propiedad de Cáceres número 2, a la inmatriculación de determinadas fincas.

HECHOS

I

Se presenta en el Registro escritura autorizada por el Notario recurrente el 16 de octubre de 2008 por la que los cónyuges don Acracio H. J. y doña Mercedes G. M., dueños en *pro indiviso* y por partes iguales de una casa en la calle los Pozos de Santiago del Campo, una finca en la misma calle que se compone de dos almacenes y un patio y una finca rústica al sitio de «novio» en la que existe construida una casa, no estando inscritas ninguna de dichas fincas, las aportan a su sociedad de gananciales y, a continuación, agrupan las dos primeras, por ser colindantes. Figura en la escritura que los cónyuges adquirieron tales fincas, en una mitad indivisa para cada uno de los comparecientes, en pago de su haber en la liquidación de la sociedad de gananciales que se hizo por escritura ante el mismo Notario el 8 de octubre de 2008.

Con posterioridad a la presentación del recurso, la Registradora remite a esta Dirección General copia autorizada del título previo, que solicitó al Notario. En dicha escritura los mismos comparecientes dicen que son dueños de los siguientes bienes gananciales: la casa dicha anteriormente, sita en la calle los Pozos, la finca en la misma calle, también anteriormente enumerada, una «tenza» de monte, y la finca al sitio de «novio» anteriormente expresada. Declaran una obra

nueva sobre la finca al sitio de «novio» convienen el régimen de separación de bienes y liquidan la sociedad de gananciales adjudicando a cada uno de los esposos una mitad indivisa de cada una de las fincas.

II

La Registradora de Cáceres número 2, distrito hipotecario donde están situadas las dos primeras fincas, suspende la inscripción extendiendo la siguiente nota de calificación:

«Registro de la propiedad n.º 2 de Cáceres.

Acuerdo recaído en este Registro de la Propiedad sobre la calificación del documento presentado por B. F., Francisco que motivó el Asiento de referencia (Art. 18 y 19 bis LH).

Hechos

I. El documento que consta del encabezamiento, fue presentado en este Registro con los datos que resultan del mismo.

II. Con esta fecha y en relación a las cláusulas o estipulaciones de dicho documento que resultan afectadas por la calificación, en los términos que se reflejan en los fundamentos de derecho siguientes y que en este lugar se dan por reproducidas en evitación de repeticiones, recayó el siguiente acuerdo:

Fundamentos de Derecho

1.º Se trata de documentos elaborados *ad hoc* con la única finalidad de conseguir la inmatriculación, recogiendo por tanto simples transmisiones instrumentales, lo cual no cumple los requisitos de los artículos 205 de la Ley Hipotecaria y 298 del Reglamento Hipotecario. (Art. 6.4 del Código Civil, y Resolución de 11 de marzo de 2006 de la D.G.R.N.)

2.º La inmatriculación requiere certificación catastral descriptiva y gráfica

totalmente coincidente con la descripción de las fincas descritas bajo los números 1 y 2 del precedente documento, únicas radicantes en la demarcación de este Registro, y que posteriormente se agrupan. (Art. 53.7 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre.)

Acuerdo

Se suspende la inscripción del documento presentado en virtud de los fundamentos de derecho antes expresados.

Contra el presente acuerdo (...) Cáceres, a uno de diciembre del año dos mil ocho, la Registradora.»

III

El Notario autorizante impugna la calificación alegando:

«1) Se señala como primer defecto que la “única finalidad” de los documentos es conseguir la inmatriculación. La pretensión de revocar este defecto nos coloca en la necesidad de tratar la finalidad de los documentos, cuestión, en principio, ajena a la esfera del recurso gubernativo y de la función calificadora.

El Registrador debe calificar por lo que resulte del contenido del Registro en el momento de la presentación, y por lo que resulte del documento presentado (art. 18 LH) sin tener en cuenta informaciones extrarregistrales, ya sean producto de indagaciones, que en ningún caso debe hacer (RDGRN de 17 de junio de 2004) o de su propio conocimiento personal (RDGRN de 30 de septiembre de 2000). Y en el caso, del documento calificado no resulta que se haya otorgado con la finalidad de inmatricular. Es más, siendo nuestro sistema de registración voluntaria, la única referencia al Registro en el título calificado es una expresa indicación de que el mismo no sea objeto de presentación. Es cierto que la Resolución de la DGRN de 11 de marzo de 2006, que se cita en la nota de calificación, confirma el defecto de poder ser transmi-

siones instrumentales a fin de crear una documentación aparentemente susceptible de conseguir la inmatriculación. Pero como la misma Resolución expresa, lo hace: “en este caso concreto”, sin que el criterio pueda generalizarse a otros, pues las sospechas del Registrador “no pueden ni deben bastar para suspender la inscripción”. Esto es, bastará acreditar que las finalidades hayan sido, y aún hayan podido ser, otras, para evidenciar que el juicio de que la única finalidad es conseguir la inmatriculación no pueda tener más base que una simple sospecha, y, por tanto, no pueda mantenerse. La indagación de la voluntad de los otorgantes se encomienda al Notario (art. 147RN). En el caso objeto de recurso, el título previo al calificado es una escritura de capitulaciones matrimoniales con pacto de separación de bienes y liquidación de gananciales, lo que hace prácticamente innecesaria cualquier aclaración acerca de que su única finalidad no puede ser la inmatriculación. El cambio en el régimen económico matrimonial despliega efectos, especialmente hacia el futuro, totalmente ajenos al ámbito del Registro de la Propiedad. Sin entrar, por ser ajena a este recurso, en la cuestión de si hubieran podido emplearse otros medios, se ha perseguido inicialmente en este caso, sin perjuicio de otros, el fin lícito de conseguir cada otorgante, la titularidad exclusiva de al menos, ciertos bienes o derechos, con su diferente régimen, especialmente en los ámbitos de la responsabilidad y de la disponibilidad, respecto del régimen de los bienes gananciales. Para ello se ha empleado el medio, también lícito, de pactar el régimen de separación de bienes y formalizar adjudicaciones en pago de los respectivos haberes en la liquidación de gananciales. Disuelta la sociedad de gananciales se procederá a su liquidación (art. 1.396 C.C.). Conseguido el fin, inicialmente perseguido, en fecha posterior se ha decidido dar comienzo a una nueva sociedad de gananciales y aportar al ac-

tivo de la nueva sociedad, sólo algunos de los bienes adjudicados a la liquidación anterior, conservando cada cónyuge ciertos derechos de los adjudicados en la liquidación, como privativos de cada uno. Como se ve, se ha conseguido la finalidad, completamente ajena a la esfera de la inmatriculación, de ostentar cada cónyuge la titularidad privativa de derechos sobre lo que inicialmente tenía carácter ganancial. Y empleada la vía de la adjudicación en liquidación de gananciales, se hizo necesaria la entera liquidación (art. 1.396 CC). Podrían haber sido otras las finalidades: separación de bienes por crisis matrimonial y posterior reconciliación, u otras que no tendrían más base que la pura conjetura o la simple sospecha, como lo es el juicio de que la única finalidad haya sido la inmatriculación.

A mayor abundamiento: No se trata de instrumentos otorgados en la misma fecha que puedan dar a entender que haya habido una unidad de acto, aun impropia, de suerte que pueda pensarse que no se hubiese otorgado el primero sin la certeza de que hubiese de ser otorgado el segundo. En este caso, otorgado el primero, pudo perfectamente no llegar a otorgarse el segundo, si éste fue otorgado fue porque los otorgantes así lo decidieron en un momento posterior, por un nuevo acuerdo de sus voluntades adecuado a la legalidad y con plena capacidad para adoptarlo. Como tras el título objeto de calificación habrán podido ser otorgados nuevos títulos traslativos por los mismos en uso de su libertad (aún cuando ello no conste al firmante). En un análisis posterior al otorgamiento del segundo título, puede surgir una sospecha, pero no puede sostenerse que se trate de transmisiones simplemente instrumentales ¿en qué patrimonio han estado los bienes en las fechas transcurridas entre uno y otro título?

Cabe suponer que si entre los títulos hubiera mediado mucho tiempo no se-

rían considerados como otorgados *ad hoc* para inmatricular. Planteamiento carente de todo rigor. Ante el firmante se han otorgado en ocasiones títulos traslativos, incluso en la misma fecha, por ejemplo de aportación a la sociedad conyugal y posterior adjudicación en liquidación de gananciales, afectantes a fincas inscritas y sin ninguna finalidad de inmatricular. Si el propio legislador exige la expresión de la hora en el otorgamiento de los testamentos es porque la práctica enseña que incluso la misma persona y en la misma fecha, puede otorgar actos dispositivos de distinto signo. Saber cuanto es mucho tiempo nos lleva más que a lo jurídico, a lo metafísico. Cabe entonces preguntarse a juicio de la calificadora ¿cuánto tiempo debe transcurrir entre el otorgamiento del título previo y el del inmatriculante? Lo absurdo de la pregunta, y, sobre todo, la absoluta arbitrariedad de cualquier posible respuesta, pone de manifiesto la necesidad de que la declaración de otorgamiento *ad hoc* para inmatricular sólo deba tener origen en una resolución judicial motivada y previa audiencia de los interesados.

En este caso, el título previo al inmatriculante tiene entre sus objetos un bien inscrito en el Registro de la Propiedad, luego, por hipótesis, no puedo ser otorgado con el fin de inmatricular.

Otro indicio de que el otorgamiento del título inmatriculante pudo no haber tenido lugar, y de que los documentos no han sido elaborados *ad hoc* con la finalidad de inmatricular, es que en el título inmatriculante se formaliza una agrupación de fincas que perfectamente se hubieran podido ahorrar los otorgantes en el caso de querer elaborar dos títulos *ad hoc*. Dicho de otra forma: si esa fuese la inicial intención, habrían podido hacer tabla rasa de la descripción de cualquier título formal anterior para consignar como objeto de los dos títulos una única finca totalmente coincidente con su des-

cripción catastral (pues catastralmente figuran las dos como una unidad).

En este caso, respecto de una de las dos fincas que se solicita la inmatricular, para su posterior agrupación, existe un título público de adquisición de más de cinco años de antigüedad, de forma que ya el título previo al objeto de la calificación recurrida es inmatriculante respecto a la misma. Claro que el título público adquisitivo de más de cinco años de antigüedad también pudo ser otorgado con la única finalidad de inmatricular, habiendo podido ser en realidad otro el origen de la adquisición. Pero quien así lo pretenda deberá probarlo, pues el sistema se basa en las presunciones de buena fe, de existencia y licitud de la causa y en el amparo, por la fe pública notarial, en la esfera del Derecho, de la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes. ¿O es el fraude lo que debe presumirse? La nota de calificación cita como único apoyo legal de este defecto el artículo 6.4 del C.C., de forma que, sin entrar aquí en el análisis de la naturaleza del procedimiento registral, no puede este dar lugar a una calificación que contenga una explícita acusación de fraude de ley, e incluso una condena en la medida en que priva al instrumento de parte de su eficacia, como es la inmatriculadora sin ninguna prueba, y sin la audiencia de los interesados. Lo contrario genera indefensión y vulnera derecho fundamental a la tutela efectiva amparado por el art. 24 CE.

La confirmación de un defecto como el recurrido conduciría, en definitiva, a una absoluta inseguridad jurídica. Aún cumplidos todos los requisitos para inmatricular, siempre habrá que esperar a que no exista en el calificador la sospecha de haber sido elaborados los documentos con la única finalidad de inmatricular.

Por tanto, lo coherente con el sistema debe ser practicar la inscripción, y la garantía para quien pueda entenderse perjudicado debe ser, la vía judicial, facilitada por la publicación de edictos, y la limitación de efectos resultante del artículo 207 LH.

2) Respecto del segundo defecto. Nada que decir a la necesidad de certificación catastral conforme a la Ley 13/1996, de 30 de diciembre. Sí, sin embargo, debe destacarse la suficiencia de que la certificación, como es en el caso, sea coincidente con la descripción de la resultante de agrupación. Así, la finalidad de la certificación debe ser una adecuada identificación de la finca y, si se quiere, un indicio además sobre su titularidad, pero tales finalidades resultan plenamente satisfechas en este caso. Citando a la Resolución de la DGRN de 26 de junio de 2003: una interpretación teleológica del artículo 53.7 de la Ley 13/1996 que exige en toda inmatriculación la certificación catastral coincidente con la descripción de la finca que se pretende inmatricular, lleva a la conclusión de que, si coincide, la certificación catastral, con la descripción de la finca resultante de agrupación, haya de entenderse cumplido el requisito referido, pues lo contrario significaría obligar al inmatriculante a instar una segregación catastral destinada a quedar sin efecto inmediatamente como consecuencia de la agrupación. En Arzúa, a 24 de diciembre de 2008.»

IV

La Registradora se mantuvo en su criterio, remitiendo las actuaciones a este Centro Directivo con fecha 12 de enero de 2009.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 205 y siguientes, 326 y 327 de la ley Hipotecaria, 298 y

siguientes de su Reglamento, 50 a 57 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, así como las Resoluciones de esta Dirección General de 26 de junio de 2003, 11 de marzo de 2006 y 21 de mayo de 2007.

1. En cuanto al primero de los defectos, como ha dicho este Centro Directivo (cfr. Resolución de 11 de marzo de 2006), la inmatriculación de fincas en nuestra Legislación Hipotecaria está facilitada, de tal modo 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 fehaciente. Esta facilidad puede dar lugar a inmatriculaciones que perjudiquen a terceros, para lo cual el artículo 205 de la Ley Hipotecaria exige la publicación de edictos a fin de que los que se sientan perjudicados actúen conforme a lo que a su derecho convenga. Sin embargo, no puede desconocerse que el sistema es permeable a la posibilidad de que el documento que incorpora la adquisición anterior sea en ocasiones elaborado *ad hoc* con la única finalidad de conseguir la inmatriculación, y que a veces surgen en el Registrador que ha de calificar sospechas de que efectivamente así se ha hecho. Sin embargo, es cierto, como dice el recurrente, que las simples sospechas acerca de la realidad del negocio jurídico incorporado al documento fehaciente que acredita la adquisición anterior del ahora transmitente no pueden ni deben bastar para suspender la inscripción. Ahora bien, hay que resaltar que en el caso concreto, no cabe duda de que tanto el título inmatriculador como el documento fehaciente que incorpora la adquisición anterior no son más que transmisiones instrumentales a fin de crear una documentación aparentemente susceptible de conseguir la inmatriculación de la finca a favor de quienes dicen ahora ser sus propietarios sin disponer de título público de su adquisición y sin poder acreditar por medio

de documento fehaciente la adquisición de quien a ellos les transmitió. En efecto, debe hacerse notar que, al final del proceso, y respecto a los bienes a los que el recurso se refiere, los dichos bienes mantienen el mismo carácter que tenían anteriormente (las fincas agrupadas siguen siendo gananciales), el cambio de régimen matrimonial ha durado ocho días, y todo ello se ha realizado utilizando dos negocios jurídicos de sentido contrario –disolución de sociedad de gananciales y nueva aportación– que, además, están exentos del impuesto de transmisiones. Como dijo la Resolución anteriormente citada, la limitación de los medios del Registrador a la hora de calificar no puede suponer tener que desconocer lo que paladinamente muestran sin sombra de duda los documentos que califica.

Cualquiera que fuera la motivación del legislador para exigir una doble transmisión, no cabe duda de que tal finalidad no se cumple si la situación de las fincas al final del proceso inmatriculador es la misma que existía cuando se inició dicho proceso, lo que permite deducir que la finalidad era la naturaleza distinta al objetivo perseguido con la inscripción.

2. En cuanto al segundo de los defectos, también ha de ser mantenido pues existen discordancias entra la certificación catastral y la que resulta del título, siendo imprescindible para la inmatriculación la total coincidencia, conforme exige el artículo 53.7 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto.

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, 16 de noviembre de 2009.–La Directora General de los Registros y del Notariado, *M.ª Ángeles Alcalá Díaz*.

RESOLUCIÓN de 17 de noviembre de 2009, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Valladolid número 5, a la inscripción de una disolución de condominio. («BOE» núm. 7 de 8 de enero de 2010.)

En el recurso interpuesto por don Santiago Rodríguez-Monsalve Garrigós, Abogado, en nombre y representación de don Carlos D. de F. contra la negativa de la Registradora de la Propiedad de Valladolid número 5, doña María-José Triana Álvarez, a la inscripción de una disolución de condominio.

HECHOS

I

Una finca figura inscrita en el Registro, en cuanto al usufructo a favor de una señora, y, en cuanto a la nuda propiedad, por mitades indivisas a favor de sus hijos don Carlos y don José-S. D. de F.

Se presenta escritura de elevación a público de documento privado en el que los dos hermanos, acompañados de sus esposas, manifiestan que son propietarios, según el Registro de la nuda propiedad, y según la realidad del pleno dominio por fallecimiento de su madre (como se acredita con el correspondiente certificado de defunción) de la casa objeto del recurso, y, habiendo decidido salir de la indivisión y siendo la casa indivisible, acuerdan adjudicarla a don Carlos a cambio de que éste indemnice a su hermano con la mitad del valor del

inmueble. Estando inscrita la mitad de la casa a nombre de don Carlos como bien privativo confesado, se solicita la inscripción de la totalidad de la casa como bien privativo de éste, pues, en el mismo acto se declara que su sociedad de gananciales tiene contra él un crédito igual al precio pagado por la mitad.

II

La Registradora suspende la práctica del asiento por los defectos que derivan de la siguiente nota de calificación:

«Presentada en este Registro el día 29 de diciembre de 2008, con el número de entrada 6901 y bajo el asiento 573 del Diario 65, copia de la escritura autorizada el día 20 de noviembre de 2008, por el notario de Valladolid don Eduardo Jiménez García, número 2.372 de su protocolo, solicitando la inscripción de la finca registral 14.620 de Tudela de Duero, el Registrador que suscribe ha procedido a su calificación y, previo examen de los antecedentes del Registro, resuelve no practicar la operación solicitada, por observarse los siguientes defectos:

Hechos:

Se presenta en este Registro escritura autorizada el día 20 de noviembre de 2008 por el notario de Valladolid don Eduardo Jiménez García, por la que se procede elevar a público, el documento privado que se incorpora a citada escritura.

En virtud de dicho documento privado se procede, entre otras operaciones por parte de don José S. y don Carlos D. de F., a disolver el condominio existente entre ellos sobre la vivienda en la planta primera con acceso por el portal, sita en la calle Grupo Escolar señalada con la letra B del edificio en Tudela de Duero, en la calle Pablo IV, donde tiene un portal de acceso, señalado con el número uno de dicha calle, con vuelta a la calle Grupo Escolar, conocida también como travesía

Grupo Escolar, donde tiene otro portal de acceso, señalada con el número 2 de dicha calle, adjudicando dicho inmueble a don Carlos D. de F., y acordando que este indemnice a don José S. D. de F. en la mitad de su valor que estiman en 40.000 euros.

Don Carlos D. de F. y su esposa doña María Eugenia N. C., declaran que el inmueble que se adjudica a don Carlos es privativo de él en su integridad y que su sociedad de gananciales tiene un crédito frente a don Carlos por importe de 40.000 euros.

Referido inmueble figura inscrito en el Registro a favor de doña Felipa de F. T. en cuanto al usufructo vitalicio y a favor de don Carlos y don José S. D. de F., en cuanto a la nuda propiedad por mitades e iguales partes indivisas con carácter privativo restringido al amparo del artículo 95.4 del Reglamento Hipotecario.

Se incorpora a la escritura certificado de defunción de doña Felipa de F. T.

No se acredita haberse practicado liquidación del Impuesto por la extinción del usufructo inscrito a favor de doña Felipa de F. T.

Fundamentos de derecho:

Admitido por el artículo 1.323 del Código Civil el trasvase patrimonial de bien ganancial al patrimonio privativo de uno de los cónyuges por donación, permuta, venta, etc., debe igualmente admitirse que los cónyuges con ocasión de la adquisición de un determinado bien, puedan convenir que este ingreso de manera directa y *erga omnes* en el patrimonio personal de uno de ellos a pesar de no haberse acreditado la privatividad de la contraprestación, siempre y cuando este negocio conyugal atributivo obedezca a una causa que justifique la no operatividad del principio de subrogación real (artículo 1347.3 del Código Civil, como sería por ejemplo el derecho

de reembolso a que se refiere el artículo 1.358 del Código Civil).

Lo que ocurre en el presente caso es que una mitad indivisa de la finca figura ya inscrita en el Registro a favor de don Carlos D. de F. como bien privativo por confesión de su consorte conforme al artículo 95.4 del Reglamento Hipotecario, y el propio artículo 95 en su apartado 6 establece que no puede consignarse la confesión contraria a una aseveración a otra confesión previamente registrada de la misma persona.

Y el artículo 95.5 determina que si la justificación o confesión de privatividad se refiere solamente a una parte del precio o contraprestación, la inscripción se practicará a nombre del cónyuge a cuyo favor se haga aquella en la participación indivisa que se indique en el título y a nombre de uno o ambos cónyuges según proceda para su sociedad de gananciales en la participación indivisa restante del bien adquirido.

Y vistos los artículos 18, 19 bis, 20, 322 de la Ley Hipotecaria, 254, 255 y 256 de la Ley Hipotecaria y la Resolución de la D.G.R.N. de 7 de abril de 2008.

Resuelvo suspender la práctica de la inscripción solicitada:

No es posible practicar la inscripción del pleno dominio, por figurar inscrita a favor de doña Felipa de F. T. el usufructo vitalicio y no acreditarse la liquidación del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados por la extinción de dicho derecho.

Figurando inscrita la nuda propiedad de una mitad indivisa de la finca a favor de don Carlos D. de F. con carácter privativo, conforme el artículo 95.4 del Reglamento Hipotecario por confesión de su causante doña María Eugenia N. C. y disolviéndose ahora el condominio que sobre referida finca ostenta don José S. y don C., indemnizando don Carlos a don José en la mitad de su valor que estima en

40.000 euros y declarando don Carlos y doña María Eugenia que el inmueble que se adjudica a don Carlos es privativo de él en su integridad y que su sociedad de gananciales tiene un crédito frente a don Carlos por importe de 40.000 euros y no siendo posible consignar la confesión contraria a una aseveración a otra confesión previamente registrada de la misma persona, no es posible hacer constar que como consecuencia de la disolución del condominio y el pago efectuado por don Carlos y don José S., de la mitad del valor del inmueble la totalidad del bien tenga carácter privativo de don Carlos, siendo sólo posible inscribir una mitad indivisa del bien con carácter privativo de don Carlos por atribución de privatividad, y la otra mitad indivisa a favor de don Carlos con carácter privativo restringido conforme al artículo 95.4 del Reglamento Hipotecario.

Contra esta calificación (...)Valladolid, catorce de enero del año dos mil nueve.– El Registrador.»

III

El recurrente anteriormente expresado impugna la calificación alegando: en cuanto al primer defecto (relativo a la extinción del usufructo), porque, como figura al final del documento, el mismo fue presentado en la Administración Tributaria competente, con lo que, de conformidad con las Resoluciones de este Centro Directivo de 5 y 16 de febrero de 2008, ello cubre los requisitos necesarios para la inscripción. Y en cuanto a la atribución de privatividad al inmueble, que lo que realmente se afirma de la totalidad del inmueble, se solicita de la mitad adquirida ahora, lo que nada impide contraer los efectos de la atribución a la mitad ahora adquirida.

IV

La Registradora se mantuvo en su criterio, elevando el expediente a este Centro Directivo, con el oportuno informe, con fecha 3 de marzo de 2009.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 1323, 1347 y 1358 del Código Civil, 254 y 255 de la Ley Hipotecaria, 95 del Reglamento Hipotecario y las Resoluciones de esta Dirección General de 5 y 16 de febrero de 2008.

1. Son dos los problemas que plantea el presente recurso: el primero consiste en dilucidar si basta, para que el Registrador entienda cumplidos los requisitos fiscales exigidos por los artículos 254 y 255 de la ley Hipotecaria, que el documento se haya presentado en la Administración Tributaria; el segundo, si se contradice con una confesión de privatividad del precio hecha anteriormente una afirmación de dicha privatividad.

2. En cuanto al primero de los problemas, es decir, si para que se entiendan cumplidos los requisitos fiscales de los artículos 254 y 255 de la Ley Hipotecaria hace falta acreditar la liquidación o basta con acreditar que el documento ha sido presentado en la Administración Tributaria correspondiente, ha de resolverse en este último sentido, pues, como ha dicho este Centro Directivo (vid. Resoluciones citadas en el «Vistos»), al día de hoy la aplicación de los preceptos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de las reformas introducidas en el procedimiento registral exigen que tales artículos se interpreten sistemáticamente, no pudiendo admitirse una interpretación literalista y que no tenga en cuenta la realidad social del tiempo en que han de aplicarse (cfr. art. 3 del Có-

digo Civil), por lo que bastará que el documento se haya presentado en la Administración Tributaria para entenderse cumplidos los requisitos fiscales, sin perjuicio de que el Registrador, si lo entiende procedente, pueda poner en conocimiento de dicha administración la no liquidación de un concepto que él entienda es liquidable.

3. También ha de estimarse el recurso en cuanto al segundo de los defectos. Consiste éste en que estima la Registradora que, figurando la mitad del ahora adquirente como privativo confesado, y adjudicándose ahora la totalidad como privativo, la afirmación que ahora se hace de que todo el bien es privativo es contraria a la afirmación que se hizo cuando se adquirió la primera mitad. Nada más lejos de la realidad. La doctrina ha distinguido, en cuanto al carácter de los bienes privativos y su inscripción en el Registro dos tipos: los privativos confesados, que son aquellos en que el cónyuge a quien perjudica la confesión dice que son privativos, pero tal cualidad no se acredita, y aquellos cuyo carácter privativo está totalmente acreditado. Pues bien: los privativos confesados, en cualquier momento pueden convertirse en privativos acreditados si tal prueba se realiza. Por ello, si en su momento se confesó que una mitad del inmueble era privativo y ahora, al adquirir la segunda mitad se dice que es privativo en su totalidad, no se está haciendo una afirmación contradictoria sino complementaria de la primera. De todas formas, recurrente y Registradora están de acuerdo en que se inscriba como privativo confesado (privativo restringido le llama ésta) el bien de que se trata en cuanto a la mitad indivisa que ahora se adquiere.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto en la forma que resulta de los anteriores fundamentos.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante de-

manda 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, 17 de noviembre de 2009.–La Directora General de los Registros y del Notariado, *M.ª Ángeles Alcalá Díaz*.

RESOLUCIÓN de 18 de noviembre de 2009, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad número 2 de Sevilla, a la inscripción de un pretendido derecho de uso de vivienda familiar. («BOE» núm. 7 de 8 de enero de 2010.)

En el recurso interpuesto por doña A. y doña E. M. F. contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 2 de Sevilla, don Luis Enrique Nevado Vacas, a la inscripción de un pretendido derecho de uso de vivienda familiar.

HECHOS

I

Se presenta en el Registro sentencia firme de divorcio de los padres de las recurrentes de 6 de julio de 1994, acompañada del convenio regulador aprobado, de fecha 21 de enero anterior a los efectos de su inscripción. En dicho convenio se establece: «Las hijas comunes del matrimonio, junto con su madre, d.ª XX, tendrán su domicilio habitual en la vivienda que fuera domicilio conyugal, sito en XX, privativa del padre, por el tiempo a que se refiere la cláusula novena del presente convenio y siempre que no contraiga la madre nuevo matrimonio o viva maritalmente con otra persona». La

cláusula novena referida dice así: «La cuantía económica pactada en este convenio como contribución del padre a los gastos de las menores, con sus pertinentes revisiones anuales, seguirá vigente mientras éstas no sean independientes económicamente por razones ajenas a su voluntad, y permanezcan las condiciones pactadas en este convenio respecto a la guarda y custodia de las mismas».

II

El Registrador suspende la inscripción extendiendo la siguiente nota de calificación:

«Hechos: 1) En la fecha indicada, se presentó para su inscripción/anotación/cancelación, el documento al principio relacionado. 2) Dicho Testimonio Judicial, comprende los siguientes documentos: a) Sentencia de Divorcio, dictada el 6 de julio de 1994 b) Convenio Regulador de fecha 21 de enero de 1994. Dicho Convenio Regulador, es aprobado por la Sentencia antes expresada. c) Providencia de fecha 29 de julio de 1994, declarando firme la mencionada Sentencia. 3) Al final de dicho documento, figura una «pegatina» de la Junta de Andalucía, de fecha 18 de noviembre de 2008, relativa a la presentación del indicado Testimonio Judicial a los efectos del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. 4) También se acompaña un Certificado de Matrimonio de los cónyuges a los que afecta la Sentencia de Divorcio y el Convenio Regulador, expedido por el Registro Civil con fecha 21 de noviembre de 2008. 5) En dicho Convenio Regulador, no se adjudica bien inmueble alguno. 6) En la cláusula Tercera del mencionado Convenio Regulador, figura lo siguiente: «Las hijas comunes del matrimonio, junto con su madre, doña C., tendrán su domicilio habitual en la vivienda que fuera domicilio conyugal, sito en calle F., de Sevilla, privativa del

padre D., por el tiempo a que se refiere la cláusula novena del presente convenio y siempre que no contraiga la madre nuevo matrimonio o viva maritalmente con otra persona”. 7) Las hijas comunes del matrimonio, al día de la fecha, son mayores de edad.

Fundamentos de derecho: Vistos los artículos y, en su caso, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que se indican a continuación, dicho documento motiva la siguiente Nota de Calificación: suspendida la inscripción del precedente documento, por observarse los siguientes defectos de carácter subsanable y obstáculos que surgen del Registro (art 100 del Reglamento Hipotecario) El Registro de la Propiedad, tiene por objeto la inscripción de los actos o contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles. Y como se ha indicado anteriormente, en el documento calificado, no se adjudica bien inmueble alguno, ni se constituyen derechos reales sobre los mismos. Razón por la cual, no puede provocar asiento registral alguno. En la cláusula Tercera, reproducida en los «Hechos», solo se indica, que las hijas comunes del matrimonio junto con su madre tendrán su domicilio habitual. Dicto extremo tampoco puede ser objeto de inscripción registral, en base a los siguientes extremos: a) No es un acto o contrato relativo al dominio. b) Tampoco supone la constitución de un derecho real sobre bienes inmuebles. c) Además, la fijación del «domicilio habitual» antes expresada, va sometida a una especie de condición resolutoria «siempre que no contraiga la madre nuevo matrimonio o viva maritalmente con otra persona”. No resultando de los documentos calificados si dicha condición resolutoria, se ha cumplido o no se ha cumplido. Máxime teniendo en cuenta, el largo tiempo transcurrido entre la fecha del Convenio Regulador y la Sentencia Judicial que lo aprobaba (1994), y la fecha en la que se

solicita la inscripción (2008). Distinto sería el supuesto, en el caso de que en dicho Convenio Regulador, se hubiese atribuido, a las hijas comunes de matrimonio y a la madre, el derecho de uso de la vivienda familiar. A Dicho derecho de uso, se refiere expresamente los artículos 90 y 96 del Código Civil y su inscripción registral está admitida tanto por la Doctrina Científica como por la D.G.R.N. Esta suspensión se practica de conformidad con los artículos 1 y 20 de la Ley Hipotecaria y Artículo 9 del Reglamento Hipotecario. No practicada anotación preventiva de suspensión por no haberse solicitado.

Contra esta calificación (...) Sevilla a uno de diciembre de dos mil ocho.–El Registrador, Fdo. Luis Enrique Nevado Vacas.»

III

Las hijas anteriormente mencionadas impugnan la calificación alegando: que son económicamente dependientes (ambas son mayores de edad), por lo que tienen derecho a seguir usando la vivienda hasta que sean independientes, por lo que solicitan la revocación de la calificación y la constancia registral del derecho de uso hasta que sean económicamente independientes.

IV

El Magistrado Juez de Primera Instancia, a quien solicitó informe el Registrador informó: que las recurrentes pretenden que se interprete que domicilio habitual es igual que derecho de uso, pero ello no es así, puesto que el derecho de uso constituye una carga que pesa sobre el inmueble e implica un derecho de ocupación absoluto y exclusivo, que ha sido definido por los Tribunales como de carácter real familiar con eficacia total, que cumple las finalidades de continuación de la vida familiar fragmentada,

y que frente a ello, el concepto jurídico de domicilio habitual no comporta las anteriores connotaciones, por lo que entiendo ajustada a derecho la calificación del Registrador.

V

El Registrador se mantuvo en su criterio remitiendo el expediente a este Centro Directivo con el oportuno informe, con fecha 26 de enero de 2009.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 90, 96 y 1320 del Código Civil y las Resoluciones de esta Dirección General de 11 de septiembre de 2003, 20 de febrero de 2004, 3 de junio de 2006, 6 de julio de 2007, 5 de junio y 27 de agosto de 2008.

1. El único problema que plantea el presente recurso es el de si, estableciendo un convenio regulador que las hijas del matrimonio tendrán su domicilio familiar en una vivienda privativa del padre mientras no sean independientes patrimonialmente, se está atribuyendo el uso de la vivienda familiar, y, por tanto, tal atribución debe inscribirse en el Registro.

2. Como ha dicho anteriormente este Centro Directivo (vid. Resoluciones citadas en el «Vistos»), el derecho de uso de la vivienda familiar no es un derecho real, pues la clasificación de los derechos en reales y de crédito se refiere a los derechos de tipo patrimonial, y el derecho expresado no es de carácter patrimonial, sino de carácter familiar. Tal carácter impone consecuencias especiales, como son la duración del mismo –que puede ser variable–, así como la disociación entre la titularidad del derecho y el interés protegido por el mismo. Como ocurre frecuentemente con los derechos de tipo familiar, una cosa es el interés protegido por el derecho atribuido (en este caso el interés familiar y la facilita-

ción de la convivencia entre los hijos y el cónyuge a quien se atribuye su custodia) y otra la titularidad de tal derecho, la cual es exclusivamente del cónyuge a cuyo favor se atribuye el mismo, pues es a tal cónyuge a quien se atribuye exclusivamente la situación de poder en que el derecho consiste, ya que la limitación a la disposición de la vivienda se remueve con su solo consentimiento. En consecuencia, no es necesario que se establezca titularidad alguna a favor de los hijos que son beneficiarios pero no titulares del derecho.

3. En el presente supuesto se plantea la duda de si lo que se está constituyendo es el derecho de uso de la vivienda familiar tipificado legalmente, o una simple declaración de intenciones o una obligación sin repercusión frente a terceros. No es determinante para decidir una cosa u otra la afirmación que hace el Registrador de que existe una condición resolutoria (el matrimonio del cónyuge o su vida marital) que no está precisada, pues el derecho de que se trata puede ser de contenido variable y ser revisado judicialmente. Sin embargo, la duda en cuanto a los efectos que de tal «derecho» se derivarán, así como el hecho de no atribuirse al cónyuge, que es el verdadero titular del derecho de uso configurado por el Código Civil, inclinan a concluir que no se constituye un derecho al uso de la vivienda como el legalmente tipificado e inscribible en el Registro.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto.

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 noviembre de 2009.–La Directora General de los Registros y del Notariado, *M.ª Ángeles Alcalá Díaz*.

RESOLUCIÓN de 19 de noviembre de 2009, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por don Pedro-José Bartolomé Fuentes, notario de Madrid, contra la negativa del registrador de la propiedad nº 5 de dicha ciudad, a la práctica de una rectificación del Registro. («BOE» núm. 7 de 8 de enero de 2010.)

En el recurso interpuesto por don Pedro-José Bartolomé Fuentes, Notario de Madrid, contra la negativa del Registrador de la Propiedad n.º 5 de dicha ciudad, don Antonio Pau Pedrón, a la práctica de una rectificación del Registro.

HECHOS

I

Se presenta en el Registro escritura autorizada por el Notario recurrente por la que la dueña de una finca, doña Carmen H. L. vende a una sociedad mercantil la nuda propiedad de una vivienda. La venta se realiza, entre otras, con las siguientes estipulaciones: «Doña Carmen H. L. vende a F. S., S.L., quien compra, la nuda propiedad de la finca descrita... con deducción del derecho de usufructo que se dirá...» «Doña Carmen H. L. al verificar la enajenación, deduce y se reserva el derecho de usufructo vitalicio sobre la vivienda. Plazo.–El usufructo vitalicio que se reserva la vendedora lo es sobre la vida de doña Carmen H. L. y de su hermana doña Josefina H. L. (de nacionalidad española, nacida el día... soltera, vecina de 28015 Madrid... con domicilio en calle Vallehermoso once –el domicilio es la misma calle y número de la finca vendida– titular de DNI y NIF...) se extinguirá

y consolidará con la nuda propiedad al fallecimiento de la última de ellas dos.»

La anterior escritura se inscribe en el Registro, diciendo la inscripción, en la parte pertinente lo siguiente: «Doña Carmen H. L., nacida el día..., soltera, vecina de Madrid, Vallehermoso 11, con NIF..., titular de esta finca por la anterior inscripción 2.ª, reservándose el usufructo vitalicio de la misma para sí y para su hermana doña Josefina H. L., nacida el día..., soltera, vecina de Madrid, Vallehermoso 11, con NIF número... que se extinguirá y consolidará con la nuda propiedad al fallecimiento de la última de ellas dos... inscribo la nuda propiedad de esta finca a favor de la sociedad F. S. S. L., por título de compra, e inscribo el usufructo vitalicio conjunto y sucesivo de esta finca a favor de doña Carmen H. L. y doña Josefina H. L. por vía de retención.»

Se vuelve a presentar la misma escritura con una diligencia en la que, compareciendo la representante de la sociedad adquirente y las dos hermanas expresadas exponen: que la inscripción se ha practicado erróneamente ya que doña Josefina H. L. no ha adquirido ningún derecho sobre el inmueble objeto de la escritura, ni siquiera interviene en el contrato de compraventa y tampoco ha consentido en adquisición alguna; que, conforme se expresa en la escritura, en la compraventa se ha convenido que la vendedora (doña Carmen H. L.) deduzca y se reserve el derecho de usufructo vitalicio sobre el inmueble, y que este derecho tiene la misma naturaleza e idéntico título adquisitivo que el dominio pleno que le correspondía antes de la enajenación; y que, al determinar las características del usufructo deducido y reservado, se convino entre compradora y vendedora que fuera vitalicio y que recayera sobre la vida de la última de dos personas. Por todo ello, solicitan rectificación de la inscripción en el sentido de que la misma se practique... en cuanto al

usufructo vitalicio a favor de doña Carmen H.L., si bien el derecho de usufructo tiene las características de duración antes indicadas. Doña Josefina H. L., como titular registral del derecho de usufructo «conjunto y sucesivo» que erróneamente se le ha atribuido, presta el consentimiento previsto en la legislación hipotecaria para la extinción del mismo que es efecto de la rectificación.

II

El Registrador (distinto del que practicó la inscripción) suspende la rectificación solicitada extendiendo la siguiente nota de calificación:

«La escritura de fecha 20 de junio de 2008 autorizada por el Notario de Madrid, don Pedro-José Bartolomé Fuentes, fue inscrita en este Registro de la Propiedad número 5 de Madrid, el día 16 de julio 2008. En el acta de inscripción consta literalmente: «Acta: inscribo la nuda propiedad de esta finca a favor de la sociedad 'F. S., S.L.', por título de compra, e inscribo el usufructo vitalicio conjunto y sucesivo de esta finca a favor de doña Carmen H. L. y doña Josefina H. L., por vía de retención.» En diligencia extendida por el Notario autorizante el día 12 de noviembre de 2008, se expresa la comparecencia de doña Carmen H. L., doña Ana-Lourdes H. B. y doña Josefina H. L., y previa declaración de que la inscripción que se practicó en este Registro número 5 en el historial de la finca 32.353, al folio 64 del tomo 2.393, fue errónea, y solicitan su rectificación alegando que doña Josefina H. L. no adquirió ningún derecho sobre el inmueble.

Calificado el precedente documento se suspende su inscripción sin que proceda la rectificación solicitada de la inscripción de compra, por las siguientes razones:

1.º No cabe inscribir «el usufructo vitalicio a favor de doña Carmen H. L.

[...] con la duración pactada”, porque la duración de un usufructo vitalicio es la de la vida del usufructuario.

2.º Si en la escritura autorizada el 20 de junio de 2008 se quiso «que el usufructo fuera vitalicio y que recayera sobre la vida de la última de dos personas: la propia titular del derecho y otra tercera persona, que no posee derecho alguno sobre el inmueble”, se está constituyendo un usufructo conjunto y sucesivo (y así se practicó en su día la inscripción cuya rectificación ahora se solicita). No cabe que una persona disfrute de un usufructo, y a la vez carezca de todo derecho sobre el inmueble.

Contra la anterior calificación (...) Madrid, 1 de diciembre de 2008.–El Registrador, Fdo. Antonio Pau Pedrón.»

III

El Notario, después de afirmar que no ha recibido notificación de la calificación por parte del Registrador, habiéndose enterado por la copia de la escritura, impugna la calificación alegando: que el usufructo se constituyó por vía de deducción; que, si bien lo más frecuente es que el usufructo vitalicio se constituya sobre la vida de la propia persona titular, la posibilidad de enajenación de tal usufructo supone que el titular del derecho sea una persona distinta y que si la determinación se hace en función de la vida de una persona distinta del usufructuario, denominar a este usufructo temporal o vitalicio es una cuestión puramente semántica; que la interpretación que hizo el Registrador fue errónea porque la hermana de la vendedora no consintió en la adquisición y este consentimiento es necesario por imperativo de los artículos 609, 1261 y 1262 del Código Civil y porque no es ése el tenor literal de la escritura, por todo lo cual el Registrador ha innovado el contrato inscribiendo el usufructo como conjunto y sucesivo. También alega el recurrente que las partes no

desean que la hermana de la enajenante disfrute de derecho alguno, y ello resulta de la diligencia que acompaña a la escritura. Finalmente, solicita la práctica de anotación preventiva de suspensión.

IV

El Registrador se mantuvo en su calificación remitiendo las actuaciones a este Centro Directivo e informando, con fecha 8 de enero de 2009, lo siguiente: que notificó la calificación por «fax», y aporta el justificante de que el Notario ha recibido el mismo; en cuanto a la solicitud de anotación de suspensión por defecto subsanable, la rechaza de acuerdo con la doctrina sentada en las Resoluciones de 13, 14, 15 y 17 de septiembre de 2005 pues, habiéndose interpuesto recurso gubernativo, no corre el plazo de caducidad del asiento de presentación, por lo que la anotación no produciría ningún efecto, como no sea la existencia de un asiento inútil.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 469, 521, 609, 1261 y 1262 del Código Civil, 40, 211 a 220 de la Ley Hipotecaria y 314 y siguientes de su Reglamento, así como las Resoluciones de esta Dirección General de 10 de julio de 1975, 31 de enero de 1979 y 13, 14, 15 y 17 de septiembre de 2005.

1. El problema que plantea el presente recurso es el de dilucidar si habiéndose reservado la dueña única y enajenante de la nuda propiedad el usufructo vitalicio de una vivienda mientras no fallezcan ella y una hermana suya (que no comparece), y practicándose la inscripción en usufructo conjunto y sucesivo a favor de ambas hermanas, debe rectificarse tal asiento cuando se añade a la escritura una diligencia en la que, compareciendo todos los interesados, se dice

que se cancele la inscripción del usufructo a favor de la hermana, pues ella no es titular sino sólo persona cuya vida es determinante de la duración de tal usufructo.

2. Es evidente, como alega el Notario recurrente, que no puede realizarse inscripción a favor de una persona que no presta consentimiento, pues nadie puede adquirir derechos sin tal consentimiento, por lo que, consintiendo todos los interesados, es factible la rectificación del Registro, como reconocen los artículos 40 *in fine*, 214 y 217 de la Ley Hipotecaria.

3. Ahora bien, por la vía de la rectificación no puede tener acceso al Registro un derecho que no podría haber accedido al mismo por vía directa. En este sentido, tiene razón el Registrador recurrido cuando pone de manifiesto que la única interpretación coherente con el título fue la que hizo el Registrador que practicó la inscripción, ya que, si doña Josefina sobrevive a su hermana y no es titular del usufructo, tal derecho, tal y como se ha constituido, subsistiría sin que se supiera quién es su titular (pues alguno debe tener), puesto que no se consolida con la nuda propiedad. Es cierto que podría sostenerse que, entonces, el usufructo se incluyera en el caudal hereditario de la hermana premuerta, pero en dicho supuesto, tal consecuencia debería preverse con claridad en la escritura.

4. En cuanto a la solicitud de anotación preventiva de suspensión, como dijo este Centro Directivo en las Resoluciones de 13, 14, 15 y 17 de septiembre de 2005, carece de interés en este supuesto, ya que, suspendido el plazo de caducidad del asiento de presentación como consecuencia del recurso, no existe razón para que el mismo asiento quede suspendido también por la práctica de la anotación.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante de-

manda 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 noviembre de 2009.–La Directora General de los Registros y del Notariado, *M.ª Ángeles Alcalá Díaz*.

RESOLUCIÓN de 21 de noviembre de 2009, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por el notario de San Vicente del Raspeig, don Francisco José Román Ayllón, contra la negativa del registrador de la propiedad de Alicante número 3, a la constancia registral de la antigüedad de la construcción de una finca. («BOE» núm. 7 de 8 de enero de 2010.)

En el recurso interpuesto por el Notario de San Vicente del Raspeig, don Francisco José Román Ayllón, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Alicante número 3, don Fernando Trigo Portela, a la constancia registral de la antigüedad de la construcción de una finca.

HECHOS

I

En escritura autorizada por el Notario recurrente, los actuales titulares de una vivienda unifamiliar, actuando en su propio nombre y en el de sus transmitentes (representación posteriormente ratificada, según resulta de la correspondiente diligencia) exponen que éstos, en anterior escritura declararon la obra nueva de una vivienda unifamiliar. En la escritura de declaración de obra nueva incorporaron certificación expedida por

arquitecto técnico que expresaba que la construcción contaba con más de cinco años de antigüedad. En la escritura que ahora se presenta, denominada de subsanación y complemento, se incorpora nuevo certificado expedido por el mismo técnico, con firma legitimada y visada colegialmente, en la que se expresa que la obra nueva tiene una antigüedad anterior al año 2000.

II

Presentada en el Registro la escritura anterior, el Registrador deniega la inscripción, extendiendo la siguiente nota de calificación:

«Registro de la Propiedad de Alicante n.º 3.

Notificación de calificación desfavorable conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria (reformado por ley 24/2001 de 27 de diciembre) y 98 y siguientes del Reglamento Hipotecario:

El Registrador de la Propiedad que suscribe, previo examen y calificación del documento presentado por don/doña T. B., B., el día 18/03/2009, bajo el asiento número 951, del tomo 115 del Libro Diario y número de entrada 1967, que corresponde al documento autorizado por el notario de San Vicente del Raspeig don Francisco José Alejandro Román Ayllón, con el número 325/2009 de su protocolo, de fecha 04/03/2009, en unión de escritura de declaración de obra, ya inscrita, autorizada en San Vicente del Raspeig el día 14/11/2006, ante su Notario don Ignacio Javier Torres López, número 2.539 de protocolo, ha resuelto no practicar los asientos solicitados en base a los siguientes hechos y fundamentos de derecho:

Hechos:

En la escritura de subsanación presentada, se incorpora certificación expedida el día 3 de octubre de 2008, por don Manuel Jacobo Amorós, Arquitecto Téc-

nico, en la que se hace constar que la antigüedad de la construcción no era de sólo cinco años, como manifestó en otra certificación expedida por él mismo el día 31 de octubre de 2006, sino que la antigüedad de la construcción es anterior al año dos mil. La referencia catastral aportada 21815C6YH1528S0001GG, en el Catastro se corresponde con «suelo sin edificar».

Se deniega la inscripción dada la contradicción existente, es decir, que la construcción sea anterior año dos mil, como hace constar la certificación del Arquitecto, y que durante todo ese espacio de tiempo transcurrido no se haya actualizado el Catastro, no figurando en el mismo la vivienda unifamiliar cuya obra nueva se declara. Ante esta contradicción la certificación del Arquitecto aportada, por sí sola no es documento fehaciente.

Fundamentos de derecho:

Entre otras, resolución de la D.G.R.N. de 4 de marzo de 1996, y artículos 45 y siguientes 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.

Y por considerarlo un defecto insubsanable se procede a la denegación de los asientos solicitados del documento mencionado.

Contra esta calificación (...) Alicante, veinticinco de marzo del año dos mil nueve.—El Registrador de la Propiedad, Fdo. Fernando Trigo Portela.»

III

El Notario autorizante impugna la calificación alegando: que no puede decirse, como hace el Registrador, que esta certificación sea contradictoria con la anterior, pues si en la primera se dice que la edificación tiene más de cinco años, ello

no es contradicho por la afirmación que se hace ahora de que es anterior al año 2000 y que el certificado del técnico competente es documento suficiente para acreditar la antigüedad de la obra.

IV

El Registrador se mantuvo en su calificación, remitiendo el expediente a este Centro Directivo con fecha 18 de mayo de 2009 con el preceptivo informe. En él, tras alegar que el recurso está interpuesto fuera de plazo, ya que el plazo debe contarse desde la notificación y no desde que tuvo lugar la calificación sustitutoria, alega dudas sobre la veracidad del contenido del certificado técnico y hace otras alegaciones no atendibles en este momento procedimental, por ser ajenas a la nota de calificación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 45 y siguientes del Real Decreto 1093/1997, sobre Inscripción de Actos Urbanísticos, así como las Resoluciones de esta Dirección General de 23 de julio de 2004, 19 de febrero de 2005, 9 de octubre de 2006 y 31 de octubre de 2007.

1. Dos son los problemas que se plantean en el presente recurso: el primero consiste en dilucidar si el plazo para su interposición se empieza a contar desde la calificación sustitutoria que anteriormente se había solicitado o desde la notificación de la primera calificación, y el segundo, si ha de ser mantenida la nota de calificación tal y como ha sido formulada.

2. En cuanto a la primera de las cuestiones, y como ha afirmado anteriormente este Centro Directivo (cfr. Resolución de 9 de octubre de 2006), el uso de la facultad de solicitar una calificación a cargo de Registrador sustituto conforme al artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria,

no es propiamente un recurso, asemejándose a una reposición previa con los consiguientes efectos suspensivos de los plazos propios de la interposición del recurso contra la calificación negativa inicial, y ello tanto para evitar el riesgo de contradicción entre el resultado de esa calificación y sus efectos y los suspensivos de la interposición del recurso o incluso el contenido de la resolución del mismo, como para no provocar indefensión al interesado que estaría privado de los documentos a aportar al recurso que obrarían en poder del registrador sustituto (cfr. Resolución de 6 de octubre de 2004). Lo anterior es también aplicable cuando el que ha instado el cuadro de sustituciones es el presentante y el que interpone el recurso es el Notario autorizante, por cuanto según el artículo 322 de la Ley Hipotecaria, la calificación negativa del documento o de concretas cláusulas del mismo deberá notificarse no sólo al presentante, sino también «al Notario autorizante del título presentado»; y habida cuenta del fundamento de dicha norma, ha de concluirse que en caso de que el Registrador sustituto a que se refiere el artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria califique negativamente dicho título deberá notificar su calificación al Notario autorizante de la escritura, en el plazo y la forma establecidos en el artículo 322, toda vez que dicha notificación determina el *dies a quo* del plazo para la interposición del recurso por cada uno de los legitimados legalmente para ello.

3. Respecto al segundo de los problemas, la nota de calificación expresa que en la escritura de subsanación se hace constar que la antigüedad de la construcción no es de sólo cinco años, como se manifestó anteriormente, sino que es anterior al año dos mil, que la referencia catastral califica el terreno como «suelo sin edificar» y continúa diciendo que se deniega la inscripción dada la contradicción existente, ya que si la construcción es anterior al año dos mil, es

contradictorio con la certificación del arquitecto que la vivienda no figure en el Catastro.

En primer lugar, si en la primera certificación se dijo que la construcción tiene más de cinco años de antigüedad, y en la actual se dice que es anterior al año dos mil, una afirmación no se contradice con la otra, pues una construcción anterior al año dos mil tiene más de cinco años de antigüedad.

En segundo lugar, el hecho de haber transcurrido nueve años desde la construcción sin que la misma figure en el Catastro, no es determinante, pues dicha construcción se acredita mediante otro medio legalmente admitido.

Por todo ello, la nota da calificación no puede ser mantenida.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto.

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, 21 de noviembre de 2009.–La Directora General de los Registros y del Notariado, *M.^a Ángeles Alcalá Díaz*.

RESOLUCIÓN de 24 de noviembre de 2009, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por el notario de Madrid, don Juan Carlos Caballera Gómez, contra la negativa del registrador de la propiedad de Torrijos, a inscribir una escritura de novación modificativa de préstamo hipotecario. («BOE» núm. 7 de 8 de enero de 2010.)

En el recurso interpuesto por el Notario de Madrid, don Juan Carlos Caballería Gómez, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Torrijos, don José-Antonio Garvía Pastor, a inscribir una escritura de novación modificativa de préstamo hipotecario.

HECHOS

I

Mediante escritura otorgada ante el Notario de Madrid, don Juan Carlos Caballería Gómez, el día 22 de diciembre de 2008, bajo el número 2.815 de orden de protocolo, la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, y las Sociedades «Otimeb, S.L.» y «Almasper, S.L.», formalizaron novación modificativa de un préstamo hipotecario concedido por aquella a éstas en escritura otorgada ante el Notario de Fuensalida, don Rafael José Díaz Escudero, el día 25 de septiembre de 2006. En la parte expositiva de dicha escritura se expresa que «a solicitud del cliente, Caja Madrid ha accedido a prorrogar en doce meses más la duración de este contrato, según quedó definido en la estipulación..., con el fin de favorecer la financiación de las obras de construcción en la finca descrita,...». Y en las estipulaciones de la misma escritura se pacta lo siguiente: «De acuerdo con los anteriores expositivos, las partes modifican la escritura de préstamo hipotecario a la que se ha hecho referencia en la exposición de esta escritura, en el sentido siguiente: Queda prorrogado el período de duración del préstamo hipotecario anteriormente descrito, por un plazo de doce meses, a contar desde el día 25 de septiembre de 2008...».

II

El título se presentó en el Registro de la Propiedad de Torrijos el 16 de enero de 2009, con asiento 963 del Diario 161; y

fue objeto de calificación negativa que a continuación se transcribe parcialmente:

«... II. Fundamentos de Derecho:

Primero.–La Legislación Hipotecaria –Ley de 8 de febrero de 1946 y su Reglamento de 14 de febrero de 1947– otorga al Registrador de la Propiedad el control de legalidad de los documentos presentados a inscripción, mediante la calificación registral.

Segundo.–Una vez calificado el documento objeto del presente acuerdo, conforme a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, se observa/n el/los siguientes/s defecto/s que impiden la inscripción del mismo:

1.º No es inscribible la prórroga del plazo de vencimiento del préstamo hipotecario objeto de esta escritura, por haberse pactado la ampliación una vez vencido el plazo inicialmente acordado, lo que implica el nacimiento de una nueva obligación, que por el carácter accesorio de la hipoteca supondría la necesaria constitución de una nueva garantía con cancelación de la primitiva –arts. 1203, 1204 y 1857 del Código Civil y 105 de la Ley Hipotecaria.

Tercero.–El/los indicado/s defecto/s se fundamentan en las normas legales o reglamentarias citadas.

Por lo indicado acuerdo:

Uno.–Suspender la inscripción del documento relacionado, por los defectos que se indican en el segundo de los fundamentos de derecho.

Dos.–Hacer saber a los interesados:

1.º Que el asiento de presentación...

Contra el presente acuerdo puede interponerse el recurso...

Torrijos, 3 de febrero de 2009.–El Registrador, Fdo. José-Antonio Garvía Pastor [firma ilegible. Existe sello con el nombre y apellidos del Registrador].»

III

La calificación fue notificada al Notario autorizante de la escritura calificada el 11 de febrero de 2009, mediante correo con aviso de recibo.

El 5 de marzo de 2009 (mediante escrito presentado en esta Dirección General, con entrada en el Registro de la Propiedad el 16 de marzo) dicho Notario interpuso recurso contra la calificación del Registrador en el que, alegó, en síntesis, lo siguiente:

En el presente recurso se plantea la cuestión de la validez de la prórroga de un contrato de préstamo garantizado con hipoteca acordada por las Entidades acreedora y deudoras de forma interna antes o al tiempo del vencimiento de aquél, ratificada en Escritura Pública otorgada con posterioridad al vencimiento, pero con efecto retroactivo al momento del pacto *inter-partes*.

El Registrador, en defensa de su calificación, de forma lacónica cita los artículos 1203, 1204, 1857 del Código Civil y 105 de la Ley Hipotecaria. En verdad, el Notario recurrente no acierta a comprender la relación de estos artículos con la cuestión planteada, salvo que sea para reafirmar la razones que llevan al recurso, especialmente en lo que toca al artículo 1.204 del Código Civil.

En cambio, la posibilidad de la prórroga o cualquier novación de un contrato, realizada de forma privada y posteriormente reconocida con efecto retroactivo en escritura pública viene avalada por numerosos preceptos de nuestro ordenamiento jurídico, por la doctrina y por la jurisprudencia:

Así, sin ánimo exhaustivo, cabe señalar:

1.º La validez del reconocimiento de la prórroga establecida viene amparada por el principio de libertad de pacto consagrado de forma general en el artículo 1.255 de nuestro Código Civil, y más es-

pecíficamente, en el presente caso, en el artículo 1.258: «los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento...», y el nacimiento y efectos de los mismos se produce antes de tener acceso al Registro.

2.º Haciendo un recorrido por nuestro ordenamiento jurídico, existen numerosos ejemplos de prórrogas y modificaciones de actos y contratos con plenos efectos retroactivos. Así, sin ánimo exhaustivo se puede señalar:

A) En el ámbito mercantil societario:

a) La disposición contenida en el artículo 265 de L. S. A. que permite, una vez disuelta la sociedad por las causas previstas en el artículo 260, la continuación de la sociedad a instancia de accionistas que representen, al menos, la quinta parte del capital social, cuando el Gobierno lo juzgase conveniente para la economía nacional o el interés social. La misma norma era recogida por la antigua L. S. A. de 1951.

b) Los artículos 106 y 107 de la L. S. R. L. que permiten la reactivación de la sociedad disuelta con plenos efectos retroactivos.

c) La disposición transitoria 4.ª de la L. S. A. y 2.ª de la L. S. R. L., en relación con el artículo 242 R. R. M. que aún disueltas las sociedades por no haberse ampliado el capital o adaptado sus Estatutos a las nuevas leyes, en los plazos previstos, permiten adoptar los acuerdos de ampliación de capital, transformación o simplemente adaptar sus Estatutos fuera de los plazos establecidos con plena eficacia retroactiva, e inscribirlos en el Registro Mercantil, a pesar del cierre del folio registral.

d) Y, de forma general, los acuerdos adoptados en una Junta que dejan sin efecto los adoptados en otra u otras anteriores.

B) Fuera del ámbito societario hay numerosos supuestos de retroacción de efectos por disposición legal o por acuerdos de los interesados que modifican, subsanan, ratifican, o convierten en otro distinto un determinado negocio jurídico. Así, igualmente sin ánimo exhaustivo:

a) Los supuestos de convalidación de negocios civiles a los que se añade un nuevo hecho, y que deviene plenamente válido:

Artículo 1259 Código Civil: Ratificación de contrato otorgado a nombre de otro por quien no tiene la autorización o representación legal del interesado. La R. de 3 de marzo de 1953, resalta «la ratificación» como una declaración receptiva, referida al negocio jurídico que no es propiamente inexistente, sino que se halla en estado de suspensión, sometido a una *conditio iuris*.

Artículo 1727 Código Civil: el mandante no queda obligado por los excesos del mandatario sino cuando lo ratifica tácita o expresamente.

Artículo 1892 Código Civil: La ratificación de la gestión por parte del dueño del negocio produce los efectos del mandato expreso.

Artículo 1893 Código Civil: sobre la ratificación tácita del dueño del negocio.

Artículo 862 Código Civil, cuando habiendo dispuesto por testamento de una cosa ajena, vale el legado si después del testamento lo adquiere el testador.

La tácita reconducción en materia de arrendamientos de los artículos 1566 y 1567 del Código Civil, y en general de los contratos de tracto sucesivo.

b) Los supuestos de conversión del negocio nulo en otro válido:

Tiene lugar cuando los interesados convierten un negocio inicialmente nulo en otro válido, al considerarlo conforme

a otro tipo de negocio jurídico. La conversión puede ser formal cuando el negocio nulo por defecto de forma pueda llegar a valer conforme a otra forma distinta. Sería el caso de los artículos 1223 del Código Civil (escritura pública por defecto de forma, tendrá el concepto de documento privado), y el similar artículo 715 del propio Código Civil. Lo mismo puede decirse de los artículos 450, 463 y 466 del Código de Comercio.

Junto a la conversión formal está la llamada conversión material legal, impuesta expresamente por la Ley. Sería el caso de los artículos 399, 527, 1451, 1669, etc., del Código Civil, y 719 y 729 del Código de Comercio.

Cabe citar también la conversión en sentido estricto o genuina, que es la que supone un cambio de tipo de negocio, para salvar la validez del propósito negocial sin mandato expreso de la Ley. Esta conversión tiene su fundamentación en el principio general que inspira el Derecho español de la «conservación del negocio jurídico», y más concretamente en los artículos 1284 y 1289 del Código Civil.

c) Por último, y como supuestos de retroactividad pueden citarse los artículos 1520 del Código Civil, en materia de retracto convencional, y 1521, en materia de retracto legal («con las mismas condiciones»); las obligaciones sujetas a condición suspensiva del artículo 1120 («los efectos de la obligación condicional de dar una vez cumplida la condición, se retrotraen al día de la constitución de aquella»); las obligaciones sujetas a condición resolutoria del artículo 1123 («cuando las condiciones tengan por efecto resolver la obligación de dar, los interesados, cumplidas aquellas, deberán restituirse lo que hubiesen percibido»).

Todos los supuestos citados son ejemplos claros de ratificación, modificación o conversión de negocios jurídicos con efectos retroactivos bien por disposición

legal o por acuerdos de las partes. La cuestión de la retroacción no ofrece ninguna duda ni en el ámbito de la «praxis jurídica», ni en el ámbito legal, doctrinal o jurisprudencial.

En el fondo no hay diferencia entre una conversión de un negocio y una subsanación cuando las partes se percatan de que lo plasmado en el documento no es lo realmente querido por ellas. En este sentido, nuestro Código Civil, como señalaba el profesor De Castro, admite la genuina conversión de un negocio jurídico en otro a través de los criterios de interpretación establecidos en los artículos 1281 y siguientes, y concretamente en los artículos 1281-2.º: «Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquellas», y el artículo 1284: «Si alguna cláusula de los contratos admitiere diverso sentido deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto».

Por tanto, la prórroga establecida internamente por las partes y reconocida en la escritura no ofrece duda en cuanto a la determinación del plazo de duración del préstamo y de su garantía, de acuerdo con el artículo 12 de la Ley Hipotecaria, único extremo, en este caso, que debe calificar al Registrador en consonancia con las ya numerosas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en relación al ámbito de la calificación registral. Por todas las Resoluciones de 28 de febrero de 2008, 6 de marzo de 2008, y 10 de marzo de 2008. Destacar además que no hay perjuicio de tercero por la prórroga establecida según resulta de la nota registral de cargas.

Además, desde el punto de vista jurisprudencial, son muchas las Sentencias del Tribunal Supremo que mantienen que las modificaciones accidentales en una obligación preexistente no implica que esta se extinga por novación (SS de 4 de

abril de 1892, 4 de junio de 1909, 22 de junio de 1917 y 16 de mayo de 1945). En otras el TS ha declarado que la alteración o prórroga del plazo inicialmente señalado no implica novación extintiva (SS de 28 de junio de 1904, 8 de julio de 1909, 2 de julio de 1917, 3 de febrero de 1919, 9 de marzo de 1934, 16 de mayo de 1945 y en especial la de 19 de noviembre de 1993 que considera que la modificación del vencimiento de un contrato por acuerdo de las partes no integra una verdadera novación extintiva, solamente modifica la obligación en un aspecto no sustancial).

Por su parte esta Dirección General ha tratado el conflicto que nos ocupa en Resolución de 27 de noviembre de 1999, en la que señala con claridad que «ciertamente, acreedor y deudor pueden, inter partes, acordar la modificación del plazo de declaración –sic en el escrito del recurso– de la relación crediticia garantizada con hipoteca». En el supuesto planteado, la ampliación de plazo se realizó vencido el establecido en la escritura de préstamo hipotecario originario, aunque al existir cargas inscritas posteriores este Centro Directivo estimó que implicaba alteración del principio de propiedad –sic en el escrito del recurso.

En el presente caso no existen cargas posteriores inscritas y no se plantea esta cuestión, si bien es de resaltar que la Resolución es anterior a la modificación del artículo 4 o de la Ley 2/1994, de 30 de marzo de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, por la Ley 41/2007 de 7 de diciembre, y cuya finalidad entre otras es facilitar la refinanciación de familias y empresas en tiempos de crisis y abaratar los costes de esta operaciones.

Por último, que de admitirse la posición registral sería preciso otorgar una escritura de cancelación de la hipoteca anterior y la constitución de una nueva

garantía con los gastos e impuestos que esto conlleva.

IV

Mediante escrito con fecha 13 de abril de 2009, el Registrador emitió informe y elevó el expediente a este Centro Directivo (con registro de entrada el 24 de abril de 2009).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 1156, 1203, 1204, 1205, 1255, 1257, 1259, 1281, 1283, 1284, 1285 y 1286, 1851 y 1857 del Código Civil; 1, 17, 40, 104, 105, 115, 144 y 153 de la Ley Hipotecaria; las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1892, 8 de julio de 1909, 22 de junio de 1917, 16 de mayo de 1945 y 19 de noviembre de 1993; y las Resoluciones de 30 de septiembre de 1987, 18 de mayo de 1992 y 27 de noviembre de 1999.

1. En el presente recurso debe determinarse si, transcurrido el plazo de duración de un préstamo garantizado con hipoteca –que vencía el 25 de septiembre de 2008–, puede hacerse constar en el Registro de la Propiedad la prórroga de dicho plazo pactada mediante escritura autorizada el día 22 de diciembre de 2008.

El Registrador suspende la inscripción de dicha prórroga «por haberse pactado la ampliación una vez vencido el plazo inicialmente acordado, lo que implica el nacimiento de una nueva obligación, que por el carácter accesorio de la hipoteca supondría la necesaria constitución de una nueva garantía con cancelación de la primitiva –arts. 1203, 1204 y 1857 del Código Civil y 105 de la Ley Hipotecaria–».

El Notario recurrente alega que en nuestro ordenamiento es válida la prórroga de un contrato de préstamo garantizado con hipoteca acordada, *inter partes*, antes o al tiempo del vencimiento

de aquél y ratificada en escritura pública otorgada con posterioridad al vencimiento, pero con efecto retroactivo al momento de dicho pacto interno.

2. Indudablemente, acreedor y deudor pueden, *inter partes*, acordar la modificación del plazo de duración de la obligación garantizada aunque la posterior formalización de la misma se verifique una vez que haya vencido el plazo inicialmente pactado.

En la escritura calificada no consta explícitamente –aunque tampoco se excluye– que la prórroga se hubiera pactado antes del transcurso de ese plazo fijado inicialmente. No obstante, el criterio del Registrador no puede ser mantenido en este caso si se tienen en cuenta las siguientes consideraciones (además de la necesaria interpretación de las cláusulas del contrato en su conjunto y en el sentido más adecuado para que produzca efecto –cfr. artículos 1281, 1283, 1284, 1285 y 1286 del Código Civil–):

a) Aun en el caso de pactarse dicha prórroga después del vencimiento del plazo, se trataría de una alteración contractual que debe calificarse como novación modificativa, que no da lugar a la extinción de la obligación modificada y al nacimiento de una nueva obligación. Aunque el artículo 1156 del Código Civil dispone que las obligaciones se extinguen por la novación, este precepto debe ser interpretado sistemáticamente en relación con los artículos 1203 y 1204 del mismo Código y según la reiterada doctrina del Tribunal Supremo (cfr. las sentencias citadas en los «Vistos», especialmente las de 8 de julio de 1909 y 16 de mayo de 1945), por lo que, a falta de la terminante declaración de las partes sobre su intención de, con la modificación, dar por extinguida la anterior obligación, debe entenderse que ésta queda subsistente por la modificación del plazo de duración de la relación obligatoria, toda vez que el carácter extintivo de la

novación no se presume a menos que la obligación resultante de la modificación sea de todo punto incompatible con la antigua modificada, lo que no sucede en un caso como el presente en el que, además, la alteración del plazo se pacta para facilitar el cumplimiento de la obligación inicial.

b) En el presente supuesto, no se trata de un pacto que modifique una anterior cláusula que sujetara a término el mismo derecho real de hipoteca (como ocurriría, por ejemplo, en el supuesto de hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito) ni se trata de un plazo de la obligación configurado como esencial. Se modifica un plazo fijado para la duración de la obligación garantizada cuyo vencimiento no tiene como consecuencia la extinción de la misma sino que el incumplimiento de esta obligación devinida exigible puede dar lugar a la efectividad de la hipoteca si el acreedor no reintegrado de su crédito utiliza la acción hipotecaria para hacer valer su derecho.

c) La propia Ley Hipotecaria –cfr. artículo 144– admite la posibilidad de modificaciones de la obligación garantizada con hipoteca (entre ellas, la espera), si bien dispone que no surtirán efecto contra tercero, si no se hacen constar en el Registro por medio del asiento correspondiente. Por lo demás, la ampliación del plazo del préstamo se contempla como un supuesto de novación modificativa el artículo de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, sin que deba decidirse ahora sobre el alcance que haya de tener la interpretación de la norma del apartado 3 de dicho precepto legal relativa al rango de la hipoteca inscrita.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto y revocar la calificación impugnada, en los términos que anteceden.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante de-

manda 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, 24 de noviembre de 2009.–La Directora General de los Registros y del Notariado, *M.^a Ángeles Alcalá Díaz*.

RESOLUCIÓN de 20 de noviembre de 2009, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Chipiona, a practicar la cancelación de asientos ordenada en el seno de un procedimiento judicial. («BOE» núm. 16 de 19 de enero de 2010.)

En el recurso interpuesto por don Luis López Ibáñez, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de don J. J. S.-R. G., contra la negativa de la Registradora de la Propiedad de Chipiona, doña Rosa María Romero Payá, a practicar la cancelación de asientos ordenada en el seno de un procedimiento judicial.

HECHOS

I

Se presentó en el Registro de la Propiedad de Chipiona, con fecha 28 de enero de 2009, mandamiento, dictado el 2 de octubre de 2008, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número uno de Sanlúcar de Barrameda, expresando que en juicio ejecutivo número 650/2008 se ha dictado resolución ordenando que «en relación con la escritura pública declarada nula por sentencia firme dictada en este procedimiento... y que tenía por objeto la división del local propiedad de los demandados, finca re-

gstral n.º 12.028 de Chipiona, se proceda por la señora Registradora a cancelar las inscripciones registrales correspondientes a las nuevas fincas creadas en virtud del indicado título de división, fincas inscritas bajo los números 34.859, 34.860, 34.861, 34.862 y 34.863 en el Registro de la Propiedad de Chipiona, conservándose como única inscripción válida la de la finca matriz ilegalmente dividida, finca registral n.º 12.028». Dicho documento judicial presentado fue objeto de calificación negativa en base a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: «Se presenta, en el Registro de la Propiedad de Chipiona, el 28 de enero de 2009, testimonio de la resolución que tiene el carácter de firme de fecha 2 de octubre de 2008, dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Sanlúcar de Barrameda en Procedimiento de Ejecución de Títulos Judiciales 650/2008. Motiva el asiento de presentación n.º 1.515 del Diario 172. Calificado el documento de referencia la Registradora que suscribe conforme a lo dispuesto en los artículos 18 y 19 de la Ley Hipotecaria y 100 de su Reglamento acuerda no practicar la inscripción solicitada por los siguientes hechos y fundamentos de Derecho. Hechos. Se solicita se proceda por la señora Registradora a cancelar las inscripciones registrales correspondientes a las nuevas fincas creadas en virtud de la escritura pública autorizada en Chipiona por don Antonio Sánchez Gámez el 6 de marzo de 2002, declarada nula por sentencia firme, conservándose como única inscripción válida la de la finca matriz ilegalmente dividida, finca registral n.º 12.028 del término municipal de Chipiona. La demanda se formula por la Comunidad de Propietarios del Conjunto de apartamentos doña Amparo frente a P. V. M. y M. D. del M. L., sin que se expresen sus circunstancias personales. Del contenido de los Libros del Registro resulta que en virtud de dicha escritura se procedió a la división material de la registral número 12.028, for-

mando las registrales 34.859 a 34.863. De ellas, las registrales números 34.861 y 34.863 (ésta sólo en cuanto a la nuda propiedad) aparecen inscritas a nombre de personas distintas de aquellas contra las cuales se dirige la demanda). No habiéndose entendido el procedimiento con los titulares registrales de todas las fincas resultantes de la división material de la registral 12.028 la Registradora que suscribe entiende que no es posible practicar la cancelación acordada, denegándose la práctica del asiento solicitado por aplicación del principio de tracto sucesivo. Fundamentos de Derecho. Artículo 9 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento, principio de especialidad. Artículo 20 de la Ley Hipotecaria, que se refiere al principio de tracto sucesivo «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 el caso de resultar inscrito aquel derecho a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o gravamen, los Registradores denegarán la inscripción solicitada...». Artículos 24 y 117 de la Constitución Española que reconocen el derecho a la tutela judicial efectiva y a que nadie puede ser privado de sus derechos sin ser oído. Queda automáticamente prorrogado el asiento de presentación por término de 60 días desde la notificación conforme al artículo 323 de la Ley Hipotecaria. No se ha tomado anotación preventiva al no haber sido solicitada expresamente. Contra la anterior (...). Fdo. La Registradora de la Propiedad. Rosa María Pilar Romero Payá. (firma ilegible). Dicha calificación fue confirmada, previa solicitud de calificación sustitutoria, por don Esteban García Sánchez, Registrador de la Propiedad de El Puerto de Santa María número 1, con fecha 18 de febrero de 2009.

II

Don Luis López Ibáñez, en nombre y representación de don J. J. S.-R. G., interpuso recurso contra la anterior nota de calificación, en la que se denegaba la cancelación de asientos ordenada en el seno del procedimiento judicial, en virtud de escrito de recurso de fecha veintitrés de dos mil nueve, pidiendo que se «revoque parcialmente la referida nota de calificación con el objeto que se cancelen las inscripciones correspondientes a las fincas del Registro de la Propiedad de Chipiona n.º 34.859, 34.860 y 34.862 y del usufructo de la finca 34.863, confirmando sólo en cuanto a la finca 34.861 y la nuda propiedad de la finca 34.863. Se entiende que la finca n.º 34.861 y la nuda propiedad de la finca 34.863 no pueden ser objeto de cancelación por figurar inscritas a favor de personas distintas de los demandados y ello no es objeto del presente recurso». En este sentido argumenta, en primer lugar, que no se produce quiebra del principio de tracto sucesivo que se consagra en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, dado que se pretende la cancelación de aquellas fincas inscritas a favor de los demandados en el procedimiento, no de la «finca n.º 34.861 y la nuda propiedad de la finca 34.863 que no pueden ser objeto de cancelación por figurar inscritas a favor de personas distintas de los demandados. En segundo lugar, afirma el recurrente que tampoco hay vulneración alguna del artículo 24 de la Ley Hipotecaria dado que los demandados son los titulares registrales de las fincas que se pretende cancelar. En tercer lugar considera que no hay infracción del principio de especialidad consagrado en los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento, dado que en el mandamiento «es manifiesto y diáfano lo ordenado en el mismo, sin que de lugar a indeterminación de clase alguna». Finalmente, considera el recurrente que la calificación recurrida vulnera el artículo 198 del Reglamento Hipotecario. En este

sentido, se hace constar que este procedimiento judicial ya había tenido, inicialmente, acceso al Registro de la Propiedad mediante una anotación preventiva de demanda sobre las fincas del Registro de la Propiedad de Chipiona n.º 34.859, 34.860 y 34.862 y sobre el usufructo de la finca 34.863, denegándose, en su momento, esa anotación preventiva de demanda sólo en cuanto a la finca 34.861 y la nuda propiedad de la finca 34.863 por falta de tracto sucesivo. Por ello, obtenida la sentencia estimatoria de la demanda y ordenándose la cancelación de los asientos pertinentes, se debe dar cumplimiento al artículo 198 del Reglamento Hipotecario como consecuencia de la anotación preventiva preexistente sobre las fincas sobre las que ahora se pide la cancelación.

III

La Registradora emitió el informe el día 8 de abril de 2009, mantuvo su calificación y elevó el expediente a este Centro Directivo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 1, 9, 18, 19 bis, 20, 34, 40, 76 y siguientes y 324 y siguientes de la Ley Hipotecaria; 51, 100, 173 y siguientes y 198 del Reglamento Hipotecario; 24 y 117 de la Constitución Española y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de enero de 1988, 3 de junio de 1992, 6 de abril de 2000 y 2 de abril de 2002.

1. En el presente recurso se plantea si es inscribible un mandamiento judicial que ordena la cancelación de las inscripciones registrales correspondientes a las nuevas fincas creadas en virtud de título público notarial de división que ha sido declarado nulo judicialmente, conservándose como única inscripción válida la

de la finca matriz ilegalmente dividida. En este sentido, estima la Registradora, a la vista del título presentado, que no procede la práctica de ninguna cancelación, por vulneración del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, dado que de las cinco fincas registrales cuya inscripción se ordena cancelar, dos de ellas –una sólo en cuanto a la nuda propiedad– aparecen inscritas a nombre de persona distinta de aquellas contra las que se dirige el procedimiento. Entiende la Registradora que no cabe practicar cancelación sobre ninguna de las cinco fincas, ni siquiera sobre las fincas inscritas a favor de las personas contra las que se ha seguido el procedimiento. El recurrente alega que sólo pretende que «se cancelen las inscripciones correspondientes a las fincas del Registro de la Propiedad de Chipiona n.º 34.859, 34.860 y 34.862 y del usufructo de la finca 34.863, confirmándola sólo en cuanto a la finca 34.861 y la nuda propiedad de la finca 34.863. Se entiende que la finca n.º 34.861 y la nuda propiedad de la finca 34.863 no pueden ser objeto de cancelación por figurar inscritas a favor de personas distintas de los demandados y ello no es objeto del presente recurso».

2. La nota de calificación no puede ser confirmada, en cuanto a las fincas inscritas a favor de las personas contra las que sí se ha seguido el procedimiento judicial. La innegable unidad de la declaración judicial de nulidad del título notarial en cuya virtud de practicaron los asientos, cuya cancelación, ahora, se ordena por los Tribunales debe conjugarse con el principio de rogación registral. Por ello, teniendo en cuenta: a) la expresa solicitud de inscripción parcial del documento presentado (véase el art. 434 del Reglamento Hipotecario que permite la inscripción parcial a solicitud del presentante cuando el defecto afecte tan sólo a alguna finca o derecho); b) que es principio básico de nuestro sistema registral, que los asientos extendidos en el Registro

de la Propiedad están bajo la salvaguardia de los Tribunales –artículo 1 de la Ley Hipotecaria–, lo que determina que para su cancelación se precise como regla general, bien el consentimiento del titular respectivo, bien la oportuna resolución judicial dictada en juicio declarativo entablado contra él, artículos 40 y 82 de la Ley Hipotecaria, como ha ocurrido en el supuesto de hecho de este expediente; c) que es también regla que los asientos ordenados por la autoridad judicial precisan de la oportuna resolución firme; d) que los efectos de la sentencia se concretan a las partes litigantes, artículo 1.252 del Código Civil, de manera que mediante la inscripción adquieren efectos «erga omnes», existiendo causa justificada e interés en la constancia parcial del título en el Registro; e) que es exigencia constitucional, la de la protección jurisdiccional de los derechos, artículo 24 de la Constitución Española; f) que, además, constaba registralmente por vía de anotación preventiva la existencia del procedimiento encaminado a obtener la resolución judicial (cfr. art. 198 del Reglamento Hipotecario) sobre las fincas del Registro de la Propiedad de Chipiona n.º 34.859, 34.860 y 34.862 y sobre el usufructo de la finca 34.863, denegándose, en su momento, esa anotación preventiva de demanda sólo en cuanto a la finca 34.861 y la nuda propiedad de la finca 34.863 por falta de tracto sucesivo (por lo que si existía un problema que impedía la constatación registral parcial de la demanda debería entonces haberse planteado y no en el momento de la presentación de la sentencia; por todo ello ha de concluirse la posibilidad proceder a la práctica de la cancelación ordenada sólo sobre las fincas inscritas a favor de las personas contra las que se ha seguido el procedimiento.

3. Cabe, en consecuencia, la cancelación parcial a la vista de la solicitud expresa del recurrente y, por consiguiente, debe revocarse parcialmente la nota de

calificación en cuanto a las fincas inscritas a favor de las personas contra las que se ha seguido el procedimiento, que además son las únicas fincas a las cuales se circunscribe el presente recurso.

4. Finalmente, alega la Registradora que «la demanda se formula por la Comunidad de Propietarios del Conjunto de apartamentos doña Amparo frente a P. V. M. y M. D. del M. L., sin que se expresen sus circunstancias personales». Entiende que se vulnera el principio de especialidad y los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento. Este defecto tampoco puede ser confirmado dado que el hecho de que no se expresen las circunstancias personales no es obstáculo para proceder a la cancelación si las mismas pueden obtenerse de los Libros del Registro, donde ya consta la anotación preventiva de demanda del procedimiento judicial, y el asiento a cancelar está identificado perfectamente por los datos referentes al título que lo motivó.

Esta Dirección General ha acordado estimar íntegramente el recurso y revocar parcialmente 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, 20 de noviembre de 2009.–La Directora General de los Registros y del Notariado, *M.^a Ángeles Alcalá Díaz*.

RESOLUCIÓN de 23 de noviembre de 2009, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., contra la nota negativa del registrador de la propie-

dad de Cuenca, a anotar preventivamente un embargo. («BOE» núm. 16 de 19 de enero de 2010.)

En el recurso interpuesto por la entidad mercantil «Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.» contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Cuenca, don Manuel Alonso Ureba, por la que se deniega la anotación preventiva de un embargo.

HECHOS

I

En virtud de diligencia de ordenación de 30 de enero de 2009, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Cuenca, se ordenó la anotación preventiva de embargo sobre determinados bienes.

II

Presentado mandamiento de la misma fecha en el Registro de la Propiedad de Cuenca, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Previo calificación del documento reseñado, y tras examinar los antecedentes del Registro, el Registrador de la Propiedad que suscribe ha practicado la anotación letra D, de la finca número 30671 de Cuenca, al folio 064, libro 661 del citado término municipal, tomo 1.851 del Archivo, la anotación letra D, de la finca número 30974-t39 de Cuenca, al folio 060, del libro 657 del citado término municipal, tomo 1840 del archivo; y la anotación letra C de la finca número 30974-G377 del Cuenca, al folio 061, del libro 657 del citado término municipal, tomo 1.840 del archivo; en virtud de las cuales ha quedado practicada la anotación preventiva de embargo a favor de «Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.». Si bien sobre el usufructo vitalicio de dichas fincas único derecho inscrito a favor de la esposa demandada. Y sin co-

incidir su estado de cargas. Se acompaña nota simple informativa. Sobre las fincas 22.495, 22.497 y 22.498 también interesadas se deniega su práctica al estar inscritas a favor de persona distinta de los demandados; aunque con igual nombre el marido pero distinto DNI y esposa. Concretamente a favor de don A. M. M. con DNI número (...) casado con doña A. J. P. con DNI (...) (Art. 20 LH). Contra la expresada (...). Cuenca a dieciséis de febrero del año dos mil nueve. Fdo. D. Manuel Alonso Ureba».

III

Contra la anterior nota de calificación, doña María Josefa Herraiz Calvo Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de la entidad mercantil «Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.» interpone recurso en virtud de escrito de fecha 13 de abril de 2009, en base entre otros a los siguientes argumentos: Que dichas fincas sí están inscritas a nombre del demandado, como se comprobó en virtud de notas simples de las fincas embargadas, expedidas por el mismo registrador; coincidiendo nombre y DNI del demandado tanto en la póliza objeto de ejecución como en las notas simples de las fincas señaladas, no cabe duda de que debe procederse a la subsanación de la calificación emitida.

IV

El Registrador emitió informe el día 20 de abril de 2009, mantuvo su calificación y elevó el expediente a este Centro Directivo. En dicho informe el registrador reconoce que se expidieron notas simples a través del sistema de información por Internet (FLOTI) donde las fincas aparecieron inscritas a nombre de la misma persona y con el mismo DNI que el demandado; pero lo cierto es que es otra persona, ya que en el mandamiento se notifica a la esposa del demandado, que

no es la que consta como titular en el Registro.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 20 y 226 de la Ley Hipotecaria y 24 de la Constitución española.

1. Se debate en este recurso si se puede tomar anotación preventiva de embargo sobre unas fincas inscritas a nombre de persona que tiene el mismo nombre que el titular registral, pero distinto DNI, teniendo en cuenta que el nombre de la esposa del demandado no es el mismo que el que figura como esposa del titular registral. El recurrente alega que en la nota simple por Internet (FLOTI) obtenida del mismo Registro, las fincas figuran a nombre de la misma persona del demandado, y con el mismo DNI. En su informe el registrador alega que ignora por qué el sistema asignó automáticamente un DNI al titular que aparecía en la nota, cuando no coincide con el que figura en el Registro.

2. Cualquiera que sea la razón de la expedición de la nota simple informativa con un DNI incorrecto, que llevó a la confusión de pensar que las fincas pertenecían al demandado, lo cierto es que los asientos prevalecen sobre la publicidad formal que se pueda expedir, incluso cuando se trata de certificaciones (cfr. artículo 226 Ley Hipotecaria), todo ello sin perjuicio de la posible responsabilidad civil en que haya podido incurrir el Registrador por los gastos ocasionados como consecuencia de ese error, ya que la utilización de las nuevas tecnologías no puede rebajar los niveles de seguridad que el sistema registral debe ofrecer. Todo ello siempre que se pruebe en el procedimiento adecuado los perjuicios y demás requisitos necesarios para la concurrencia de responsabilidad. Lo cierto es que los asientos proclaman un titular registral

que no es el mismo que el demandado en el procedimiento ejecutivo, por mucho que tenga el mismo nombre y apellidos, pues no coincide el número del DNI, según Registro, ni el nombre de la esposa, datos que llevan cabalmente al registrador a la denegación del embargo, por falta de tracto sucesivo, al no ser la misma persona la deudora y el titular registral, por imperativo del principio constitucional de tutela judicial efectiva (cfr. artículo 24 de la Constitución), una de cuyas manifestaciones es el principio hipotecario de tracto sucesivo (cfr. artículo 20 de la Ley Hipotecaria).

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del Registrador 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, 23 de noviembre de 2009.–La Directora General de los Registros y del Notariado, *M.^a Ángeles Alcalá Díaz*.

RESOLUCIÓN de 3 de diciembre de 2009, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por el notario de Santa Cruz de Tenerife, don Javier Martínez del Moral, contra la negativa del registrador de la propiedad nº 4 de Santa Cruz de Tenerife, a la inscripción de una escritura de segregación. («BOE» núm. 16 de 19 de enero de 2010.)

En el recurso interpuesto por el Notario de Santa Cruz de Tenerife, don Javier Martínez del Moral, contra la negativa del

Registrador de la Propiedad de Santa Cruz de Tenerife número 4, don Jorge Alonso Zugasti, a la inscripción de una escritura de segregación.

HECHOS

I

Se presenta en el Registro escritura autorizada por el Notario recurrente por la que doña M. P. M. G. declara que es dueña de una finca urbana que forma parte de un conjunto urbanístico. Dicha finca está compuesta por casa y edificio destinado a instalación deportiva cubierta, ocupando la primera una superficie de ciento noventa y seis metros y noventa y dos decímetros cuadrados y el segundo una superficie de cuatrocientos cincuenta y tres metros, treinta y ocho decímetros cuadrados. Se le asigna una cuota en los beneficios y gastos del complejo del cincuenta y cinco por ciento.

Constando en los Estatutos que los propietarios de las fincas podrán, sin autorización de la Junta de Propietarios segregar o dividir sin que afecte a las cuotas de los demás, la titular de la finca segrega la casa, asignándole una cuota en los beneficios y gastos del complejo del 17,52 %.

II

El Registrador suspende la inscripción extendiendo la siguiente nota de calificación:

«Nota de calificación:

El Registrador que suscribe, previo examen y calificación del mandamiento que más abajo se reseña en los Hechos, de conformidad con los artículos 18 y 19 bis de la Ley Hipotecaria, ha dictado la siguiente resolución: Hechos: I.–A las 15:00 se presenta del día 30 de octubre de 2008, bajo el Asiento de Presentación 1451 del Libro Diario 20, copia de la escritura autorizada el día treinta de Oc-

tubre del año dos mil ocho, por el Notario de Santa Cruz de Tenerife, don Francisco Javier Martínez del Moral, número de protocolo 2358, remitida vía telemática a las catorce horas y tres minutos del día treinta de octubre del año dos mil ocho, por la que María del Pilar M. G., segrega de la finca número 23355 del término municipal de Candelaria, una casa en la calle José de Anchieta número 8, número urbana UNO-A, que ocupa una superficie de 196,65 m². Aportada materialmente en unión de carta de pago por don Roberto H. E., el día 28 de noviembre de 2008. Fundamentos de Derecho: Con arreglo al párrafo primero del artículo 18 de la Ley Hipotecaria, los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro. La calificación registral de los documentos presentados en el Registro de la Propiedad se entenderá limitada a los efectos de extender, suspender o denegar la inscripción, anotación, nota marginal o cancelación solicitada y no impedirá el procedimiento que pueda seguirse ante los Tribunales sobre la validez o nulidad del título o sobre la competencia del Juez o Tribunal, ni prejuzgará los resultados del mismo procedimiento. (art. 101 del Reglamento Hipotecario). 1.–Se procede a segregar de la finca registral 23.355, compuesta de casa y edificio destinado a instalación deportiva cubierta junto a patio y jardín, la cual es un elemento independiente n.º 1 dentro de la propiedad horizontal tumbada cuya finca matriz es la 5.236 y amparándose en la cláusula estatutaria inscrita que literalmente dice: «2. Modificación de las viviendas. El propietario o propietarios de las fincas podrán, sin el consentimiento de la Junta de Propietarios, realizar en ellas operaciones de segregación, división, agrega-

ción o agrupación (incluso con pisos o locales de otros edificios) dividiendo o agrupando, en su caso, entre los resultantes, las cuotas de los de procedencia, así como las obras y construcciones que tengan por conveniente, cumpliendo las normas urbanísticas y sin alteración de las cuotas de participación», la casa de 196,65 m² junto con 537,50 m² destinado a patio y zonas ajardinadas pasando a denominarse finca UNO-A quedando como finca UNO-B la instalación deportiva cubierta y el resto de patio y jardín, distribuyéndose la cuota inicial del 55% entre los dos elementos correspondiendo al elemento UNO-A 17,52% y al UNO-B 37,48%. En el presente supuesto si bien se trata de una segregación de un elemento independiente de la propiedad horizontal en el fondo se lleva a cabo una segregación del terreno en la medida en que se crea un nuevo elemento susceptible de tráfico jurídico autónomo e independiente. El artículo 78 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, dispone «los registradores de la propiedad exigirán para inscribir la división o segregación de terrenos, que se acredite el otorgamiento de la licencia que estuviese prevista por la legislación urbanística aplicable, o la declaración municipal de su innecesidad que deberá testimoniarse literalmente en el documento». De conformidad con reiteradísima doctrina de la DGRN asentada entre otras en resoluciones de 15-10-2002, 16-10-2002 y 22-04-2005, tras la STC 61/1997, de 20 de marzo, corresponde a las CCAA determinar que clase de actos de naturaleza urbanística están sometidas al requisito de la obtención de licencia previa, disponiendo el artículo 166.1.a) del Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de las leyes de ordenación del territorio de Canarias y de espacios naturales de Canarias que están sujetos a previa licencia urbanística «las parcelaciones, segregaciones, modificaciones o cualquier otros actos de división de fincas o predios en

cualquier clase de suelo, no incluidas en proyectos de compensación o reparcelación». De acuerdo con la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 26-02-2007, publicada en el «BOE» con fecha 8 de marzo de 2008, cabe entender que al hablar de parcelaciones, segregaciones, modificaciones o cualquiera otros actos de división de fincas o predios, está incluyendo cualquier fraccionamiento jurídico del terreno, y en nuestro supuesto desde el momento en que se crea una nueva entidad independiente dentro de la propiedad horizontal con su propia cuota de partición en los beneficios y gastos se está produciendo una división del terreno. Por lo tanto, desde el punto de vista civil o sustantivo es válida la segregación efectuada en base a la cláusula estatutaria que figura inscrita en el Registro, pero desde el punto de vista urbanística existen multitud de licencias administrativas que son exigibles, y en el presente caso se entiende necesaria la licencia exigida por el citado artículo 166.1.a) del Decreto 1/2000, de 8 de mayo, o bien la declaración municipal de su innecesariedad. II.–Que es necesario licencia para el caso planteado se advierte también atendiendo al artículo 166.1.e) del citado Decreto que exige licencia para «las obras que modifiquen la disposición interior de las edificaciones, cualquiera que sea su uso. Asimismo, la modificación del número de sus unidades funcionales susceptibles de uso independiente». En el presente supuesto resulta evidente que se modifica el número de entidades susceptibles de uso independiente, en la medida que en el Registro figuran como entidades susceptibles de uso independiente la UNO (registral 23.355 que es ahora objeto de segregación), la DOS (registral 23.357) y de la TRES a la OCHO (registrales 14.244 a 14.250 y 16.012 y 16.014). Ahora de una sola entidad la UNO pasamos a tener dos entidades UNO-A (casa de patio y jardín) y UNO-B (instalación deportiva con patio y jardín), por lo tanto atendiendo a la

definición que de entidades susceptibles de uso independiente da el artículo 3.a) de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, es evidente que encaja en el supuesto del artículo 166.Le) citado por lo que al modificarse en este caso el número de entidades se cree necesaria licencia o declaración de innecesariedad, entendiéndose implícita la del artículo 166.1.e) en la del apartado 166.1.a) o viceversa. Parte dispositiva.–Vistos los artículos citados y demás disposiciones de pertinente aplicación don Jorge Alonso Zugasti, Registradora titular del Registro de la Propiedad de Santa Cruz de Tenerife Número Cuatro, Acuerda: 1.º Calificar el referido documento presentado, en los términos que resultan de los Fundamentos Jurídicos antes expresados. 2.º Suspender la inscripción del documento sobre la finca perteneciente a esta demarcación registral. 3.º Notificar esta calificación en el plazo de diez días hábiles desde su fecha al presentante del documento y al Notario autorizante, 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. Esta nota de calificación negativa, de acuerdo con lo ordenado en el artículo 323 de la Ley Hipotecaria, lleva consigo la prórroga automática del asiento de presentación expresado, por un plazo de sesenta días contados desde la fecha de la última notificación a que se refiere el párrafo precedente. Contra esta calificación negativa (...) Santa Cruz de Tenerife, a dieciocho de diciembre de dos mil ocho. El Registrador.»

III

El antedicho Notario impugnó la calificación alegando: que la tesis del Registrador es que la Ley exige licencia para la segregación de terrenos, que la creación de un elemento nuevo en una propiedad horizontal es una segregación de terrenos,

pues se crea un elemento susceptible de tráfico independiente; entiende, por el contrario, que la Dirección ha entendido de otra forma en Resoluciones como la de 10 de Diciembre de 2003; que la normativa sustantiva viene constituida por el Decreto Legislativo de Canarias 1/2000, el cual sujeta a licencia «las parcelaciones, segregaciones, modificaciones o cualquier otro acto de división de fincas o predios» salvo que proceda de una reparcelación o de una junta de compensación; que se trata de una propiedad horizontal en que uno de los elementos, además de estar destinado a vivienda, cuenta con un local para actividades deportivas; y que si algo caracteriza a la propiedad horizontal es el mantenimiento del terreno como unidad, por lo que el acto calificado está fuera de los actos regulados en el artículo 166.1.a) del Decreto Legislativo 1/2000, de Canarias.

IV

El Registrador se mantuvo en su calificación, remitiendo las actuaciones a esta Dirección general, con el correspondiente informe, con fecha 30 de enero de 2009. En dicho escrito informó que, habiéndose subsanado la falta de licencia con posterioridad, se había inscrito el documento objeto del recurso. No obstante, al no comunicarse nada por el Notario, se entendió mantenido el recurso a efectos doctrinales.

V

Este Centro Directivo, para mejor proveer, solicitó del Registrador remitiera fotocopia de los Estatutos de la Propiedad Horizontal y, en concreto, especificara si en la presente el suelo tiene el carácter de elemento común. De dicha fotocopia y de la contestación del Registrador resulta que el único elemento común es el camino de acceso a los distintos elementos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 396 del Código Civil; 5 y 24 de la Ley de Propiedad Horizontal; 17 del Real Decreto Legislativo 2/2008; Texto refundido de la Ley del Suelo; 166.1.a) del Decreto Legislativo 1/2000, de Canarias; 53 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio; la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1997, y las Resoluciones de 18 de julio de 1996, 16 de junio y 10 de noviembre de 1999 y 16 de enero de 2002.

1. En el presente supuesto, el único problema a dilucidar es el de si en una «propiedad horizontal tumbada» en la que el suelo no es elemento común y uno de los elementos privativos compuesto de una vivienda de una sola planta y una zona deportiva, puede segregarse la vivienda sin necesidad de licencia municipal, o bien es necesario obtener ésta.

2. Como ha dicho reiteradamente este Centro Directivo (vid. Resoluciones citadas en el «Vistos»), tradicionalmente el legislador, desde la Ley del Suelo de 1956, ha sujetado a licencia las parcelaciones urbanísticas, aunque dejando impreciso qué hubiera de entenderse por tal, con referencias a la posibilidad de formar un núcleo de población en la forma que reglamentariamente se estableciera, tarea que, por cierto, los reglamentos no cumplieron y remitieron, a su vez, a los instrumentos de ordenación. El artículo 259.3 del texto refundido que aprobara el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, impuso a Notarios y Registradores de la Propiedad la obligación de exigir que se les acreditase la obtención de licencia o una declaración de innecesariedad para autorizar e inscribir escrituras de división de terrenos, sin referencia a que implicase una parcelación urbanística y con independencia de cual fuera su clase. Esta norma es uno de los pocos preceptos de dicho cuerpo

normativo que quedó vigente tras la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1997, que vino a delimitar las competencias normativas en materia de urbanismo.

Por ello, cuando se aprueban por Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, las normas complementarias al Reglamento Hipotecario relativas a la inscripción de actos de naturaleza urbanística, si bien tienen el amparo legal que le daba el apartado 4.6 de la disposición adicional décima de la Ley de reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo de 25 de julio de 1990, lo cierto es que deben mantener un contenido ambiguo, haciendo continuas remisiones a la normativa urbanística que en cada caso sea aplicable, generalmente la autonómica dictada en el ejercicio de las competencias que reconocía aquella Sentencia tan próxima en el tiempo.

Si, por tanto, hemos de acudir a la normativa sustantiva que resulte aplicable habremos de estar al Texto refundido de la Ley del Suelo de Canarias, aprobado por Decreto Legislativo 1/2000, en la que se incluye un elenco de actos sujetos a licencia, que aparecen enumerados en su artículo 166.1, incluyendo «las parcelaciones, segregaciones, modificaciones o cualquier otro acto de división de fincas o predios», salvo que proceda de una reparcelación o de una junta de compensación.

3. El régimen de propiedad horizontal que se configura en el artículo 396 del Código Civil parte de la comunidad de los propietarios sobre el suelo como primero de los elementos esenciales para que el propio régimen exista, manteniendo la unidad jurídica y funcional de la finca total sobre la que se asienta. Se rige por la Ley especial que si bien su artículo 2 declara de aplicación no sólo a las comunidades formalmente constituidas conforme a su artículo 5, o a las que reúnan los requisitos del artículo 396

del Código Civil pese a la carencia de un título formal de constitución, sino también, a los complejos inmobiliarios privados en los términos establecidos en la propia Ley, no significa que tales complejos inmobiliarios sean un supuesto de propiedad horizontal.

El artículo 24, que integra el nuevo Capítulo III de la Ley especial, extiende la aplicación del régimen, que no la naturaleza, a los complejos inmobiliarios que reúnan, entre otros, el requisito de estar integrados por dos o más edificaciones o parcelas independientes entre sí y cuyo destino principal sea vivienda o locales. Y la única especialidad es que sus titulares participen, como derecho objetivamente vinculado a la respectiva finca independiente, en una copropiedad indivisible sobre otros elementos inmobiliarios, sean viales, instalaciones o tan solo servicios. Es decir, que lo común son esos elementos accesorios, no la finca a la que se vincula la cuota o participación en ellos que han de ser fincas independientes.

Por eso, bajo el calificativo de «tumbada» que se aplica a la propiedad horizontal suelen cobijarse situaciones que responden a ambos tipos, el de complejo inmobiliario con parcelas o edificaciones jurídica y físicamente independientes pero que participan en otros elementos en comunidad, o bien auténticas propiedades horizontales en que el suelo es elemento común y a las que se atribuye dicho adjetivo tan sólo en razón de la distribución de los elementos que la integran que no se superponen en planos horizontales sino que se sitúan en el mismo plano horizontal. La formación de las fincas que pasan a ser elementos privativos en un complejo inmobiliario en cuanto crean nuevos espacios del suelo objeto de propiedad totalmente separada a las que se vincula en comunidad obrem otros elementos, que pueden ser también porciones de suelo cómo otras parcelas o viales, evidentemente ha de

equipararse a una parcelación a los efectos de exigir para su inscripción la correspondiente licencia si la normativa sustantiva aplicable exige tal requisito (cfr. art. 17.3.º del texto refundido de la Ley del Suelo).

Por el contrario, la propiedad horizontal propiamente tal, aunque sea tum-bada, desde el momento en que mantiene la unidad jurídica de la finca –o derecho de vuelo– que le sirve de soporte no puede equipararse al supuesto anterior pues no hay división o fraccionamiento jurídico del terreno al que pueda calificarse como parcelación pues no hay alteración de forma –la que se produzca será fruto de la edificación necesariamente amparada en una licencia o con prescripción de las infracciones urbanísticas cometidas–, superficie o linderos.

4. En consecuencia, no siendo el suelo elemento común, sino privativo, la segregación que se produce requiere licencia municipal, de acuerdo con lo que establece la legislación canaria.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto.

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, 3 de diciembre de 2009.–La Directora General de los Registros y del Notariado, *M.ª Ángeles Alcalá Díaz*.

RESOLUCIÓN de 4 de diciembre de 2009, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por don José Manuel Cartagena Fernández, notario de Alicante, contra la negativa del registrador de

la propiedad nº 3 de Alicante, a la inscripción de una declaración de obra nueva. («BOE» núm. 16 de 19 de enero de 2010.)

En el recurso interpuesto por don José Manuel Cartagena Fernández, Notario de Alicante, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Alicante número 3, don Fernando Trigo Portela, a la inscripción de una declaración de obra nueva.

HECHOS

I

Se presenta en el Registro escritura por la que los cónyuges propietarios de una finca inscrita como rústica declaran que sobre la misma existe una construcción, cuya obra declaran, desde hace más de treinta años. Acompañan certificación de arquitecto, que acredita el hecho de existir una construcción en una finca cuyos linderos coinciden con los del Registro (los linderos se identifican sólo con los nombres de los titulares de los predios colindantes) y que se dice situada en el lugar denominado «Camino del Barranco, número 28, partida de Verdegas». Se protocoliza certificación catastral que dice que la finca está sita en «DSVerdegas 64» en la que no figura construcción alguna.

II

El Registrador suspende la inscripción de la obra nueva, extendiendo la siguiente nota de calificación:

«Notificación de calificación desfavorable:

Conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria (reformado por Ley 24/2001, de 27 de diciembre) y 98 y siguientes del Reglamento Hipotecario: El Registrador de la Propiedad que suscribe, previo examen y calificación del documento presentado por don/doña G. C., J, el día

23/01/2009, bajo el asiento número 869, del tomo 114 del Libro Diario y número de entrada 455, que corresponde al documento autorizado por el notario de Alicante/Alacant José Manuel Cartagena Fernández, con el número 2230/2008 de su protocolo, de fecha 28/11/2008, ha resuelto no practicar los asientos solicitados en base a los siguientes hechos y fundamentos de derecho: Hechos: El Arquitecto dice que ha efectuado una visita de inspección a la finca sita en el Camino del Barranco número 28, partida de Verdegas.–A continuación se describe la finca según el Registro.–No obstante, no hay ningún dato por el que se determine que la finca registral esté situada en Camino del Barranco número 28.–La Certificación Catastral que se protocoliza es de la finca sita en DS Verdegas 64 (c), cuyos datos tampoco constan del Registro.–La certificación del arquitecto no es documento fehaciente que acredite la situación de la finca.–Consecuentemente no se pueden tomar en consideración dichas certificaciones, toda vez que no se determina que la finca sobre la cual se declara la obra nueva sea la registral sita en la Partida de Verdegas.–No se acredita mediante documento fehaciente que la vivienda declarada, no se ha construido sobre suelo no urbanizable de especial protección.–Fundamentos de derecho: –Artículo 18 de la Ley Hipotecaria.– Artículos 45 y siguientes del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio.–Resolución de fecha 4 de marzo de 1996.–Artículos 3 y 17 de la Ley 10/2004, de 9 de diciembre, de la Generalitat, del Suelo No Urbanizable.–Además, es de destacar que la Ley 16/2005, de 30 de diciembre. Ley Urbanística Valenciana, en su artículo 224 relativo a las obras terminadas sin licencia o sin ajuste a sus determinaciones establece respecto del plazo de prescripción lo siguiente: El plazo de cuatro años establecido en el apartado primero no será de aplicación a las actuaciones que se hubiesen ejecutado sobre terrenos calificador en el planeamiento

como zonas verdes, viales espacios libres o usos dotacionales públicos, terrenos o edificios que pertenezcan al dominio público o estén incluidos en el Inventario General del Patrimonio Cultural Valenciano: o sobre suelo no urbanizable protegido, respecto a los cuales no existirá plazo de prescripción, en cuanto a la posibilidad de restauración de la legalidad y reparación al estado anterior de los bienes a que se refiere este apartado.–Y por considerarlo un defecto subsanable se procede a la suspensión de los asientos solicitados del documento mencionado.–No se toma anotación preventiva por defectos subsanables por no haberse solicitado.–Contra esta decisión (...) Alicante, veintinueve de enero del año dos mil nueve.–El Registrador de la Propiedad. Fdo.: Fernando Trigo Portela.»

III

El Notario anteriormente expresado impugna la calificación alegando: que el lugar donde dice el Arquitecto que está situada la finca no es necesario que coincida con el que se señala en el Registro, pues nada obliga a que haya que registrar cualquier cambio de denominación cada vez que se da nombre a una calle o un paraje; que igual ha de afirmarse del certificado catastral, cuya aportación, además no es necesaria; que sin embargo coinciden los linderos con los que figuran en el Registro; y, en cuanto a que no se acredita mediante documento fehaciente que la vivienda declarada no se ha construido sobre suelo no urbanizable de especial protección, no es un documento exigible.

IV

El Registrador se mantuvo en su criterio elevando las actuaciones a este Centro Directivo con el oportuno informe, con fecha 30 de marzo de 2009. En el mismo, además de ratificarse en los argumentos de la nota, resalta que el lugar donde está sita la finca

no coincide en las tres descripciones que se aportan: la catastral, la del Registro y la del Arquitecto; que no es lógico que una edificación que se dice de una antigüedad superior a treinta años no figure en el Catastro; que se imputa a la finca una referencia catastral sita en otro lugar como es el camino del Río Mundo; y que ante tal cúmulo de contradicciones, el tema se podría haber aclarado con un acta de notoriedad autorizada por el Notario.

Al informe se acompaña oficio remitido al Delegado Provincial de los Registradores en Alicante por la entonces Subdirectora General del Notariado y de los Registros de la Propiedad y Mercantiles, de fecha 21 de noviembre de 2005, para su traslado a todos los Registradores de la Provincia, en el que se pone de relieve que, según denuncias, se están inscribiendo obras nuevas sin licencia municipal, mediante certificaciones falsas de haber prescrito la acción de infracción urbanística, procediéndose después a la venta de tales edificaciones a terceros de buena fe.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 3 y 17 de la Ley Valenciana 10/2004, de 9 de diciembre, del Suelo no Urbanizable; 224 de la Ley Valenciana 16/2005, de 30 de diciembre, 45 y siguientes del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, sobre inscripción de actos urbanísticos, así como las Resoluciones de esta Dirección General de 23 de enero de 2006 y 21 de septiembre de 2007.

1. Se trata en el presente recurso de dilucidar si está identificada la finca sobre la que se dice existir una edificación antigua, siendo así que el paraje en que se dice sita no coincide en la certificación del Arquitecto, la catastral y la que resulta del Registro.

2. Con anterioridad se ha dicho por este Centro Directivo (vid. Resoluciones citadas en el «Vistos») que se exige para la constatación registral de las obras nuevas terminadas respecto de las cuales no puede acreditarse la obtención de la licencia urbanística y la certificación del técnico competente, una serie de requisitos, entre los que se encuentran que se pruebe con certificación del Catastro o del Ayuntamiento, por certificación técnica o por acta notarial, la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título, lo cual tiene su fundamento en asegurar que no exista duda acerca de que la edificación que se describe en el título es la misma que aquella respecto de la que se acredita su terminación en fecha determinada, de manera que demuestra haber transcurrido el plazo de prescripción de la acción urbanística. Por otro lado, nada obsta a que la descripción de la edificación coincidente con el título y la antigüedad de la misma, se prueben por el mismo medio probatorio, o por medios probatorios distintos, la antigüedad por la certificación municipal y la descripción coincidente con el título por Certificación Catastral, siempre que no exista duda fundada de que uno y otro medio se refieren a la misma edificación.

3. Pero, en el presente supuesto, la certificación del Arquitecto no identifica suficientemente la finca, pues se identifica sólo por los nombres de quienes se dice titulares colindantes, circunstancia ésta sobre la que el Arquitecto no tiene ni un conocimiento ni una competencia especial, divergiendo, por el contrario, en la descripción, sobre el nombre del pago o paraje en el que se sitúa la finca, circunstancia que sí puede ser conocida por dicho profesional.

4. A tales circunstancias hay que añadir las divergencias que aprecia el Registrador en el cotejo que hace entre el paraje descrito y los mapas catastrales correspondientes, a todo lo cual se

agregan las denuncias efectuadas por autoridades de la zona, que exigen extremar el celo en estos casos de registración de obras por prescripción de la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto.

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 diciembre de 2009.–La Directora General de los Registros y del Notariado, *M.ª Ángeles Alcalá Díaz*.

RESOLUCIÓN de 5 de diciembre de 2009, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Almuñécar, a hacer constar el carácter privativo de una finca. («BOE» núm. 16 de 19 de enero de 2010.)

En el recurso interpuesto por don J. M. P. R., contra la negativa de la Registradora de la Propiedad de Almuñécar, doña María Cristina Palma López, a hacer constar el carácter privativo de una finca.

HECHOS

I

El día 7 de abril de 2009 se presenta en el Registro de la Propiedad de Almuñécar tercera copia autorizada de la escritura de compraventa otorgada ante el Notario que fue de dicha población, don Javier Misas Barba, el día 9 de octubre de

1985. En la citada escritura comparecieron, además de la vendedora, don J. M. P. R. y su esposa, haciéndose constar en el otorgamiento de la misma que don J. M. P. R. «compra» –sin referencia al carácter de su adquisición–. No obstante, al final del texto de la escritura, se lee «Adición: “don J. M. P. R. manifiesta que el dinero con que realiza la compra es de su exclusiva pertenencia, lo que asevera su esposa por ser cierto, y solicita su inscripción como privativo”. Vale.–Están las firmas de los comparecientes. Signado: Javier Misas. Rubricado y Sellado».

La finca en cuestión consta inscrita en el Registro a favor de don J. M. P. R con carácter presuntivamente ganancial.

II

Con fecha 22 de abril de 2009, la Registradora emite la siguiente nota de calificación:

«Registro de la Propiedad de Almuñécar.

Hechos: I. Se presenta una tercera copia de una escritura otorgada ante el Notario de Almuñécar don Javier Misas Barba n.º 1166/1985. II. El citado documento ya originó la correspondiente inscripción 1a de la finca 23894 de Almuñécar. III. El objeto de la presentación es hacer constar el contenido de una Adición que figura al pie de la copia presentada y que supone variar el carácter de la adquisición; está inscrita con carácter presuntivamente ganancial y pasaría a inscribirse con carácter privativo por confesión, nunca con carácter privativo como se solicita en la referida adición. IV. El carácter privativo del precio o contraprestación no se ha justificado mediante una prueba documental pública, dadas las dificultades de la esencial fungibilidad del dinero; las resoluciones entre otras de 21-05-1998 y 18 de octubre de 1999 insisten en la misma doctrina, pues la manifestación sólo prueba, en su caso, que existió en su día un dinero privativo, pero

no que se empleó en la nueva adquisición, dado que es exigible prueba documental pública y no puede destruirse de ese modo la presunción de ganancia- lidad, lo que no constituye obstáculo para que se declare enjuicio ordinario el carácter privativo del bien, pues en el juicio existe el principio de contradicción y audiencia, a diferencia de los medios calificadores del Registrador, por lo que no puede inscribirse el bien con carácter privativo. V. No haberse hecho constar en el Registro el carácter de la adquisición como «privativo por confesión» (reitero, nunca «privativo») supone una cuestión conceptual, por entrar claramente en la delimitación a que se refiere el artículo 216 LH y a sensu contrario en el artículo 212 LH al haberse alterado en las inscripciones realizadas el contenido del título, o bien –dadas las circunstancias de la rectificación del título y la libertad de que goza el Registrador al ejercer su función calificadora– en la posible solicitud o petición hecha en su día por los interesados de que se practicara la inscripción discutida. VI. Considerando que tanto si se trata de un tema conceptual (217 y 218 LH y 329 del RH) o de la segunda causa señalada en el apartado anterior, los respectivos párrafos C) y D) del artículo 40 de la Ley Hipotecaria exigen en uno u otro caso que para que pueda procederse a la rectificación se precise el consentimiento unánime de sus titulares e incluso en el primer supuesto, en el Registrador –art. 217-1.º– o en su defecto la Resolución judicial correspondiente, y con ello estos preceptos confirman la norma general -fiel reflejo del principio de legitimación- de estar los asientos practicados bajo la salvaguardia de los Tribunales y producir todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos que establece la Ley. VII. No pudiendo precederse al asiento solicitado, por los motivos más arriba expuestos, ni tampoco al que prevé el artículo 95.4 RH, al no constar el consentimiento de todos los interesados en la inscripción (en con-

creto, el de la esposa del presentante del documento, doña M. C. B. H.), sin perjuicio de proceder, una vez acreditado el perjuicio de que habla el artículo 326 RH, para que el Registrador, a iniciar el procedimiento a que se refiere el citado artículo. Fundamentos de derecho.–Los expresados en la exposición de los hechos. Acuerdo.–La suspensión de la inscripción del documento presentado en virtud de los fundamentos de derecho antes expresados.–La notificación de esta calificación al presentante y al Notario o autoridad que expide el documento en el plazo de 10 días hábiles de conformidad con el artículo 58.2 y 48 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, y la prórroga del asiento de presentación de conformidad con el artículo 323 de la LH. Contra la precedente (...). No se ha tomado anotación de suspensión por no haberse solicitado. Almuñécar, veintidós de abril del año dos mil nueve. La Registradora.»

III

El recurrente anteriormente expresado impugna la calificación alegando que su esposa ya aseveró el carácter de privativo del dinero invertido.

IV

La Registradora se mantuvo en su calificación remitiendo las actuaciones a este Centro Directivo el día 11 de mayo de 2009.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 1.324 del Código Civil; 18, 40, 212 y siguientes de la Ley Hipotecaria, y 95 del Reglamento Hipotecario, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de junio de 2003, 23 de marzo de 2004 y 12 de mayo de 2007.

1. Se pretende la constancia registral sobrevenida del carácter privativo de una

finca inscrita como presuntivamente ganancial, con la especialidad de que se practicaría con base en la confesión contenida en la propia escritura de adquisición, mediante una adición que, o bien no constaba en la copia autorizada que en su momento fue objeto de inscripción, o bien no fue tomada en cuenta a la hora de despacharla.

2. En primer lugar ha de afirmarse que a falta de una prueba documental pública y directa sobre el carácter privativo de la contraprestación, no podrá procederse a inscribir la finca como privativa al amparo del apartado 2.º del artículo 95 del Reglamento Hipotecario, sino como privativa por confesión, conforme al apartado 4.º del mismo artículo.

Sin embargo, cuando pide el consentimiento de todos los interesados, concretamente de la esposa del recurrente, parece desconocer que dicho consentimiento ya fue prestado en la propia escritura de compraventa. En efecto, de la tercera copia presentada resulta que dicha esposa compareció al otorgamiento, y confesó la privatividad de la adquisición por su cónyuge, según resulta de la adición a la escritura, cuya adecuación a las formalidades extrín-

secas del documento no se ponen en duda en ningún momento. La falta de constancia registral de dicha confesión en su momento, por las razones que sean, y el tiempo transcurrido no afectan per se a su eficacia, de manera que la nueva presentación de una copia de la escritura es suficiente para que pueda procederse a hacer constar el carácter privativo por confesión al amparo del artículo 95, apartado 4.º, del Reglamento Hipotecario, mediante la práctica de la nota marginal a que se refiere el apartado 6.º del mismo precepto.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto.

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, 5 de diciembre de 2009.–La Directora General de los Registros y del Notariado, M.ª *Ángeles Alcalá Díaz*.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

SECCIÓN TERCERA

Sentencia 216/2009, de 14 de diciembre de 2009

Recurso de amparo 8328-2006. Promovido por doña F.S.C. frente a la Sentencia y Auto de nulidad de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional que desestimó su demanda contra la Dirección General de Costes y Pensiones Públicas sobre cálculo de pensión. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (intangibilidad): recurso de amparo mixto; pensión de jubilación de maestra que no fue calculada conforme a los haberes reguladores del grupo A, pese a una sentencia que había reconocido el derecho a ser integrada en ese grupo. («BOE» núm. 15 de 18 de enero de 2010)

La Sección Tercera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Guillermo Jiménez Sánchez, Presidente, don Eugeni Gay Montalvo y don Pascual Sala Sánchez, Magistrados, Ha Pronunciado En Nombre Del REY la siguiente Sentencia

En el recurso de amparo núm. 8328-2006, promovido por doña F.S.C., representada por el Procurador de los Tribunales don J.D.G. y asistida por el Abogado don

J.R.S., contra la Sentencia de 12 de junio de 2006 de la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional por la que se desestima el recurso contencioso-administrativo núm. 435-2004, interpuesto frente a la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 24 de junio de 2004, que a su vez desestima el recurso contra las resoluciones de la Dirección General de Costes y Pensiones Públicas; así como contra el posterior Auto del mismo órgano judicial, de 12 de julio de 2006, que inadmite a trámite el incidente de nulidad de actuaciones planteado. Han comparecido y formulado alegaciones el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal. Ha actuado como Ponente el Magistrado don Eugeni Gay Montalvo, quien expresa el parecer de la Sección.

I. ANTECEDENTES

1. Por escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 6 de septiembre de 2006 don J.D.G., Procu-

rador de los Tribunales, y en nombre y representación de doña F.S.C., interpuso recurso de amparo contra las resoluciones judiciales y administrativas mencionadas en el encabezamiento de esta Sentencia.

2. De la demanda de amparo y de las actuaciones seguidas resultan los antecedentes de hecho que se resumen seguidamente:

a) En fecha de 8 de febrero de 1991 la demandante de amparo, perteneciente al cuerpo de maestros, presentó solicitud de reconocimiento de su derecho a pertenecer al grupo A de los previstos en el artículo 25 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública; grupo más acorde con el puesto de trabajo al que accedió en virtud de concurso en los Servicios de Orientación Escolar y Vocacional (SOEV). En el indicado procedimiento (autos 836-1993) recayó Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 3 de octubre de 1995, que reconoció el derecho de la Sra. S. (entre otros recurrentes) «a ser integrados en el Grupo A de los previstos en el artículo 25 de la Ley 30/84 desde las fechas de sus nombramientos definitivos para servir puestos en los Servicios de Orientación Escolar y Vocacional, con todos los efectos derivados de tal asignación; incluido el complemento de destino». La determinación del alcance y el contenido del fallo de esta Sentencia suscitó diversos incidentes de ejecución, destacándose en la demanda de amparo el resuelto por el Auto de 11 de diciembre de 2002, en el que se subraya, de un lado, que «la sentencia ha de ser ejecutada en sus propios términos, sin que puedan oponerse resoluciones posteriores como la Sentencia del Tribunal Supremo que se menciona, puesto que dicha sentencia no puede sustituir la anterior dictada por esta Sala, cuyos términos son claros y terminantes en el sentido de acordar la integración de los funcionarios en el Grupo A desde que fueron nombrados para servir puestos en el

SOEV, con todos los efectos económicos inherentes»; y, de otro lado (respecto de otra de las recurrentes), que los efectos económicos inherentes «obviamente incluyen los correspondientes para su jubilación y para el cálculo de su pensión deberá tenerse en cuenta la modificación correspondiente y los derechos económicos derivados de aquella situación».

b) En fecha de 31 de agosto de 2003 la Sra. S. cesó en el servicio activo como maestra por jubilación forzosa, certificándose más de 36 años de servicios efectivos al Estado como maestra del grupo B. Mediante Acuerdo de la Dirección General de Costes Personal y Pensiones Públicas, de 16 de septiembre de 2003, se reconoció a la recurrente una pensión de jubilación calculada conforme a los haberes reguladores del grupo B. Contra dicha resolución la recurrente interpuso recurso de reposición en el que, invocando la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 3 de octubre de 1995 y los Autos dictados en ejecución de aquélla, solicitaba la revisión del cómputo con base a su integración en el grupo A. Alegaba, además, que desde el mes de septiembre de 1988 se le habían deducido de su nómina las cotizaciones correspondientes al grupo A de la función pública, muy superiores a las correspondientes al grupo B; extremo cuya certificación administrativa constaba en el expediente de jubilación. El recurso de reposición fue desestimado por resolución de 4 de noviembre de 2003 contra la que se formuló reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Económico-Administrativo Central que, en fecha de 24 de junio de 2004, también la desestimó.

c) Contra la anterior resolución interpuso recurso contencioso-administrativo que recayó en la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. A las alegaciones ya formuladas en la vía administrativa la demandante añade que la misma Sala y Sección de la Audiencia Nacional había

resuelto un caso anterior, en el que estimó la pretensión del actor idéntica a la deducida por la hoy recurrente en amparo. Mediante Sentencia de 12 de junio de 2006 la Audiencia Nacional desestima el recurso al considerar que, si bien es cierto que la recurrente ocupó un puesto en el SOEV (que exigía título de licenciado) y que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid le reconoció su derecho a ser integrada en el grupo A con todos los efectos derivados de tal asignación, incluido el complemento de destino, también lo es que «en materia de clases pasivas no cabe sino desestimar el presente recurso ya que la sentencia que se aporta del Tribunal Superior de Justicia de Madrid no reconoció a la parte recurrente el derecho a la integración en determinado cuerpo docente ni mucho menos en determinado cuerpo docente del mismo grupo y nivel de complemento de destino de aquél al que opta, sino que se limitó a reconocerle el derecho a ser integrado a título personal en el grupo A... puesto que su cuerpo de pertenencia y del que nunca pidió la excedencia era el de maestros».

d) Entendiendo que la mencionada Sentencia incurría en incongruencia omisiva, tanto respecto de las alegaciones que demuestran que durante años estuvo cotizando como si perteneciese al grupo A, como respecto de la existencia de un precedente en el que la misma Sección y Sala llegó a una solución diferente en un supuesto idéntico, la recurrente formuló incidente de nulidad de actuaciones, que fue inadmitido a trámite por Auto de 12 de julio de 2006. Considera la Audiencia Nacional que, siendo cierto que no se analizan una por una las alegaciones realizadas, también lo es que la incongruencia denunciada no se ha producido, pues «la conclusión desestimatoria a la que se llega viene determinada de forma ineludible por la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de fecha de 19 de abril de 1996», lo que «implica de manera forzosa el cambio de criterio mantenido con anterior-

idad en otros asuntos sobre la misma materia en los que no se tuvo en cuenta esta Sentencia del Alto Tribunal».

e) Con posterioridad a la interposición de este recurso de amparo el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, a resultas de un informe del Subsecretario del Ministerio de Educación, dictó Auto de 3 de octubre de 2006, en ejecución de la Sentencia de 3 de octubre de 1995, reconociendo como una forma adecuada para proceder a dicha ejecución la integración de los funcionarios del SOEV en el cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria.

3. Por lo que respecta a la fundamentación jurídica del recurso de amparo se invoca, frente a las citadas resoluciones, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su vertiente de derecho a la intangibilidad de sentencias. Asimismo, y con respecto de la Sentencia dictada por la Audiencia Nacional, la demandante alega la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (24.1 CE) por incurrir la Sentencia en incongruencia omisiva y la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley (art. 14 CE). Los argumentos utilizados son, en resumen, los siguientes:

a) La demandante inicia su argumentación remarcando que, a fecha de hoy, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha procedido a ordenar su efectiva incorporación al cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria con efectos desde 1988. Aunque la demandante ni cita ni aporta tal resolución, el análisis de las actuaciones ha permitido verificar que se trata del Auto de 3 de octubre de 2006 que reconoce como una forma correcta de ejecutar la Sentencia la incorporación de los funcionarios del SOEV en el cuerpo de profesores. Esta reciente resolución judicial evidencia, según la recurrente, la incompatibilidad de los pronunciamientos dictados por la Audiencia Nacional y el Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

b) Se refiere, a continuación, a la ausencia total de consideración, por parte de la Audiencia Nacional, del hecho insistentemente acreditado por la recurrente de que, en cumplimiento de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, le fueron deducidas sus cuotas al régimen de clases pasivas del Estado conforme a las correspondientes al grupo A, por lo que, o bien fue víctima de un delito de apropiación indebida, o bien debe declararse que la Administración no podía sustituir el criterio de una Sentencia firme por una Sentencia posterior del Tribunal Supremo sin incurrir en la vulneración de los principios de buena fe y confianza legítima. La ausencia de consideración sobre estos extremos determina que la Sentencia de la Audiencia Nacional incurra en incongruencia omisiva, vulnerando el derecho contemplado en el artículo 24 CE.

c) Considera también la demandante que la Sentencia recurrida no tiene en cuenta que se había obtenido una Sentencia firme que acordaba su integración en el grupo A con todos los efectos económicos, incluidos los derechos pasivos; por lo que se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva y a la seguridad jurídica al ignorarse el efecto de la cosa juzgada material derivado de resoluciones firmes del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Subraya que las resoluciones judiciales firmes, por no recurridas e inatacables no pueden ser ignoradas por otras resoluciones posteriores sin vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, citando en apoyo de su argumentación la STC 367/1993, de 13 de diciembre.

d) Concluye afirmando la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley (ex artículo 14 CE), puesto que en el presente caso la Audiencia Nacional se ha apartado sin razonamiento alguno de los criterios establecidos en la previa Sentencia de 10 de febrero de 2003, dictada por la misma Sala y Sección, que ante idéntica preten-

sión se pronunció en sentido estimatorio. Esta cuestión le lleva a formular una nueva queja de incongruencia, pues, al entender de la demandante de amparo, la Audiencia Nacional no da respuesta a la pretendida lesión del derecho a la igualdad, queja que ya formuló con ocasión de la interposición del recurso.

e) En último lugar, y por lo que respecta al incidente de nulidad de actuaciones, se limita a afirmar que el Auto por el que se resuelve dicho incidente hace referencia a un supuesto distinto, relativo a una cuestión de contratación laboral.

4. La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, por providencia de 28 de octubre de 2008, acordó admitir a trámite la demanda y, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 51 LOTC, requerir al Tribunal Económico-Administrativo Central a fin de que en el plazo de diez días remitiese certificación o fotocopia verdadera de las actuaciones correspondientes a la resolución de 24 de junio de 2004. El mismo plazo se otorgó a la Sección Séptima para que remitiese las actuaciones correspondientes al recurso contencioso-administrativo núm. 435-2004 con emplazamiento de quienes hubiesen sido parte en el procedimiento, excepto de la parte recurrente en amparo. Todo ello se condiciona a que el Procurador don J.D.G. acredite la representación que dice ostentar mediante poder notarial.

5. Mediante escrito registrado el 11 de noviembre de 2008 el Abogado del Estado, en la representación que ostenta, se personó en este proceso constitucional.

En fecha de 14 de noviembre de 2008 el procurador don J.D.G. aportó el poder notarial por el que acredita la representación de la recurrente que decía ostentar.

Por diligencia de ordenación de 23 de enero de 2009 se tuvo por personado y parte en el procedimiento al Abogado del Estado y se acordó dar vista de las actuaciones a las partes personadas y al Ministerio Fiscal para que, en el plazo común

de veinte días, formularan las alegaciones que estimasen convenientes.

6. El Abogado del Estado presentó su escrito de alegaciones en fecha de 16 de febrero de 2009, solicitando la desestimación del amparo, en resumen, por las siguientes razones:

a) Señala, en primer lugar, que la Administración no ha desconocido el efecto de la Sentencia anterior, sino que ha tenido en cuenta la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril 1996 dictada en un recurso de casación en interés de Ley, que consideró, respecto de una Sentencia similar a la que ahora invoca la demandante, que se establecía una doctrina errónea. Lo resuelto por el Tribunal Supremo debe tenerse en cuenta respetando la situación particular creada por una sentencia firme, tal como ocurre en este caso, pues, en realidad, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 3 de octubre de 1995, no afecta a los derechos pasivos de la recurrente.

b) En efecto, considera el Abogado del Estado que, tal como se sostiene en la Sentencia recurrida en amparo, el reconocimiento y la clasificación de los derechos pasivos ha de considerarse excluido del pronunciamiento de la Sentencia precedente, pues la definición de los haberes pasivos queda vinculada, entre otros extremos, a la pertenencia a un cuerpo funcional concreto. Como la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid del año 1995, no sólo no reconoció, sino que excluyó de forma expresa la integración en un cuerpo del grupo A –reconociendo sólo la integración a título personal– no procede el cálculo de los intereses conforme a dicho grupo. Manteniéndose los recurrentes en el grupo B, es éste último el que debe determinar el cálculo de los derechos pasivos. En resumen, la cuestión radica en la diferencia entre la integración a título personal en el grupo A –que es lo reconocido a la demandante– y la condición derivada del

cuerpo de pertenencia –que es la utilizada para determinar los derechos pasivos–; convirtiéndose, por tanto, en una cuestión ajena a lo declarado por la Sentencia de 1995 y relativa a la interpretación de la legalidad ordinaria que la Audiencia Nacional habría realizado de forma razonable y no arbitraria.

c) Señala, por otra parte, el Abogado del Estado que no puede censurarse la Sentencia de la Audiencia por incongruente, ni por contraria a la cosa juzgada o al principio de igualdad, pues ha desestimado implícitamente todas las consideraciones de la recurrente acerca de las deducciones de sus retribuciones conforme al grupo A; así como a la existencia de otras Sentencias anteriores favorables a pretensiones similares que, una vez sentada la nueva doctrina del Tribunal Supremo, no constituirían elementos determinantes de la decisión.

d) En definitiva, resulta incuestionable que no puede hablarse en este caso de lesión de la cosa juzgada, puesto que «la determinación de la pensión de la reclamante no estaba definida ni prejuzgada en la sentencia que reconoció su integración en el grupo ‘A’ y ello independientemente de que un auto de ejecución de aquella primera sentencia extendiera los efectos de la sentencia a la pensión de jubilación respecto de otra de las recurrentes». Es cierto, continúa, que el Tribunal Constitucional reconoce a las Sentencias firmes un cierto efecto positivo de vinculación prejudicial, pero en este caso no se aprecia la existencia del nexo causal necesario entre la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y la dictada por la Audiencia Nacional, puesto que el grupo de adscripción reconocido a título personal no es lo que la legislación de clases pasivas manda tener en cuenta para determinar la pensión de jubilación. El Abogado del Estado concluye afirmando que, en cualquier caso, la determinación del alcance de la cosa juzgada compete a los órganos judiciales

y sólo puede ser revisada por el Tribunal Constitucional si incurre en arbitrariedad, irrazonabilidad o incongruencia, lo que no ocurre en este caso.

7. El Ministerio Fiscal interesó la suspensión del trámite de alegaciones por escrito registrado el 11 de marzo de 2009, solicitando la reclamación de un testimonio único e íntegro del recurso contencioso-administrativo núm. 836-1993 de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid para su unión al presente recurso de amparo, por constituir un elemento esencial para su resolución (ya que se trata de la Sentencia que se quiere ejecutar).

8. Por diligencia de ordenación de 12 de marzo de 2009 se suspende el plazo conferido y se dirige atento oficio a la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid a fin de que remitan testimonio auténtico e íntegro del recurso contencioso-administrativo núm. 836-1993; comunicación que fue reiterada el 20 de mayo de 2009.

Por diligencia de ordenación de 25 de mayo de 2009, habiéndose recibido el testimonio solicitado, se acuerda dar vista del mismo a las partes personadas por un plazo común de veinte días, dentro de los cuales podrán presentar las alegaciones que estimen pertinentes.

9. El Abogado del Estado, en escrito presentado el 16 de junio, solicita que se tengan por reproducidas las alegaciones formuladas en el escrito de 9 de febrero de 2009.

10. El Ministerio Fiscal evacuó el trámite de alegaciones conferido mediante escrito registrado el día 9 de julio de 2009 que, en lo sustancial, a continuación se resume:

a) El Ministerio Fiscal inicia su examen por el motivo de amparo residenciado en el artículo 24.1 CE, por vulneración del

principio de intangibilidad de las resoluciones firmes, puesto que la demanda se refiere principalmente al hecho de que la Audiencia Nacional ignora el efecto de cosa juzgada de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que reconoció a la recurrente su integración en el grupo A con todos los derechos inherentes a dicha integración. Con cita de diversas Sentencias de este Tribunal (por ejemplo las SSTC 318/2006, de 15 de noviembre, FJ 2 y 15/2008, de 31 de enero, FJ 4) el Ministerio Fiscal recuerda que la protección de la integridad de las sentencias firmes se conecta con el principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 CE, existiendo una indudable conexión entre la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales y el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, que asegura, a los que son o han sido parte de un proceso, que las resoluciones judiciales no pueden ser modificadas al margen del correspondiente recurso. El derecho a la tutela judicial efectiva protege y garantiza también la eficacia de la cosa juzgada material, impidiendo que los Tribunales, en un proceso seguido entre los mismos sujetos, puedan desconocer o contradecir situaciones declaradas o reconocidas en una sentencia que haya adquirido firmeza. Sin embargo ese mismo cuerpo doctrinal atribuye la determinación del alcance que quepa atribuir a la cosa juzgada a la competencia de los órganos judiciales, cuyas decisiones en esta materia sólo serán revisables si resultan incongruentes, arbitrarias o irrazonables.

Entrando a considerar si la Sentencia impugnada en amparo desconoce las exigencias de vinculación prejudicial, el Ministerio Fiscal entiende que la demandante vio lesionado el citado derecho, puesto que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 3 de octubre de 1995 le reconoció el derecho a ser integrada en el grupo A con todos los efectos derivados de tal asignación; declaraciones que guardan con las efec-

tuadas en la Sentencia ahora recurrida una relación de estricta dependencia, que de por sí vincularía al órgano judicial en virtud de las exigencias del artículo 24.1 CE. Así las cosas, la Sala, excediéndose de su competencia para determinar el alcance que cabe atribuir a los anteriores pronunciamientos declarativos firmes, los desatendió, emitiendo un pronunciamiento en sentido frontalmente contrario, ignorando el efecto prejudicial o positivo de la cosa juzgada material de las resoluciones firmes, que ha de prevalecer incluso cuando el órgano judicial considera que la decisión anterior no se ajusta a legalidad, tal como se afirma en la STC 187/2002, de 14 de octubre, FJ 6. A ello debe añadirse que la Sentencia impugnada, no sólo ignoró lo resuelto en la Sentencia precedente, sino que también prescindió de lo resuelto por aquella misma Sala en ejecución de Sentencia, siendo tan evidente el derecho de la demandante de amparo que, finalmente, la Administración, por medio de Orden de 23 de enero de 2007, dictada en cumplimiento de aquella sentencia de 1995, procedió a integrarla en el cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria.

b) Por lo que respecta a la denunciada vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley (art. 14 CE) destaca el Fiscal que la demandante aporta como elemento de contraste la Sentencia de 10 de febrero de 2003, dictada por igual Sala y Sección en el recurso contencioso-administrativo núm. 552-2001, que en un caso sustancialmente igual al aquí planteado falló a favor del recurrente y no en contra. Aplicando la doctrina constitucional al respecto, resumida entre otras muchas en la STC 2/2007, de 15 de enero, entiende el Ministerio público que la lesión denunciada se ha producido. En efecto, se trata de dos casos idénticos, pues en el caso de la Sentencia de contraste el recurrente también impugnó su pensión por jubilación en el sentido de que le fuera apli-

cado el haber regulador correspondiente al grupo A, de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias que le reconoció el derecho a ser incluido a título personal en el grupo A con los derechos que de ello se derivase, y con inclusión del complemento de destino adecuado al nivel de trabajo por estar adscrito a los Servicios de orientación educativa y profesional. Dicha solicitud de revisión de la pensión también fue desestimada por la Administración y posteriormente por el Tribunal Económico-Administrativo Central, interponiendo posterior recurso contencioso-administrativo en el que reclamaba, como la aquí demandante, su pertenencia al grupo A de funcionarios a todos los efectos, incluyendo los referentes a clases pasivas. En este caso, aportado como contraste, la Sección Séptima de la Sala Contencioso-Administrativa declaró el derecho del actor a que se tuvieran en cuenta para el cálculo de su pensión de jubilación los haberes reguladores del grupo A. Concurren en definitiva los requisitos exigidos por el Tribunal para apreciar la infracción del artículo 14 CE: *tertium comparationis* válido, identidad del órgano judicial, alteridad de los supuestos contrastados y, finalmente, ausencia de toda motivación que justifique el cambio de criterio, puesto que la Sala se limita a aplicar la Sentencia dictada en fecha de 19 de abril de 1996 del Tribunal Supremo dictada en recurso de casación en interés de la Ley, sin argumentar por qué en esta ocasión hace aplicación de tal doctrina y no hizo lo mismo, en cambio, en la previa Sentencia dictada en el año 2001, dado que también estaba vigente la doctrina del Tribunal Supremo.

c) Finalmente, y por lo que respecta a la incongruencia omisiva denunciada por no hacer la Sentencia impugnada mención alguna a determinados extremos de la demanda contencioso-administrativa, considera el Fiscal que el motivo no puede prosperar. En efecto, la lectura de

La Sentencia permite apreciar que se ha tomado en consideración tanto la Sentencia firme dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid como el hecho de que en ejecución de sentencia se le dedujeron a la recurrente de sus nóminas las cuotas correspondientes al régimen de clases pasivas del Estado que ella pone de manifiesto. Por tanto, no es que no haya considerado dichas manifestaciones, sino que, aun así, ha entendido que en materia de clases pasivas procedía la desestimación del recurso, ya que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid aportada no reconoce a la recurrente la integración en un cuerpo docente, sino simplemente su integración en el grupo A. Lo que sucede entonces es que la Sala no ha valorado convenientemente las circunstancias concurrentes. Por lo que respecta a la falta de pronunciamiento sobre la pretendida desigualdad, lo que ocurre es que la Sala lo consideró innecesario, dado que ya existía argumentación jurídica para desestimar la pretensión; por lo que se podrá entender vulnerado el derecho a la igualdad, pero no se aprecia un defecto de incongruencia omisiva.

11. Por providencia de 28 de septiembre de 2009 la Sala acordó otorgar a las partes un plazo de diez días a fin de que aleguen lo que estimen conveniente respecto de la posible pérdida de objeto del presente recurso de amparo una vez dictada la Orden del Ministerio de Educación y Ciencia, de 23 de enero de 2007, aportada por la demandante, por la que, en ejecución de la Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 3 de octubre de 1995, se acuerda integrar a la recurrente en amparo en el cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria con efectos de 3 de diciembre de 1991.

12. El Abogado del Estado presentó su escrito de alegaciones el 7 de octubre de 2009, solicitando la declaración de pérdida de objeto del recurso. Subraya el Abogado del Estado que la pauta decisiva

rectora de los derechos pasivos, según la Audiencia Nacional, era la pertenencia a un cuerpo y no la clasificación que a título personal se hubiese asignado a la demandante por la índole del trabajo o la titulación exigible para su desempeño. Así las cosas, siendo precisamente la ausencia de dicha integración el motivo de la denegación de sus pretensiones de pago de haberes pasivos, la controversia deja de existir, como reconoce la demandante en su escrito de 26 de febrero de 2007. Concluye el Abogado del Estado señalando que la diferencia de fechas en la retroacción de efectos (la recurrente lo solicitó desde 1988 y el Ministerio se lo reconoce desde el año 1991) no es algo que competa al recurso de amparo. Al crear la Orden Ministerial una situación nueva, contra ella es contra la que la recurrente deberá dirigir sus objeciones.

13. La representación procesal de la recurrente formuló sus alegaciones en fecha de 16 de octubre de 2009, solicitando la continuación de la tramitación del recurso de amparo. Si bien es cierto, afirma, que la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas está reconociéndole los derechos pasivos solicitados, lo está haciendo desde el 3 de diciembre de 1991 y no desde el 1 de septiembre de 1988, que fue la fecha solicitada; produciéndose un trato discriminatorio respecto a casos idénticos al suyo, lo que mantiene la situación de vulneración de los derechos fundamentales invocados.

14. El 20 de octubre de 2009 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal solicitando la continuación de la tramitación del recurso de amparo. Sostiene el Ministerio público que la Orden del Ministerio de Educación por la que se dispuso la integración en el cuerpo de Profesores de Secundaria de la recurrente en amparo (entre otros) fue dictada en cumplimiento de la Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de

Madrid, poniendo fin al citado recurso contencioso-administrativo, que es diferente del que ahora es objeto del recurso de amparo. Y aunque, ciertamente, la Orden citada refuerza la pretensión de la recurrente, sin embargo no da por sí misma completa satisfacción a la pretensión deducida en su día ante la jurisdicción ordinaria, pues, ni reconoce la pensión de jubilación pretendida ni otorga a ésta las cantidades dejadas de percibir desde que comenzó el devengo de la misma.

15. Examinada la demanda, y verificándose que para su resolución resulta aplicable doctrina consolidada de este Tribunal, la Sala Segunda, mediante providencia de 10 de noviembre de 2009, acordó por unanimidad deferir la resolución del recurso a la Sección Tercera, 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.

16. Por providencia de 10 de diciembre de 2009 se señaló para deliberación y fallo de la presente Sentencia el día 14 del mismo mes y año.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. La presente demanda tiene por objeto la impugnación de las resoluciones de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas que desestimaron la solicitud de la recurrente en materia de pensión de jubilación, así como la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central y la Sentencia dictada por la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en la medida en que la confirman. Se impugna también el Auto de 12 de julio de 2006, por el que se inadmite el incidente de nulidad formulado contra la citada Sentencia.

La demandante de amparo imputa conjuntamente a las resoluciones admi-

nistrativas y a la Sentencia impugnadas la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su vertiente de intangibilidad de las sentencias firmes por falta de respeto de la cosa juzgada material, al rechazarse su pretensión de cálculo de pensión de jubilación conforme a los haberes del grupo A en franca contradicción con el contenido de la Sentencia firme del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 3 de octubre 1995. En segundo lugar considera que la Audiencia Nacional ha lesionado su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por incurrir en incongruencia omisiva al no dar respuesta a todas sus alegaciones, entre ellas la relativa a la tercera de sus quejas: la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley (art. 14 CE) en que habría incurrido la Audiencia Nacional al cambiar el criterio establecido en resoluciones anteriores sin justificación alguna. Finalmente impugna el Auto por el que se inadmite el incidente de nulidad de actuaciones poniendo de relieve que la Audiencia resuelve sobre un caso distinto al planteado.

Como se ha expuesto en los antecedentes de esta Sentencia, el Abogado del Estado interesa la denegación del recurso de amparo al considerar que no se ha producido la vulneración de la cosa juzgada material derivada de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, ni la de los otros derechos fundamentales aducidos por la demandante. Respecto de la posible pérdida de objeto, puesta de relieve por este Tribunal, alega que ésta se ha producido, ya que al haberse procedido a la integración de la demandante en el cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria, siendo la ausencia de tal integración lo que motivó la denegación de su pretensión, la controversia ha dejado de existir. En sentido contrario se pronuncia el Ministerio Fiscal, subrayando que la pretensión deducida por la recurrente en el recurso

contencioso que da origen a este recurso de amparo –consistente en la anulación de las resoluciones administrativas y judiciales citadas– no se ve satisfecha plenamente con la aprobación de la Orden Ministerial que procede a integrar a la recurrente en el cuerpo docente de profesores. El Ministerio Fiscal solicita, a su vez, el otorgamiento del amparo pues, a su juicio, no sólo se ha producido una alteración de los términos de la Sentencia firme del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sino que, además, se ha lesionado el derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la Ley al apartarse la Audiencia Nacional del criterio establecido en un caso idéntico sin motivación alguna.

2. Con carácter previo al análisis de la queja de la recurrente en amparo debemos realizar algunas precisiones. En primer lugar conviene remarcar que, si bien se solicitó de las partes en este proceso que efectuaran alegaciones sobre la posible pérdida de objeto de este recurso de amparo como consecuencia de la aprobación de la Orden del Ministerio de Educación y Ciencia que integra a la demandante en el cuerpo docente de Profesores de Enseñanza Secundaria, lo cierto es que, como pone de relieve el Ministerio Fiscal, no puede afirmarse que dicha incorporación haya satisfecho plenamente las pretensiones que la recurrente dedujo en el recurso contencioso-administrativo del que trae causa este amparo, consistente en la anulación de las resoluciones de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas, del Tribunal Económico-Administrativo Central y de la Audiencia Nacional. Por tanto no puede sostenerse la pérdida de objeto de este recurso de amparo, debiéndose analizar las quejas deducidas por la demandante en este proceso constitucional.

En segundo lugar, no puede obviarse que, si bien el recurso de amparo y las alegaciones de las partes se dirigen principalmente contra la Sentencia de la Audiencia Nacional, la lesión del derecho a

la intangibilidad de sentencias firmes denunciada se produjo, en su caso, en la vía administrativa. Junto a esta primera queja, la demandante imputa a la Sentencia de la Audiencia Nacional la infracción del derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley (art. 14 CE), así como la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1CE) por incurrir en incongruencia omisiva. Nos hallamos, pues, ante un recurso de amparo mixto, en el que concurren dos tipos de quejas: aquélla cuyo origen se encuentra inicialmente en la Administración, regulada en cuanto a su acceso al amparo constitucional en el artículo 43 LOTC; y las que imputa a la actividad judicial posterior promovida contra la resolución administrativa (art. 44 LOTC). En estos casos, tal como hemos recordado en la reciente STC 113/2008, de 29 de septiembre de 2008, «el carácter prioritario de la impugnación del acto administrativo, origen y fin del proceso judicial posterior, y la facilitación de una solución más temprana al amparo impetrado, aconsejan que examinemos primero las quejas referidas a aquel acto». En efecto, esta preeminencia «tiene su fundamento en que la comisión de una lesión constitucional en el transcurso del proceso judicial no impide que el acto administrativo siga siendo el verdadero objeto del proceso de amparo que finalmente deviene en mixto», sin que exista «razón para demorar [un] enjuiciamiento de un acto administrativo ya recurrido en amparo» que puede además comportar que sea «innecesario» el examen «de la queja encauzada por la vía del artículo 44 LOTC... o de dotar de efectos meramente declarativos al otorgamiento del amparo» (STC 5/2008, de 21 de enero, FJ 3). Conviene, pues, iniciar nuestro análisis por la queja administrativa; es decir, la supuesta vulneración del derecho a la intangibilidad de las resoluciones firmes por haberse menospreciado la cosa juzgada material derivada de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 3 de octubre de 1995.

Ya con esta perspectiva queda por realizar una última precisión, relativa a una adecuada delimitación del contenido de la demanda. Así, por lo que respecta a la pretendida lesión del derecho fundamental a la intangibilidad de las sentencias, las circunstancias concurrentes en este caso aconsejan que sean objeto de consideración conjunta las resoluciones administrativas que denegaron la pensión correspondiente al grupo A solicitada por la recurrente y la Sentencia de la Audiencia Nacional recaída acerca de dicha cuestión. Y ello es así porque de esta forma conjunta (y a veces difícilmente separable) se plantea en la demanda de amparo, como consecuencia lógica del tipo de pretensión deducida que podría haberse resuelto en un incidente de ejecución de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid cuya aplicación se discute, pero que como resultado de las indicaciones de la propia Administración (que considera los actos de jubilación como actos distintos) se planteó como un nuevo procedimiento o proceso ante la Audiencia Nacional. En definitiva, como dijimos en la STC 92/2009, de 20 de abril, FJ 2 a), «en la estrecha e inmediata conexión y vinculación que presentaban ambas resoluciones, la administrativa y la jurisdiccional, se asienta la vulneración denunciada», lo que determina esta valoración conjunta.

3. Efectuadas las anteriores precisiones hemos de enjuiciar, pues, la primera y principal de las quejas deducidas por la recurrente en amparo; esto es, si las resoluciones administrativas y judiciales impugnadas han vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente del derecho a la inmodificabilidad o intangibilidad de las resoluciones firmes (art. 24.1 CE) por alteración de la cosa juzgada material que deriva de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 3 de octubre de 1995 que reconoció a la recurrente su derecho a ser

integrada en el grupo A con todos los efectos económicos inherentes.

Como hemos reiterado en numerosas ocasiones, «una de las perspectivas del derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 24.1 CE es la que se manifiesta en el derecho a que las resoluciones judiciales alcancen la eficacia perseguida por el Ordenamiento, lo que supone tanto que aquéllas se ejecuten en sus propios términos como el respeto a las situaciones jurídicas declaradas, sin perjuicio de que se haya establecido legalmente su eventual modificación o revisión por medio de ciertos cauces extraordinarios» (por todas, STC 193/2009, de 28 de septiembre, FJ 2). Existe, en efecto, «una innegable conexión entre la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, pues si éste comprende la ejecución de los fallos judiciales, su presupuesto lógico ha de ser el principio de la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes, que así entra a formar parte de las garantías que el artículo 24.1 CE consagra... De esta manera el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 CE actúa como límite que impide a los Jueces y Tribunales variar o revisar las resoluciones judiciales definitivas y firmes al margen de los supuestos y casos taxativamente previstos por la Ley, incluso en la hipótesis de que con posterioridad entendiesen que la decisión judicial no se ajusta a la legalidad» (entre otras, SSTC 285/2006, de 9 de octubre, FJ 2.a; 234/2007, de 5 de noviembre; 67/2008, de 23 de junio, FJ 2; 185/2008, de 22 de diciembre, FJ 2; y 22/2009, de 26 de enero, FJ 2).

En definitiva, si el órgano judicial modificase una resolución judicial anterior al margen del correspondiente recurso establecido al efecto por el legislador, «quedaría vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, puesto que la protección judicial carecería de eficacia si se

permitiese reabrir un proceso ya resuelto por Sentencia firme». Queda de esta forma protegida y garantizada por el artículo 24.1 CE «la eficacia de la cosa juzgada material, en su aspecto positivo o prejudicial, impidiendo que los Tribunales, en un proceso seguido entre los mismos sujetos, puedan desconocer o contradecir las situaciones jurídicas declaradas o reconocidas en una Sentencia que haya adquirido firmeza, efecto que se produce cuando se desconoce lo resuelto en Sentencia firme, en el marco de procesos que examinan cuestiones que guardan con aquéllas un relación de estricta dependencia. No se trata sólo de una cuestión que afecte a la libertad interpretativa de los órganos jurisdiccionales, sino de salvaguardar la eficacia de una resolución judicial firme (STC 163/2003, de 29 de septiembre, FJ 4), debiendo tenerse muy presente, por lo demás, que la determinación del alcance que quepa atribuir a la cosa juzgada constituye una cuestión que corresponde a la estricta competencia de los órganos judiciales, por lo que sus decisiones en esta materia sólo son revisables en sede constitucional si resultan incongruentes, arbitrarias o irrazonables» (STC 204/2003, de 1 de diciembre, FJ 3). No obstante, el derecho a la intangibilidad de sentencias firmes no resulta automáticamente lesionado por la mera alteración o modificación de una decisión anterior, sino que debe valorarse su relevancia constitucional real con la perspectiva del artículo 24.1 CE; es decir, si se ha realizado a través de un cauce procesal adecuado y con base en unas razones jurídicas suficientemente justificadas.

4. La aplicación de la doctrina que brevemente se acaba de exponer a este caso ha de conducir necesariamente al otorgamiento del amparo, pues la recurrente ha visto lesionado su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho a la inmodificabilidad y la intangibilidad de las situa-

ciones jurídicas declaradas en resoluciones judiciales firmes.

En efecto, la cuestión que aquí se suscita es si la Administración, primero, y la Audiencia Nacional, después, han desconocido el efecto prejudicial o positivo de la cosa juzgada material derivada de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 3 de octubre de 1995 que reconoció a la recurrente (entre otros) el derecho a ser integrada a título personal en el grupo A. La determinación de qué haberes reguladores (grupo A o grupo B) deben tenerse en cuenta para calcular la pensión de jubilación de la demandante de amparo –cuestión que resuelven las resoluciones aquí impugnadas– es un asunto que guarda una relación de estricta dependencia con el derecho reconocido en aquella primera Sentencia; es decir, con lo que deba entenderse incluido en «la integración en el grupo A con todos sus efectos económicos y administrativos», por lo que tanto la Administración como la Audiencia Nacional se encontraban vinculadas por lo decidido en aquel momento.

Pues bien, de la lectura de la fundamentación jurídica y del fallo de aquella primera Sentencia, así como del contexto del proceso y de los posteriores (y numerosos) incidentes de ejecución que se suscitaron en los autos 836-1993 se deduce, sin ningún tipo de duda, que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid entendió que la integración a título personal en el grupo A incluía los llamados derechos pasivos. Así lo dijo de forma explícita en el Auto de 11 de diciembre de 2002, si bien a petición de otra de las favorecidas por la Sentencia de 3 de octubre, subrayando que los efectos inherentes a tal integración «obviamente incluyen los correspondientes para su jubilación, y para el cálculo de su pensión deberá tener en cuenta la modificación correspondiente y los derechos económicos derivados de aquella situación». Y, nuevamente, en el Auto de 7 junio de

2005 en el que disponía que «el alcance de la ejecución debe ser estrictamente el que se ha realizado, es decir, el efectivo reconocimiento de su pertenencia al grupo A, a efectos administrativos, económicos y derechos pasivos a excepción de la pertenencia a un cuerpo o escala distinto del de su procedencia, entre ellos la asignación de número de registro».

En definitiva, lo que se reconoció en la Sentencia de 3 de octubre de 1995, tal como se recuerda en el Auto de 7 de junio ya mencionado, fue la integración de la recurrente (entre otros) en el grupo A de los previstos en el artículo 25 de la Ley 30/1984 pero no la pertenencia a un cuerpo o escala que no fuera el de maestros, circunstancia ésta que ni siquiera fue controvertida en aquel proceso.

Así las cosas, la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas que en cumplimiento de aquella Sentencia había detraído a la recurrente, desde el 1 de septiembre de 1989 hasta la fecha de jubilación, las cuotas correspondientes a las clases pasivas y Muface en las cantidades establecidas legalmente para los funcionarios del grupo A (tal como se hace constar en documento del Jefe de Negociado de Nóminas y Seguridad Social de Madrid que la recurrente aportó como prueba en el proceso contencioso), considera, en el momento de calcular la pensión de jubilación de la demandante, que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid le había reconocido unos derechos económicos que le afectaban mientras la recurrente se encontraba en servicio activo, «pero que no pueden trasladarse directamente a su situación como jubilada ya que el importe de la pensión debe calcularse no en función de las retribuciones percibidas sino de acuerdo al haber regulador asignado al Cuerpo de pertenencia». La negación del cálculo de la pensión se fundamenta, entonces, en su falta de pertenencia al cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria; criterio éste que con-

firmó en primer lugar el Tribunal Económico-Administrativo Central y luego la Audiencia Nacional.

Al obrar así las resoluciones impugnadas no tienen en cuenta que el alcance del fallo de aquella Sentencia incluía los derechos pasivos, con independencia de que los entonces recurrentes siguiesen formando parte del cuerpo de Maestros, pues lo que se les había reconocido era la integración en el grupo A a título personal. Y, al desestimar la pretensión de la recurrente por considerar que sólo correspondería si perteneciese al cuerpo de Profesores de Secundaria, las resoluciones impugnadas modificaron la situación jurídica creada por una sentencia firme al margen de los procedimientos legalmente establecidos a tal efecto y sin ninguna razón que justifique dicha alteración, vulnerando el derecho a la tutela judicial de la recurrente.

Esta cuestión requiere de unas últimas precisiones. El Ministerio de Educación, reconociendo las dificultades técnicas para ejecutar la «integración personal en el grupo A», incluidos los derechos pasivos, de los antiguos funcionarios integrados en el Servicio de Orientación Escolar y Vocacional –tal como se había reconocido, no sólo en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 3 de octubre de 1995, sino también en otras Sentencias similares dictadas por otros Tribunales Superiores de Justicia– optó por la incorporación o integración de dichos funcionarios en el cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria, finalizando así con esa distinción algo artificial entre «integrados a título personal en el grupo A» e «integrados en el cuerpo de Profesores». Por lo que respecta a la hoy recurrente en amparo, dicha incorporación al cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria fue acordada por Orden ECI/176/2007, de 23 de enero de 2007, del Ministerio de Educación y Ciencia, por la que se nombran funcionarios de

carrera del cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria a los recurrentes en el proceso 836-1993. Esta incorporación al cuerpo de Profesores, que ciertamente refuerza la pretensión de la recurrente, no significa, como ya se ha señalado, que el recurso de amparo haya perdido su objeto y su finalidad, puesto que las resoluciones impugnadas no han sido anuladas.

La imposibilidad de entender que los derechos pasivos se incluían en aquella «integración a título personal en el grupo A» conducía a las resoluciones impugnadas a afirmar que resultaba de aplicación lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1996 que, estimando el recurso de casación en interés de ley promovido por el Abogado del Estado, consideró errónea una Sentencia idéntica a la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 3 de octubre de 1996. En efecto, si la cuestión relativa a los derechos pasivos no estaba incluida en el fallo de aquella Sentencia, resultaba que la Sentencia del Tribunal Supremo había respetado la situación particular de la recurrente. No obstante, descartada esta premisa, debemos recordar que, como mantuvimos en un asunto similar –relativo a las retribuciones debidas al personal del Servicio de Orientación Escolar y Vocacional integrado en el grupo A pero perteneciente al cuerpo de maestros (grupo B)– «no puede tenerse como uno de aquéllos [procedimientos extraordinarios de modificación de sentencias firmes previstos por el legislador] un pretendido efecto retroactivo de la doctrina pronunciada en interés de Ley que desconozca la fuerza de la cosa juzgada» (STC 204/2003, de 1 de diciembre, FJ 5).

5. En suma, procede acordar el otorgamiento del amparo con la pertinente retroacción, al estimar que, tanto la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas, como el Tribunal Económico-Administrativo Central y la Audiencia Nacional, han con-

culcado el derecho de la recurrente a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su vertiente de derecho a la intangibilidad de las sentencias firmes. El reconocimiento de la vulneración del artículo 24.1 CE nos exige de considerar el resto de alegaciones, relativas al derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la Ley (art. 14 CE) y a la incongruencia omisiva.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por doña F.S.C. y, en consecuencia:

1.º Declarar vulnerado el derecho de la recurrente en amparo a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes (art. 24.1 CE).

2.º Restablecerla en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de las resoluciones de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas, de 16 de septiembre y de 4 de noviembre de 2003, que denegaron el cálculo de su pensión conforme a los haberes reguladores del grupo A, así como la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 24 de junio de 2004 y la Sentencia de la Audiencia Nacional dictada en los autos del recurso 435-2004, en la medida en que confirman aquéllas.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a catorce de diciembre de dos mil nueve.–Guillermo Jiménez Sánchez.–Eugení Gay Montalvo.–Pascual Sala Sánchez.–Firmado y rubricado.

Sentencia 217/2009, de 14 de diciembre de 2009

Recurso de amparo 10656-2006. Promovido por doña M.P.V.J. respecto a la providencia de un Juzgado de Primera Instancia de Madrid que inadmitió su recurso de reposición en incidente sobre régimen de visitas de un menor con su padre. Vulneración del derecho a la tutela judicial (acceso al recurso legal): inadmisión de recurso de reposición, por no citar el precepto procesal infringido, que es irrazonable y no tiene en cuenta el interés superior del menor. («BOE» núm. 15 de 18 de enero de 2010)

La Sección Tercera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Guillermo Jiménez Sánchez, Presidente, don Eugeni Gay Montalvo y don Pascual Sala Sánchez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 10656-2006, promovido por doña M.P.V.J., representada por la Procuradora de los Tribunales doña C.G.G. y asistida por la Letrada doña M.L.A., contra providencia de 23 de octubre de 2006 del Juzgado de Primera Instancia núm. 27 de Madrid, dictada en pieza de incidentes 1350-2002, que inadmite recurso de reposición con el argumento de no expresar la infracción en que incurría la resolución judicial impugnada. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Eugeni Gay Montalvo, quien expresa el parecer de la Sección.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito presentado en este Tribunal el 27 de noviembre de 2006, la Procuradora de los Tribunales doña C.G.G., en nombre y representación de doña M.P.V.J., y asistida por la Letrada

doña M.L.A., interpuso recurso de amparo contra la resolución judicial que se cita en el encabezamiento.

2. Los hechos de los que trae causa la demanda de amparo son, en síntesis, los siguientes:

a) Mediante providencia de 19 de julio de 2006 el Juzgado de Primera Instancia de Madrid núm. 27 procedió, de acuerdo con el informe emitido por el Ministerio público el 12 de enero de 2006, a modificar el régimen de visitas de un menor de 11 años con su padre, siendo el régimen resultante el siguiente: i) las visitas se realizarían fuera de la sede del punto de encuentro familiar, por la disfuncionalidad que dicho lugar produce en el menor; ii) el horario de las visitas se ampliaba a todos los sábados de cada semana de 11:00 a 20:00 h; iii) las entregas y recogidas del niño se realizarían en el punto de encuentro familiar; iv) a fin de evitar las influencias maternas en el desarrollo de las relaciones entre padre e hijo se requiere a la madre para que se abstenga de entregar al menor cualquier aparato de comunicación que, en su caso, será recogido por el personal del punto de encuentro y devuelto cuando fuera reintegrado el menor a su madre.

b) Contra esta providencia, la ahora recurrente en amparo —madre del menor— interpuso recurso de reposición, alegando la vulneración del derecho del menor a su integridad física y moral. Argumentaba que, pese a que las medidas adoptadas resultaban conformes al informe del Ministerio Fiscal y a otro informe elaborado por el propio punto de encuentro familiar, el menor se encontraba en un grave estado psicológico de ansiedad ante tales visitas y la ampliación de las mismas podía suponer una agravación de su estado. La recurrente incorporó en el escrito de interposición del recurso

de reposición extractos de informes médicos sobre el menor que aconsejaban la revisión por el Juez del régimen de visitas entre padre e hijo, pues la sintomatología de tipo ansioso que el menor presentaba podía estar relacionada con dichas visitas, ya que el menor refería sentimientos muy negativos y de rechazo hacia su padre. La recurrente solicitaba la suspensión cautelar de las medidas adoptadas en la providencia de 19 de julio de 2006, así como la exploración del menor por parte del equipo psicossocial adscrito al Juzgado actuante y la aplicación del artículo 770.4 LEC, que consagra el derecho del menor a ser oído «cuando hubiera hijos menores si tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, si fueran mayores de 12 años» (recordemos que, en este caso, el menor tenía 11 años).

c) Por providencia de 23 de octubre de 2006 el mismo órgano judicial inadmitió el recurso de reposición con la escueta motivación de «no figurar expreso en el recurso la infracción en la que la resolución judicial impugnada incurría, tal y como exige el artículo 452 LEC 2000».

d) La demanda de amparo tuvo entrada en este Tribunal el 27 de noviembre de 2006. Por providencia de 23 de marzo de 2007, es decir, meses después de la interposición del recurso de amparo, el Juzgado de Primera Instancia núm. 27 de Madrid daba por recibido un informe del punto de encuentro donde se realizaban las visitas del menor con su padre, en el que se proponía dar de baja en el centro el expediente del menor, pues el progenitor se había personado para comunicar a los profesionales del mismo su decisión de renunciar a las visitas con su hijo Javier a fin de, según sus referencias, no verle sufrir ni generarle más angustia. En el informe se comunicaba que, después de cuatro años de intervención de dicho punto de encuentro, tras la renuncia del padre a las visitas de su hijo, ninguno de los progenitores había acudido de nuevo al servicio. Mediante providencia de 23

de marzo de 2007 se dio traslado de dicho informe a las partes y al Ministerio Fiscal, sin que conste en actuaciones que hayan presentado escrito alguno. El 24 de abril de 2007 el Juzgado de Primera Instancia núm. 27 de Madrid acordó tener por revocada la representación y defensa del padre del menor para continuar con los procedimientos que se tramitaban en dicho Juzgado, al objeto de la efectividad de las relaciones paterno filiales.

3. La demanda de amparo imputa a la providencia de 23 de octubre de 2006 del Juzgado de Primera Instancia núm. 27 de Madrid vulneración de la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho de acceso a los recursos, pues entiende excesivamente rigorista la interpretación que ha realizado el órgano judicial del artículo 452 LEC. La recurrente alega que la infracción cometida sí consta expresada en el escrito de interposición del recurso, pues en él se afirmó: «interpongo recurso de reposición por entender que se vulnera, en la situación actual del menor, el derecho del mismo a su integridad física y moral»; y «la ampliación del régimen de visitas supondría un agravamiento del estado actual del menor... que iría en contra de su integridad física, psicológica y moral». La recurrente argumenta que los derechos infringidos denunciados son lo suficientemente importantes como para que, por puro formalismo, una resolución de inadmisión ponga en juego los primordiales intereses de un menor. La recurrente aduce también error fáctico, en el entendido que existe un error en el argumento de no haber expresado la infracción en que incurría la resolución impugnada, cuando es patente que en el escrito de interposición del recurso de revisión hay una denuncia expresa de vulneración del derecho a la vida y a la integridad del menor (art. 15 CE). No obstante, la queja de error patente ha de conducirse a la relativa al derecho de acceso a los recursos legalmente establecidos, pues, en definitiva, la

demandada articula el recurso como un error fáctico que genera vulneración del derecho de acceso al recurso.

4. Mediante diligencia de ordenación de 20 de noviembre de 2007 la Sección Tercera de este Tribunal, con base en el artículo 50.3 LOTC en su redacción anterior a la aprobada por el Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo y disposición transitoria tercera de la referida Ley, acordó conceder un plazo común de diez días al Ministerio Fiscal y a la recurrente para que alegaran lo que a su derecho conviniera. Por escrito registrado el 21 del diciembre de 2007, la recurrente presentó sus alegaciones reiterando los argumentos de la demanda de amparo. Por su parte, mediante escrito de 8 de enero de 2008, el Ministerio Fiscal interesó la admisión de la demanda de amparo por posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su modalidad de acceso a los recursos. A su juicio, a la vista de las particulares circunstancias del caso, la inadmisión del recurso de reposición es desproporcionada e injustificada, pues se fundamenta en el incumplimiento de un mero requisito formal, cual era la mención de la infracción denunciada cuando, en realidad, estaban plenamente identificadas las razones de fondo que sustentaban la petición de reposición de la recurrente.

5. El 19 de febrero de 2008, la Sala Segunda de este Tribunal acordó la admisión a trámite de la demanda de amparo y, con fundamento en el artículo 51 LOTC, se requirió al Juzgado de Primera Instancia núm. 27 de Madrid para que remitiera certificación o fotocopia verdadera de las actuaciones correspondientes al procedimiento y se acordó el emplazamiento de quienes hubieran sido parte en el proceso para que, en el plazo de diez días, pudieran comparecer, si así lo desearan, excepto la parte recurrente en amparo.

6. Mediante diligencia de ordenación de 20 de abril de 2009 se tuvo por recibido el testimonio de las actuaciones

judiciales solicitadas y se acordó dar vista de las mismas a la parte recurrente y al Ministerio Fiscal por plazo de veinte días para que formularan las alegaciones oportunas. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 26 de mayo de 2009, la Procuradora doña C.G.G. reiteró la solicitud de amparo retomando los argumentos del Ministerio Fiscal en el escrito de 8 de enero de 2008, argumentando que no podía obligarse a la parte a invocar imaginados preceptos procesales infringidos desnaturalizando las verdaderas pretensiones sustantivas invocadas. El 25 de mayo de 2009 el Ministerio Fiscal presentó su escrito de alegaciones e interesó la estimación del amparo por vulneración de la tutela judicial efectiva pues, a su juicio, la recurrente había cumplido con las exigencias de admisión impuestas por el artículo 452 LEC, ya que la exigencia de citar la infracción en que incurría la resolución judicial impugnada ha sido interpretada por la jurisprudencia constitucional con arreglo a un criterio antiformalista, declarando que la cita del precepto sólo tiene sentido cuando el recurso de reposición se fundamenta en infracciones de carácter procesal, pero no en los casos en los que el recurso tiene su causa en razones sustantivas o de fondo pues, en tales supuestos, la exigencia del precepto procesal resulta de imposible cumplimiento. El Ministerio Fiscal añade que el principio de interés superior del menor, que debe inspirar la actuación jurisdiccional en los procesos matrimoniales y de familia, evidencia aún mas el carácter excesivamente formalista de la resolución impugnada, pues la tramitación de estos procesos debe estar presidida por un criterio de flexibilidad procedimental que permita dar adecuada respuesta a las necesidades del supuesto y garantice los derechos en juego. El Ministerio público señala también cuáles deben ser, a su juicio, los efectos del otorgamiento del amparo, pues las particularidades del caso aconsejan descartar una retroacción de las

actuaciones y limitar el fallo a reconocer el derecho fundamental vulnerado y declarar la nulidad de la providencia de 23 de octubre de 2006.

7. Examinada la demanda, y verificándose que para su resolución resulta aplicable doctrina consolidada de este Tribunal, la Sala Segunda, mediante providencia de 26 de noviembre de 2009, acordó por unanimidad deferir la resolución del recurso a la Sección Tercera, 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.

8. Por providencia de 10 de diciembre de 2009 se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 14 del mismo mes y año.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Como se ha expuesto con mayor detalle en el relato de antecedentes, la cuestión planteada en este proceso de amparo se refiere a la providencia de 23 de octubre de 2006 del Juzgado de Primera Instancia núm. 27 de Madrid, dictada en pieza de incidentes 1350-2002, que inadmitió recurso de reposición contra providencia de 19 de julio de 2006, que modificaba el régimen de visitas entre padre e hijo, con el fundamento de no expresar la infracción en que incurría la resolución judicial impugnada.

2. La recurrente en amparo considera que ha sido vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su manifestación de derecho de acceso a los recursos legalmente establecidos, en la medida en la que el órgano judicial no tuvo en consideración que la infracción denunciada por el órgano judicial –el derecho del menor a la integridad física y moral– sí constaba expresada en el escrito de interposición del recurso y, a su juicio, los derechos infringidos eran lo suficientemente importantes como para

decidir la inadmisión por motivos puramente formales.

El Ministerio Fiscal interesa, en su escrito de alegaciones, la estimación del amparo, pues entiende que la recurrente había cumplido con las exigencias de admisión del recurso de reposición, ya que la exigencia de citar la infracción en que incurrió la resolución judicial impugnada (art. 377 de la Ley de enjuiciamiento civil antes de la reforma de la LEC 2000) ha sido interpretada por la jurisprudencia constitucional con arreglo a un criterio antiformalista, que ha declarado que la cita del precepto sólo tiene sentido cuando el recurso de reposición se fundamenta en infracciones de carácter procesal, pero no en los casos en los que el recurso tiene su causa en razones sustantivas o de fondo, ya que en tales supuestos la exigencia del precepto procesal resulta de imposible cumplimiento. En igual sentido se reitera, en sus alegaciones, la parte recurrente.

3. Centrado así el debate parece claro que nos hallamos ante un caso de supuesta lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a los recursos, sobre el que este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse repetidas veces, siendo preciso recordar ahora que es nuestra doctrina reiterada, como sintetiza la STC 252/2000, de 30 de octubre, FJ 2, que el derecho a la obtención de un pronunciamiento jurisdiccional sobre el fondo de la pretensión, como parte del derecho a la tutela judicial efectiva garantizado en el artículo 24.1 CE, se satisface también con una respuesta de inadmisión fundada en una causa legal que haya sido apreciada razonablemente por el órgano judicial (así, y entre otras, ya desde nuestra temprana STC 11/1982, de 29 de marzo, las SSTC 69/1984, de 11 de junio, y, entre las más recientes, 8/1998, de 13 de enero, y 122/1999, de 28 de junio). Por ello, las decisiones judiciales de inadmisión no son, en principio, revisables en la vía de amparo, salvo que vulneren el derecho a

la tutela judicial efectiva, lo que ocurre cuando carecen de la debida motivación (SSTC 214/1988, de 14 de noviembre; 63/1992, de 29 de abril); se funden en una interpretación de la legalidad ordinaria arbitraria o manifiestamente irrazonable (STC 133/2000, de 16 de mayo); sean el resultado de un error patente (SSTC 295/2000, de 11 de diciembre; 134/2001, de 13 de junio); se apoyen en una causa legal inexistente o en la exigencia de unos requisitos formales excesivamente rigurosos (SSTC 69/1984, de 11 de junio; 57/1988, de 5 de abril; 18/1993, de 18 de enero; 172/1995, de 21 de noviembre; 135/1998, de 29 de junio; 168/1998, de 21 de julio; 63/2000, de 13 de marzo; 230/2000, de 2 de octubre). El control constitucional de estas decisiones de inadmisión se realiza de forma especialmente intensa cuando determinan la imposibilidad de obtener una primera respuesta judicial (SSTC 87/1986, de 27 de junio, y 118/1987, de 8 de julio, hasta la STC 16/1999, de 22 de febrero), atenuándose ese control en fase de recurso (por todas, SSTC 37/1995, de 7 de febrero, 115/1999, de 14 de junio).

4. En concreto, y por lo que se refiere a las inadmisiones fundadas en el incumplimiento de la exigencia que imponía el derogado artículo 377 LEC en la formulación de un recurso de reposición relativo a la cita expresa de la disposición de la Ley de enjuiciamiento civil infringida por la resolución recurrida, este Tribunal tuvo ocasión de declarar reiteradamente que no debía exigirse dicho requisito de un modo rígido y formalista, que desconociera la finalidad perseguida con él, por lo que, cuando a través del recurso de reposición lo que se impugnaba no era el incumplimiento de una norma de carácter procesal, sino la infracción de un precepto sustantivo que tuviera relación con el fondo de la cuestión debatida y no con el procedimiento seguido, no cabía exigir al recurrente que citase expresamente un precepto o

disposición concreta de la Ley procesal; pues afirmar lo contrario significaría tanto como obligarle a citar imaginarias infracciones de preceptos procesales. Por consiguiente, cuando el recurso se fundaba exclusivamente en la infracción de preceptos sustantivos, no existía obligación alguna de citar normas procesales que no habían sido vulneradas, razón por la cual la inadmisión del recurso de reposición en estos casos con apoyo en el artículo 377 LEC 1881 resultaba contraria al derecho a la tutela judicial efectiva, de la que forma parte el derecho de acceso a los recursos legalmente establecidos de cumplirse los requisitos y presupuestos establecidos por las leyes procesales (SSTC 69/1987, de 22 de mayo; 113/1988, de 9 de junio; 162/1990, de 22 de octubre; 213/1993, de 28 de junio; 172/1995, de 21 de diciembre; 194/1996, de 26 de noviembre; 213/1999, de 29 de noviembre; 225/1999, de 13 de diciembre; 100/1999, de 31 de mayo; 205/2000, de 24 de julio; 233/2001, de 10 de diciembre; y 62/2002, de 11 de marzo, entre otras). Desde tal premisa, con mayor motivo ha de ser antiformalista la interpretación que se realice del art. 452 LEC 2000, en la medida en que este precepto sólo exige expresar la infracción en que la resolución hubiera incurrido y, en consecuencia, eliminó la exigencia de la cita expresa del precepto presuntamente infringido que establecía el derogado artículo 377 LEC 1881.

5. La aplicación de la doctrina expuesta al presente caso determina que la resolución judicial impugnada por la que se acuerda no tramitar el recurso de reposición ha de considerarse contraria al artículo 24.1 CE, pues la demandante de amparo fundó su recurso de reposición en la vulneración del derecho del menor a su integridad física y moral, que sólo podría encontrar cabida en el artículo 15 CE y, por toda respuesta, el órgano judicial adoptó la providencia de 23 de octubre de 2006, que inadmitía el recurso con el fundamento de

no expresar la infracción en que incurría la resolución judicial impugnada. Sin embargo, al no tener como objeto el recurso de reposición denunciar la vulneración de ningún precepto concreto de la Ley de enjuiciamiento civil, no podía exigirse a la recurrente el cumplimiento de dicho requisito y debe considerarse que la resolución impugnada ha efectuado una interpretación irrazonable, por desproporcionada, de los requisitos formales del artículo 452 LEC y resulta lesiva del artículo 24.1 CE.

Por añadidura, no podemos sino estar de acuerdo con la argumentación del Ministerio Fiscal, que declara que tal vulneración resulta en el presente supuesto especialmente palmaria si se tiene en cuenta que el principio de interés superior del menor debe inspirar la actuación jurisdiccional en los procesos matrimoniales y de familia (STC 71/2004, de 19 de abril, FJ 5) y que la tramitación de dichos procesos debe estar presidida por un criterio de flexibilidad procedimental. En este contexto, resultaría de aplicación el canon reforzado de la tutela judicial efectiva que este Tribunal utiliza cuando la cuestión de fondo sobre la que se proyecta la tutela se conecta con otros derechos fundamentales del recurrente (por todas STC 292/2005, de 10 de noviembre, FJ 3, dictada por el Pleno de este Tribunal y STC 93/2006, de 27 de marzo, FJ 3).

6. En definitiva, la demanda de amparo ha de ser estimada y ha de declararse nula la providencia de 23 de octubre de 2006 del Juzgado de Primera Instancia núm. 27 de Madrid. Ahora bien, como advierte el Ministerio Fiscal, las particularidades de este supuesto aconsejan descartar la retroacción de las actuaciones a los efectos de dictar una nueva resolución judicial respetuosa con el derecho que se estima vulnerado. Y ello porque se desprende de las actuaciones que, con posterioridad a la interposición del presente recurso de amparo, las visitas entre el menor y su padre han estado, de hecho, suspendidas, como

consecuencia de la renuncia del padre a las mismas, así como de la revocación del poder de representación a su Letrada, lo que fue aceptado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 27 de Madrid. No consta que ninguna de las partes haya solicitado la reanudación de las visitas, por lo que, en esta situación sobrevenida con posterioridad a la presentación de la demanda de amparo, carecería de sentido acordar que se dictara una nueva resolución judicial sobre el régimen de visitas paterno filiales, en la medida en que la recurrente reclamaba la restricción de las mismas a través del recurso de reposición que fue inadmitido y dicha restricción se derivó implícitamente de la renuncia del padre a visitar al menor.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar la demanda de amparo presentada por doña M.P.V.J. y, en su consecuencia:

1.º Declarar que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a los recursos legalmente establecidos (art. 24.1 CE), de la recurrente.

2.º Restablecerla en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de la providencia de 23 de octubre de 2006 del Juzgado de Primera Instancia núm. 27 de Madrid, dictada en pieza de incidentes 1350-2002.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a catorce de diciembre de dos mil nueve.—Guillermo Jiménez Sánchez.—Eugeni Gay Montalvo.—Pascual Sala Sánchez.—Firmado y rubricado.

SECCIÓN PRIMERA

Sentencia 218/2009, de 21 de diciembre de 2009

Recurso de amparo 3676-2006. Promovido por la asociación Agrupación de Trabajadores Discriminados frente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo que inadmitió su recurso contra el Real Decreto 370/2004, de 5 de marzo, que aprueba el estatuto del personal de la sociedad estatal Correos y Telégrafos, sociedad anónima. Vulneración del derecho a la tutela judicial (acceso a la justicia): falta de legitimación activa de una asociación de empleados públicos apreciada en un contencioso ignorando su legítimo interés profesional o económico (STC 252/2000). («BOE» núm. 15 de 18 de enero de 2010)

La Sección Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Javier Delgado Barrio y don Manuel Aragón Reyes, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 3676-2006, promovido por la asociación Agrupación de Trabajadores Discriminados (Atados), representada por la Procuradora de los Tribunales doña M.A.A. y asistida por el Abogado don J.E.F.G., contra la Sentencia dictada el 20 de febrero de 2006 por la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en el recurso contencioso-administrativo ordinario núm. 61-2004, interpuesto contra el Real Decreto 370/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el estatuto del personal de la sociedad estatal Correos y Telégrafos, so-

iedad anónima. Han intervenido el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Manuel Aragón Reyes, quien expresa el parecer de la Sección.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 31 de marzo de 2006, doña M.A.A., Procuradora de los Tribunales, interpuso recurso de amparo en nombre y representación de la asociación Agrupación de Trabajadores Discriminados (Atados) contra la Sentencia a la que se ha hecho mención en el encabezamiento.

2. Los hechos en que se fundamenta la demanda de amparo son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) La asociación demandante de amparo interpuso recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto 370/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el estatuto del personal de la sociedad estatal Correos y Telégrafos, sociedad anónima, solicitando que se declarase la nulidad del mismo, por entender dicho reglamento contrario a Derecho y lesivo para los intereses de sus asociados.

b) Dicho recurso fue tramitado con el núm. 61-2004 ante la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que dictó Sentencia el 20 de febrero de 2006 por la que, acogiendo la excepción alegada por el Abogado del Estado, acordó la inadmisión del recurso contencioso-administrativo por falta de legitimación activa de la

asociación demandante, de conformidad con el artículo 69 b) LJCA.

Tras analizar la Sentencia el régimen de personal al servicio de la nueva sociedad estatal Correos y Telégrafos establecido por el Real Decreto 370/2004, de 5 de marzo, así como las razones esgrimidas por la asociación Atados en su demanda, razona que esta asociación carece de interés legítimo para impugnar el Real Decreto 370/2004, de 5 de marzo, toda vez que ni en sus estatutos ni en su actuación procesal ha justificado ser titular de derechos o intereses afectados por el referido Real Decreto, destacando que los estatutos de la asociación permiten asociarse a todas las personas físicas y jurídicas que lo deseen, y siendo irrelevante que en el acta fundacional de la asociación se aluda a los trabajadores de Correos y Telégrafos y que pudieran ostentar esta condición los promotores de la asociación y la persona designada provisionalmente como presidente de la misma, pues la asociación Atados está dotada de personalidad jurídica propia, distinta de la de sus asociados, sin que dicha asociación haya acreditado nada en el proceso que permita tenerla por interesada en los términos exigidos por el artículo 19 LJCA, lo que determina la inadmisión de su recurso contencioso-administrativo por falta de legitimación.

3. En la demanda de amparo se alega que la Sentencia impugnada ha vulnerado el derecho de la asociación recurrente a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), en su vertiente de acceso a la jurisdicción, con fundamento en que la decisión de inadmisión resultó desproporcionada, formalista y contraria a la jurisprudencia constitucional sobre la interpretación del requisito de la legitimación activa para formular recurso contencioso-administrativo, impidiendo así un pronunciamiento sobre el fondo de las pretensiones deducidas. Sostiene la recurrente que resulta inquestionable su interés legítimo para impugnar el Real Decreto

370/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el estatuto del personal de la sociedad estatal Correos y Telégrafos, por cuanto del acta fundacional y de los propios estatutos de la asociación Atados se desprende que esta asociación está impulsada por trabajadores de Correos y Telégrafos, sin perjuicio de que se de entrada a la misma a sujetos distintos (art. 6), figurando entre sus fines «la búsqueda de la igualdad constitucional para todos los ciudadanos y de manera especial el reconocimiento de los derechos de los trabajadores de Correos, así como certificar el actual estado de discriminación de los empleados públicos de Correos y Telégrafos» (art. 4), fines para cuyo cumplimiento la asociación realizará diversas actividades, entre ellas «la defensa jurídica individual o colectiva de los trabajadores discriminados ante cualquier instancia administrativa y judicial» (art. 5). A efectos dialécticos añade la asociación recurrente que en todo caso el Tribunal Supremo, antes de dictar Sentencia inadmitiendo el recurso contencioso-administrativo, debió haber requerido a la recurrente la subsanación del defecto de supuesta falta de legitimación activa.

4. Mediante providencia de 11 de marzo de 2009 la Sección Primera de este Tribunal acordó la admisión a trámite de la demanda de amparo y, a tenor de lo dispuesto en el artículo 51 LOTC, requerir atentamente a la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo para que en el plazo de diez días remitiera testimonio del recurso contencioso-administrativo ordinario núm. 61-2004. Asimismo acordó emplazar al Abogado del Estado para que en el plazo de diez días pudiera comparecer en este proceso constitucional, con traslado a estos efectos de copia de la demanda de amparo.

5. Mediante diligencia de ordenación del Secretario de Justicia de la Sala Primera de 5 de junio de 2009 se tuvo por recibido el testimonio de las actuaciones

y por comparecido y parte al Abogado del Estado, procediendo, conforme a lo establecido en el artículo 52.1 LOTC, a dar vista de las actuaciones por plazo común de veinte días al Ministerio Fiscal, a la representación procesal de la asociación recurrente y a al Abogado del Estado, para presentar las alegaciones que estimasen pertinentes.

6. El Abogado del Estado, que presentó su escrito de alegaciones en el registro general de este Tribunal el 23 de junio de 2009, solicitó la desestimación del recurso de amparo.

Sostiene el Abogado del Estado que la Sentencia recurrida en amparo no ha lesionado el derecho de la asociación recurrente a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), pues la inadmisión de su recurso contencioso-administrativo por falta de legitimación activa (defecto insubsanable, al tratarse de un presupuesto sustantivo del proceso que atañe al fondo del asunto) se fundamenta en la apreciación razonada y razonable de que la recurrente no ha acreditado ser portadora de ningún derecho o interés legítimo que resulte afectado por el Real Decreto 370/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el estatuto del personal de la sociedad estatal Correos y Telégrafos, a la vista del contenido de este reglamento, de los motivos aducidos por la asociación recurrente para su impugnación, y de las previsiones contenidas en sus estatutos en la redacción vigente a la fecha de interposición del recurso contencioso-administrativo.

7. El Ministerio Fiscal presentó su escrito de alegaciones en este Tribunal el 7 de julio de 2009, interesando el otorgamiento del amparo solicitado por considerar que efectivamente, como se denuncia en la demanda de amparo, y de conformidad con la reiterada jurisprudencia constitucional sobre la interpretación del requisito de la legitimación activa para recurrir en vía contencioso-administrativa, la Sentencia impugnada realizó

una interpretación excesivamente rigorista y restrictiva del referido requisito que lesionó el derecho de la asociación demandante a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE). A juicio del Fiscal, dadas las circunstancias concurrentes en el presente caso, resulta incuestionable que la asociación recurrente ostenta un interés legítimo, conforme al artículo 19.1 b) LJCA, para interponer recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto 370/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el estatuto del personal de la sociedad estatal Correos y Telégrafos, sociedad anónima, según se infiere de la conexión existente entre los motivos en que se fundamenta la impugnación de esta regulación y los fines de la asociación demandante, reflejados en sus estatutos.

8. La representación procesal de la asociación recurrente formuló sus alegaciones mediante escrito registrado en este Tribunal el 10 de julio de 2009, reproduciendo las formuladas en la demanda de amparo.

9. Mediante providencia de 26 de noviembre de 2009 la Sala Primera acordó por unanimidad deferir la resolución del presente recurso a la Sección Primera, que es a la que por turno objetivo le corresponde, al apreciar que para su resolución es aplicable doctrina consolidada de este Tribunal (art. 52.2 LOTC y disposición transitoria primera de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo).

10. Por providencia de 17 de diciembre 2009, se acordó señalar para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 21 del mismo mes y año.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El objeto del presente proceso de amparo consiste en determinar si la Sentencia impugnada ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, en su

dimensión del derecho de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE), al haber negado a la asociación recurrente en amparo una resolución sobre el fondo de su pretensión por apreciar que carecía de legitimación activa para entablar la concreta acción ejercitada. A este respecto la recurrente afirma que la vulneración de su derecho se debe a la interpretación excesivamente rigorista efectuada por el órgano judicial acerca del requisito de posesión de un interés legítimo en el proceso como exigencia para la legitimación activa. Con esta alegación muestra su acuerdo el Ministerio Fiscal, una vez constatada la inclusión del objeto del acto administrativo impugnado dentro del campo propio del interés de la asociación demandante. Se opone, en cambio, al otorgamiento del amparo el Abogado del Estado, argumentando que la inadmisión acordada por la Sentencia impugnada es respetuosa con el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, toda vez que la asociación recurrente en amparo no poseía interés legítimo en el procedimiento contencioso-administrativo.

2. Constituye doctrina consolidada de este Tribunal (por todas, SSTC 52/2007, de 12 de marzo, FJ 2; 119/2008, de 13 de octubre, FJ 4) que uno de los contenidos esenciales del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) es el derecho a obtener una resolución sobre el fondo del asunto planteado oportunamente ante los órganos judiciales, si bien ese derecho queda igualmente satisfecho si el órgano judicial, por concurrir una causa legal apreciada razonadamente, dicta una resolución de inadmisión. Dada la trascendencia que para la tutela judicial tienen estas decisiones de denegación de acceso a la jurisdicción, su control constitucional ha de realizarse de forma especialmente intensa: más allá de la verificación de que no se trata de resoluciones arbitrarias, manifiestamente irrazonables o fruto de un error patente, tal control procede a

través de los criterios que proporciona el principio pro actione, entendido no «como la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión de entre todas las posibles de las normas que la regulan», sino como «la interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican» (STC 88/1997, de 5 de mayo, FJ 2).

En desarrollo de esta doctrina en relación con la legitimación para acceder al proceso ha destacado el Tribunal que, al reconocer «el artículo 24.1 CE el derecho a la tutela judicial efectiva a todas las personas que son titulares de derechos e intereses legítimos, está imponiendo a los Jueces y Tribunales la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las leyes procesales utilicen en orden a la atribución de [tal] legitimación activa» (SSTC 42/1987, de 25 de febrero, FJ 2; 195/1992, de 16 de noviembre, FJ 2; 85/2008, de 21 de julio, FJ 4; y 119/2008, de 13 de octubre, FJ 4, por todas).

Más concretamente hemos precisado, con relación al orden contencioso-administrativo, «que el interés legítimo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético). Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta» (entre otras, SSTC 252/2000, de 30 de octubre, FJ 3; 73/2006, de 13 de

marzo, FJ 4; 52/2007, de 12 de marzo, FJ 3; y 28/2009, de 26 de enero, FJ 2).

3. La aplicación de la doctrina antes reseñada al supuesto sometido a nuestra consideración conduce al otorgamiento del amparo solicitado, pues el examen de la Sentencia impugnada pone de manifiesto que la inadmisión del recurso contencioso-administrativo por ausencia de legitimación de la asociación recurrente en amparo supuso una interpretación de las reglas aplicables que cabe calificar de excesiva o desproporcionadamente rigorista, atendidas las circunstancias concurrentes.

A tal conclusión se llega, en primer lugar, si se observa la finalidad estatutaria de la asociación recurrente, en cuanto delimitación propia de sus intereses (SSTC 252/2000, de 30 de octubre, FJ 6, y 28/2009, de 26 de enero, FJ 4). En el artículo 4 de sus estatutos se identifican expresamente como fines de la asociación «La búsqueda de la igualdad constitucional para todos los ciudadanos y de manera especial el reconocimiento de los derechos de los trabajadores de Correos, así como certificar el actual estado de discriminación de los empleados públicos de Correos y Telégrafos y el peligro que se puede sentar con este precedente para el resto de la función pública en este país». Constituyen actividades destinadas a garantizar el cumplimiento de esos fines, entre otras, según el artículo 5 de los estatutos, «la defensa jurídica individual o colectiva de los trabajadores discriminados ante cualquier instancia administrativa y judicial.» Por otra parte está plenamente acreditado, a la vista del acta fundacional de la asociación, que son empleados públicos de Correos y Telégrafos quienes la constituyen, sin perjuicio de la apertura en sus estatutos a la incorporación de terceros que no ostenten tal condición, siempre y cuando «tengan interés en el desarrollo de los fines de la asociación» (art. 6).

En cuanto al Real Decreto 370/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el estatuto del personal de la sociedad estatal Correos y Telégrafos, sociedad anónima, impugnado por la asociación recurrente en vía contencioso-administrativa, se trata de una reglamentación que pretende, conforme indica su propia exposición de motivos, la regulación del nuevo régimen estatutario del personal de Correos y Telégrafos en cumplimiento de las previsiones contenidas en el artículo 58 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, previsiones que, según hemos tenido ocasión de afirmar, no suponen infracción de garantías institucionales de la función pública dimanantes de los arts. 23.2 y 103.3 CE (ATC 254/2006, de 4 de julio, FJ 4). Esto es, el Real Decreto 370/2004, de 5 de marzo, persigue el objetivo de adaptar el régimen jurídico de los funcionarios que venían prestando servicios en la entidad pública empresarial Correos y Telégrafos, sin perjuicio del mantenimiento de sus derechos adquiridos, a la nueva situación que para estos empleados públicos conlleva su integración en la sociedad estatal mercantil en la que se ha transformado Correos y Telégrafos. La regulación estatutaria resultante del Real Decreto 370/2004, de 5 de marzo, conlleva, según se indica asimismo en su exposición de motivos, en atención a la naturaleza mercantil de la sociedad estatal Correos y Telégrafos, que opera en marco competencial de progresiva liberalización de los servicios postales, el establecimiento de una serie de especialidades, entre las que destacan el novedoso sistema de ordenación de puestos de trabajo, construido sobre dos instrumentos clave que son el plan de evaluación y fijación de las necesidades y la relación general de empleos de correos, el nuevo sistema retributivo y la regulación del sistema de carrera profesional.

En fin, como se recoge en la Sentencia impugnada (fundamento de Derecho ter-

cero), la asociación recurrente impugna el Real Decreto 370/2004, de 5 de marzo, tanto por motivos formales como por razones sustanciales, reprochando a esta reglamentación, entre otras tachas, que impide a los sindicatos con implantación en Correos y Telégrafos distintos de aquellos que negociaron el acuerdo sobre el nuevo Estatuto la participación en las negociaciones previstas en dicho Estatuto; que somete a los funcionarios de Correos y Telégrafos a una laboralización encubierta; que les impide promocionar; que introduce una doble escala salarial lesiva de su derecho a la igualdad de trato en materia retributiva; que les priva de sus puestos de trabajo al suprimir las relaciones de puestos de trabajo; y que no respeta sus derechos adquiridos.

Pues bien, a la vista de cuanto ha quedado expuesto, es notoria, como señala acertadamente el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, la concordancia de los fines estatutarios de la asociación recurrente con el objeto del litigio, pues los motivos de impugnación del Real Decreto 370/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el estatuto del personal de la sociedad estatal Correos y Telégrafos, sociedad anónima (relativos a participación sindical, acceso a puestos de trabajo, promoción profesional, retribuciones, derechos adquiridos, etc.) se encuentran directamente conectados con «el reconocimiento de los derechos de los trabajadores de Correos», que constituye la especial finalidad de la asociación demandante, e incluso con su finalidad más genérica relacionada con la situación de «discriminación de los empleados públicos de Correos y Telégrafos» (a juicio de la asociación recurrente) y «el peligro que se puede sentar con este precedente para el resto de la función pública» (art. 4 de los estatutos de la asociación recurrente). A lo que cabe añadir que si bien es cierto, como se destaca en la Sentencia impugnada, que los estatutos de la asociación recurrente permiten incorporarse a la

misma a todas las personas físicas o jurídicas que lo deseen (y no solo, por tanto, a quienes ostenten la condición de funcionarios de Correos y Telégrafos), no lo es menos que para ello se exige que «tengan interés en el desarrollo de los fines de la asociación» (art. 6).

En consecuencia, existiendo una relación directa entre los fines de la asociación y los concretos motivos en que se fundamentaba la impugnación del Real Decreto 370/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el estatuto del personal de la sociedad estatal Correos y Telégrafos, sociedad anónima, «no cabe negar que para la asociación recurrente, en atención a sus fines estatutarios, no es neutral o indiferente el mantenimiento de la norma recurrida» (SSTC 282/2006, de 9 de octubre, FJ 3, y 28/2009, de 26 de enero, FJ 4). En estas circunstancias no resulta manifiestamente irrazonable la negación del interés de la asociación recurrente en el pleito que promovía, pero sí es contraria a la amplitud que desde la perspectiva constitucional debe guiar las reglas de atribución de legitimación activa, y sí comporta, por el contrario, una restricción rigorista y desproporcionada del acceso a la jurisdicción, lesiva por ello del derecho de la recurrente a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por la asociación Agrupación de Trabajadores Discriminados (Atados) y, en consecuencia:

1.º Reconocer su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

2.º Declarar la nulidad de la Sentencia dictada el 20 de febrero de 2006 por la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en el recurso contencioso-administrativo ordinario núm. 61-2004.

3.º Retrotraer las actuaciones al momento anterior al del pronunciamiento de la Sentencia para que se dicte una nueva

resolución judicial respetuosa con el derecho fundamental reconocido.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veintiuno de diciembre de dos mil nueve.–María Emilia Casas Baamonde.–Javier Delgado Barrio.–Manuel Aragón Reyes.–Firmado y rubricado.

Sentencia 219/2009, de 21 de diciembre de 2009

Recurso de amparo 3451-2007. Promovido por don F.L.M. 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 presunción de inocencia: competencia territorial de los Juzgados de Instrucción; intervención telefónica autorizada y prorrogada con motivación y controlada judicialmente; falta de notificación al Fiscal irrelevante (STC 197/2009); situación de incomunicación fundada y motivada; condena penal fundada en declaraciones sumariales sometidas a posibilidad de contradicción en el juicio oral y otras pruebas de cargo. («BOE» núm. 15 de 18 de enero de 2010).

La Sección Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Javier Delgado Barrio y don Manuel Aragón Reyes, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 3451-2007, promovido por don F.L.M., representado por el Procurador de los Tribu-

nales don J.F.E. y asistido por el Abogado don G.B.T., 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 W.M.N., don S.M.J., doña K.K.J. y don A.E.D., todos ellos representados por el Procurador de los Tribunales don J.F.E. y defendidos por el Abogado don G.B.T.. Ha sido Ponente la Presidenta doña María Emilia Casas Baamonde, 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 J.F.E., en nombre y representación de don F.L.M., 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 CP), y con la agravante de reincidencia, a la pena de cinco años 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 se dedicaba al alquiler de naves industriales y vehículos relacionados con varias intervenciones de droga y, en concreto, que 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, parcialmente estimado por Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2007, en el sentido de considerar indebidamente aplicada la agravante de reincidencia. En esa misma fecha, la Sala Segunda del Tribunal Supremo dictó segunda Sentencia, en la que se condena al recurrente a la pena de cuatro años y cinco meses de prisión, manteniendo los restantes pronunciamientos de la Sentencia recurrida.

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 de su teléfono móvil y la prórroga de la misma, 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 de su teléfono móvil, es estereotipado y carece de motivación, considerando insuficiente el dato de que 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 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 art. 520 bis LECrim (delitos de terrorismo) y ni la

fuerza actuante lo solicitó, ni el Juzgado lo acordó. De modo que el recurrente 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 el recurrente, como de las declaraciones de uno de los coimputados, 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 23 de julio de 2008, la Sección Primera 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.

5. A través de una diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de la Sala Primera, de 6 de noviembre de 2008, se tienen por recibidos los testimonios de las actuaciones y por personado y parte al Procurador don J.F.E., en nombre y representación de don W.M.N., don S.M.J., doña K.K.J. y don A.E.D..

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.

6. La representación procesal de don W.M.N., don S.M.J., don A.E.D. y doña K.K.J. presentó sus alegaciones el día 27 de noviembre de 2008, adhiriéndose a todos los motivos de amparo expuestos en la demanda.

7. El día 15 de diciembre de 2008 presentó sus alegaciones el Ministerio Fiscal, interesando la denegación del amparo solicitado.

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 fundamento 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. Destaca que la doctrina sentada en la STC 165/2005, citada en la demanda, se sitúa en el contexto de las proscritas diligencias indeterminadas, y en el presente caso los Autos que autorizan las intervenciones telefónicas se dictan en el seno de unas diligencias previas, en las que el Fiscal como parte necesaria puede personarse en cualquier momento y tomar conocimiento de su contenido. Además, la validez constitucional de un acto limitativo del derecho al secreto de las comunicaciones, respetuoso con la existencia de control judicial, no puede quedar condicionada a su notificación formal al Ministerio Fiscal, que no forma parte del contenido esencial del derecho fundamental limitado, sin perjuicio de las consecuencias que ello pueda tener desde la perspectiva del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), si se hubiera generado indefensión material, lo que tampoco ha ocurrido en el presente caso.

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 otra parte, entiende el Fiscal que la actuación inicial del Juz-

gado de Instrucción núm. 3 de Denia fue impecable, desde el punto de vista competencial, y que la acumulación de la causa en el Juzgado de Denia obedeció al hecho de que fue en este lugar donde se tuvo conocimiento por primera vez de la existencia del delito. La inhibición a favor de los Juzgados Centrales de Instrucción exigía un soporte indiciario sólido para concluir que se trataba de una organización delictiva, lo que –como explica el Tribunal Supremo– no puede afirmarse que sucediera en los primeros momentos de la investigación. Por todo lo cual, 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. En primer lugar, la mera lectura del Auto de 15 de septiembre de 2003, por el que se acordaba la intervención del teléfono del demandante, permite concluir que, integrado con el oficio policial, está suficientemente motivado (pues hace referencia a la aprehensión de 466 kg. de hachís en una nave industrial, así como a las indagaciones realizadas hasta ese momento y los indicios que vinculaban al demandante de amparo con personas dedicadas al transporte de dicha sustancia desde España a Inglaterra), que se exterioriza en el mismo el juicio de proporcionalidad exigido constitucionalmente para adoptar la medida, aludiendo a la gravedad del delito investigado, que se identificó a la persona y el teléfono objeto de intervención y que se adoptaron, en la parte dispositiva, medidas encaminadas a la efectividad del control judicial de la intervención. A la misma conclusión se llega tras el examen del contenido del Auto de 14 de octubre de 2003, por el que se acuerda la prórroga de la intervención.

Por lo demás, la policía actuante se ajustó a las órdenes judiciales recibidas y el Juez fue informado puntualmente de las investigaciones policiales. Por tanto, carecen de fundamento las quejas relativas a la falta de motivación de las resoluciones judiciales autorizantes, a la indeterminación objetiva y subjetiva y a la ausencia de control judicial. En cuanto a la falta de notificación al Fiscal de los Autos que autorizaron las intervenciones, se afirma 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.

Por último, se destaca que las cintas originales de las conversaciones estuvieron a disposición de las partes y que el demandante de amparo no cuestiona la coincidencia de las conversaciones grabadas con las transcripciones, limitándose a impugnar la falta de constancia de quiénes fueron los intérpretes y traductores, lo que sería una mera irregularidad procesal carente de trascendencia constitucional.

En relación con el cuarto motivo de amparo, y como se pone de manifiesto en la Sentencia de casación, la incomunicación del recurrente fue acordada judicialmente con pleno acomodo a la legalidad aplicable (art. 509 LECrim) que conlleva que la designación del Abogado sea de oficio y que se suprima el derecho a la entrevista reservada con el Letrado que concede el artículo 520.6 c) LECrim. Por lo demás, en ningún momento el demandante denuncia que en dicha declaración, prestada voluntariamente ante la autoridad judicial y con asistencia letrada, sufriera coacción o intimidación alguna, habiendo sido informado de su derecho a no declarar. Por todo ello, la queja carece de sustrato fáctico y de base jurídica.

Por lo que respecta a lectura en el plenario de dos de las declaraciones efec-

tuadas 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: las declaraciones sumariales prestadas ante el Juez de Instrucción por el recurrente, de claro contenido autoincriminatorio, y las declaraciones sumariales de unos de los coimputados, corroboradas por el dato objetivo de la aprehensión de las partidas de hachís, así como por la declaración testifical prestada en el acto del juicio de varios agentes de la Guardia Civil que llevaron a cabo labores de seguimiento y vigilancia del demandante de amparo y de vigilancia de la nave de donde salió el camión con hachís.

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 27 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 18 de mayo de 2009 la Sala Primera 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. Por providencia de 26 de noviembre de 2009 la Sala Primera acordó deferir la resolución del presente recurso de amparo a la Sección Primera, 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.

10. Por providencia de 17 de diciembre de 2009, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 21 del mismo mes y 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 desestima-

ción íntegra del recurso al entender que no concurre ninguna de las vulneraciones denunciadas.

2. Hemos de comenzar rechazando la denunciada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la defensa (art. 24.2 CE), que en la demanda se vinculan a la incongruencia omisiva en que habría incurrido la Sentencia de instancia al no responder a la cuestión de la nulidad de las escuchas por falta de notificación al Ministerio Fiscal.

Conforme a reiterada jurisprudencia de este Tribunal, la incongruencia omisiva o *ex silentio* es un quebrantamiento de forma que sólo alcanza relevancia constitucional y determina la vulneración del artículo 24.1 CE cuando, al dejar imprejuizada la pretensión oportunamente planteada por una de las partes del proceso, los órganos judiciales no tutelan los derechos o intereses legítimos sometidos a su jurisdicción, provocando una denegación de justicia (por todas, SSTC 8/2004, de 9 de febrero, FJ 4; 52/2005, de 14 de marzo, FJ 2; 67/2007, de 27 de marzo, FJ 2; 138/2007, de 4 de junio, FJ 2; 165/2008, de 15 de diciembre, FJ 2). Y ello no puede apreciarse en el presente caso.

En primer lugar, porque del examen de las actuaciones se desprende 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. En efecto, en la propia demanda de amparo se admite que en el acta del juicio oral –acta que, como pone de relieve el Tribunal Supremo en el fundamento jurídico primero de la Sentencia de casación, fue suscrita por todas las partes sin protesta o salvedad alguna– consta que en la primera sesión del mismo se planteó como cuestión previa de nulidad que «el Ministerio Fiscal no fue notificado de las diligencias de prueba». Una cuestión a la que el Fiscal se opuso y sobre la que la Sala se pronunció, como prevé el

artículo 786.2 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrím), antes de la celebración del juicio, manifestando –según reconoce también la demanda de amparo– que el Fiscal no pone de manifiesto que no fuera notificado y que en las propias resoluciones consta que se dé traslado al Ministerio Fiscal. Por tanto, existió una respuesta judicial a la pretensión planteada, en los ambiguos términos en que la misma lo fue, lo que excluye la existencia de una incongruencia omisiva constitucionalmente relevante.

Por otra parte, en ese mismo fundamento jurídico primero de la Sentencia de casación –como posteriormente en el fundamento jurídico tercero, al analizar la nulidad de las intervenciones telefónicas– se da respuesta expresa a la cuestión de la falta de notificación al Fiscal, señalando que cualquier deficiencia formal en el proceso sólo es invalidante si provoca indefensión y que en el presente caso el Fiscal ha tenido oportunidad de intervenir en todo momento en el proceso desde la incoación de la causa penal, que pudo recurrir las resoluciones judiciales en cualquier momento desde su notificación y que, «en cualquier caso, la garantía de las decisiones injerenciales reside en el juez que las dicta no en la notificación al Fiscal». En definitiva, también la cuestión específica 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 los fundamentos jurídicos primero y tercero de 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), este Tribunal Constitucional ha declarado, desde la STC 47/1983, de 31 de mayo, FJ 2, que dicho derecho exige, fun-

damentalmente, que el órgano judicial haya sido creado por una norma legal investándolo de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional (SSTC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 17; 32/2004, de 8 de marzo, FJ 4; 60/2008, de 26 de mayo, FJ 2). Constituye también doctrina reiterada de este Tribunal que las cuestiones relativas a la interpretación de las normas sobre atribución de competencias a los órganos jurisdiccionales son de legalidad ordinaria y ajenas, por tanto, al derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, salvo que esa interpretación suponga una manipulación manifiestamente arbitraria de las reglas legales sobre atribución de competencias (por todas, STC 115/2006, de 24 de abril, FJ 9). No puede confundirse, por tanto, el contenido de este derecho fundamental con el derecho a que las normas sobre distribución de competencias entre los órganos jurisdiccionales se interpreten en un determinado sentido (entre muchas, SSTC 238/1998, de 15 de diciembre, FJ 3; 49/1999, de 5 de abril, FJ 2; 183/1999, de 11 de octubre, FJ 2; 164/2008, de 15 de diciembre, FJ 4).

Pues bien, en el presente caso, tras la queja no se oculta sino la pretensión de otorgar trascendencia constitucional a una cuestión de competencia entre órganos judiciales, sometiendo implícitamente a este Tribunal el problema legal de la determinación del Juez del caso. En efecto, la demanda de amparo pretende negar la competencia del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Denia para proseguir dirigiendo la instrucción una vez que se continuaron investigando nuevos hechos en la provincia de Málaga, afirmando que los competentes serían los Juzgados de Málaga o el Juzgado Central de Instrucción. Sin embargo, el Tribunal Supremo en el fundamento jurídico segundo de la Sentencia de casación afirma que, al pro-

ducirse hechos delictivos de una misma trama en diferentes lugares, son competentes los Juzgados de Instrucción de los lugares donde se desarrollen las actividades delictivas o el primero que empezó a conocer del asunto por aplicación del principio de ubicuidad, esto es, el Juzgado de Denia. Igualmente señala que la competencia de la Audiencia Nacional exigía la concurrencia de varios requisitos legales (art. 65.1.d de la Ley Orgánica del Poder Judicial: LOPJ), cuya realidad había de acreditarse de forma clara y nítida –dado el carácter excepcional de este órgano jurisdiccional– y que una vez descubierta la existencia de una trama delictiva organizada a gran escala con incidencia en varias provincias, el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Denia se inhibió a favor de los Juzgados Centrales de Instrucción. Por todo ello, considera que la intervención del Juzgado de Instrucción de Denia fue, desde el punto de vista de su competencia, impecable. De la lectura de dicha argumentación se desprende que la pretensión penal ha sido examinada por el Juez ordinario, cuya competencia ha sido determinada a través de una razonable interpretación de la legalidad procesal que no nos corresponde revisar, ni sustituir (por todas, STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 2).

4. Como tercer motivo de amparo denuncia el recurrente la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), por diversos motivos, el primero de los cuales es la insuficiente motivación de los Autos que acuerdan la intervención de su teléfono móvil y la prórroga de la misma.

Por lo que respecta a las exigencias de motivación que ha de cumplir la autorización judicial de una intervención telefónica para considerarla constitucionalmente legítima, reiteradamente hemos afirmado que, además de precisar el número o números de teléfono que han de intervenir, la duración de la intervención, quién ha de llevarla a cabo y cuándo

ha de darse cuanta al órgano judicial, han de explicitarse en ella los presupuestos materiales habilitantes de la intervención, esto es, los datos objetivos que puedan considerarse indicios de la posible comisión de un hecho delictivo grave y de la conexión de las personas afectadas por la intervención con los hechos investigados. Y ello a fin de excluir que se trate de una investigación meramente prospectiva, pues el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan en los encargados de la investigación, ya que de otro modo se desvanecería la garantía constitucional (por todas, entre otras muchas, SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8; 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 8; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 2; 253/2006, de 11 de septiembre, FJ 2; 197/2009, de 28 de septiembre, FJ 4). También hemos afirmado que, aunque es deseable que la resolución judicial contenga en sí misma todos los datos anteriores, puede considerarse suficientemente motivada si, integrada con la solicitud policial a la que puede remitirse, contiene todos los elementos necesarios para llevar a cabo el juicio de proporcionalidad (por todas, SSTC 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 9; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 2; 136/2006, de 8 de mayo, FJ 4; 197/2009, de 28 de septiembre, FJ 4).

En el presente caso, como pone de relieve el Tribunal Supremo (fundamento jurídico tercero 2 de la Sentencia de casación) y destaca el Ministerio Fiscal, la mera lectura del Auto de 15 de septiembre de 2003, por el que se acordaba la intervención del teléfono del recurrente, integrado con el oficio policial de 11 de septiembre de 2003 en el que la misma se solicita, permite concluir que existe una motivación suficiente para poder afirmar la legitimidad constitucional de la medida. En

efecto, en el citado Auto se hace constar la existencia de contundentes indicios objetivos de la comisión de un delito contra la salud pública, derivados de las investigaciones policiales previas a las que se hace referencia en el oficio policial (en concreto, el hallazgo casual de 466 kg. de hachís disimulados en el interior de unos muebles que una empresa de transportes había recogido en una nave industrial, con el encargo de ser transportados a Inglaterra), así como de la posible participación del demandante de amparo en el citado delito sobre la base de las múltiples indagaciones realizadas hasta ese momento (que permiten identificarle como la persona que intervino en el alquiler de la nave industrial de la que salió la droga, además de sus anteriores detenciones en relación con delitos de tráfico de drogas en los que también se encontraban implicados ciudadanos británicos). Asimismo se exterioriza en dicho Auto el juicio de proporcionalidad exigido constitucionalmente para adoptar la medida, aludiendo a la gravedad del delito investigado, así como a la idoneidad y necesidad de la medida, a la vista de la imposibilidad de seguir obteniendo datos por otras vías, como pone de relieve el oficio policial.

Por otra parte, el citado Auto identifica a la persona y el teléfono objeto de intervención, sin que el hecho de que la autorización se otorgue para identificar a otras personas implicadas –como consta en la parte dispositiva– suponga indeterminación subjetiva alguna. Como advertíamos en la STC 150/2006, de 22 de mayo, FJ 3, de nuestra jurisprudencia «no se desprende que la previa identificación de los titulares o usuarios de las líneas telefónicas a intervenir resulte imprescindible para entender expresado el alcance subjetivo de la medida, excluyendo la legitimidad constitucional de las intervenciones telefónicas que, recayendo sobre sospechosos, se orienten a la identificación de los mismos u otorgando relevancia constitucional a cualquier error

respecto de la identidad de los titulares o usuarios de las líneas a intervenir», pues tales exigencias «resultarían desproporcionadas por innecesarias para la plena garantía del derecho y gravemente perturbadoras para la investigación de delitos graves, especialmente cuando éstos se cometen en el seno de estructuras delictivas organizadas». Lo relevante para preservar el principio de proporcionalidad es «la aportación de aquellos datos que resulten imprescindibles para poder constatar la idoneidad y estricta necesidad de la intervención y excluir las escuchas prospectivas», lo que ya hemos excluido en el presente caso. Siendo así, no puede considerarse constitucionalmente ilegítima la intervención de las conversaciones de las personas que comunican o con las que se comunican aquéllas sobre las que recaen inicialmente los indicios, en la medida en que tales conversaciones estén relacionadas con el delito investigado, correspondiendo al Juez, a través del control de la ejecución de la medida, la identificación de las conversaciones relevantes.

Igualmente satisface las exigencias de motivación constitucionalmente exigibles el Auto de 14 de octubre de 2003, en el que se acuerda la prórroga de la intervención, integrado con la solicitud policial de la misma fecha, pues se sustenta en los datos obtenidos en la intervención inicialmente acordada, cuyos resultados se ponen en conocimiento del órgano judicial mediante la remisión de las cintas y las transcripciones íntegras, habiendo procedido además la fuerza policial actuante a transcribir las conversaciones más relevantes en el oficio de 14 de octubre de 2003 en el que se solicitaba la prórroga. Y hemos afirmado que el Juez puede tener puntual información de los resultados de la intervención telefónica, suficiente para acordar la prórroga de la intervención, a través de los informes de quien la lleva a cabo (SSTC 82/2002, de 22 de abril, FJ 5; 184/2003, de 23 de

octubre, FJ 12; 205/2005, de 18 de julio, FJ 4; 239/2006, de 17 de julio, FJ 4).

5. Las anteriores consideraciones permiten excluir también la denunciada vulneración del artículo 18.3 CE derivada de un deficiente control judicial de la intervención, pues si bien es cierto que hemos declarado que el control judicial de la ejecución de la medida se integra en el contenido esencial del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), para considerar cumplido este requisito es suficiente con que los Autos de autorización y prórroga fijen periodos para que la fuerza actuante dé cuenta al Juzgado del resultado de las intervenciones, y que el órgano judicial efectúe un seguimiento de las mismas y conozca los resultados de la investigación, que debe tener en cuenta para autorizar las prórrogas, conocimiento que puede obtenerse a través de las transcripciones remitidas y los informes efectuados por quienes la llevaban a cabo (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 5; 82/2002, de 22 de abril, FJ 5; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 12; 165/2005, de 20 de junio, FJ 8; 239/2006, de 17 de julio, FJ 4).

Nada de ello se cuestiona por el recurrente, quien se limita a poner de relieve que no consta la intervención de un intérprete, pese a que muchas de las conversaciones eran mantenidas en idiomas extranjeros y las transcripciones se remiten en castellano. Un dato que carece de relevancia constitucional, pues –como manifiesta la Sentencia de casación, fundamento jurídico tercero– en las plantillas de la policía judicial hay agentes capaces de realizar directamente la transcripción a otro idioma sin necesidad de intérprete, sin que 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.

6. Hemos de rechazar, igualmente, la existencia de la denunciada vulneración del artículo 18.3 CE, derivada de la falta de notificación al Ministerio Fiscal de los Autos de intervención y prórroga de las intervenciones telefónicas en el momento en que las mismas se estaban practicando, en aplicación de la doctrina sentada por la STC 197/2009, de 28 de septiembre, FJ 7.

Como recordábamos en esta Sentencia, desde la STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 6, dictada por el Pleno de este Tribunal, venimos señalando que la garantía jurisdiccional del secreto de las comunicaciones no se colma con la concurrencia formal de una autorización procedente de un órgano jurisdiccional (en el caso del ordenamiento español, el Juez de Instrucción, al que la Ley de enjuiciamiento criminal configura como titular de la investigación oficial), sino que ésta ha de ser dictada en un proceso, único cauce que permite hacer controlable, y con ello jurídicamente eficaz, la propia actuación judicial. En ese contexto –y siempre en referencia a supuestos en los que los Autos de intervención y prórroga se dictan en el seno de unas «diligencias indeterminadas», que no constituyen en rigor un proceso legalmente existente– posteriores resoluciones han declarado contraria a las exigencias de control de la intervención la falta de notificación al Ministerio Fiscal de los Autos de intervención o prórroga, cuando no existe constancia de que efectivamente se produjera tal conocimiento, en la medida en que tal ausencia impidió el control inicial del desarrollo y cese de la medida, en sustitución del interesado, por el garante de los derechos de los ciudadanos (SSTC 205/2002, de 11 de noviembre, FJ 5; 165/2005, de 20 de junio, FJ 7; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 5; 146/2006, de 8 de mayo, FJ 4). Por tanto, «lo que nuestra doctrina ha considerado contrario a las exigencias del artículo 18.3 CE no es la mera inexistencia

de un acto de notificación formal al Ministerio Fiscal de la intervención telefónica –tanto del Auto que inicialmente la autoriza como de sus prórrogas–, sino el hecho de que la misma, al no ser puesta en conocimiento del Fiscal, pueda acordarse y mantenerse en un secreto constitucionalmente inaceptable, en la medida en que no se adopta en el seno de un auténtico proceso que permite el control de su desarrollo y cese» (STC 197/2009, de 28 de septiembre, FJ 7). Lo que llevaba a concluir en aquel caso –en el que las intervenciones telefónicas se habían acordado en el seno de unas diligencias previas, de cuya existencia tuvo conocimiento el Ministerio Fiscal desde el primer momento–, que la falta de constancia en las actuaciones de un acto formal de notificación al Fiscal de los Autos que autorizaron y prorrogaron las intervenciones telefónicas, no constituía un defecto constitucionalmente relevante en el control de la intervención, en la medida en que no impidió el control inicial de su desarrollo y cese y no consagraba, por tanto, un «secreto constitucionalmente inaceptable».

Del mismo modo en el presente caso –como se pone de relieve por el Ministerio Fiscal y se desprende del examen de lo actuado– las intervenciones telefónicas 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 im-

pedido el control inicial del desarrollo y cese de la medida y no consagra, por tanto, un «secreto constitucionalmente inaceptable». Al haberse acordado en el seno de un auténtico proceso, de cuya incoación tuvo constancia el Ministerio Fiscal desde el primer momento, éste pudo desde entonces intervenir en defensa de la legalidad y como garante de los derechos del ciudadano, quedando así asegurada la posibilidad efectiva de control inicial de la medida hasta su cese. Y posteriormente, cuando la medida se alzó, el propio interesado tuvo la posibilidad de conocerla e impugnarla, lo que no se ha puesto en cuestión en la demanda de amparo.

7. Como cuarto motivo de amparo, bajo la invocación del derecho a un proceso con todas las garantías, a la defensa y a la asistencia letrada efectiva (art. 24.2 CE), denuncia el recurrente que la declaración autoincriminatoria prestada en fase de instrucción y que sustenta su condena es nula, por haber sido prestada en situación de incomunicación, por lo que no pudo entrevistarse previamente con su Letrado, cuando tal incomunicación ni está prevista legalmente en el artículo 520 bis LECrim (que hace referencia a los delitos de terrorismo), ni fue acordada judicialmente.

Como señala el Ministerio Fiscal, la queja carece de sustrato fáctico y de base jurídica, según se desprende de la lectura del fundamento jurídico cuarto de la Sentencia de casación. En efecto, frente a lo afirmado por el recurrente, el Tribunal Supremo sostiene que el Juzgado de Instrucción de Denia acordó el secreto del sumario, dando orden de detención incomunicada y puesta a disposición del Juzgado del demandante, mediante Auto de 10 de noviembre de 2003 (ff. 1113 y 1114), exponiendo el riesgo de que el detenido pudiera informar o alertar a otros partícipes en el hecho investigado y frustrar la investigación. Una incomunicación que se acuerda,

obviamente, no al amparo del artículo 520 bis LECrim (previsión legal referida a los delitos de terrorismo), sino conforme al amparo del artículo 509 LECrim. Por tanto, la incomunicación se acuerda con base legal y mediante una resolución judicial motivada y, de conformidad con lo previsto en el artículo 527 LECrim, dicha situación conlleva que la designación del Abogado sea de oficio y que se suprima el derecho del detenido incomunicado a la entrevista reservada con el Letrado que concede el artículo 520.6 c) LECrim en las diligencias policiales y judiciales que se practiquen en tal situación. Una previsión cuya legitimidad constitucional ha sido declarada por este Tribunal en nuestra STC 196/1987, de 11 de diciembre, en virtud de la ponderación del derecho a la asistencia letrada del artículo 17.3 CE con la necesaria protección de otros bienes constitucionalmente reconocidos (SSTC 7/2004, de 9 de febrero, FJ 6; 339/2005, de 20 de diciembre, FJ 5; 81/2006, de 13 de marzo, FJ 4).

En definitiva, habiéndose decretado la incomunicación 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 artículo 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 declaración autoincriminatoria del recurrente.

8. 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) como consecuencia de la lectura en el plenario, a solicitud del Ministerio Fiscal, de dos de las tres declaraciones prestadas por el recurrente en fase de instrucción, así como de las de-

claraciones de otro de los coimputados, incluida su declaración policial, al amparo del artículo 714 LECrim, pese a que ambos se habían acogido al derecho a no declarar, por lo que no resultaba de aplicación dicho precepto legal, ni tampoco el artículo 730 LECrim.

Conviene precisar, en primer lugar, como precisa el Tribunal Supremo (fundamento jurídico quinto de la Sentencia de casación), que en el acto del juicio sólo se procedió a la lectura de las declaraciones solicitadas por las partes (en concreto por el Ministerio Fiscal), habiendo podido el acusado solicitar la lectura de aquélla que consideraba favorable, cosa que no hizo, por lo que la misma no pudo ser tenida en cuenta por el Tribunal sentenciador, sin que de ello se derive vulneración alguna de las garantías del proceso justo. Por otra parte, la lectura de la declaración del coimputado prestada en sede policial, se lleva a cabo –como también se destaca en ese mismo fundamento jurídico de la Sentencia de casación– porque resultaba imprescindible para complementar la declaración prestada ante el Juez de Instrucción, en la que el declarante se ratifica en la declaración hecha en sede policial, como consta al folio 1697 de las actuaciones. Por tanto, es esa declaración prestada ante el Juez instructor la que accede al proceso y la que, en su caso, puede sustentar la condena, lo cual tampoco vulnera en sí mismo las garantías del proceso justo.

Por lo demás, y desde la perspectiva constitucional que nos compete, lo único que resulta relevante es que tales 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 intermediación, 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 (por todas, SSTC 2/2002, de 14 de enero, FJ 6; 155/2002, de 22 de julio, FJ 10; 38/2003, de 27 de febrero, FJ 7; 142/2006, de 8 de mayo, FJ 3; 29/2008, de 20 de febrero, FJ 5).

En efecto, al igual que sucedió en los casos de las SSTC 2/2002, de 14 de enero, 38/2003, de 27 de febrero, ó 142/2006, de 8 de mayo –en las que también abordamos supuestos de validez de declaraciones sumariales de imputados incorporadas al acto del juicio ante la decisión de los declarantes de acogerse al derecho a guardar silencio en dicho acto– en este caso puede afirmarse que, desde la perspectiva de la intermediación, el órgano sentenciador tuvo en su presencia al autor del testimonio y pudo, por ello, valorar su decisión de guardar silencio pese a sus declaraciones anteriores; atendiendo a las exigencias de publicidad del debate, el contenido incriminatorio de las declaraciones sumariales accedió al juicio oral a través de la lectura de los folios sumariales en el que se documentaron; y, finalmente, se respetó la posibilidad de contradicción al leerse las declaraciones sumariales en presencia de las partes y formularse por el Ministerio Fiscal las preguntas que tenía intención de realizar, por lo que la defensa del acusado pudo impugnar su contenido haciendo al respecto las alegaciones que estimara oportunas. Como recordamos en la STC 142/2006, FJ 3, «la garantía de contradicción implica ... que el acusado tenga la posibilidad de interrogar a quien declara en su contra para de este modo controvertir su credibilidad y el contenido de su testimonio, pero no conlleva necesariamente el derecho a obtener una respuesta, máxime cuando la persona que decide no realizar manifestaciones lo hace, como aquí ha sucedido, en el ejercicio de un derecho constitucionalmente reconocido».

9. Hemos de rechazar, por último, 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, que ya hemos rechazado en los fundamentos jurídicos anteriores.

En efecto, descartada la nulidad de las intervenciones telefónicas practicadas al no apreciarse vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), no cabe apreciar tampoco la nulidad de los registros practicados en los domicilios y las naves, ni de las restantes pruebas que en la demanda de amparo se consideran derivadas de la ilícitamente obtenida. Por lo que respecta a la falta de incorporación al plenario del contenido de las cintas grabadas y a la falta de constancia de la intervención de un intérprete, hemos dicho ya que ninguno de los acusados interesó la audición de las cintas en el acto del juicio, ni denunció 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, por lo que no puede impugnarse ahora la falta de validez de una prueba que, en todo caso, no sirve de sustento a la condena. Igualmente hemos rechazado la vulneración del derecho a la asistencia letrada del recurrente como consecuencia de su incomunicación (art. 17.3 CE) y afirmado la válida incorporación al proceso de las declaraciones prestadas en fase de instrucción tanto por el recurrente como por el coimputado, pues fueron introducidas en el acto del juicio en condiciones que garantizan las exigencias constitucionales de toda actividad probatoria; cuales son la publicidad, contradicción e intermediación.

Siendo así, ha de concluirse que la condena del recurrente se sustenta en pruebas de cargo válidamente practicadas (fundamentalmente su propia declaración autoincriminatoria y la declaración incriminatoria del coimputado, co-

rroborada 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 las cuales se infiere la autoría del recurrente del delito de tráfico de drogas que se le imputa mediante un razonamiento explicitado en las resoluciones judiciales (fundamentos jurídicos primero y segundo de la Sentencia de instancia, a los que se remite la Sentencia de casación en su fundamento jurídico séptimo) y que no cabe calificar 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 compete 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).

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 F.L.M..

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veintiuno de diciembre de dos mil nueve.—María Emilia Casas Baamonde.—Javier Delgado Barrio.—Manuel Aragón Reyes.—Firmado y rubricado.

Sentencia 220/2009, de 21 de diciembre de 2009

Recurso de amparo 3453-2007. Promovido por don A.E.D. 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 presunción de inocencia: STC 219/2009. («BOE» núm. 15 de 18 de enero de 2010)

La Sección Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Javier Delgado Barrio y don Manuel Aragón Reyes, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 3453-2007, promovido por don A.E.D., representado por el Procurador de los Tribunales don J.F.E. y asistido por el Abogado don G.B.T., 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 W.M.N., don S.M.J., doña K.K.J. y don F.L.M., todos ellos representados por el Procurador de los Tribunales don J.F.E. y defendidos por el Abogado don G.B.T.. Ha sido Ponente la Presidenta doña María Emilia Casas Baamonde, 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 J.F.E., en nombre y representación de don A.E.D., 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 CP), y sin circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de cuatro años de prisión y multa de dieciocho millones de 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 fue detenido tras haber escoltado con su propio camión a un camión cisterna, conducido por otro de los coimputados, en el que —tras ser interceptado por los agentes de la Guardia Civil que efectuaban el seguimiento de los sospechosos— se hallaron 3.900 kilos de hachís ocultos en un doble fondo.

b) Contra la anterior resolución se interpuso recurso de casación, 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 las intervenciones telefónicas, 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 primera de las intervenciones, es estereotipado y carece de

motivación. Señala además que en esa misma fecha el investigado fue detenido y puesto en libertad, continuándose luego la investigación en Málaga, 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 inculpativa que prestó ante el Juez de Instrucción núm. 3 de Denia el día 13 de noviembre de 2003 el coimputado don F.L.M. 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 el coimputado 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 algunas de las declaraciones prestadas en fase de instrucción por dos coimputados (don F.L.M. y don S.M.J.), así como de la declaración prestada por este último 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 de dos coimputados 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 23 de julio de 2008, la Sección Primera 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.

5. A través de una diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de la Sala Primera, de 6 de noviembre de 2008, se tienen por recibidos los testimonios de las actuaciones y por personado y parte al Procurador don J.F.E., en nombre y representación de don F.L.M.ez, don W.M.N., don S.M.J. y doña K.K.J..

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.

6. La representación procesal de don F.L.M. y de doña K.K.J. presentó sus alegaciones el día 27 de noviembre de 2008, adhiriéndose a todos los motivos de amparo expuestos en la demanda.

7. El día 9 de diciembre de 2008 presentó sus alegaciones el Ministerio Fiscal, interesando la denegación del amparo solicitado.

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 fundamento 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. Destaca que en el presente caso, dado que las intervenciones telefónicas fueron acordadas en el seno de un proceso, el retraso en la notificación de los Autos no impidió que el Ministerio Fiscal ejerciera con plenitud su función como garante de los derechos de los ciudadanos.

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 otra parte, entiende el Fiscal que tanto la Audiencia Provincial como la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo consideraron que la instrucción de la causa respetaba las normas de competencia previstas en la LECrim y en la LOPJ, limitándose el recurrente a cuestionar la competencia del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Denia, sin razonar en qué modo ello afecta al derecho al juez predeterminado por la ley.

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. Las resoluciones judiciales fueron motivadas, pues no sólo había sospechas de la posible comisión

del hecho delictivo, sino la certeza de su comisión, por lo que se intervino, en primer lugar, el teléfono del principal sospechoso y posteriormente los de otros sospechosos, la policía se ajustó a las órdenes judiciales recibidas y el Juez fue informado escrupulosamente del curso de las investigaciones, por lo que no existe ni falta de motivación, ni indeterminación objetiva y subjetiva, ni ausencia de control de la intervención.

En relación con el cuarto motivo de amparo, y como se pone de manifiesto en la Sentencia de casación, la incomunicación del coimputado fue acordada judicialmente con pleno acomodo a la legalidad aplicable (art. 509 LECrim) que conlleva que la designación del Abogado sea de oficio y que se suprima el derecho a la entrevista reservada con el Letrado que concede el artículo 520.6 c) LECrim. Por lo demás, en ningún momento se denuncia que en dicha declaración, prestada voluntariamente ante la autoridad judicial y con asistencia letrada, se sufriera coacción o intimidación alguna, habiendo sido informado de su derecho a no declarar. Por todo ello, la queja carece de sustrato fáctico y de base jurídica. Añade el Fiscal que el demandante se refiere a la lesión del derecho fundamental de un tercero sin argumentar que de la misma se derive algún perjuicio para él, por lo que no cabe apreciar interés legítimo a los efectos del artículo 162.1 b) CE.

Por lo que respecta a lectura en el plenario de dos de las declaraciones efectuadas por dos de los coimputados en fase de instrucción, pese a haberse acogido éstos al derecho a no declarar, se remite el Fiscal a lo expuesto por el Tribunal Supremo al responder a idéntico motivo de casación, añadiendo que en todo caso la condena del recurrente se cimentó sólo escasamente en las declaraciones de uno de ellos, pues la prueba de cargo fundamental fueron las declaraciones de un testigo y de los agentes po-

liciales encargados de la investigación acerca de los seguimientos realizados y de los actos llevados a cabo por el recurrente hasta que se produjo su detención, como se desprende del fundamento jurídico segundo de la Sentencia de instancia. Se añade que no existió infracción procesal alguna, pues existía precepto legal que habilitaba la lectura de las declaraciones y que la indefensión de que se duele el demandante derivada de que no se procediera a la lectura de una tercera declaración del coimputado en modo alguno es atribuible al Tribunal, sino al comportamiento procesal de la parte. Y por lo que respecta a la lectura de la declaración del coimputado realizada en sede policial, se destaca que la misma integra la declaración judicial, pues fue ratificada íntegramente ante el Juez de Instrucción y que, en todo caso, las declaraciones de este imputado en modo alguno fueron tenidas en cuenta para su condena.

Finalmente, se rechaza la alegada vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), afirmando que habiéndose descartado que las pruebas de cargo adolecieran de irregularidad alguna, la condena se asienta en sólidos elementos probatorios, dado el modo en que el recurrente fue detenido y la ocupación de la droga que transportaba, que pudo ser interceptada tras el seguimiento al que venía siendo sometido el recurrente por miembros de la Guardia Civil, que llevaban muchos días vigilando las naves y los vehículos que en las mismas se introducían.

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 en amparo, a fin de no privar de efectividad el eventual otorgamiento del amparo.

Mediante una providencia de fecha 27 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 18 de mayo de 2009 la Sala Primera 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. Por providencia de 26 de noviembre de 2009, la Sala Primera acordó deferir la resolución del presente recurso de amparo a la Sección Primera, 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.

10. Por providencia de 17 de diciembre de 2009 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 21 del mismo mes y 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 derecho 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. Hemos de comenzar rechazando la denunciada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la defensa (art. 24.2 CE), que en la demanda se vinculan a la incongruencia omisiva en que habría incurrido la Sentencia de instancia al no responder a la cuestión de la nulidad de las escuchas por falta de notificación al Ministerio Fiscal cuando se estaban practicando.

Conforme a reiterada jurisprudencia de este Tribunal, la incongruencia omisiva o ex silentio es un quebrantamiento de forma que sólo alcanza relevancia constitucional y determina la vulneración del artículo 24.1 CE cuando, al dejar imprejuizada la pretensión oportunamente planteada por una de las partes del proceso, los órganos judiciales no tutelan los derechos o intereses legítimos sometidos a su jurisdicción, provocando una denegación de justicia (por todas, SSTC 8/2004, de 9 de febrero, FJ 4; 52/2005, de 14 de marzo, FJ 2; 67/2007, de 27 de marzo, FJ 2; 138/2007, de 4 de junio, FJ 2; 165/2008, de 15 de diciembre, FJ 2). Y ello no puede apreciarse en el presente caso.

En primer lugar, porque del examen de las actuaciones se desprende 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. En efecto, en la propia demanda de amparo se admite que en el acta del juicio oral —acta que, como pone de relieve el Tribunal Supremo en el fundamento jurídico primero de la Sentencia de casación, fue suscrita por todas las partes sin protesta o salvedad alguna— consta

que en la primera sesión del mismo se planteó como cuestión previa de nulidad que «el Ministerio Fiscal no fue notificado de las diligencias de prueba». Una cuestión a la que el Fiscal se opuso y sobre la que la Sala se pronunció, como prevé el artículo 786.2 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrim), antes de la celebración del juicio, manifestando —según reconoce también la demanda de amparo— que el Fiscal no pone de manifiesto que no fuera notificado y que en las propias resoluciones consta que se dé traslado al Ministerio Fiscal. Por tanto, existió una respuesta judicial a la pretensión planteada, en los ambiguos términos en que la misma lo fue, lo que excluye la existencia de una incongruencia omisiva constitucionalmente relevante.

Por otra parte, en ese mismo fundamento jurídico primero de la Sentencia de casación —como posteriormente en el fundamento jurídico tercero, al analizar la nulidad de las intervenciones telefónicas— se da respuesta expresa a la cuestión de la falta de notificación al Fiscal, señalando que cualquier deficiencia formal en el proceso sólo es invalidante si provoca indefensión y que en el presente caso el Fiscal ha tenido oportunidad de intervenir en todo momento en el proceso desde la incoación de la causa penal, que pudo recurrir las resoluciones judiciales en cualquier momento desde su notificación y que, «en cualquier caso, la garantía de las decisiones injerenciales reside en el juez que las dicta no en la notificación al Fiscal». En definitiva, también la cuestión específica 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 los fundamentos jurídicos primero y tercero de 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), este Tribunal Constitucional ha declarado, desde la STC 47/1983, de 31 de mayo, FJ 2, que dicho derecho exige, fundamentalmente, que el órgano judicial haya sido creado por una norma legal investíéndolo de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional (SSTC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 17; 32/2004, de 8 de marzo, FJ 4; 60/2008, de 26 de mayo, FJ 2). Constituye también doctrina reiterada de este Tribunal que las cuestiones relativas a la interpretación de las normas sobre atribución de competencias a los órganos jurisdiccionales son de legalidad ordinaria y ajenas, por tanto, al derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, salvo que esa interpretación suponga una manipulación manifiestamente arbitraria de las reglas legales sobre atribución de competencias (por todas, STC 115/2006, de 24 de abril, FJ 9). No puede confundirse, por tanto, el contenido de este derecho fundamental con el derecho a que las normas sobre distribución de competencias entre los órganos jurisdiccionales se interpreten en un determinado sentido (entre muchas, SSTC 238/1998, de 15 de diciembre, FJ 3; 49/1999, de 5 de abril, FJ 2; 183/1999, de 11 de octubre, FJ 2, 164/2008, de 15 de diciembre, FJ 4).

Pues bien, en el presente caso, tras la queja no se oculta sino la pretensión de otorgar trascendencia constitucional a una cuestión de competencia entre órganos judiciales, sometiendo implícitamente a este Tribunal el problema legal de la determinación del Juez del caso. En efecto, la demanda de amparo pretende negar la competencia del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Denia para proseguir dirigiendo la instrucción una vez que se continuaron investigando nuevos hechos

en la provincia de Málaga, afirmando que los competentes serían los Juzgados de Málaga o el Juzgado Central de Instrucción. Sin embargo, el Tribunal Supremo en el fundamento jurídico segundo de la Sentencia de casación afirma que, al producirse hechos delictivos de una misma trama en diferentes lugares, son competentes los juzgados de instrucción de los lugares donde se desarrollen las actividades delictivas o el primero que empezó a conocer del asunto por aplicación del principio de ubicuidad, esto es, el Juzgado de Denia. Igualmente señala que la competencia de la Audiencia Nacional exigía la concurrencia de varios requisitos legales (art. 65.1.d de la Ley Orgánica del Poder Judicial: LOPJ), cuya realidad había de acreditarse de forma clara y nítida —dado el carácter excepcional de este órgano jurisdiccional— y que una vez descubierta la existencia de una trama delictiva organizada a gran escala con incidencia en varias provincias, el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Denia se inhibió a favor de los Juzgados Centrales de Instrucción. Por todo ello, considera que la intervención del Juzgado de Instrucción de Denia fue, desde el punto de vista de su competencia, impecable. De la lectura de dicha argumentación se desprende que la pretensión penal ha sido examinada por el Juez ordinario, cuya competencia ha sido determinada a través de una razonable interpretación de la legalidad procesal que no nos corresponde revisar, ni sustituir (por todas, STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 2).

4. Como tercer motivo de amparo denuncia el recurrente la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), por diversos motivos, el primero de los cuales es la insuficiente motivación de los Autos que acuerdan la primera intervención telefónica y la prórroga de la misma, intervenciones de las que entiende derivadas todas las restantes pruebas practicadas en la causa.

Por lo que respecta a las exigencias de motivación que ha de cumplir la autorización judicial de una intervención telefónica para considerarla constitucionalmente legítima, reiteradamente hemos afirmado que, además de precisar el número o números de teléfono que han de intervenir, la duración de la intervención, quién ha de llevarla a cabo y cuándo ha de darse cuanta al órgano judicial, han de explicitarse en ella los presupuestos materiales habilitantes de la intervención, esto es, los datos objetivos que puedan considerarse indicios de la posible comisión de un hecho delictivo grave y de la conexión de las personas afectadas por la intervención con los hechos investigados. Y ello a fin de excluir que se trate de una investigación meramente prospectiva, pues el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan en los encargados de la investigación, ya que de otro modo se desvanecería la garantía constitucional (por todas, entre otras muchas, SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8; 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 8; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 2; 253/2006, de 11 de septiembre, FJ 2; 197/2009, de 28 de septiembre, FJ 4). También hemos afirmado que, aunque es deseable que la resolución judicial contenga en sí misma todos los datos anteriores, puede considerarse suficientemente motivada si, integrada con la solicitud policial a la que puede remitirse, contiene todos los elementos necesarios para llevar a cabo el juicio de proporcionalidad (por todas, SSTC 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 9; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 2; 136/2006, de 8 de mayo, FJ 4; 197/2009, de 28 de septiembre, FJ 4).

En el presente caso, como pone de relieve el Tribunal Supremo (fundamento jurídico tercero 2 de la Sentencia de ca-

sación), la mera lectura del Auto de 15 de septiembre de 2003, por el que se acordaba la primera intervención telefónica, integrado con el oficio policial de 11 de septiembre de 2003 en el que la misma se solicita, permite concluir que existe una motivación suficiente para poder afirmar la legitimidad constitucional de la medida. En efecto, en el citado Auto se hace constar la existencia de contundentes indicios objetivos de la comisión de un delito contra la salud pública, derivados de las investigaciones policiales previas a las que se hace referencia en el oficio policial (en concreto, el hallazgo casual de 466 kg. de hachís disimulados en el interior de unos muebles que una empresa de transportes había recogido en una nave industrial, con el encargo de ser transportados a Inglaterra), así como de la posible participación del investigado (el coimputado Sr. López Martín) en el citado delito sobre la base de las múltiples indagaciones realizadas hasta ese momento (que permiten identificarle como la persona que intervino en el alquiler de la nave industrial de la que salió la droga, además de sus anteriores detenciones en relación con delitos de tráfico de drogas en los que también se encontraban implicados ciudadanos británicos). Asimismo se exterioriza en dicho Auto el juicio de proporcionalidad exigido constitucionalmente para adoptar la medida, aludiendo a la gravedad del delito investigado, así como a la idoneidad y necesidad de la medida, a la vista de la imposibilidad de seguir obteniendo datos por otras vías, como pone de relieve el oficio policial.

Por otra parte, el citado Auto identifica a la persona y el teléfono objeto de intervención, sin que el hecho de que la autorización se otorgue para identificar a otras personas implicadas –como consta en la parte dispositiva– suponga indeterminación subjetiva alguna. Como advertíamos en la STC 150/2006, de 22 de mayo, FJ 3, de nuestra jurisprudencia «no se desprende que la previa identificación de los

titulares o usuarios de las líneas telefónicas a intervenir resulte imprescindible para entender expresado el alcance subjetivo de la medida, excluyendo la legitimidad constitucional de las intervenciones telefónicas que, recayendo sobre sospechosos, se orienten a la identificación de los mismos u otorgando relevancia constitucional a cualquier error respecto de la identidad de los titulares o usuarios de las líneas a intervenir», pues tales exigencias «resultarían desproporcionadas por innecesarias para la plena garantía del derecho y gravemente perturbadoras para la investigación de delitos graves, especialmente cuando éstos se cometen en el seno de estructuras delictivas organizadas». Lo relevante para preservar el principio de proporcionalidad es «la aportación de aquellos datos que resulten imprescindibles para poder constatar la idoneidad y estricta necesidad de la intervención y excluir las escuchas prospectivas», lo que ya hemos excluido en el presente caso. Siendo así, no puede considerarse constitucionalmente ilegítima la intervención de las conversaciones de las personas que comunican o con las que se comunican aquéllas sobre las que recaen inicialmente los indicios, en la medida en que tales conversaciones estén relacionadas con el delito investigado, correspondiendo al Juez, a través del control de la ejecución de la medida, la identificación de las conversaciones relevantes.

Igualmente satisface las exigencias de motivación constitucionalmente exigibles el Auto de 14 de octubre de 2003, en el que se acuerda la prórroga de la intervención, integrado con la solicitud policial de la misma fecha, pues se sustenta en los datos obtenidos en la intervención inicialmente acordada, cuyos resultados se ponen en conocimiento del órgano judicial mediante la remisión de las cintas y las transcripciones íntegras, habiendo procedido además la fuerza policial actuante a transcribir las conversaciones más relevantes en el oficio de 14 de oc-

tubre de 2003 en el que se solicitaba la prórroga. Y hemos afirmado que el Juez puede tener puntual información de los resultados de la intervención telefónica, suficiente para acordar la prórroga de la intervención, a través de los informes de quien la lleva a cabo (SSTC 82/2002, de 22 de abril, FJ 5; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 12; 205/2005, de 18 de julio, FJ 4; 239/2006, de 17 de julio, FJ 4).

5. Las anteriores consideraciones permiten excluir también la denunciada vulneración del artículo 18.3 CE derivada de un deficiente control judicial de la intervención, pues si bien es cierto que hemos declarado que el control judicial de la ejecución de la medida se integra en el contenido esencial del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), para considerar cumplido este requisito es suficiente con que los Autos de autorización y prórroga fijen periodos para que la fuerza actuante dé cuenta al Juzgado del resultado de las intervenciones, y que el órgano judicial efectúe un seguimiento de las mismas y conozca los resultados de la investigación, que debe tener en cuenta para autorizar las prórrogas, conocimiento que puede obtenerse a través de las transcripciones remitidas y los informes efectuados por quienes la llevaban a cabo (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 5; 82/2002, de 22 de abril, FJ 5; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 12; 165/2005, de 20 de junio, FJ 8; 239/2006, de 17 de julio, FJ 4).

Nada de ello se cuestiona por el recurrente, quien se limita a poner de relieve que no consta la intervención de un intérprete pese a que muchas de las conversaciones eran mantenidas en idiomas extranjeros y las transcripciones se remiten en castellano. Un dato que carece de relevancia constitucional, pues —como manifiesta la Sentencia de casación, fundamento jurídico tercero— en las plantillas de la policía judicial hay agentes capaces de realizar directamente la transcripción a otro idioma sin necesidad de

intérprete, sin que 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.

6. Hemos de rechazar, igualmente, la existencia de la denunciada vulneración del artículo 18.3 CE derivada de la falta de notificación al Ministerio Fiscal de los Autos de intervención y prórroga de las intervenciones telefónicas en el momento en que las mismas se estaban produciendo, en aplicación de la doctrina sentada por la STC 197/2009, de 28 de septiembre, FJ 7.

Como recordábamos en esta Sentencia, desde la STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 6, dictada por el Pleno de este Tribunal, venimos señalando que la garantía jurisdiccional del secreto de las comunicaciones no se colma con la concurrencia formal de una autorización procedente de un órgano jurisdiccional (en el caso del ordenamiento español, el Juez de Instrucción, al que la Ley de enjuiciamiento criminal configura como titular de la investigación oficial), sino que ésta ha de ser dictada en un proceso, único cauce que permite hacer controlable, y con ello jurídicamente eficaz, la propia actuación judicial. En ese contexto —y siempre en referencia a supuestos en los que los Autos de intervención y prórroga se dictan en el seno de unas «diligencias indeterminadas», que no constituyen en rigor un proceso legalmente existente— posteriores resoluciones han declarado contraria a las exigencias de control de la intervención la falta de notificación al Ministerio Fiscal de los Autos de intervención o prórroga, cuando no existe constancia de que efectivamente se produjera tal conocimiento, en la medida en que tal ausencia impidió el control inicial del desarrollo y cese de la medida, en sustitución del interesado, por el garante de los derechos de los ciu-

dadanos (SSTC 205/2002, de 11 de noviembre, FJ 5; 165/2005, de 20 de junio, FJ 7; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 5; 146/2006, de 8 de mayo, FJ 4). Por tanto, «lo que nuestra doctrina ha considerado contrario a las exigencias del artículo 18.3 CE no es la mera inexistencia de un acto de notificación formal al Ministerio Fiscal de la intervención telefónica —tanto del Auto que inicialmente la autoriza como de sus prórrogas—, sino el hecho de que la misma, al no ser puesta en conocimiento del Fiscal, pueda acordarse y mantenerse en un secreto constitucionalmente inaceptable, en la medida en que no se adopta en el seno de un auténtico proceso que permite el control de su desarrollo y cese» (STC 197/2009, de 28 septiembre, FJ 7). Lo que llevaba a concluir en aquel caso —en el que las intervenciones telefónicas se habían acordado en el seno de unas diligencias previas, de cuya existencia tuvo conocimiento el Ministerio Fiscal desde el primer momento—, que la falta de constancia en las actuaciones de un acto formal de notificación al Fiscal de los Autos que autorizaron y prorrogaron las intervenciones telefónicas, no constituía un defecto constitucionalmente relevante en el control de la intervención, en la medida en que no impidió el control inicial de su desarrollo y cese y no consagraba, por tanto, un «secreto constitucionalmente inaceptable».

En el presente caso las intervenciones telefónicas 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». Al haberse acordado en el seno de un auténtico proceso, de cuya incoación tuvo constancia el Ministerio Fiscal desde el primer momento, éste pudo desde entonces intervenir en defensa de la legalidad y como garante de los derechos del ciudadano, quedando así asegurada la posibilidad efectiva de control inicial de la medida hasta su cese. Y posteriormente, cuando la medida se alzó, el propio interesado tuvo la posibilidad de conocerla e impugnarla, lo que no se ha puesto en cuestión en la demanda de amparo.

7. Como cuarto motivo de amparo, bajo la invocación del derecho a un proceso con todas las garantías, a la defensa y a la asistencia letrada efectiva (art. 24.2 CE), denuncia el recurrente que la declaración inculpativa del coimputado Sr. López Martín prestada en fase de instrucción y que sustenta su condena es nula, por haber sido prestada en situación de incomunicación, por lo que no pudo entrevistarse previamente con su letrado, cuando tal incomunicación ni está prevista legalmente en el artículo 520 bis LECrim (que hace referencia a los delitos de terrorismo), ni fue acordada judicialmente.

Como señala el Ministerio Fiscal, la queja carece de sustrato fáctico y de base jurídica, según se desprende de la lectura del fundamento jurídico cuarto de la Sentencia de casación. En efecto, frente a lo afirmado por el recurrente, el Tribunal Supremo sostiene que el Juzgado de Instrucción de Denia acordó el secreto del sumario, dando orden de detención incomunicada y puesta a disposición del Juzgado del demandante, mediante Auto de 10 de noviembre de 2003 (ff. 1113 y 1114), exponiendo el riesgo de que el detenido pudiera informar o alertar a otros partícipes en el hecho investigado y

frustrar la investigación. Una incomunicación que se acuerda, obviamente, no al amparo del artículo 520 bis LECrim (previsión legal referida a los delitos de terrorismo), sino conforme al artículo 509 LECrim. Por tanto, la incomunicación se acuerda con base legal y mediante una resolución judicial motivada y, de conformidad con lo previsto en el artículo 527 LECrim, dicha situación conlleva que la designación del Abogado sea de oficio y que se suprima el derecho del detenido incomunicado a la entrevista reservada con el Letrado que concede el artículo 520.6 c) LECrim en las diligencias policiales y judiciales que se practiquen en tal situación. Una previsión cuya legitimidad constitucional ha sido declarada por este Tribunal en nuestra STC 196/1987, de 11 de diciembre, en virtud de la ponderación del derecho a la asistencia letrada del artículo 17.3 CE con la necesaria protección de otros bienes constitucionalmente reconocidos (SSTC 7/2004, de 9 de febrero, FJ 6; 339/2005, de 20 de diciembre, FJ 5; 81/2006, de 13 de marzo, FJ 4).

En definitiva, habiéndose decretado la incomunicación 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 incomunicado consagrada en el artículo 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 declaración inculpativa del coimputado.

8. 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) como consecuencia de la lectura en el plenario, a solicitud del Ministerio Fiscal, de algunas de las declara-

raciones prestadas ante el Juez de Instrucción por dos coimputados, así como de la declaración policial de uno de ellos, al amparo del artículo 714 LECrim, pese a que ambos se habían acogido al derecho a no declarar, por lo que no resultaba de aplicación dicho precepto legal, ni tampoco el artículo 730 LECrim.

Conviene precisar, en primer lugar, como precisa el Tribunal Supremo (fundamento jurídico quinto de la Sentencia de casación), que en el acto del juicio sólo se procedió a la lectura de las declaraciones solicitadas por las partes (en concreto por el Ministerio Fiscal), habiendo podido el acusado solicitar la lectura de aquéllas que considerara favorables, cosa que no hizo, por lo que la misma no pudo ser tenida en cuenta por el Tribunal sentenciador, sin que de ello se derive vulneración alguna de las garantías del proceso justo. Por otra parte, la lectura de la declaración del coimputado prestada en sede policial, se lleva a cabo –como también se destaca en ese mismo fundamento jurídico de la Sentencia de casación– porque resultaba imprescindible para complementar la declaración prestada ante el Juez de Instrucción, en la que el declarante se ratifica en la declaración hecha en sede policial, como consta al folio 1697 de las actuaciones. Por tanto, es esa declaración prestada ante el Juez instructor la que accede al proceso y la que, en su caso, puede sustentar la condena, lo cual tampoco vulnera en sí mismo las garantías del proceso justo.

Por lo demás, y desde la perspectiva constitucional que nos compete, lo único que resulta relevante es que tales 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 intermediación, por lo que no se aprecia vulneración alguna del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), encontrándose el órgano judi-

cial se encontraba ante pruebas de cargo válidas en las que podía sustentar la condena (por todas, SSTC 2/2002, de 14 de enero, FJ 6; 155/2002, de 22 de julio, FJ 10; 38/2003, de 27 de febrero, FJ 7; 142/2006, de 8 de mayo, FJ 3; 29/2008, de 20 de febrero, FJ 5).

En efecto, al igual que sucedió en los casos de las SSTC 2/2002, de 14 de enero, 38/2003, de 27 de febrero, ó 142/2006, de 8 de mayo —en las que también abordamos supuestos de validez de declaraciones sumariales de imputados incorporadas al acto del juicio ante la decisión de los declarantes de acogerse al derecho a guardar silencio en dicho acto— en este caso puede afirmarse que, desde la perspectiva de la intermediación, el órgano sentenciador tuvo en su presencia al autor del testimonio y pudo, por ello, valorar su decisión de guardar silencio pese a sus declaraciones anteriores; atendiendo a las exigencias de publicidad del debate, el contenido incriminatorio de las declaraciones sumariales accedió al juicio oral a través de la lectura de los folios sumariales en el que se documentaron; y, finalmente, se respetó la posibilidad de contradicción al leerse las declaraciones sumariales en presencia de las partes y formularse por el Ministerio Fiscal las preguntas que tenía intención de realizar, por lo que la defensa del acusado pudo impugnar su contenido haciendo al respecto las alegaciones que estimara oportunas. Como recordamos en la STC 142/2006, FJ 3, «la garantía de contradicción implica ... que el acusado tenga la posibilidad de interrogar a quien declara en su contra para de este modo controvertir su credibilidad y el contenido de su testimonio, pero no conlleva necesariamente el derecho a obtener una respuesta, máxime cuando la persona que decide no realizar manifestaciones lo hace, como aquí ha sucedido, en el ejercicio de un derecho constitucionalmente reconocido».

9. Hemos de rechazar, por último, 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, que ya hemos rechazado en los fundamentos jurídicos anteriores.

En efecto, descartada la nulidad de las intervenciones telefónicas practicadas al no apreciarse vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), no cabe apreciar tampoco la nulidad de las restantes pruebas que en la demanda de amparo se consideran derivadas de la ilícitamente obtenida. Por lo que respecta a la falta de incorporación al plenario del contenido de las cintas grabadas y a la falta de constancia de la hemos dicho ya que ninguno de los acusados interesó la audición de las cintas en el acto del juicio, ni denunció 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, por lo que no puede impugnarse ahora la falta de validez de una prueba que, en todo caso, no sirve de sustento a la condena. Igualmente hemos rechazado la vulneración del derecho a la asistencia letrada del coimputado como consecuencia de su incomunicación (art. 17.3 CE) y afirmado la válida incorporación al proceso de las declaraciones prestadas en fase de instrucción por los coimputados, pues fueron introducidas en el acto del juicio en condiciones que garantizan las exigencias constitucionales de toda actividad probatoria; cuales son la intervención de un intérprete, publicidad, contradicción e intermediación.

Siendo así, ha de concluirse que la condena del recurrente se sustenta en pruebas de cargo válidamente practicadas (además de las declaraciones sumariales del coimputado Sr. López Martín, fundamentalmente la declaración prestada en el acto del juicio por un testigo—quien manifiesta que vio juntos a los conductores de los dos camiones y que fue con las llaves porque Spencer dijo

que iban a descargar unos colchones en una de las naves— así como por uno de los agentes de la Guardia Civil, quien en el acto del juicio describe el seguimiento que hicieron del camión conducido por el recurrente y del otro camión, hasta que fueron interceptados y registrados los camiones, hallándose en el interior de uno de ellos los 3.900 kilos de hachís), a partir de las cuales se infiere la autoría del recurrente del delito de tráfico de drogas que se le imputa (su participación en una operación puntual de tráfico como «lanzadera» del camión que transportaba la droga) mediante un razonamiento explicitado en las resoluciones judiciales (fundamento jurídico segundo de la Sentencia de instancia, al que se remite la Sentencia de casación en su fundamento jurídico séptimo) y que no cabe calificar 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).

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 A.E.D..

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veintiuno de diciembre de dos mil nueve.—María Emilia Casas Baamonde.—Javier Delgado Barrio.—Manuel Aragón Reyes.—Firmado y rubricado.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

DECISIONES SOBRE ADMISIBILIDAD

DECISIÓN SOBRE LA ADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA PRESENTADA POR L.R.D.Y J.N.F. CONTRA ESPAÑA

El Comité de Derechos Humanos, creado en virtud del artículo 28 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Reunido el 27 de octubre de 2009, Adopta la siguiente:

Decisión sobre la admisibilidad

1.1 Los autores de la comunicación, de fecha 6 de diciembre de 2005, son L.R.D. y J.N.F., de nacionalidad española, nacidos en 1952 .37 .1951 respectivamente. Alegan ser víctimas de una violación del artículo 14, párrafo 5 del Pacto por parte de España. El Protocolo Facultativo entró en vigor para el Estado Parte el 25 de abril de 1985. Los autores están representados por el abogado E.G.S..

1.2 El 11 de agosto de 2006, el Relator Especial sobre Nuevas Comunicaciones y Medidas Provisionales, actuando en representación del Comité, accedió a la solicitud del Estado Parte en cuanto a que la admisibilidad de la comunicación fuera examinada separadamente del fondo.

Participaron en el examen de la comunicación los siguientes miembros del Comité: Sr. Abdelfattah Amor, Sr. Lazhari Bouzid, Sra. Christine Chanet, Sr. Ahmad Amin Fathalla, Sr. Yuji Iwasawa, Sra. Helen Keller, Sr. Rajsoomer Lallah, Sra. Zonke

Zanele Majodina, Sra. tila Antoanella Motoc, Sr. Michael O’Flaherty, Sr. José Luis Pérez Sanchez-Cerro, Sr. Rafael Rivas Posada, Sir Nigel Rodley, Sr. Fabian Omar Salvioli, Sr. Krister Thelin y Sra. Ruth Wedgwood.

Los hechos expuestos por los autores

2.1 El 13 de abril de 1998, la Audiencia Nacional condenó a L.R.D., Inspector Jefe del Cuerpo Nacional de Policía en Barcelona, a cuatro años de prisión y multa de cincuenta millones de pesetas (300.000 euros), con arresto sustitutorio de tres meses en caso de impago por insolvencia, por un delito intentado contra la salud pública (tráfico de estupefacientes) y a un mes y un día de arresto por un delito de tenencia ilícita de armas. J.N.F., industrial hostelero, fue igualmente condenado por el delito intentado contra la salud pública a la pena de seis años de prisión y multa de cincuenta millones de pesetas sin arresto sustitutorio. Las condenas se produjeron en el marco de un proceso por tráfico de estupefacientes en el que había 11 personas acusadas.

2.2 Los autores interpusieron recurso de casación ante el Tribunal Supremo en el que, entre otros, contestaban la calificación realizada por la Audiencia de los hechos que se les imputaban y la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, debido a la insuficiencia de las pruebas en que se basó la condena. El

recurso fue desestimado mediante sentencia de 13 de marzo de 2000.

2.3 Los autores proporcionaron al Comité copia de la sentencia de casación. En relación con la calificación de los hechos el Tribunal hace referencia a las conclusiones de la Audiencia según las cuales los autores habían desarrollado una serie de operaciones para aprovisionarse de cocaína a efectos de tráfico, aunque no se había acreditado que el proyecto se llevase efectivamente a cabo. La Audiencia, remitiéndose a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entendió que los hechos eran punibles como tentativa de delito contra la salud pública. Los autores alegan que en su escrito al Tribunal el fiscal estimó que los hechos imputados no podían caracterizarse bajo ninguna de las formas participativas en el delito previstas en el Código Penal, ya que en ningún caso se había ocupado cantidad alguna de estupefacientes. A este argumento el Tribunal recordó su jurisprudencia con arreglo a la cual «el intento de lograr la tenencia, materializado en acciones próximas a su obtención, es punible como tentativa cuando dicha tenencia no se alcanza por razones ajenas a la voluntad del autor».

2.4 Respecto a la posible vulneración del derecho a la presunción de inocencia el Sr. R.D. planteó al Tribunal que aquél había sido vulnerado porque la Audiencia había deducido de una simple conversación telefónica su participación en los hechos. A este respecto el Tribunal Supremo examinó el contenido de dicha conversación y se mostró de acuerdo con la valoración de la misma efectuada por la Audiencia.

2.5 Los autores interpusieron recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional que también fue rechazado. El Sr. R. planteó la vulneración de sus derechos a un proceso judicial con las debidas garantías, a la presunción de inocencia y al principio de legalidad penal, al considerar

que la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo alteraren los hechos probados ~relato~ no ponía de manifiesto actividad alguna calificable de tentativa de la comisión del delito por el que fue finalmente condenado. Además, el Tribunal Supremo no había tenido en cuenta que, según el fiscal, no cabía la mencionada calificación penal de los hechos, al tratarse de una ejecución imperfecta del delito de tráfico de estupefacientes. La demanda de amparo del Sr. Neira se basó en que las sentencias mencionadas vulneraban sus derechos a la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones, a un proceso judicial con todas las garantías y a la presunción de inocencia.

La denuncia

3. Los autores alegan que fueron privados de su derecho bajo el artículo 14, párrafo 5 del Pacto, a que su sentencia condenatoria fuera sometida a un tribunal superior. Señalan que el fiscal del Tribunal Supremo solicitó la absolución por insuficiencia probatoria en relación con la sentencia condenatoria. De haber existido en el procedimiento penal español una doble instancia con todas las garantías, con una revisión de las pruebas, los hechos y las cuestiones jurídicas de derecho en su totalidad, al haber solicitado el fiscal la absolución, no habría existido sentencia condenatoria, ya que no habría existido acusación en la segunda instancia. El tribunal de casación no revisa las pruebas ya que, por imperativo legal, siempre se remite a la valoración de la prueba que se practicó en la primera instancia, en este caso en la Audiencia Nacional.

Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad

4.1 Mediante nota verbal de fecha 10 de julio de 2006, el Estado parte señala que la comunicación debe ser declarada inadmisibile. Afirma que, al formular el recurso de casación, los autores no plantearon al Tribunal Supremo cuestión al-

guna relacionada con una pretendida limitación de la revisión jurisdiccional solicitada. Tampoco se planteó en el recurso de amparo, a pesar de que el Tribunal Constitucional ha insistido reiteradamente que ha de darse al recurso de casación la amplitud suficiente para cumplir con las exigencias del artículo 14, párrafo 5 del Pacto. Por consiguiente, los autores no han agotado los recursos internos con arreglo al artículo 5, párrafo 2 b) del Protocolo Facultativo.

4.2 Según el Estado parte, los autores no indican qué hechos probados concretos pretendieron que fueran revisados sin que tal revisión haya tenido lugar. Su queja no guarda relación sustantiva alguna con el artículo 14, párrafo 5 del Pacto. Más bien parece referirse a la pretendida introducción de un hecho nuevo por el Tribunal Supremo. Ahora bien, no hay ningún hecho nuevo, y el Tribunal Supremo confirmó la sentencia dictada por la Audiencia Nacional sin alteración fáctica alguna. Además, el Tribunal resolvió todas las cuestiones planteadas por los autores. Por ello, el Estado parte afirma que la comunicación debe ser declarada inadmisibles por constituir una utilización del Pacto con claro abuso de su finalidad, conforme a lo dispuesto en el artículo 3 del Protocolo Facultativo.

Comentarios de los autores

5. Con fecha 12 de febrero de 2009 los autores reiteraron que, si el ordenamiento jurídico español garantizara el derecho a la doble instancia habrían sido absueltos en segunda instancia, ya que según el fiscal del Tribunal Supremo, existía una clara falta de pruebas para condenar en la sentencia de la Audiencia Nacional. En el sistema español, es el Fiscal el que mantiene la acusación y sin acusación el Tribunal no puede condenar.

Examen de la admisibilidad

6.1 De conformidad con el artículo 93 de su reglamento, antes de examinar

la reclamación que figura en una comunicación, el Comité de Derechos Humanos debe decidir si esa comunicación es admisible en virtud del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

6.2 El Comité se ha cerciorado, en cumplimiento del apartado a) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, de que el mismo asunto no haya sido sometido a otro procedimiento de examen o arreglo internacional.

6.3 El Comité toma nota de las alegaciones del Estado parte de que los recursos internos no fueron agotados porque la presunta vulneración, del Pacto planteada al Comité nunca habría sido alegada ante los tribunales internos. Sin embargo, el Comité recuerda su reiterada jurisprudencia en el sentido de que sólo corresponde agotar aquellos recursos que tengan una posibilidad razonable de prosperar. El recurso de amparo no tenía posibilidades de prosperar en relación a la alegada violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto y, en consecuencia, el Comité considera que los recursos internos han sido agotados.

6.4 Los autores alegan que fueron privados de su derecho bajo el artículo 14, párrafo 5 del Pacto, a que su sentencia condenatoria fuera sometida a un tribunal superior, ya que el recurso de casación español no es un procedimiento de apelación y no permite la revisión de las pruebas en que se basó la condena. El Comité observa, sin embargo, que del fallo del Tribunal Supremo se desprende que éste examinó, todos los motivos de casación planteados por los autores, incluidas las cuestiones relativas a la calificación de los hechos como tentativa de delito contra la salud pública y la conversación telefónica que constituía, según la Audiencia, la prueba de la participación en los hechos del Sr. R.D.. El Tribunal llegó a la conclusión, conforme a su propia jurisprudencia, de que la valora-

ción efectuada por la Audiencia Nacional respecto de estas cuestiones había sido correcta. Por consiguiente, el Comité considera que la queja relativa al artículo 14, párrafo 5 no se ha fundamentado suficientemente a los efectos de la admisibilidad, y concluye que es inadmisibile con arreglo al artículo 2 del Protocolo Facultativo².

7. En consecuencia, el Comité decide:

a) Que la comunicación es inadmisibile con arreglo al artículo 2 del Protocolo Facultativo.

b) Que se comuniquen los presentes a los autores y al Estado parte.

[Adoptada en español, francés e inglés, siendo la española la versión original. Posteriormente se publicará también en árabe, chino y ruso como parte del informe anual del Comité a la Asamblea General].

1. Véanse, por ejemplo, las comunicaciones n° 1095/2002, *Gomariz c España*, dictamen de 22 de julio de 2005, párrafo 6.4; n° 1101/2002, *Alba Cabriada c España*, dictamen de 1 de noviembre de 2004, párrafo 6.5 y 1293/2004, de *Dios Prieto c. España*, decisión de 17 de junio de 2002, párrafo 6.3.

2. Ver comunicaciones n° 1490/2006, *Pindado Martínez c. España*, decisión de 30 de octubre de 2008, párrafo 6.5 y n° 1489/2006, *Rodríguez c. España*, decisión de 30 de octubre de 2008, párrafo 6.4.

DECISIÓN SOBRE LA ADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA PRESENTADA POR J.S.R. CONTRA ESPAÑA

El Comité de Derechos Humanos, creado en virtud del artículo 28 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Reunido el 27 de octubre de 2009, Adopta la siguiente:

Decisión sobre la admisibilidad

1.1 El autor de la comunicación, de fecha 18 de septiembre de 2006, es J.S.R., de nacionalidad española, nacido en 1953. Alega ser víctima de una violación del artículo 14, párrafo 5 del Pacto por parte de España. El Protocolo Facultativo entró en vigor para el Estado Parte el 25 de abril de 1985. El autor está representado por el abogado J.L.P.

1.2 El 17 de julio de 2007, el Relator Especial sobre Nuevas Comunicaciones y Medidas Provisionales, actuando en representación del Comité, accedió a la solicitud del Estado Parte en cuanto a que la admisibilidad de la comunicación fuera examinada separadamente del fondo.

Participaron en el examen de la comunicación los siguientes miembros del Comité: Sr. Abdelfattah Amor, Sr. Lazhari Bouzid, Sra. Christine Chanet, Sr. Ahmad Amin Fathalla, Sr. Yuji Iwasawa, Sra. Helen Keller, Sr. Rajsoomer Lallah, Sra. Zonke Zanele Majodina, Sra. Julia Antoanella Motoc, Sr. Michael O'Flaherty, Sr. José Luis Pérez Sanchez-Ceno, Sr. Rafael Rivas Posada, Sir Nigel Rodley, Sr. Fabian Omar Salvioli, Sr. Krister Thelin y Sra. Ruth Wedgwood.

ANTECEDENTES DE HECHO

2.1 Mediante sentencia de 7 de noviembre de 2001, la Audiencia Provincial de Barcelona condenó al autor a la pena de 4 años y seis meses de prisión por un delito continuado de estafa en relación con operaciones mediante las que el autor captaba inversores de capital ofreciendo altos intereses. Dicha sentencia fue recurrida en casación ante el Tribunal Supremo, quien con fecha 23 de diciembre de 2003 rechazó el recurso.

2.2 El autor proporcionó copia de la sentencia de casación. La misma se pronuncia sobre cada uno de los distintos

motivos de casación planteados por el autor, rechazándolos todos. En primer lugar, el autor denunciaba la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva, al entender no motivada la pena impuesta. Sobre este motivo el Tribunal Supremo manifestó lo siguiente: «El tribunal ha impuesto la pena de cuatro años y medio de prisión y la pena de multa, para lo que tiene en cuenta que se trata de un delito de estafa agravado, al que corresponde la pena de prisión de 1 a seis años y la pena de multa. Además, que es continuado, por lo que el marco penal se sitúa entre los tres años y medio y los seis años de prisión. La pena de cuatro años y medio es una pena correspondiente a la mitad inferior de la prevista. Tiene en cuenta, además, que la cantidad agravada no sólo cualifica la estafa por el resultado del desapoderamiento, sino que es importante con una antijuridicidad superior a la prevista en la agravación y permite ser tenida en cuenta en la individualización, criterio que es empleado en la motivación de la pena de multa y que es trasladable a la pena privativa de libertad impuesta».

2.3 El segundo motivo se refiere principalmente a la calificación de los hechos como delito continuado, calificación que el autor cuestiona. Sobre este aspecto el Tribunal Supremo manifestó que cada una de las estafas, de 15 y 6 millones respectivamente, se subsumía en la estafa agravada, y que la consideración de delito continuado se debía a la pluralidad de acciones constitutivas de la estafa.

2.4 El tercer motivo de casación se refiere a dilaciones indebidas en el procedimiento. A este respecto el Tribunal señala lo siguiente: «la alegación se limita a constatar que desde la incoación del procedimiento, en el mes de abril de 1997, hasta la celebración del, juicio oral, en el mes de noviembre de 2001, ha transcurrido un plazo que considera excesivo. El recurrente, ni en la tramitación del procedimiento ni en el enjuiciamiento

denunció la existencia de dilaciones, ni las calificó de indebidas, ni expuso la lesión de su derecho. Tan sólo se limita en el recurso de casación a expresar una tramitación retrasada en el tiempo sin indicar momentos de paralización indebida no imputables a las partes».

2.5 El cuarto motivo de casación fue la existencia de error de hecho en la apreciación de la prueba, designando como documentos acreditativos del error un comprobante bancario, una carta firmada por el representante de una entidad bancaria, una denuncia, la declaración de un testigo y el escrito de acusación de una de las partes. El Tribunal, tras recordar los requisitos que debe reunir un documento a efectos de poder ser utilizado como prueba, señaló lo siguiente: «Ninguno de los documentos designados puede ser tenido como documento acreditativo del error que se denuncia en la impugnación. La carta que se designa no deja de ser una expresión de naturaleza personal sobre unos hechos que, en el supuesto de, que hubiera sido expuesta ante el tribunal de instancia, sería una prueba testifical sometida a la valoración inmediata del tribunal sin alcanzar la categoría de documento. En el mismo sentido, las denuncias y el escrito de calificación expresan el ejercicio de la acción penal de una persona pero no permiten acreditar el error que se pretende en la medida en, que tales actos documentados requieren la realización de la precisa actividad probatoria. El documento referido a una operación contable, aparece incorporado por fotocopia y su contenido carece del requisito de autenticidad necesario para la acreditación del error, por otra parte irrelevante en lo referente a la realidad del desplazamiento económico realizado por el segundo de los perjudicados».

2.6 El autor presentó igualmente como motivo de casación el hecho de que la Audiencia denegó dos diligencias de prueba por él solicitadas: una documental, consistente en la aportación por

fotocopias de anuncios publicados en la prensa en los que se ofertaban negocios con entidades bancarias con un determinado interés económico y la testifical de una persona, ajena a los hechos, y con la que se pretendía acreditar la existencia de negocios similares a los ofertados por el autor. En relación con la primera el Tribunal manifestó lo siguiente: «La documental propuesta fue correctamente denegada. En primer lugar, porque no era propiamente prueba documental, sino fotocopias de los recortes de periódicos, lo que resta contenido documental a lo presentado. Sobre todo, porque no guardaba relación con el objeto del proceso. El que entidades bancarias oferten operaciones a realizar con altos tipos de interés no guarda relación con el objeto del procedimiento, a saber una estafa en los términos en los que se realizó la acusación». En relación a la testifical propuesta, el Tribunal estimó lo siguiente: «No consta en el acta del juicio oral la formalización de la protesta ante la denegación de la prueba, requisito que permitirá al tribunal reconsiderar la resolución adoptada desde la perspectiva del derecho de defensa que se invoca. Además, tampoco consta la justificación de la necesidad de la comparecencia del testigo, lo que permitiría un mejor conocimiento de los intereses en juego. Además, porque como ocurre en la documental denegada, el testimonio denegado era impertinente con el objeto del proceso. El testigo, se manifiesta en el recurso, serviría para acreditar la existencia de operaciones de negocio con altos intereses y con garantías similares a las que realizaba el acusado, o que aún en el caso de acreditarse, no guardaría relación con el hecho objeto de la acusación, el desapoderamiento mediante el artificio montado sobre la base de una realidad negocial que se oferta y sobre la que se monta el ardid típico del engaño».

2.7 Contra la sentencia de casación el autor formuló un recurso de revisión

ante la misma Sala Segunda del Tribunal Supremo, invocando la existencia de nuevas pruebas. En el auto resolutorio del mismo el Tribunal se pronunció de la siguiente manera: «Únicamente podrían ser considerados como nuevos elementos de prueba los (...) resguardos de transferencias a favor del llamado W.M., de los que pretende deducir que el promovente fue un mero intermediario. Pero, en cualquier caso, sin perjuicio de que tales documentos por sí mismos nada demuestran, entre otras razones porque su fecha es de 11 de junio de 1996, anterior por tanto a la fecha de los hechos declarados probados, la demostración de la intervención de un tercero en los hechos podría dar lugar a su persecución penal, pero no desvirtuaría la participación del promovente en los hechos, por lo que en ningún caso podría entenderse que fueran demostrativos de su inocencia». En consecuencia, la Sala rechazó el recurso con fecha 14 de septiembre de 2004. Por último, el autor interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, quien mediante decisión de 5 de septiembre de 2006, rechazó admitirlo a trámite por haber sido presentado fuera de plazo.

La denuncia

3. El autor señala haber sido objeto de una violación de su derecho a que el fallo condenatorio y la pena impuesta sean revisados por un tribunal superior, con arreglo al artículo 14, párrafo 5 del Pacto, debido a las limitaciones del recurso de casación en el sistema judicial español.

Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad

4.1 Mediante nota verbal de fecha 7 de junio de 2007, el Estado parte presentó objeciones respecto a la admisibilidad de la comunicación. Señaló que el autor se limita a hacer referencias genéricas, sin determinar qué hechos o qué alegaciones no fueron tenidas en cuenta

y consideradas en la casación. Esta circunstancia pone de manifiesto un abuso del derecho a presentar comunicaciones, derecho concebido para la revisión de casos concretos de alegada violación y no sistemas jurídicos en general.

4.2 El Estado parte aduce igualmente que el autor no agotó las vías internas, pretendiendo rehabilitarlas a través de un improcedente recurso de revisión interpuesto cuando ya no era posible recurrir ante el tribunal constitucional contra la sentencia que confirmaba la condena. En consecuencia, procede igualmente la inadmisibilidad, a tenor de los artículos 2 y 5, párrafo 2 b) del Protocolo Facultativo.

Comentarios del autor a las observaciones del Estado parte

5. Con fecha 4 de octubre de 2007, el autor reitera que el sistema judicial español no se adecua al artículo 14, párrafo 5 del Pacto. Señala que la sentencia de casación en el presente caso, de fecha 2 de diciembre de 2003, es anterior a la Ley Orgánica 19/2003 relativa a la generalización de la segunda instancia en España. Por tanto, se dictó en un momento en que el recurso de casación no permitía una revisión íntegra de la prueba y de los hechos probados.

Examen de la admisibilidad

6.1 De conformidad con el artículo 93 de su reglamento, antes de examinar la reclamación que figura en una comunicación, el Comité de Derechos Humanos debe decidir si esa comunicación es admisible en virtud del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

6.2 El Comité se ha cerciorado, en cumplimiento del apartado a) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, de que el mismo asunto no haya sido sometido a otro procedimiento de examen o arreglo internacional.

6.3 El Comité toma nota de las alegaciones del Estado parte de que los re-

ursos internos no fueron agotados porque el autor no respetó el plazo legal para la interposición del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. El Comité recuerda su reiterada jurisprudencia en el sentido de que sólo corresponde agotar aquellos recursos que tengan una posibilidad razonable de prosperar.¹ El recurso de amparo no tenía posibilidades de prosperar en relación a la alegada violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto y, en consecuencia, el Comité considera que los recursos internos han sido agotados.

6.4 El autor alega que fue privado de su derecho bajo el artículo 14, párrafo 5 del Pacto, a que su sentencia condenatoria fuera sometida a un tribunal superior, ya que el recurso de casación español no permite la revisión íntegra de la prueba y de los hechos probados. El Comité observa, sin embargo, que el autor formula su denuncia de manera general, sin especificar las cuestiones concretas en relación con las cuales considera que no existió revisión por parte del Tribunal Supremo. Además, del fallo del Tribunal Supremo se desprende que éste examinó en detalle todos los motivos de casación planteados por el autor, incluidos la motivación de la pena impuesta, la calificación de los hechos, la posible dilación del procedimiento, la apreciación de la prueba y la denegación de pruebas. El Comité considera por consiguiente que la queja relativa al artículo 14, párrafo 5 no se ha fundamentado suficientemente a los efectos de la admisibilidad, y concluye que es inadmisibile con arreglo al artículo 2 del Protocolo Facultativo².

7. En consecuencia, el Comité decide:

a) Que la comunicación es inadmisibile con arreglo al artículo 2 del Protocolo Facultativo.

b) Que se comuniquen la presente decisión al autor y al Estado parte.

[Adoptada en español, francés e inglés, siendo la española la versión original. , Posteriormente se publicará también en árabe, chino y ruso como parte del informe anual del Comité a la Asamblea General].

1. Véanse, por ejemplo, las comunicaciones nº 1095/2002, *Gomaritz c España*, decisión de 26 de agosto de 2005, párrafo 6.4; o 1101/2002, *Alba Cabriada c España*, decisión de 3 de noviembre de 2004, párrafo 6.5 y 1293/2004, de *Dios Prieto c. España*, decisión de 17 de unio de 2002, párrafo 6.3.

2. Ver comunicaciones nº 1490/2006, *Pinzado Martínez c. España*, decisión de 30 de octubre de 2008, párrafo 6.5 y nº 1489/2006, *Rodríguez c. España*, decisión de 30 de octubre de 2008, párrafo 6.4.

DECISIÓN SOBRE LA ADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA PRESENTADA POR J.J.A. CONTRA ESPAÑA

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (tercera sección), reunido en sala compuesta por:

Josep Casadevall, *presidente*,

Elisabet Fura,

Comeliu Birsan,

Boltjan M. Zupanéió,

Alvina Gyulumyan,

Egbert Myjer,

Luis López Guerra, *jueces* y de Santiago Quesada, *secretario de sección*,

Tras haber deliberado en sala de consejo el 20 de octubre de 2009 dictan la siguiente sentencia, en esta fecha:

PROCEDIMIENTO

1. En el origen del caso se encuentra una demanda (nº 25242/06) dirigida

contra el Reino de España y cuyo nacional de este Estado, Don J.J.A. («el demandante»), ha acudido al Tribunal el 13 de junio de 2006 en virtud del Artículo 34 del Convenio de salvaguarda de los derechos humanos y de las libertades fundamentales («el Convenio»).

2. El demandante está representado por J.M.M., abogado en

Vizcaya. El gobierno español («el Gobierno») está representado por su agente, I.B.L., jefe del servicio jurídico de los derechos humanos en el ministerio de justicia.

3. El demandante se queja de falta de motivación de las decisiones

judiciales dictadas en el marco del procedimiento civil por incumplimiento de las obligaciones contractuales.

4. El 9 de septiembre de 2008, el presidente de la tercera sección decidió

comunicar la demanda al Gobierno. Como permite el artículo 29 § 3 del Convenio, se ha decidido además, que la sala se pronunciaría al mismo tiempo sobre la admisibilidad y el fondo.

HECHOS

I. LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

5. El demandante ha nacido en 1942 y reside en Vizcaya.

6. El 18 de enero de 2001, el demandante firmó un contrato de arras con la sociedad promotora S., que tenía por objeto una villa en construcción en un terreno situado en Sotogrande (Cádiz).

7. En marzo de 2002, el demandante interpuso demanda contra la sociedad S. por incumplimiento de sus obligaciones contractuales. Hacía valer, entre otras cosas, que el contrato era en realidad un contrato de venta y que la construcción de la villa una vez terminada, no reunía las características mencionadas en el contrato. En su demanda adjuntaba una lista de veintiún documentos, donde el primero de ellos era el contrato suscrito entre las partes.

8. En el curso del procedimiento, en respuesta a las alegaciones de S. afirmando que el demandante no había proporcionado el contrato en litigio, el juez de primera instancia nº1 de San Roque (Cádiz) tomó nota, por una ordenanza del 19 de julio de 2002, de la presentación del contrato de arras incluido por el demandante, apoyando su demanda como documento nº 1.

9. Por una decisión del 10 de octubre de 2002, el juez de primera instancia nº 1 de San Roque rechazó las pretensiones del demandante. Consideró que a la vista de su contenido, el contrato suscrito entre las partes era un contrato de arras y no de venta, como pretendía el demandante. Por otra parte, señaló que el contrato definía el objeto como una villa en construcción situada en Sotogrande, precisando que la construcción seguía los planos ya definidos en el proyecto del arquitecto. A este respecto, señaló que el contrato no indicaba en ninguna de sus cláusulas, que la villa debía ser del mismo modelo que las villas que aparecían en las fotos publicitarias que la sociedad promotora utilizaba en su actividad. El juez consideró que el demandante tendría que haberse informado mejor sobre el tipo de villa que compraba y añadió, que era el demandante quien había infringido las obligaciones contractuales, porque no había querido formalizar la venta por este motivo.

10. El demandante apeló contra esta decisión. Por una sentencia del 7 de febrero de 2003, la Audiencia Provincial de Cádiz confirmó la decisión impugnada. La Audiencia Provincial señaló que bastaba un breve examen de la apelación interpuesta, para poner en evidencia que el contrato de venta no existía, o al menos, que no había sido incluido en el expediente del procedimiento y decidió rechazar el recurso, afirmando que no podía pronunciarse sobre el fondo de las pretensiones del demandante, porque no conocía el contenido de dicho contrato, único documento sobre el cual se basaba el recurso.

11. El demandante presentó una acción de nulidad. Por una decisión del 15 de septiembre de 2003, una sala de la Audiencia Provincial de Cádiz compuesta por tres jueces, mismo magistrado ponente y un presidente diferente, rechazó las pretensiones del demandante. Señaló que, a pesar de la redacción de la sentencia dictada en apelación indicando que el contrato de venta no había sido incluido en el expediente, en realidad la sala de lo civil de la Audiencia había examinado el contrato de arras que había sido presentado como documento nº 1 y había considerado que dicho contrato no contenía las pretensiones del demandante.

12. Invocando el artículo 24 de la Constitución (derecho a un juicio justo), el demandante interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

La Fiscalía, en su informe de respuesta, solicitó la concesión del amparo. Por una sentencia del 12 de diciembre de 2005, notificada el 28 de diciembre de 2005, la alta jurisdicción rechazó el recurso.

13. El Tribunal Constitucional consideró que no había error en la sentencia de la Audiencia Provincial. Esta última había afirmado que bastaba un breve examen de la apelación interpuesta por el demandante, para poner en evidencia

que el contrato de venta no existía, o por lo menos que era desconocido, porque el demandante no lo había incluido en el expediente del procedimiento. El Tribunal Constitucional admite que esta afirmación podía ser discutible, el contrato al cual el demandante hacía referencia era el contrato de arras, cuya inclusión en el expediente había sido constatada por una orden del 19 de julio de 2002. Este contrato era, por otro lado, el único que ambas partes admitían haber suscrito. No obstante, el Tribunal Constitucional consideró que esta afirmación no era estrictamente errónea. Señaló que la Audiencia Provincial, en su decisión que rechazaba la acción de nulidad, había precisado que el documento objeto de litigio había sido incluido en el expediente del procedimiento, que lo había examinado y había considerado que el contrato de arras no contenía las pretensiones del demandante.

14. El Tribunal Constitucional también consideró que las decisiones dictadas por la Audiencia Provincial estaban motivadas y habían expuesto la razón de la desestimación tanto de la apelación en litigio como de la acción de nulidad. Señaló que el motivo de la desestimación de su recurso no era la no inclusión del contrato en el expediente del procedimiento, sino el hecho de que el contrato era un contrato de arras y no un contrato de venta.

15. En la sentencia hubo dos opiniones disidentes.

II. EL DERECHO INTERNO PERTINENTE

A. La Constitución

Artículo 24

« 1. Toda persona tiene derecho a obtener la protección efectiva de los jueces y de los tribunales en el ejercicio de sus derechos y sus intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda encon-

trarse ante la imposibilidad de defenderse».

Artículo 120 § 3

« 3. Los juicios serán siempre motivados y pronunciados en audiencia pública».

B. El Código Civil

Artículo 218

Exhaustividad y congruencia de los juicios. Motivación.

« 1. Los juicios deben ser claros, precisos, y responder, por declaraciones pertinentes, a las demandas y otras pretensiones articuladas en el curso del procedimiento. Deben condenar o absolver al demandado y estatuir sobre todos los puntos en litigio que fueron objeto del debate.

El tribunal, sin apartarse del caso en el origen de la demanda y sin apelar a hechos o motivos de derecho diferentes a los invocados por las partes, debe pronunciarse conforme a las reglas aplicables al caso, incluso si no han sido correctamente invocadas por los litigantes.

2. Las decisiones deben estar motivadas y expresar los razonamientos de hecho y de derecho que condujeron a la apreciación de las pruebas, así como a la interpretación y a la aplicación del derecho. La motivación deberá poner énfasis en los diferentes elementos de hecho y de derecho del proceso, analizados de forma aislada y en su conjunto, respetando siempre las reglas de la lógica y la razón.

3. Si hay varios puntos litigiosos, el tribunal deberá tratarlos de forma separada en el juicio».

EN DERECHO

I. SOBRE LA VIOLACIÓN ALEGADA DEL ARTÍCULO 6 DEL CONVENIO

16. El demandante alega que su causa no ha sido juzgada equitativamente, en la medida en que Audiencia Provincial cometió un error afirmando que el contrato objeto de litigio no había sido incluido en el expediente del procedimiento.

Tampoco explicó los motivos por los cuales consideró que dicho contrato no hacía justicia a sus pretensiones. A este respecto, invoca el artículo 6 § 1 del Convenio, redactado así:

« Toda persona tiene derecho a que su causa sea escuchada equitativamente (...) por un tribunal (...) que decidirá (...) sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil (...) ».

17. El Gobierno se opone a esta tesis.

A. Sobre la admisibilidad

18. El Tribunal constate que la demanda no está manifiestamente mal fundamentada según el artículo 35 § 3 del Convenio. El Tribunal destaca por otro lado, que no colisiona con ningún otro motivo de inadmisibilidad. Conviene pues declararla admisible.

B. Sobre el fondo

19. El demandante sostiene que la afirmación de la Audiencia Provincial según la cual el contrato de arras no contenía sus pretensiones ni permite conocer los motivos sobre los cuáles se basó para rechazar su apelación. Por otra parte, considera que el razonamiento de la Audiencia Provincial es inconsistente y contradictorio, en la medida en que en la

sentencia dictada en apelación señala que no podía examinar sus alegaciones porque estaban basadas en un contrato de venta que no había sido incluido en el dossier del procedimiento y, en la decisión que rechazó la acción de nulidad, afirmó que efectivamente había examinado el contrato, que era un contrato de arras y no hacía justicia a sus pretensiones.

20. El Gobierno insiste en el hecho que el demandante califica como contrato de venta lo que los tribunales internos calificaron como contrato de arras. Considera que hay que tener en cuenta que el defecto de motivación denunciado por el demandante se produjo en segunda instancia, en el momento de la revisión de un juicio de primera instancia cuya motivación no es controvertida. Por otra parte, señala que la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial debe ser leída junto con la decisión que rechazó la acción de nulidad. Apoyándose en la argumentación del Tribunal Constitucional, el Gobierno sostiene que la motivación de las decisiones dictadas por la Audiencia Provincial a pesar de su laconismo, es suficiente para conocer la razón de la desestimación tanto del recurso de apelación, como de la acción de nulidad. Esta razón no era la no inclusión del contrato en el expediente del procedimiento, sino el hecho de que el contrato era un contrato de arras y no un contrato de venta y que no hacía justicia a las pretensiones del demandante. El Gobierno estima que no ha habido violación del artículo 6 § 1 del Convenio.

21. El Tribunal recuerda que, según su jurisprudencia constante al reflejar un principio vinculado a la buena administración de la justicia, las decisiones judiciales deben indicar de manera suficiente los motivos sobre los cuales se basan. El alcance de este deber puede variar según la naturaleza de la decisión y debe analizarse a la luz de las circunstancias de cada caso (ver *Ruiz Torija c. España*, 9 de

diciembre de 1994, § 29, serie A n° 303-A.). Si el artículo 6 § 1 obliga a los tribunales a motivar sus decisiones, esta obligación no puede comprenderse exigiendo una respuesta detallada a cada argumento (ver *Van de Hurk c. Países Bajos*, 19 de abril de 1994, § 61, serie A n° 288). Así, desestimando un recurso la jurisdicción de apelación puede, en principio, limitarse a hacer suyos los motivos de la decisión emprendida (ver *García Ruiz c. España [GC]*, n° 30544/96, § 29, CEDH 19994).

22. En este caso, el Tribunal comprueba que en primera instancia el juez de primera instancia n° 1 de San Roque dictó una orden por la cual tomó nota de la presentación del contrato objeto de litigio, documento n° 1 de los incluidos por el demandante. En el juicio, analizó el contrato y a la vista de su contenido, consideró que se trataba de un contrato de arras y no de un contrato de venta, como lo pretendía el demandante. La Audiencia Provincial rechazó no obstante el recurso, afirmando que no podía pronunciarse sobre el fondo de las pretensiones del demandante, el contrato de venta sobre el cual se basaba la apelación que no había sido incluido en el expediente del procedimiento, entonces en su decisión del 15 de septiembre de 2003 adoptada a continuación de la acción de nulidad del demandante, sostenía que a pesar de la redacción de su sentencia dictada en apelación, había examinado efectivamente el contrato de arras presentado como documento n° 1.

Sometido a su sesgo, el Tribunal Constitucional, en su sentencia del 12 de noviembre de 2005, consideró que las decisiones adoptadas por la Audiencia Provincial estaban motivadas.

23. El Tribunal observa que la Audiencia Provincial no desestimó la apelación del demandante sobre la base de los motivos del juicio de primera instancia. Al contrario, no se pronunció sobre el

fondo de las cuestiones elevadas por el demandante, porque consideró que el contrato en litigio no figuraba en el expediente del procedimiento. Sometido de nuevo en el marco de la acción de nulidad, parecía haber querido corregir este error, sin explicar no obstante los motivos de esta contradicción.

24. El tribunal señala por otra parte, que la Audiencia Provincial no justificó hasta por la remisión a las consideraciones del juicio de primera instancia, las razones por las cuales consideró que el contrato objeto de litigio era un contrato de arras y no un contrato de venta. Tampoco explicó los motivos por los cuáles un contrato de arras no podía hacer justicia a las pretensiones del demandante.

25. A fin de cuentas, el Tribunal señala que otras cuestiones elevadas por el demandante se quedaron sin respuesta, particularmente el hecho de saber si la parte demandada había o no respetado las obligaciones derivadas del contrato en cuanto a las características de la villa.

26. A la luz de estas consideraciones, el Tribunal estima que la Audiencia

Provincial no motivó debidamente la desestimación del recurso de apelación interpuesto por el demandante. Hubo pues violación del artículo 6 § 1 del Convenio.

II. SOBRE LA APLICACION DEL - ARTÍCULO 41 DEL CONVENIO

27. según los términos del artículo 41 del Convenio,

«Si el Tribunal declara que hubo violación del Convenio o de sus Protocolos, y si el derecho interno de la Alta Parte contratante permite borrar sólo insuficientemente las consecuencias de esta violación, el Tribunal concede á la parte perjudicada, si ha lugar, una satisfacción equitativa»

A. Daños

28. Sin determinar la cantidad, el demandante se queja que sufrió un daño moral derivado de la imposibilidad de comprar la villa objeto de litigio.

29. El demandante reclama 120.202,42 € (EUR) a título del perjuicio material que habría sufrido. Esta suma equivale en euros a 20.000.000 de pesetas pagados a la sociedad inmobiliaria, suma que no le ha sido restituida.

30. El Gobierno encuentra esta suma excesiva y se remite a la sabiduría del Tribunal.

31. El Tribunal no percibe vínculo de causalidad entre la violación comprobada y el daño material alegado y rechaza esta petición. En lo que concierne al perjuicio moral alegado por el demandante, el Tribunal considera que pudo sufrir un daño moral, pero que la presente sentencia le proporciona una compensación suficiente al respecto.

B. Gastos y costas

32. Con justificantes, el demandante pide también 41.263,61€ (EUR) por los gastos y costas incurridos, de los cuales 3.132 € (EUR) para los comprometidos ante el Tribunal.

33. El Gobierno encuentra esta suma excesiva y no justificada.

34. Según la jurisprudencia del Tribunal, un demandante no puede obtener el reembolso de sus gastos y costas más que en la medida en que se encuentren establecidas su realidad, su necesidad y el carácter razonable de su tasa. En este caso y teniendo en cuenta los documentos en su posesión y los criterios mencionados, el Tribunal estima razonable la suma de 4.000 EUR, todos los

gastos sufragados y se lo concede al demandante.

C. Intereses de demora

35. El Tribunal juzga apropiado calcar la tasa de los intereses moratorios sobre la tasa de interés de la facilidad de préstamo marginal del Banco central europeo mejorada de tres puntos de porcentaje.

Por estos motivos, el Tribunal, por unanimidad,

1. *Declara* la demanda admisible;

2. *Dice* que ha habido violación del artículo 6 § 1 del Convenio;

3. *Dice* que la constatación de una violación proporciona en sí una satisfacción equitativa suficiente por el daño moral sufrido por el demandante;

4. *Dice*

a) que el Estado demandado debe pagar al demandante en los tres meses a contar desde el día en que la sentencia sea definitiva, conforme al artículo 44 § 2 del Convenio, 4. 000 EUR (cuatro mil euros) por gastos y costas, mas todo el montante que pueda deberse en calidad de impuesto;

b) que a partir de la espiración de dicho plazo y hasta el pago, este importe será mejorado en un interés simple a una tasa igual a la de la facilidad de préstamo marginal del Banco central europeo aplicable durante este periodo, aumentado de tres puntos de porcentaje;

5. *Rechaza* la demanda de satisfacción equitativa por lo demás.

SANTIAGO QUESADA JOSEP CASADEVALL

Secretario

Presidente

DECISIÓN SOBRE LA ADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA Nº 43146/05 PRESENTADA POR M.G.L.Y A.M.G.L. CONTRA ESPAÑA

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (tercera sección), reunido el 24 de noviembre de 2009 en sala compuesta por:

Josep Casadevall, *presidente*,

Elisabet Fura,

Bostjan M. Zupancic,

Alvina Gyulumyan,

Egbert Myjer,

Luis López Guerra,

Ann Power, *jueces*,

y Santiago Quesada, *secretario de sección*,

Vista la demanda mencionada presentada el 2 de diciembre de 2005,

Vistas las observaciones remitidas por el gobierno demandado y las

presentadas en respuesta por las demandantes.

Después de haber deliberado, dictan la siguiente decisión:

HECHOS

1. Las demandantes, Doña M.G.L. y Doña A.M.G.L., son nacionales españolas, nacidas en 1957 y 1966 respectivamente y residentes en Lorca (Murcia). Están representadas ante el Tribunal por Don J.L.M.C., abogado en Murcia. El gobierno demandado está representado por Don. I.B., jefe del servicio jurídico de los derechos humanos en el ministerio de Justicia.

A. Las circunstancias del caso

2. Los hechos de la causa, tal como han sido expuestos por las partes, pueden resumirse como sigue.

3. Las demandantes son las cuñadas de la Sra. G.L.O., cuya demanda ante el Tribunal europeo se archivó con una sentencia de violación del artículo 8 del Convenio (nº 16798/90, del 9 de diciembre de 1994). En el origen del caso se encontraban los daños provocados por la depuradora de aguas y de residuos instalada cerca del domicilio de la demandante debido a las numerosas industrias del cuero implantadas en la ciudad de Lorca. Las demandantes, que viven en la misma ciudad, se quejan del mal funcionamiento de la depuradora, lo que iría en contra de la sentencia del Tribunal de 1994. A este respecto, se iniciaron dos procedimientos.

1. Procedimiento en contra del permiso de instalación y apertura otorgado por la municipalidad

4. Las demandantes interpusieron un recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal superior de justicia de Murcia y se opusieron a la concesión de los permisos de instalación y de apertura de la planta por parte de la municipalidad. Su recurso fue rechazado por un juicio del 18 de febrero de 1997. El Tribunal señaló, que el permiso de instalación había sido otorgado a la planta litigiosa bajo ciertas condiciones de acondicionamiento de la actividad de depuración, en particular, en lo que concernía a los vertidos de las aguas residuales, pretendiendo evitar precisamente, los daños alegados. Estas exigencias eran el resultado del acta de violación de la sentencia del Tribunal de Estrasburgo. Después de haber verificado que la estación respetaba estas condiciones, la municipalidad decidió autorizar la apertura, lo que en opinión del Tribunal, no podía ser considerado como desrazonable o arbitrario.

5. Las demandantes se proveyeron en casación. Por una sentencia del 4 de julio de 2002, el Tribunal Supremo rechazó el recurso.

6. Invocando los artículos 15 (derecho a la integridad física) y 18 (derecho a la vida privada y familiar) de la Constitución, las demandantes interpusieron, separadamente, dos recursos de amparo.

7. Por una decisión antes de decir derecho del 7 de junio de 2005, una sala del Tribunal Constitucional aceptó la petición de dos de sus magistrados de inhibirse del tratamiento de ambos recursos en causa. Conforme a la ley orgánica del Tribunal Constitucional, la Presidenta de la alta jurisdicción nombró a otros dos magistrados para encargarse del asunto.

8. Por dos decisiones del 23 de junio y del 15 de septiembre de 2005, el Tribunal Constitucional rechazó los recursos. Señaló primero que las demandantes no habían proporcionado elementos de prueba para apoyar sus argumentos. Por otro lado, la alta jurisdicción comprobó que la sentencia del Tribunal de Estrasburgo estaba fundada sobre el hecho de que la planta de depuración funcionaba sin permiso por parte de la Administración, falta que ahora había sido reparada, a continuación y en gran medida, por la sentencia dictada en el asunto L.O. arriba mencionado.

2. *Procedimiento de reclamación de daños e intereses*

9. Paralelamente, las demandantes solicitaron una indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración debido a los ruidos, los malos olores y los daños provocados por la depuradora. Por una decisión del 17 de diciembre de 2002, la municipalidad de Lorca rechazó su demanda.

10. Las demandantes interpusieron un recurso contencioso-administrativo contra esta decisión. Por un juicio del 19 de diciembre de 2006, el Tribunal superior de justicia de Murcia aceptó parcialmente el recurso y le concedió a cada

una de las demandantes, una indemnización de setenta y dos mil euros (72.000 €). El Tribunal comprobó que las condiciones legales para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración en la violación del derecho fundamental de las demandantes a la vida privada y al domicilio, habían sido cumplidas en este caso, a saber, el daño era efectivo y apreciable, su origen residía en el funcionamiento de los servicios públicos y existía un vínculo de causalidad entre dicho funcionamiento y el daño provocado. Por otro lado, el Tribunal exigió a la Administración la adopción de las medidas necesarias con el fin de que la violación de los derechos fundamentales de las demandantes acabase.

11. Finalmente, el Tribunal rechazó la pretensión de las demandantes en relación a la pérdida de valor comercial de sus domicilios debido a los daños.

B. El derecho interno pertinente

12. *Constitución*

Artículo 15

«Toda persona tiene derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que en ningún caso pueda ser sometida a tortura ni a penas o a tratos inhumanos o degradantes. La pena de muerte está abolida, excepto en las disposiciones que pueden prever las leyes pénales militares en tiempo de guerra»

Artículo 18

«1. El derecho al honor, a la vida privada y familiar y a su propia imagen está garantizado.

2. El domicilio es inviolable. No será autorizada ninguna irrupción o pesquisa sin el consentimiento del que allí vive o sin decisión judicial, excepto en caso de delito flagrante. (...)»

13. *Ley 30/1992, del 26 de noviembre, sobre el régimen jurídico de las administraciones públicas y del régimen administrativo común (vigente en el momento de los hechos)*

Artículo 139

«1. Los particulares tienen derecho a ser indemnizados por las administraciones públicas pertinentes, por los perjuicios sufridos en sus bienes y sus derechos, excepto en caso de fuerza mayor, con tal que el perjuicio sea la consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

2. En todos los casos, el daño alegado deberá ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado en función de una persona o de un grupo de personas».

(...)

Artículo 141 § 1

«Sólo son susceptibles de ser indemnizados, los perjuicios causados a los individuos debido a los daños que no tienen el deber jurídico de sufragar, conforme a la ley {...}».

14. *Ley orgánica 6/1985, del 1 de julio, relativa al poder judicial*

Artículo 219

«Las causas de desapoderamiento y si llega el caso, de recusación [de jueces y magistrados] son:

1. El vínculo matrimonial o la situación de hecho asimilable y el vínculo de parentesco por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado con el representante o el procurador de las partes que intervienen en el proceso.

(...). »

QUEJAS

Las demandantes consideran que el procedimiento interno que se archivó con las decisiones del Tribunal Constitucional del 23 de junio y del 15 de septiembre de 2005, atentan contra su derecho a la vida privada y familiar garantizado por el artículo 8 § 1 del Convenio. Invocando el artículo 6 § 1 del Convenio, las demandantes se quejan de la falta de imparcialidad de dos de los magistrados que decidieron sobre los recursos de amparo en sustitución de los otros dos que se habían inhibido porque, en el marco de un procedimiento precedente, el Tribunal Supremo había declarado su responsabilidad civil como consecuencia de una queja expuesta por el representante de las demandantes. En opinión de estas últimas, este hecho les habría impedido dar prueba de objetividad en el presente asunto.

EN DERECHO

A. Sobre la queja derivada del artículo 8 del Convenio

15. Las demandantes se quejan de que las decisiones internas dictadas atentan contra su derecho al respeto de su vida privada y familiar en la medida en que no respetaron la jurisprudencia L.O. arriba mencionada. Firmaban a este respecto, que los daños que provenían de la depuradora persisten siempre. La disposición invocada se lee tal y como sigue:

«1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. Puede haber injerencia de una autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sólo si esta injerencia está prevista por la ley y constituye una medida que, en una sociedad democrática, es

necesaria para la seguridad nacional, para la seguridad pública, para el bienestar económico del país, para la defensa del orden y para la prevención de las infracciones penales, para la protección de la salud o de la moral o para la protección de los derechos y las libertades de otros.»

Sobre la cualidad de víctimas de las demandantes

a) Tesis de las partes

16. El Gobierno comprueba que el juicio del 19 de diciembre de 2006 dictado por el Tribunal superior de justicia de Murcia, concedió a cada una de las demandantes una indemnización de setenta y dos mil euros (72.000€) y reconoció la violación de su derecho a la vida privada y al domicilio, exigiendo a la Administración tomar las medidas apropiadas para acabar con esta violación. En opinión del Gobierno, esto excluye a las demandantes de su estatuto de víctimas con respecto al artículo 34 del Convenio, conforme a la jurisprudencia del Tribunal.

17. Para este tema, el Gobierno precisa que las demandantes disponen ahora de la posibilidad de pedir ante los tribunales nacionales, la adopción de cualquier medida necesaria que se refiera a la ejecución de dicho juicio. También pueden señalar la insuficiencia de dichas medidas para el restablecimiento íntegro de sus derechos.

18. Por su parte, las demandantes se consideran siempre víctimas de una violación del artículo 8 del Convenio, en la medida en que el permiso de instalación de la depuradora jamás ha sido anulado por los tribunales internos, a pesar del acta de violación de la sentencia *L.O. c España* arriba mencionada. En lo que concierne a la reparación pecuniaria recibida, las demandantes señalan que ninguna suma les ha sido concedida en calidad de gastos y costas, condición que según su opinión, es necesaria para eli-

minar la condición de víctima ante el Tribunal de Estrasburgo.

b) Apreciación del Tribunal

19. El Tribunal recuerda que para que un demandante pueda pretenderse víctima de una violación, en el sentido del artículo 34 del Convenio, hace falta, no sólo que tuviera la calidad de víctima en el momento de la introducción de la demanda, sino que ésta subsista en el curso del procedimiento ante el Tribunal (ver *Ponova c Rumania* (dec), nº 29972/96, 30 de abril de 2002).

20. A este respecto, el Tribunal señala que en este caso, por un juicio del 19 de diciembre de 2006 del Tribunal superior de justicia de Murcia, reconoció la violación de los derechos fundamentales de las demandantes y les concedió una reparación por los daños sufridos.

21. Por otro lado, resalta la jurisprudencia constante del Tribunal que, cuando las autoridades nacionales comprobaron una violación y su decisión constituye un enderezamiento apropiado y suficiente de esta violación, la parte concernida no puede pretenderse más víctima en el sentido del artículo 34 del Convenio (ver *Eckle c Alemania*, sentencia del 15 de julio de 1982, serie A nº 51, §§ 64-70). Por consiguiente, el Tribunal considera que el estatuto de víctima de un demandante puede depender de la indemnización que le ha sido concedida a nivel nacional, por la situación de la que éste se queja ante el Tribunal (ver *Normann c Dinamarca* (dec), nº 44704/98, 14 de junio de 2001; *Jensen y Rasmussen c Dinamarca* (dec), nº 52620/99, 20 de marzo de 2003) así como por el hecho de que las autoridades nacionales reconocieron, explícitamente o en sustancia, la violación del Convenio. Sólo cuando se cumplen estas dos condiciones, es cuando la naturaleza subsidiaria del mecanismo de protección del Convenio impide un examen por parte del Tribunal (ver *Eckle c Alemania ya citada*, §§ 69 y siguientes,

Jensen c. Dinamarca (dec), nº 48470/99, 20 de septiembre de 2001; y *Cataldo c Italia* (dec), nº 45656/99, 3 de junio de 2004).

22. A la vista de los elementos del expediente en su posesión y del examen global del procedimiento, el Tribunal comprueba que, no sólo las demandantes obtuvieron una indemnización por la violación de su derecho a la vida privada y al domicilio, sino que la sentencia del Tribunal superior de justicia también exige la adopción de medidas específicas para que acabase la violación. En estas condiciones, no sabrían más pretenderse «víctimas» según el artículo 34 del Convenio de la violación del artículo 8 (ver, entre muchas otras, *Li/di c Suiza*, sentencia del 15 de junio de 1992, serie A nº 238, § 34, *Amuur c Francia*, sentencia del 25 de junio de 1996, *Repertorio de sentencias y decisiones* 1996-m, § 36, *Dalban c Rumania* [GC], nº 28114/95, § 44, CEDH 1999-VI, *Labita c Italia* [GC], nº 26772/95, § 142, CEDH 2000-IV, *Caraheer c Reino Unido*, ya citada y *Hay c Reino Unido*, ya citada).

23. A fin de cuentas, no resulta en el expediente que las demandantes hubieran presentado un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional contra la sentencia del Tribunal superior de justicia de Murcia.

24. Resulta que esta queja debe ser rechazada en aplicación de los artículos 34 y 35 §§3 y 4 del Convenio.

B. Sobre la queja derivada del artículo 6 del Convenio

25. Las demandantes impugnan la imparcialidad de dos de los magistrados que decidieron sobre sus recursos de amparo. En su parte pertinente, el artículo del Convenio dispone:

«Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída justamente (...) por un tri-

bunal independiente e imparcial, establecido por la ley (...) »

a) Tesis de las partes

26. El Gobierno señala que esta queja está basada en la presunta hostilidad que existiría entre el representante de las demandantes y algunos magistrados del Tribunal Constitucional, debido a la desestimación de varios recursos de amparo que el primero había interpuesto ante la alta jurisdicción, ya sea en nombre propio, ya sea en representación de otros clientes, en el marco de procedimientos anteriores y ajenos a este caso. En este sentido, el Gobierno señala, que no ha sido invocada ninguna razón propia del presente caso para fundamentar los temores de parcialidad expuestos por las demandantes.

27. En opinión del Gobierno, la existencia de decisiones desfavorables anteriores concerniente al representante de las demandantes no es suficiente para volver a cuestionar la imparcialidad de los magistrados en el asunto de este caso.

28. A fin de cuentas, el Gobierno recuerda que la ley orgánica relativa al poder judicial prevé una serie de motivos que justifican la recusación de un magistrado. Los fundados sobre la relación entre el magistrado y el representante se limitan a los vínculos de parentesco, el resto de motivos potenciales concierne exclusivamente a las relaciones magistrado-demandante.

29. El representante de las demandantes considera que los procedimientos anteriores mencionados en apoyo de su queja, pueden tener repercusión sobre la imparcialidad de los magistrados del Tribunal Constitucional en la presente demanda. Además, los numerosos asuntos donde esta jurisdicción rechazó los recursos de amparo de los que él era representante, este último recuerda en particular, que se encuentra al origen una queja en nombre propio contra los magistrados de la alta jurisdicción. Ésta se

archivó con la condena de once de ellos a pagarle una indemnización en concepto de responsabilidad civil. En la medida en que dos de estos magistrados formaban parte de la sala que rechazó los recursos de amparo de las demandantes de este caso, sería muy factible en opinión del representante de las demandantes, que no hubieran examinado el asunto de este caso de manera objetiva.

b) Apreciación del Tribunal

30. El Tribunal recuerda que según el artículo 6§ 1, la imparcialidad debe apreciarse, de modo subjetivo tratando de determinar la convicción personal de tal juez en tal ocasión, y de modo objetivo tratando de asegurar que ofrecía las garantías suficientes para excluir toda duda legítima a este respecto (ver, entre otras, *Incal c. Turquía*, sentencia del 9 de junio de 1998, *Repertorio* 1998-IV, § 65).

31. En este caso, el temor de una falta de imparcialidad se debe al modo subjetivo, en la medida en que las demandantes consideran que la animosidad que existiría entre su representante y los magistrados del Tribunal Constitucional habría contribuido a la desestimación de sus recursos de amparo.

32. A este respecto, el Tribunal recuerda que la imparcialidad personal de un magistrado se presume, salvo que se pruebe lo contrario (ver, por ejemplo, *Kyprianou c Chipre* [GC], nº 73797/01, sentencia del 15 de diciembre de 2005, § 119 y *Padovani c Italia*, sentencia del 26 de febrero de 1993, § 26).

33. Cuando examina los elementos de temor expuestos por las demandantes en el presente caso, el Tribunal percibe que el único motivo señalado para cuestionar la imparcialidad de los magistrados que habían resuelto sobre los recursos de amparo, tenía relación con la hostilidad que existiría en el seno del Tribunal Constitucional frente a su representante, sin aportar por eso elementos concretos que demostraran que este supuesta animo-

sidad, habría ocasionado una traba en el examen equitativo de su demanda.

34. El Tribunal comprueba además, que en el derecho español las causas de recusación y desapoderamiento de los jueces están previstas en los artículos 219 y siguientes de la ley orgánica relativa al poder judicial. Tratándose de representantes de los demandantes, solamente el vínculo de parentesco recoge a fin de cuentas, la eventual existencia de animosidad estando limitado a las relaciones entre el juez y las partes. En este caso, dos de los magistrados inicialmente designados para examinar los recursos de amparo litigiosos se inhibieron porque estimaban no satisfacer las condiciones de imparcialidad requeridas. En la medida en que fueron reemplazados por otros dos magistrados, nombrados conforme a la ley orgánica del Tribunal Constitucional, el Tribunal considera que han sido tomadas suficientes medidas para asegurar un tratamiento del asunto conforme a las exigencias del artículo 6 § 1 del Convenio.

35. En opinión del Tribunal, la queja presentada no se basa en ningún elemento convincente y equivalente para revisar la imparcialidad del conjunto de la alta jurisdicción de forma genérica, sin que ningún otro elemento de temor, incluso indiciario, haya sido mencionado en relación al asunto de este caso como tal. En este sentido, el Tribunal no se considera en condiciones para establecer un vínculo entre la desestimación de los asuntos anteriormente mencionados por el representante y el de la presente demanda, al no haber sido demostrada la influencia de las primeras por las demandantes.

36. Por consiguiente, esta queja debe ser rechazada por estar manifiestamente mal fundada, conforme al artículo 35 §§ 3 y 4 del Convenio.

Por estos motivos, el Tribunal, por unanimidad declara la demanda inadmisibile.

SANTIAGO QUESADA JOSEP CASADEVALL
Secretario *Presidente*

DÉCISION SOBRE LA ADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA Nº 33732/05 PRESENTADA POR C.M.V.M.C. O'LIMO CONTRA ESPAÑA

El Tribunal europeo de derechos humanos (tercera sección), reunido el 24 de noviembre de 2009 en sala compuesta por:

Josep Cásadevall, *presidente*,

Elisabet Fura,

Bostjan M. Zupancic,

Alvina Gyulumyan,

Egbert Myjer,

Luis Lopez Guerra,

Ann Power, *Jueces*,

y Santiago Quesada, *secretario de sección*.

Vista la mencionada demanda presentada el 14 de septiembre de 2005, vistas las observaciones presentadas por el gobierno demandado y las presentadas en respuesta por la demandante. Tras haber deliberado, dicta la siguiente sentencia:

HECHOS

I. La demandante es una comunidad de usuarios de bienes comunes rurales (*comunidad vecinal de montes comunales en mano común*) situada en San Bartolomé de Cariño (La Coruña). Está representada ante el Tribunal por M.-J. A.E., abogado de Fene-A-Coruña. El gobierno español («el Gobierno») ha sido representado por su agente I. B.L., jefe del

servicio jurídico de los derechos humanos en el ministerio de Justicia.

A. Las circunstancias del caso

2. Los hechos de la causa, tal y como han sido expuestos por las partes, pueden resumirse como sigue:

3. En 2004, otra comunidad de usuarios de bienes comunes rurales presentó una acción, ante el juez de primera instancia nº1 de Ortigueira (La Coruña), reivindicando la propiedad de un terreno para encuentro de la comunidad demandante. La comunidad demandante, representada por su presidente, presentó una respuesta escrita, informando al juez que no estaría representada por un abogado y un procurador, por falta de recursos suficientes para pagar sus honorarios.

4. Por una sentencia dictada por defecto el 18 de enero de 2005, el juez de primera instancia nº 1 de Ortigueira acogió las pretensiones de la comunidad de usuarios demandante.

5. La comunidad de usuarios demandante dio parte de su intención de apelar esta sentencia. Por una orden del 25 de febrero de 2004, el juez de primera instancia le concedió un plazo de diez días para interponer la apelación, siendo asistida su intervención obligatoriamente, por un abogado y un procurador.

6. El 8 de abril de 2005, la demandante solicitó por primera vez en el marco del presente procedimiento, beneficiarse de asistencia judicial. Por una orden del 18 de abril de 2005, el juez de primera instancia rechazó la demanda, basándose en el artículo 2 de la Ley 1/1996 relativo a la asistencia judicial gratuita, que reconocía el derecho a la asistencia judicial gratuita únicamente a las asociaciones reconocidas de utilidad pública por la ley y a las fundaciones inscritas en el registro oficial de fundaciones, que habían demostrado no tener recursos.

7. Contra esta decisión, la demandante interpuso un recurso de reposición. Por una decisión del 23 de mayo de 2005, el juez de primera instancia señaló que no podía examinar la conformidad del recurso, porque no había sido presentado por un abogado. Por otro lado, declaró el carácter definitivo del juicio del 18 de enero de 2005.

8. En última instancia, la comunidad de usuarios demandante no interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, por no tener recursos suficientes para designar abogado y procurador para representarla, como exige el derecho interno para interponer dicho recurso.

B. El derecho interno pertinente

9. La Constitución

Artículo 24

«1. Toda persona tiene derecho a obtener la protección efectiva de jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda encontrarse ante la imposibilidad de defenderse».

10. *La ley 1/1996 del 10 de enero de 1996, relativa a la asistencia judicial gratuita*

Artículo 2

Campo de aplicación personal

«1. *Conforme a las disposiciones y al alcance previsto por esta ley y los tratados internacionales en la materia ratificados por España, tienen derecho a asistencia judicial gratuita (...)*

C. Las personas morales siguientes, cuando demuestran no tener recursos suficientes para pleitear:

1. Las asociaciones reconocidas de utilidad pública por el artículo 32 de la Ley orgánica 1/2002, del 22 de marzo

de 2002, concerniente al derecho de asociación.

2. Las fundaciones inscritas en el registro público correspondiente».

C. El derecho comparado pertinente

11. Un estudio comparativo de la legislación y de la práctica de treinta y dos Estados parte del Convenio, permite distinguir tres enfoques diferentes en cuanto a la posibilidad de obtener abogacía de oficio para las personas morales (cf. *VP Diffusion SARL c Francia* (dec), nº 14565/04, 26 de agosto de 2008).

12. En algunos Estados, la legislación excluye todo tipo de ayuda a las personas morales, ya sea ayuda judicial o exoneraciones de los gastos del procedimiento (Albania, Armenia, Azerbaiyán, Bosnia-Herzegovina, Irlanda, Italia, Letonia, Luxemburgo, Malta, Moldavia, Rumania, Reino unido y Serbia).

13. Otros Estados conceden esta posibilidad únicamente, a las personas morales sin ánimo de lucro, como Francia, Grecia, Portugal, Eslovenia, España y Turquía.

14. Por fin, hay unos Estados en los cuales las personas morales, incluidas las sociedades mercantiles, pueden solicitar y obtener en ciertas condiciones la abogacía de oficio. En Austria, en Alemania, en Países Bajos y en Polonia, no hay ninguna distinción entre personas físicas y sociedades mercantiles en cuanto a las condiciones de concesión de tal ayuda. En cambio, en Bélgica, en Estonia, en Finlandia, en Rusia, en Suecia y en Suiza, las sociedades mercantiles pueden aspirar a cierta forma de asistencia jurídica (particularmente la exoneración de los gastos del procedimiento) pero en circunstancias excepcionales (como por ejemplo, en caso de quiebra).

QUEJAS

15. Invocando los artículos 6 § 1 y 13 del Convenio, la comunidad de usuarios de bienes comunes demandante se queja de no haber tenido acceso a un tribunal para defender sus intereses. Por otro lado, alega violación del artículo 14 del Convenio y estima que fue objeto de una discriminación basada en el patrimonio, debido a la negativa de las jurisdicciones internas a concederle asistencia judicial para apelar.

EN DERECHO

16. La comunidad demandante se queja de que sus demandas tendentes a beneficiarse de asistencia judicial han sido rechazadas, lo que la privó por consiguiente, de su derecho a acceder a un tribunal para defender sus intereses. Invoca los artículos 6 § 1 y 13 del Convenio, que en sus partes pertinentes disponen lo que sigue:

Artículo 6 § 1

«Toda persona tiene derecho a que su caso sea escuchado equitativamente (...) por un tribunal (...), que decidirá (...) sobre las impugnaciones de sus derechos y obligaciones de carácter civil (...)».

Artículo 13

«Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el (...) Convenio han sido vulnerados, tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional (...)».

17. El Tribunal señala que el Gobierno no promovió ninguna excepción en lo que se refiere al agotamiento de las vías de recurso internas aunque considera, sin otras explicaciones, que la demanda podría ser rechazada por este motivo. Parece referirse a este respecto, al

hecho de que la comunidad demandante no intentó o no consiguió demostrar su falta de recursos y no a la ausencia del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

18. En cualquier caso, el Tribunal recuerda que la regla del agotamiento de las vías de recurso internas debe ser aplicada con cierta flexibilidad y sin excesivo formalismo. Admite además, que la regla del agotamiento de las vías de recurso internas no se acomoda a una aplicación automática y no reviste un carácter absoluto; hay que considerar las circunstancias del caso (*Akdivar C Turquía*, sentencia del 16 de septiembre de 1996, §§68-69; *Isayeva y otros c Rusia*, sentencia del 24 de febrero de 2005, §§ 152-153).

19. Teniendo en cuenta las quejas presentadas en la presente demanda, el Tribunal considera que en este caso, no se plantea ninguna cuestión relativa a una pretendida ausencia del agotamiento de las vías de recurso internas.

20. El Gobierno subraya, en cuanto al fondo, que la ausencia de recursos alegada jamás ha sido acreditada por la comunidad demandante, mientras tal prueba le incumbía. Anota que la demandante, no obstante, está representada por un abogado en el procedimiento ante el Tribunal.

21. La sociedad demandante replica que no pudo defenderse en la medida en que se vio privada de toda posibilidad de actuar ante las jurisdicciones internas por falta de recursos suficientes.

22. El Tribunal subraya que el Convenio no obliga a conceder la asistencia judicial en todas las impugnaciones en materia civil. En efecto, hay una clara distinción entre los términos del artículo 6 § 3 c), que garantiza el derecho a la asistencia judicial gratuita, bajo ciertas condiciones, en los procedimientos penales y los del artículo 6 § 1 que no remite a la abogacía de oficio. El

Convenio no da a un litigante, en un procedimiento que concierne a sus derechos de carácter civil, ningún derecho automático a beneficiarse de una ayuda judicial o a ser representado por un abogado (ver, por ejemplo, *Del Sol c Francia*, nº 46800/99, CEDH 2002-II o *Essaadi c Francia*, nº 49384/99, 26 de febrero de 2002).

23. Sin embargo, la falta de proporcionar a una persona la asistencia de un abogado, puede atentar contra el artículo 6, cuando esta asistencia es indispensable para un acceso efectivo a un tribunal ya sea porque, entre otras cosas, la ley prescribe la representación por un abogado, ya sea con arreglo a la complejidad del procedimiento o la naturaleza del litigio. Conviene resaltar que el sistema judicial puede contener un procedimiento de selección para las acciones civiles, pero que debe funcionar de manera no arbitraria, no desproporcionada y sin atentar contra la sustancia del derecho de acceso a un tribunal (*P., C y S. c Reino Unido*, nº 56547/00, ECHR 2002-VI, §§ 88-91 *Aerts c Bélgica*, 30 de julio de 1998, § *b(i)*. *Repertorio de sentencias y decisiones 1998-V*).

24. El Tribunal considera que es importante considerar concretamente, la calidad del sistema de asistencia judicial en un Estado. Observa que en el plano europeo no existe consenso, o por lo menos, una tendencia afirmada en materia de concesión de ayuda judicial (ver, los párrafos 11-14 arriba). La legislación de un gran número de Estados no prevé el beneficio de esta ayuda a personas morales cualquiera que sea su fin, comercial o no lucrativo

25. En este caso, el Tribunal estima que el sistema impuesto por el legislador español para otorgar la asistencia judicial gratuita, ofrece garantías sustanciales con respecto a la protección del derecho de acceso de los individuos a cortes y tribunales. En efecto, no se deja ningún margen

de apreciación para la concesión de asistencia judicial: las únicas que pueden verse otorgadas de asistencia judicial son las asociaciones reconocidas de utilidad pública por el artículo 32 de la Ley orgánica 1/2002 del 22 de marzo de 2002, concerniente al derecho de asociación, así como las fundaciones inscritas en el registro público correspondiente. Así como subrayaba la Comisión Europea de los Derechos Humanos, evidentemente, un sistema de asistencia judicial no puede funcionar sin poner un dispositivo que permita seleccionar los asuntos susceptibles de beneficio (ver, por ejemplo, sus decisiones del 10 de julio de 1980 en el caso *X c Reino Unido*, xi» 8158/78, Decisiones e informes 21 y del 10 de enero de 1991 en el asunto *García c Francia*, nº 14119/88, no publicado).

26. El hecho de no prever asistencia judicial gratuita para toda persona moral, no es contrario en sí al derecho de acceso a un tribunal. Para el Tribunal, es importante tener en cuenta el hecho de que los fondos aprobados por las asociaciones y las sociedades privadas para su defensa jurídica, resultan de fondos aceptados, aprobados y pagados por sus miembros. Entonces, habría que exigir al Estado, que le otorgue este beneficio a toda persona moral que lo pretenda, mientras que los miembros de esta última no decidieron pagar a la persona moral en causa los fondos necesarios al respecto, independientemente de su disponibilidad financiera. Por otro lado, no hay que olvidar que en este caso, la comunidad demandante reclamaba el beneficio de la asistencia judicial para intervenir en un litigio civil que se refería a la propiedad de un terreno, litigio cuyo resultado afectaría sólo a los miembros de las comunidades en causa.

27. A la vista de lo que precede, el Tribunal considera que la negativa de conceder a la comunidad demandante la asistencia judicial gratuita para oponerse a una acción de reivindicación de pro-

piedad de un terreno, no alcanzó en su misma sustancia, el derecho de la demandante a acceder a un tribunal.

28. Resulta que esta parte de la demanda está manifiestamente mal fundada y debe ser rechazada, conforme al artículo 35 §§ 3 y 4 del Convenio.

29. La comunidad demandante se considera víctima de una discriminación basada en el patrimonio, debido a la desestimación de sus demandas para beneficiarse de asistencia judicial. Alega violación del artículo 14 que dispone:

«El disfrute de los derechos y las libertades reconocidos en el (...) Convenio debe ser asegurado, sin distinción alguna, basado particularmente en (...) el patrimonio (...)»

30. El Tribunal recuerda que una distinción es discriminatoria en el sentido del artículo 14, si «falta de justificación objetiva y razonable» es decir, si no persigue un «fin legítimo» o si no hay «relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin aludido». Por otro lado, los Estados contratantes gozan de cierto margen de apreciación para determinar si y en qué medida, las diferencias entre situaciones y otras consideraciones análogas, justifican distinciones de tratamiento (ver *Karlheinz Schmidt c. Alemania*, sentencia del 18 de Julio de 1994, serie A n° 291-B, §24).

31. El Tribunal estima que el sistema español de asistencia judicial oferta garantías suficientes para preservar a los individuos de la arbitrariedad. La distinción jurídica en el régimen español de asistencia judicial, entre las personas físicas y las personas morales con o sin fin lucrativo, no es en efecto arbitraria.

32. Es verdad que el Gobierno no da ninguna explicación que demuestre que en el derecho español existe una base objetiva de justificación de tal diferencia de tratamiento. Se limita, en efecto, a insistir en sus observaciones en el hecho de

que la comunidad demandante no intentó demostrar la insuficiencia de sus recursos. El Tribunal estima no obstante, que la diferencia de tratamiento invocada se asienta en una justificación objetiva y razonable: la preocupación de conceder fondos públicos en calidad de asistencia judicial a las personas morales cuyo fin es producir un beneficio a la sociedad. No habría de exigirse al Estado otorgarle este beneficio a toda persona moral que lo pretenda.

33. Resulta que esta parte de la demanda está también manifiestamente mal fundada y debe ser rechazada conforme al artículo 35 §§ 3 y 4 del Convenio.

Par estos motivos, el Tribunal por unanimidad declara la demanda inadmisibile.

SANTIAGO QUESADA JOSEP CASADEVALL

Secretario

Presidente

DECISIÓN SOBRE LA ADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA N° 21715/05 PRESENTADA POR J.E.G. CONTRA ESPAÑA

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (tercera sección), reunido el 24 de noviembre de 2009 en sala compuesta por:

Josep Casadevall, *presidente*,

Elisabet Fura,

Bostjan M. Zupancic,

Alvina Gyulumyan,

Egbert Myjer,

Luis López Guerra,

Ann Power, *jueces*,

y de Santiago Quesada, *secretario de sección*.

Vista la demanda mencionada presentada el 7 de junio de 2005,

Vistas las observaciones enviadas por el gobierno demandado y las presentadas en respuesta por el demandante.

Después de haber deliberado, dictan la siguiente decisión:

HECHOS

1. El demandante, Don J.E.G. es un nacional español, nacido en 1944 y residente en Madrid. El gobierno español («el Gobierno») está representado por su agente, Don I.B., jefe del servicio jurídico de los derechos humanos en el ministerio de Justicia.

A. Las circunstancias del caso

2. Los hechos de la causa tal y como expusieron las partes, pueden resumirse como sigue.

3. Por un contrato concluido sin legalizar, el 15 de abril de 1980 con la sociedad INAP S.A., parte vendedora, el demandante adquirió un local comercial en el piso bajo de un edificio de viviendas en Madrid.

4. La formalización del acta de venta ante notario tuvo lugar el 4 de febrero de 1985 y la inscripción del local en el Registro de la propiedad de Madrid se efectuó en fecha posterior. A este respecto, el demandante aporta una certificación de inscripción fechada el 10 de junio de 2003.

5. Teniendo como base el contrato privado, el 14 de noviembre de 1981, el demandante solicitó un permiso de obra ante el ayuntamiento que le fue concedido tres días más tarde. La autorización fue enviada a la dirección del local y a nombre del demandante.

6. El 30 de diciembre de 1981, el servicio de la policía de urbanismo del

ayuntamiento inició un procedimiento administrativo contra la sociedad INAP S.A. como propietaria del local que linda con el del demandante, por haber efectuado trabajos no autorizados. A este respecto, decidió la demolición de las edificaciones no autorizadas. Esta demolición afectaba a una parte del local del demandante, que no fue informado sobre este procedimiento.

7. Esta medida fue confirmada por una decisión del Consejo de ministros del 25 de marzo de 1983.

8. Contra esta decisión, la sociedad interpuso un recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo.

9. Por una sentencia del 20 de diciembre de 1986 que no le fue notificada al demandante, el Tribunal Supremo aceptó parcialmente el recurso en la medida en que una parte de las infracciones había sido ya objeto de prescripción. En cuanto al resto, confirmó la sanción de demolición inmediata. La sentencia fue definitiva. El demandante afirma haber tenido conocimiento del juicio de 1986 en 1997. Solicitó entonces formar parte del procedimiento como titular de un interés legítimo, demanda que fue aceptada por una decisión del 23 de junio de 1999. A partir de la fecha de notificación de esta decisión, tuvo acceso a todos los documentos relativos al procedimiento en curso. Resalta la demanda que entre 1997 y 2003, el demandante solicitó al Tribunal Supremo la nulidad de todas las decisiones relativas a la ejecución de la sentencia del 20 de diciembre de 1986. Así, el 13 de marzo de 2003 pidió la nulidad de dicha sentencia y el restablecimiento del procedimiento a partir del inicio del procedimiento administrativo relativo a las obras. Además, alegó no haber recibido la notificación de ciertos actos.

10. Por una decisión del 21 de marzo de 2003, el Tribunal Supremo declaró

inadmisibles las pretensiones de nulidad del demandante. En cuanto a la queja del demandante manteniendo la ausencia de notificación de las decisiones dictadas entre el 20 de julio de 1998 y el 31 de enero de 2003, el Tribunal Supremo señaló que respecto a la fecha de introducción de la demanda de nulidad, a saber el 13 de marzo de 2003, ésta debía ser rechazada por tardía, en la medida en que conforme a la ley, debía ser efectuada en el plazo de veinte días a partir de la decisión impugnada. A fin de cuentas, el Tribunal Supremo examinó el fondo de las quejas presentadas por el demandante y las rechazó porque no eran conformes a la realidad. En efecto, resultaban de unos justificantes de acuse de recibo contenidos en el expediente, que el demandante había tenido conocimiento de las decisiones mencionadas. El Tribunal Supremo recordó por otro lado, que la obligación de notificación había estado limitada a los interesados «que figuraban en el expediente», sin que las jurisdicciones tengan que tener conocimiento de los expedientes paralelos que puedan existir entre los individuos y la Administración.

11. El Tribunal Supremo se refirió en particular, a la decisión dictada el 20 de julio de 1998 y subrayó algunos puntos reproducidos en el texto de su decisión:

– Las adquisiciones efectuadas a través de un documento privado no pueden tener efectos frente a terceros.

– Las comunicaciones relacionadas con el expediente [del caso] se efectuaron a quien figuraba como titular de los terrenos, independientemente de los pactos privados [preexistentes], cualquier reclamación del demandante debe ser dirigida contra aquel con quien habría concluido este pacto»

12. Invocando el artículo 24 (derecho a un proceso justo) de la Constitución, el demandante interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitu-

cional. Por una decisión del 23 de julio de 2003, la alta jurisdicción rechazó el recurso porque estaba manifiestamente mal fundado. Señaló, que la elección de las modalidades de ejecución de los juicios dictados por las jurisdicciones ordinarias pertenecía a estas últimas y que el Tribunal Constitucional podía intervenir sólo cuando esta elección era arbitraria o desrazonable, lo que no era evidente en el presente caso. En cuanto a la queja derivada de la ausencia de notificación del procedimiento, la alta jurisdicción señaló que era tardía pero precisó que de todas formas, el Tribunal Supremo había motivado suficientemente esta ausencia de emplazamiento en la decisión de 1998. En efecto, había señalado que la ausencia de la escritura de venta y de inscripción en el Registro de la propiedad había hecho imposible la identificación del propietario del local, un contrato privado que no podía dar fe a este respecto.

13. La fiscalía introdujo un recurso de súplica en el plazo legal de tres días. Alegó la falta de imparcialidad de J.R.Z., uno de los tres magistrados que había participado en la decisión del Tribunal Constitucional debido a que este magistrado había formado parte de la sala contencioso-administrativa del Tribunal Supremo que había dictado la sentencia del 20 de diciembre de 1986, cuya ejecución era justamente, objeto del recurso de amparo del demandante. Por otro lado, también había participado en otras decisiones posteriores relativas al mismo procedimiento, la última que era del 17 de octubre de 2002, corría el riesgo de provocar una apariencia de ausencia de imparcialidad objetiva del magistrado. Aunque el amparo fuera formalmente dirigido contra la decisión del 21 de marzo de 2003, la fiscalía precisó que la demanda de nulidad concernía a la totalidad del procedimiento de ejecución que se había presentado con la sentencia de 1986. Por consiguiente, solicitó la nulidad de la decisión del 23 de julio

de 2003 así como un nuevo examen del recurso de amparo del demandante por parte de tres nuevos magistrados de la alta jurisdicción.

14. Se envió una copia del recurso al demandante para sus observaciones, que presentó un primer informe de respuesta donde abordaba, exclusivamente, la cuestión de la imparcialidad. Posteriormente, el demandante presentó nuevas observaciones donde recogía las irregularidades en la notificación. Justificó el retraso en la presentación de sus segundas observaciones debido a que había tenido acceso a estas informaciones, sólo después del depósito de su primer recurso de amparo, o sea después del 24 de marzo de 2003.

15. Por una decisión (*auto*) del 27 de octubre de 2003 (ATC 348/2003), el Tribunal Constitucional aceptó el recurso de súplica, dejó sin efecto la decisión del 23 de julio de 2003 y asignó el examen del recurso de amparo a otra formación de magistrados que el 4 de noviembre de 2004, lo rechazó por estar manifiestamente mal fundado. De una parte, señaló que la información proporcionada en segundo lugar por el demandante, no podía ser tenida en cuenta. En efecto, la jurisprudencia constitucional exigía que todos los documentos y las pretensiones fueran presentados en el momento del depósito del informe inicial, sin que elementos ulteriores puedan ser añadidos. Por otra parte, la alta jurisdicción reiteró los argumentos de la decisión del 23 de julio de 2003 relativos a la elección de las modalidades de ejecución de los juicios dictados por las jurisdicciones ordinarias. Finalmente, el Tribunal Constitucional respondió a la queja derivada de la ausencia de notificación y recordó a este respecto, que el demandante había dado prueba de negligencia, no inscribiendo inmediatamente el local en el Registro de la propiedad. Desde entonces, en la medida en que su nombre no figuraba tampoco en el expediente administrativo, el

tribunal *a quo* no podía razonablemente conocer su identidad,

16. La fiscalía impugnó esta decisión e interpuso un recurso de súplica debido a que los documentos que el demandante había aportado posteriormente, eran esenciales para el asunto en la medida en que atestiguaban que era reconocido como propietario por terceros (en este caso, por comunicaciones que le enviaban el resto de los copropietarios, así como por el permiso de obra otorgado por el ayuntamiento). Desde entonces, un comportamiento diligente de los tribunales habría permitido localizarlo con el fin de que pudiera constituirse parte civil.

17. El demandante recibió una notificación de este recurso y se adhirió.

18. Por una decisión (*auto*) del 26 de enero de 2005, la alta jurisdicción recordó principalmente, que la ausencia de emplazamiento atentaba contra la Constitución si «el interesado hubiera podido ser identificado por el tribunal», condición que, conforme a la jurisprudencia constitucional, no fue cumplida en este caso. A la luz de estos argumentos, el Tribunal Constitucional rechazó la súplica y confirmó la decisión del 4 de noviembre de 2004.

19. El 16 de febrero de 2005, el demandante solicitó ante el Tribunal Supremo la rectificación del «error material» cometido por las jurisdicciones españolas, no identificándolo como el propietario legítimo del local. A este respecto, pidió la nulidad del procedimiento a partir de 1997 así como la restitución de la totalidad de su local (cuya parte se había visto afectada por las obras) o alternativamente, que dicho local fuera objeto de un procedimiento de expropiación y que fuera indemnizado.

20. Por una decisión del 9 de marzo de 2005, notificada el 4 de abril de 2005, el Tribunal Supremo rechazó sus pretensiones, debido a que habían sido amplia-

mente examinadas y rechazadas debidamente motivadas por el Tribunal Constitucional.

B. El derecho interno pertinente

21. *La Constitución*

Artículo 24

«1. Toda persona tiene derecho a obtener protección efectiva de jueces y tribunales para el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, en cualquier hipótesis para defenderse.

2. Igualmente, toda persona tiene derecho a ser oída por un juez de derecho común determinado previamente por la ley, a defenderse y a hacerse asistir por un abogado, a ser informada sobre cualquier acusación en su contra, a tener un proceso público sin retraso indebido y en el respeto de todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no auto incriminarse, a no confesarse culpable y a ser presumida inocente.

(...)»

22. Ley del 27 de diciembre de 1956, relativa a la jurisdicción contencioso-administrativa, aplicable en el momento de los hechos

Artículo 61

«1. El tribunal (...) solicitará también el expediente administrativo a la Administración antes de dictar la decisión [impugnada].

(...)»

Artículo 64

«1. La decisión de la Administración que acuerda remitir el expediente administrativo al tribunal [que lo solicitó] será inmediatamente notificada a todos los que figuran como «interesados» en dicho expediente. Serán emplazados con el fin

de poder comparecer en el procedimiento (...). El expediente administrativo será remitido por fin al tribunal con el detalle de las notificaciones efectuadas.

2. Una vez recibido el expediente, el tribunal verificará (...) la conformidad de los emplazamientos. Si viene para observar irregularidades, ordenará efectuar las notificaciones que faltan.

(...)»

23. *Nueva ley 29/1998 del 13 de julio de 1998, relativa a la jurisdicción contencioso-administrativa*

Artículo 48

«1. Cuando el órgano jurisdiccional (...) solicite el expediente administrativo a la Administración que ha dictado el acto o la decisión [impugnados], requiere igualmente proceder a las notificaciones previstas en el artículo 49 (...).

(...)» .

Artículo 49

«1. La decisión de la Administración que acuerda remitir el expediente administrativo al tribunal [que lo solicitó] será notificada en los cinco días siguientes a su adopción, a todos los que figuran como «interesados» en dicho expediente. Serán emplazados con el fin de poder comparecer en el procedimiento en el plazo de nueve días (...). La notificación se efectuará conforme a las previsiones de la ley del procedimiento administrativo común.

2. El expediente administrativo será remitido seguidamente al tribunal, con el detalle de las notificaciones efectuadas, así como la mención de aquellas que no han podido realizarse en el plazo de remisión del expediente. En este caso, la Administración enviará los justificantes posteriormente.

3. Una vez recibido el expediente, el juez o el tribunal verificará (...) la conformidad de los emplazamientos. Si viene para observar irregularidades, ordenará a la Administración efectuar las notificaciones que faltan, con el fin de asegurar la defensa de los intereses que sean identificables.

(...).

24. *Ley hipotecaria, texto refundido según el Decreto del 8 de febrero de 1946*

Artículo 38

«A todos los efectos legales, se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular bajo la forma determinada por la respectiva inscripción. Del mismo modo, se presumirá que tiene la posesión el que ha inscrito la propiedad de los inmuebles o derechos reales.

(...).

25. *Código Civil*

Artículo 1225

«El documento privado y reconocido legalmente, tendrá el mismo valor que la escritura pública entre los que lo hayan suscrito y sus sucesores»

Artículo 1227

«La fecha de un documento privado producirá efectos frente a terceros sólo a partir del día en que se incorpore o inscriba en un registro público o en el momento del fallecimiento de uno de los firmantes o cuando le sea remitido a un funcionario público (...)

QUEJAS

Invocando el artículo 13 del Convenio y el 1 del Protocolo nº 1, el demandante

se queja de no haberse beneficiado de un recurso efectivo para impugnar la ausencia de notificación de la sentencia del Tribunal Supremo del 20 de diciembre de 1986. Considera que el comportamiento de los tribunales españoles atentó contra su derecho a la propiedad en la medida en que su local se vio afectado por las obras efectuadas sin que hubiera tenido la posibilidad de participar en el procedimiento.

EN DERECHO

A. Sobre la queja derivada del artículo 13 del Convenio

26. El demandante se queja de la ausencia de notificación de la sentencia del Tribunal Supremo del 20 de diciembre de 1986 y discute el argumento de los tribunales según el cual no disponían de sus señas, debido a que el local del demandante no fue inscrito en el Registro de la propiedad en el momento en el que comenzó el procedimiento. A este respecto, señala que la fecha en la que el ayuntamiento le otorgó la autorización de las obras (el 17 de noviembre de 1981), fue debidamente notificado como propietario mientras que la adquisición del local, sólo figuraba en un contrato privado. Es su opinión, el contrato producía efectos frente a terceros y en particular, frente a la Administración. Estima no haber disfrutado de un recurso efectivo para impugnar la falta de notificación. La disposición invocada prevé:

«Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el (...) Convenio han sido violados, tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación hubiera sido cometida por personas que actuaran en el ejercicio de sus funciones oficiales»

1. *Sobre la excepción del no agotamiento presentada por el Gobierno*

27. El Gobierno alega el desarrollo y el no agotamiento de las vías de recurso internas en cuanto a las quejas presentadas contra las decisiones dictadas entre el 20 de julio de 1998 y el 31 de enero de 2003. A este respecto, remite a la decisión del 21 de marzo de 2003 del Tribunal Supremo y a la del 4 de noviembre de 2004 dictada por el Tribunal Constitucional.

28. El demandante impugna esta tesis.

29. El Tribunal señala que, aunque habiendo hecho referencia al incumplimiento por parte del demandante de los plazos para impugnar dichas decisiones, tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional examinaron el fondo de la queja principal, a saber la falta de notificación y teniendo en cuenta la negligencia de la que el demandante dio prueba no inscribiendo inmediatamente en el registro de la propiedad el local en litigio, rechazaron su recurso.

30. A la vista lo que precede, conviene pues descartar la excepción presentada por el Gobierno.

2. *Sobre el fondo de la demanda*

a) Tesis de las partes

31. El Gobierno hace observar que tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional, respondieron a los argumentos del demandante relativos a la ausencia de notificación. Resulta que los recursos presentados ante estas dos instancias, pueden ser considerados efectivos.

32. En apoyo de esta conclusión, el Gobierno señala que en su decisión del 21 de marzo de 2003 el Tribunal Supremo comprobó que el demandante se había visto notificar las decisiones que pretendía ignorar. El Tribunal hace referencia a los acuses de recibo firmados

para cada una de estas decisiones. El Gobierno llama la atención de la motivación contenida en la primera de ellas, a saber, la dictada el 20 de julio de 1998.

33. El Gobierno indica por otro lado, que la decisión del 21 de marzo de 2003 reiteró estas afirmaciones y añadió que la obligación de notificación había sido limitada a los interesados «figurantes en el expediente». En su decisión del 4 de noviembre de 2004, el Tribunal Constitucional confirmó que la identidad del demandante no figuraba en absoluto en el expediente administrativo en curso. A ejemplo de la alta jurisdicción, el Gobierno considera que la negligencia del demandante constituye un elemento esencial que hay que tener en consideración. En efecto, éste inscribió la venta en el Registro de la propiedad sólo en 2003.

34. Además, refiriéndose al artículo 38 de la ley hipotecaria, anota que los tribunales internos lo invocaron con razón, cuando notificaron al que figuraba como titular del local en el registro.

35. En definitiva, el Gobierno considera que la no oponibilidad a terceros de los documentos privados así como la ausencia de inscripción del título en el Registro de la propiedad, añadidos al comportamiento negligente del demandante, bastan para concluir la desestimación de la demanda.

36. En la medida en que su identidad figuraba en el expediente administrativo que existía en el ayuntamiento, el demandante considera que era deber de los tribunales internos tener conocimiento. En este tema, el demandante hace valer que cumplió su cuota de los gastos de la copropiedad desde la adquisición del local, siendo notoria su calidad de propietario y no discutida entre el resto de los vecinos.

37. Por otro lado, recuerda que conforme a la jurisprudencia del Tribunal, le incumbe al Gobierno probar la existencia de la negligencia. A la luz de las gestiones

que emprendió, considera que tal negligencia no ha sido suficientemente probada en este caso.

38. Además, el demandante se queja de haber sido objeto de una negativa de justicia en la medida en que, de una parte, no se vio notificar la sentencia del Tribunal Supremo dictada el 20 de diciembre de 1986 y, por otra parte, su demanda de ejecución de esta sentencia fue rechazada *in limine litis* por una decisión del 20 de julio de 1998 que no le fue notificada.

b) Apreciación del Tribunal

39. El Tribunal recuerda que el artículo 13 del Convenio exige la existencia, en derecho interno, de un recurso que permita a la autoridad nacional competente conocer el contenido de una «queja defendible» basada en el Convenio (*Z. y otros c. Reino Unido* [GC], nº 29392/95, § 108, CEDH 2001-V).

El objeto de este artículo es proporcionar un medio a través del cual, los justiciables puedan obtener, a nivel nacional, la rectificación de las violaciones de sus derechos garantizados por el Convenio, antes de tener que ejecutar el mecanismo internacional de queja ante el Tribunal (*Kudia c. Polonia* [GC], nº 30210/96, § 152, CEDH 2000-XI).

40. La protección ofrecida por el artículo 13 no llega a exigir una forma particular de recurso, los Estados contratantes se ven reconocer un cierto margen de apreciación en cuanto a la manera de conformar las obligaciones que les produce esta disposición (ver, por ejemplo *Kaya c. Turquía*, 19 de febrero de 1998, § 106, *Repertorio* 1998-1, § 106).

41. El Tribunal es de la opinión, de que las pretensiones del demandante en este caso, relativas a la pretendida falta de protección de su derecho a la propiedad, pueden analizarse como «defendibles» según el artículo 13 (ver *Boyle y Rice c. Reino Unido*, 27 de abril de 1988, § 52,

serie A nº 131). Desde entonces, debía disponer de recurso efectivo y concreto por naturaleza para garantizarle que sea estatuido en sus demandas.

42. En la medida en que la queja del demandante se concentra en la ausencia de recurso para impugnar la falta de notificación de las decisiones internas, el Tribunal hace observar, que el demandante tuvo la posibilidad de presentar sus pretensiones ante las jurisdicciones internas e impugnar la ejecución del juicio del 20 de diciembre de 1986, así como pedir la nulidad de este juicio al haber sido rechazada esta última por la decisión del 21 de marzo de 2003 dictada por el Tribunal Supremo. El Tribunal comprueba que tanto este Tribunal como el Tribunal Constitucional examinaron el fondo de las pretensiones del demandante y las rechazaron por decisiones suficientemente motivadas y privadas de arbitrariedad. Estas decisiones demostraron que, a partir del momento en que el demandante estaba considerado como titular de un interés legítimo, a saber el 23 de junio de 1999, había tenido acceso a todos los documentos del procedimiento, pudiendo impugnar a cada momento las decisiones internas que le concernían. Además, las jurisdicciones españolas consideraron de forma motivada, que el demandante no apeló el proceso de demolición del local debido a su propia negligencia, a saber la ausencia de inscripción de la escritura de venta en el Registro de la propiedad. Por ello, los tribunales internos se dirigieron al que figuraba como propietario en este Registro, a saber la agencia inmobiliaria a la que el demandante afirma haber comprado el local.

43. Esta decisión pudo también ser impugnada por el demandante a través de un recurso de amparo interpuesto ante el Tribunal Constitucional. La alta jurisdicción se pronunció por primera vez en este tema, el 23 de julio de 2003. Confirmó sus argumentos sobre este punto, el 4 de

noviembre de 2004 y luego, el 26 de enero de 2005.

44. El Tribunal no ve ningún otro motivo para concluir que los procedimientos en este caso no constituyeron un recurso efectivo para las quejas presentadas por el demandante según el artículo 13 del Convenio.

45. En consecuencia, esta queja está manifiestamente mal fundada en el sentido del artículo 35 § 3 del Convenio y debe ser rechazada conforme al artículo 35 § 4 del Convenio.

B. Sobre la queja derivada del artículo 1 del Protocolo nº 1 del Convenio

46. El demandante considera que el comportamiento de los tribunales españoles atentó contra su derecho a la propiedad en la medida en que su local se vio afectado por las obras efectuadas sin que hubiera tenido la posibilidad de participar en el procedimiento. El artículo en causa dispone:

«Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie puede ser privado de su propiedad mas que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del derecho internacional.

Las disposiciones precedentes no atentan contra el derecho que poseen los Estados de poner en vigor las leyes que consideren necesarias para reglamentar el uso de los bienes conforme al interés general o para asegurar el pago de los impuestos o de otras contribuciones o de las multas»

1. Tesis de las partes

47. Las observaciones del Gobierno a este respecto, son esencialmente las mismas que las presentadas bajo el ángulo del artículo 13 del Convenio.

48. Por su parte, el demandante insiste en el hecho de que el documento privado de 1980 produce efectos frente a terceros. En apoyo de sus argumentos, cita los artículos 1225 y 1227 del Código Civil y considera que la inscripción en el registro de la propiedad es suficiente para provocar efectos frente a terceros.

49. Por otro lado, el demandante se queja que, la medida de limitación de su derecho a la propiedad no posee base legal ni de fin legítimo y no puede ser considerada como necesaria en una sociedad democrática. Estima deber soportar un gasto especial exorbitante, que no responde a la noción de justo equilibrio entre las exigencias del interés general de la comunidad y los imperativos de salvaguardia de los derechos fundamentales del individuo.

2. Apreciación del Tribunal

50. El Tribunal señala que las quejas relativas al artículo 1 del Protocolo nº 1 encuentran su origen en los mismos hechos que los expuestos más arriba para el artículo 13 y que en este caso, no hay diferencia en la naturaleza de los intereses protegidos por ambas disposiciones (*ver a contrario, Borjonov c. Rusia, sentencia del 22 de enero de 2009, § 48*). En particular, el Tribunal es de la opinión de que las decisiones relativas a la demolición del edificio impugnadas por el demandante, no atentaron contra su derecho a la propiedad en la medida en que la falta de participación en el procedimiento, estuvo motivada por su propia negligencia en cuanto a la inscripción de su contrato privado en el Registro de la propiedad (*ver § 42 más arriba*).

51. En atención a su conclusión relativa a esta última disposición, el Tribunal también concluye la desestimación de esta queja por estar manifiestamente mal fundada, en aplicación del artículo 35 §§ 3 y 4 del Convenio.

Por estos motivos, el Tribunal, por unanimidad declara la demanda inadmisibles.

SANTIAGO QUESADA JOSEPH CASSADEVALL

Secretario

Presidente

Sentencias

En el caso C.C. c. España, el Tribunal europeo de Derechos Humanos (sección tercera), reunido en sala compuesta por:

Joseph Casadevall, *presidente*,

Elisabet Fura,

Corneliu Bîrsan,

Boštjan M. Zupančič,

Alvina Gyulumyan,

Egbert Myjer,

Luis López Guerra, jueces,

y Santiago Quesada, secretario de la sección, después de haber deliberado en la sala del consejo el 26 de mayo de 2009, presenta aquí la sentencia, aprobada en esta fecha:

PROCEDIMIENTO

1. En el origen del caso se encuentra una demanda (nº 149151/07) dirigida contra el Reino de España y donde una residente de este Estado, la Sra. M.L.M.D. («la demandante») ha acudido ante el Tribunal el 29 de octubre de 2007 en virtud del artículo 34 del Convenio de salvaguarda de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales («el Convenio»).

2. La demandante está representada por la Sra. M.Q.L.L.C., abogada en Madrid. El gobierno español («el Gobierno») está representado por su agente, M.I.B.L., jefe del servicio jurídico de los derechos humanos en el Ministerio de Justicia.

3. La demandante, gitana de nacionalidad española, se queja del rechazo a pagarle una pensión de viudedad tras el fallecimiento de M.D. él también gitano de nacionalidad española, por el único motivo de que no formaban, a los ojos de la legislación española, un matrimonio. Ella alegaba la violación del artículo 14 del Convenio en combinación con los artículos 1 del Protocolo nº 1 y 12 del Convenio.

4. El 13 de mayo de 2008, el Tribunal decidió comunicar la demanda al Gobierno. Como permite el artículo 29 § 3 del Convenio, decidió además que la sala se pronunciaría sobre la admisibilidad y el fondo del caso a la vez.

5. Las partes presentaron sus observaciones. Las observaciones de la Unión Romaní han sido igualmente recibidas ya que el presidente había autorizado intervenir en el procedimiento escrito en calidad de *amicus curiae* (artículo 36 § 2 del Convenio y 44 § 2 del reglamento del Tribunal).

6. Tuvo lugar una audiencia pública en el Palacio de los Derechos Humanos, en Estrasburgo, el 26 de mayo de 2009 (artículo 59 § 3 del reglamento). Comparecieron por parte del Gobierno su agente Don Ignacio B.L., jefe del servicio jurídico de los derechos humanos en el Ministerio de Justicia y por parte de la demandante Doña Magdalena Q.L.L.C., asesora y Don S.S.L., asesor. Por la tercera parte, Don J.R.H., presidente de la Unión Romaní.

El Tribunal escuchó las declaraciones del Sr. Blasco, de la Sra. Queipo de Llano y de la Sra. Sánchez así como sus respuestas a las preguntas dirigidas por los jueces L. López Guerra y D. Myjer. También escuchó al Sr. R.H. y a la Sra. M.D., la demandante.

HECHOS

I. LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

7. La demandante nació en 1956 y reside en Madrid.

8. La demandante y M.D., pertenecientes los dos a la comunidad gitana, se casaron en noviembre de 1971 según los ritos propios de su comunidad. El matrimonio se celebró conforme a sus costumbres y tradiciones culturales gitanas y reconocidas por su comunidad. Para la comunidad gitana, el matrimonio celebrado según sus costumbres comporta efectos sociales que se derivan del matrimonio, el reconocimiento público, la obligación de la vida común y junto con otros derechos y deberes que se derivan de tal institución.

9. La demandante tuvo seis hijos, que fueron inscritos en el libro de familia expedido a la pareja por la administración española (Registro Civil) el 11 de agosto de 1983.

10. El 14 de octubre de 1986, la demandante y su familia vieron reconocida su situación de familia numerosa de primera categoría, sobre el nº 2º/2220/8, en aplicación de la ley 25/1971 sobre la protección de familias numerosas.

11. El 24 de diciembre de 2000, el esposo de la demandante falleció. Albañil de profesión en el momento de su fallecimiento, trabajaba y había cotizado a la seguridad social durante diez y nueve años, tres meses y ocho días y tenía a su cargo a su esposa (en tanto que tal) y a sus seis hijos. Era titular de una cartilla de beneficiario de la Seguridad Social, sellada por la agencia nº 7 de Madrid del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

12. La demandante pidió beneficiarse de una pensión de viudedad. Por una decisión del 27 de marzo de 2001, el Instituto Nacional de la Seguridad So-

cial (INSS) la rechazó, «en la medida en que [la demandante] nunca estuvo casada con la persona fallecida antes de la fecha de su fallecimiento, como lo exige el párrafo 2 de la séptima disposición adicional de la ley 30/1981, de 7 de julio de 1981 (en vigor en el momento de los hechos), en combinación con el artículo 174 de la ley general de la seguridad social (LGSS), aprobada por el real decreto legislativo 1/1994 de 20 de junio de 1994».

13. Esta decisión fue confirmada por una decisión de 10 de mayo de 2001 del mismo Instituto.

14. La demandante acudió entonces a la jurisdicción de trabajo. Por un juicio de 30 de mayo de 2002 del juez de trabajo nº 12 de Madrid, se le reconoció el derecho a percibir una pensión de viudedad con una base de 903,29 euros por mes, los efectos civiles fueron también reconocidos por su matrimonio gitano. La parte pertinente del juicio fue redactada como sigue:

«(...) En nuestro país, la minoría gitana está implantada desde tiempo inmemorial y es conocido que esta minoría celebra el matrimonio según los ritos y tradiciones que tienen fuerza de ley entre las partes. Estos matrimonios no son considerados contrarios a la moral ni al orden público y son reconocidos socialmente». (...) El artículo 61 del código civil enuncia que el matrimonio tiene efectos civiles desde su celebración pero que es necesaria la inscripción en el Registro civil para que estos efectos sean reconocidos. A este respecto, el matrimonio gitano no está inscrito en el Registro civil, porque no ha sido considerado por el Estado como un componente de la cultura étnica que está presente en nuestro país desde hace siglos. (...) El argumento opuesto a la demandante por rechazar pagarle la pensión de viudedad es exclusivamente el no reconocimiento de los efectos civiles de su matrimonio con el que tiene

derecho (activo de nacionalidad española, sometido a los derechos y obligaciones regidos por el derecho interno y comunitario), no obstante el hecho que España ratificó la Convención internacional de la ONU de 7 de marzo de 1966 sobre la eliminación de toda forma de discriminación racial. (...) La ausencia de reglamentación del reconocimiento de efectos civiles del matrimonio gitano no podría impedir la acción protectora que al Estado se le ha impuesto definiendo las normas de la Seguridad Social. (...) La directiva 2000/43/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre las personas sin distinción de raza o de origen étnico es aplicable en este caso en concreto, en donde la prestación rechazada encuentra su origen en la relación de trabajo del habiente, fallecido por causa natural cuando estaba en activo. (...) El artículo 4 § 1 del Código civil enuncia [que] «se procede a una aplicación por analogía de normas cuando éstas no consideran el caso en concreto pero consideran otro, análogo, con el cual pueda ser percibida una similitud (de) objeto». Dicha aplicación es aplicable por analogía a este caso en concreto. (...)

El matrimonio de la demandante no está inscrito en el Registro civil, aunque éste no sea expresamente excluido. No le son reconocidos los efectos civiles, ni el disfrute de la protección social del superviviente en caso de fallecimiento de uno de los dos cónyuges. El matrimonio gitano es ignorado por la legislación española, a pesar del arraigo socio cultural que dicha etnia tiene en nuestro país. Sin embargo, como se ha dicho anteriormente, el matrimonio conforme a los ritos y costumbres religiosas que aunque sean aún extrañas para nuestra sociedad dispone de un marco legal. Son casos análogos, a excepción hecha que no se trata de una religión. Tienen una similitud de objeto (comunidad de culturas y costumbres que están presentes en el seno del

Estado español). El rechazo del INSS de otorgar a la demandante una pensión de viudedad, con el único obstáculo de que su matrimonio contratado por el habiente y su viuda no sea reconocido, revela un trato discriminatorio en razón de pertenencia étnica, contrario al artículo 14 de la Constitución española y la directiva 2000/43/CE.»

15. El INSS apeló. Por una sentencia de 7 de noviembre de 2002, el tribunal superior de justicia de Madrid invalidó el juicio recurrido. La decisión estaba motivada como sigue:

«(...) Conviene señalar que el principio del igualdad y de no discriminación reposa sobre la idea de que las situaciones iguales deben ser objeto de un tratamiento igual y sobre [la idea] que un igual tratamiento aplicado a situaciones que no son iguales constituye una injusticia. Esto supone igualmente que no es necesario apartarse de la ley aplicable a todos de manera [que permitiera] hacer más excepciones que las previstas expresamente en dicha ley. (...) Es necesario distinguir la que recoge la legislación en vigor y es aplicable en todo momento de la que pueda pretenderse deseable por un sector de la sociedad. (...) En conformidad con lo que está previsto por el artículo 49 del Código Civil, cada español (como la demandante y habiente) puede elegir que sea un matrimonio civil ante el juez, el alcalde o un funcionario público designado [por el mismo Código] o sea un matrimonio religioso previsto por la ley. (...) Conforme a todo esto, si el matrimonio civil debe celebrarse a través de formas reglamentarias, el matrimonio religioso debe serlo igualmente, bajo las formas previstas por una confesión religiosa –estas formas dispuestas por el Estado o, en su defecto, admitidas por la legislación de este último. [En estas circunstancias] el matrimonio presenta efectos civiles. (...) El matrimonio celebrado única y exclusivamente según los ritos gitanos, no entra en ninguno de los

casos enunciados ya que, aunque se trata de una etnia, las normas o formas de esta última no producen el efecto jurídico más allá de su marco y no son consagradas por la ley que prevé la pensión en litigio. [Este matrimonio] que en efecto tiene un sentido y se beneficia de un reconocimiento social en el ámbito que concierne, no excluye ni reemplaza actualmente la ley en vigor y aplicable en este caso, tanto como si se tratara de un matrimonio entre españoles celebrado en España. Una etnia, por otra parte, no constituye otra cosa que un grupo que se diferencia por un motivo fundado en la raza (...) y un rito que no es otra cosa que una costumbre o ceremonia. (...) Que se trate pues de una costumbre, ésta, según el artículo 1 § 3 del Código Civil, no ocurre más que a falta de ley aplicable. (...) No se pone otra vez en cuestión la moralidad o la conformidad de este rito para el orden público, pero únicamente su capacidad para crear las obligaciones *erga omnes*, aunque existan en España normas legales que rijan el matrimonio. La respuesta, evidentemente, debe ser negativa. (...)

El matrimonio, para producir efectos civiles, no puede ser más que aquél celebrado civil o religiosamente de acuerdo con los términos expresados anteriormente. El matrimonio gitano no corresponde, en la actual configuración de nuestro derecho, a la naturaleza de los matrimonios precitados. El artículo 174 de la LGSS exige la calidad de cónyuge del difunto para tener el beneficio de la pensión de viudedad y la noción de cónyuge es interpretada estrictamente según una jurisprudencia constitucional y ordinaria constante (a pesar de las voces disidentes) conforme a la cual son excluidos de esta prestación las concubinas de hecho así como muchos otros que, en definitiva, no están casados en conformidad con la ley aplicable.»

16. La demandante acude entonces al Tribunal Constitucional con un recurso

de amparo invocando el principio de no discriminación basado en la raza y la condición social. Por una sentencia de 16 de abril de 2007, el Tribunal Constitucional rechazó el recurso, expresándose en los términos siguientes:

(...) El Tribunal, reunido en sesión plenaria, ha reiterado (...) las razones que permiten decidir que el limitar la pensión de viudedad a los casos de cohabitación institucionalizada en tanto que marido y mujer, excluyendo otras formas de unión o cohabitación, no constituye una discriminación por razones sociales. A este respecto, se sostiene que el legislador dispone de un importante margen de maniobra para determinar la configuración del sistema de Seguridad Social así como para apreciar las circunstancias socioeconómicas que proceden para administrar los recursos limitados para responder a un gran número de necesidades sociales, habida cuenta del hecho que el derecho a la pensión de viudedad no está estrictamente condicionado, en un régimen contributivo, en una situación real de necesidad o de dependencia económica o aún más, de una incapacidad laboral del cónyuge superviviente. En todo estado de causa, la Sala plenaria del Tribunal se ha expresado también sobre el hecho de que la extensión, por el legislador, de la pensión de viudedad en otras uniones diferentes, no está tampoco prohibida por el artículo 14 de la Constitución española. (...)

Una supuesta discriminación por las consideraciones sociales es desestimar por las razones precitadas (...) Ninguna violación del artículo 14 puede derivarse del hecho de limitar concretamente la pensión de viudedad al vínculo matrimonial.

Del mismo modo, no hay tratamiento discriminatorio directo o indirecto, por razones raciales o étnicas, que se deriven del hecho de que la unión de la demandante, conforme a los ritos y costumbres

gitanas que no haya sido comprendido por vínculo matrimonial respecto a los efectos de dicha pensión, y que se le haya aplicado el mismo régimen jurídico que el de las uniones *more uxorio*. Por una parte, (...) el Tribunal ha reiterado que «la discriminación por indiferenciación» no resulta del artículo 14 de la Constitución española porque el principio de igualdad no consagra un derecho a un trato [diferenciado], ni llega a proteger la falta de distinción entre casos diferentes. Existe pues un derecho subjetivo a un trato normativo diferenciado. (...)

Por otra parte, la exigencia legal de un vínculo matrimonial como condición de disfrute de la pensión de viudedad y la interpretación resultante de la decisión recurrida que tiene en cuenta el vínculo matrimonial procedente de normas legalmente reconocidas de acceso al matrimonio y no de otras formas de cohabitación, especialmente las uniones según los usos y costumbres gitanas—esta exigencia no está en ningún caso ligada a las consideraciones raciales o étnicas, pero el hecho [para los interesados] de haber tomado libremente la decisión de no formalizar el matrimonio por las vías legales, civiles o confesionales reconocidas— no considera jamás la pertenencia a una raza o a las costumbres de una etnia determinada en detrimento de otras. En consecuencia, no hay ninguna forma de discriminación oculta respecto a la etnia gitana. (...)

Es necesario por último rechazar la idea de que el reconocimiento de los efectos civiles por vínculo matrimonial emanan de ciertos ritos religiosos determinados, pero no de aquellos celebrados en virtud de ritos y costumbres gitanos y el rechazo del órgano jurisdiccional a proceder a una aplicación por analogía [...], entrañan, directa o indirectamente, la discriminación étnica alegada. (...)

Para resumir, habida cuenta del hecho de que la ley establece una posibilidad

general, neutra desde un punto de vista racial y étnico, de acceder a una forma civil de matrimonio y que el legislador, aunque ha decidido unir los efectos legales a otras formas de anexión al vínculo matrimonial, lo ha hecho sobre la base exclusiva de consideraciones religiosas y por consiguiente sin invocar ninguna razón étnica, ningún trato discriminatorio de connotación étnica como la alegada no puede ser constatada.»

17. Se une a la sentencia una opinión disidente. Se refería a la sentencia 199/2004, en la cual el Tribunal Constitucional se había pronunciado por la violación del derecho a la igualdad tratándose del viudo de una funcionaria, después de haber constatado la existencia de una relación conyugal pero no de un matrimonio, en la medida en que no había inscripción en el registro civil, los contratantes que habían rechazado en efecto expresamente la inscripción en dicho registro de su relación conyugal que se había celebrado de una manera religiosa.

18. Para el magistrado disidente, este caso de cónyuge superviviente de un matrimonio religioso no inscrito era comparable a éste de la demandante y en que los dos demandantes reivindicaban una pensión de viudedad sobre la base de esto que consideraban un vínculo matrimonial, a pesar de la ausencia de inscripción de este vínculo en el registro civil.

En consecuencia, no hay ninguna forma de discriminación oculta respecto a la etnia gitana (...)

Por último, es necesario rechazar la idea de que el reconocimiento de los efectos civiles por vínculo matrimonial emanan de ciertos ritos religiosos determinados, pero no de aquellos celebrados en virtud de ritos y costumbres gitanas, y el rechazo del órgano jurisdiccional a proceder a una aplicación por analogía

[...] entrañan, directa o indirectamente, la discriminación étnica alegada. (...)

Para resumir, habida cuenta del hecho de que la ley establece una posibilidad general, neutral desde un punto de vista racial y étnico, para acceder a una forma civil de matrimonio y que el legislador, aunque ha decidido unir los efectos legales a otras formas de anexión al vínculo matrimonial, lo ha hecho sobre la base exclusiva de consideraciones religiosas y por consiguiente, sin invocar ninguna razón étnica, no puede ser constatado ningún trato discriminatorio de connotación étnica como el alegado.»

17. Una opinión disidente se unió a la sentencia. Se refería a la sentencia 199/2004, en la cual el Tribunal Constitucional se había pronunciado por la violación del derecho a la igualdad tratándose del viudo de una funcionaria, después de haber constatado la existencia de una relación conyugal pero no de un matrimonio, en la medida en que no había inscripción en el registro civil, los contratantes que habían rechazado expresamente la inscripción en dicho registro de su relación conyugal que se había celebrado de manera religiosa.

18. Para el magistrado disidente, este caso de cónyuge superviviente de un matrimonio religioso no inscrito, era comparable a éste de la demandante y en que los dos demandantes reivindicaban una pensión de viudedad sobre la base de que esto lo consideraban un vínculo matrimonial, a pesar de la ausencia de inscripción de este vínculo en el registro civil.

19. Por otra parte, el magistrado disidente recordó que, si bien España fue parte del Convenio-marco para la protección de minorías nacionales, firmado en Estrasburgo el 1 de febrero de 1995, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no tenía en cuenta los ritos, prácticas y costumbres de una etnia o grupo concretos, en donde todavía no conside-

raba como válidos o susceptibles de protección constitucional los actos de personas pertenecientes a las minorías que reclaman el respeto de sus tradiciones culturales.

20. Según el magistrado disidente, la situación expuesta por este recurso de amparo demostraba, por primera vez, que la protección de minorías tenía un alcance constitucional mucho más extenso que la simple respuesta recibida por la demandante. La demandante no habría debido ser obligada a acudir a las instancias surpranacionales con el fin de obtener la protección reclamada. En el caso de protección de minorías étnicas, la garantía de igualdad exigía medidas de discriminación positiva a favor de la minoría desfavorecida y que fuera respetado, con la sensibilidad adecuada, el valor subjetivo que una persona perteneciente a dicha minoría conlleva y exige en cuanto al respeto de sus tradiciones y a la herencia de su identidad cultural. El magistrado disidente concluye así:

«Es desproporcionado que el Estado español, que ha tomado en consideración a la demandante y a su familia gitana atribuyéndoles su libro de familia y reconociéndoles la calidad de familia numerosa y acordando con ella y sus seis hijos una asistencia en materia de salud y que ha percibido las cotizaciones correspondientes de su marido gitano durante diez y nueve años, tres meses y ocho días, no quiera hoy reconocer el matrimonio gitano en materia de pensión de viudedad.»

21. El 3 de diciembre de 2008, en aplicación de la tercera disposición adicional de la ley 40/2007 de 4 de diciembre de 2007 relativa a ciertas medidas de la Seguridad Social, a la demandante se le otorgó una pensión de viudedad a contar desde el 1 de enero de 2007, en tanto que compañera de M.D.

II. EL DERECHO INTERNO Y EUROPEO PERTINENTE

22. Las disposiciones constitucionales aplicables son las siguientes.

Artículo 14

«Los Españoles son iguales ante la ley: no pueden ser objeto alguno de discriminación fundada en el nacimiento, raza, sexo, religión, las opiniones o en cualquier otra condición o circunstancia personal o social»

Artículo 16

«1. La libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y de las comunidades es garantía sin otras restricciones, en cuanto a sus manifestaciones, que las que son necesarias para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.

2. Nadie podrá ser obligado a declarar su ideología, su religión o sus creencias.

(...)»

Artículo 32 § 2

«1. El hombre y la mujer tienen el derecho de contraer matrimonio en plena igualdad jurídica.

2. La ley determina las formas del matrimonio, el año y la capacidad requerida para contraerlo, los derechos y los deberes de los cónyuges, las causas de separación y de disolución y sus efectos.»

23. Las disposiciones pertinentes del Código Civil, en su versión en vigor de 1971 se leen así.

Artículo 42

«La ley reconoce dos tipos de matrimonio: el matrimonio canónico y el matrimonio civil.

El matrimonio debe ser contraído canónicamente cuando al menos uno de los contrayentes reclama ser de religión católica.

El matrimonio civil está autorizado cuando está probado que alguno de los contrayentes no reclama ser de religión católica».

24. Las disposiciones aplicables en este caso particular del reglamento del Registro civil en vigor en el momento de los hechos (decreto 1138/1969, de 22 de mayo de 1969), son también citadas.

Artículo 245

«Las personas que hayan renunciado a la religión católica deben, en el más breve plazo, presentar la prueba que dicha renuncia ha sido comunicada por el interesado al cura en su domicilio (...)».

Artículo 246

«(...)»

2. En el caso no previsto por las disposiciones precedentes, la prueba de no pertenencia a la religión católica puede ser aportada sea por un certificado que certifique la pertenencia a otra confesión religiosa, expedido por el ministro competente o el representante autorizado de la asociación confesional encausada, o sea por una declaración expresa del interesado ante el funcionario del Registro».

25. Las disposiciones pertinentes del Código Civil, en su versión actualmente en vigor son las siguientes.

Artículo 44

«El hombre y la mujer tienen el derecho a casarse conforme a las disposiciones del presente código».

Artículo 49

«Todo residente español puede casarse en España o en el extranjero:

1. Ante un juez, un alcalde o un funcionario refrendado por el presente código.

2. En la forma religiosa igualmente prevista.

[Todo residente español] puede también casarse en el extranjero conforme a las formas requeridas por la ley del lugar de la celebración».

26. Las disposiciones pertinentes de la ley nº 30/1981, del 7 de julio de 1981, que aporta la modificación de las disposiciones del Código Civil que reglamenta el matrimonio y el procedimiento a seguir para el caso de nulidad, separación conyugal y divorcio.

Décima disposición adicional

«(...)

[Si se trata de personas] que no han podido casarse en razón de la legislación en vigor en su día pero que han vivido como [una pareja casada], cuando el fallecimiento de uno de la pareja sobrevenga habiendo entrado en vigor la presente ley, el superviviente tendría derecho a las prestaciones refrendadas en el primer apartado de la presente disposición y a la pensión correspondiente conforme al apartado siguiente».

27. El artículo 2 de la ley 25/1971 de 19 de junio de 1971 relativa a la protección de familias numerosas está citado así.

Artículo 2

«1. Se considera familia numerosa aquella que, reuniendo las otras condiciones fijadas por la presente ley, está constituida por:

a) el cabeza de familia, su cónyuge y cuatro niños o más (...)

28. El artículo 174 de la ley general relativo a la Seguridad Social (como tal

en vigor en el momento de los hechos) se lee así.

Artículo 174

«1. El cónyuge superviviente (...) tiene derecho a la pensión de viudedad.

2. (...) En caso de nulidad del matrimonio, el derecho a la pensión de viudedad está reconocido para el cónyuge superviviente, proporcionalmente al período de cohabitación con el habiente, con reserva de que no haya hecho prueba de mala fe y que no se haya vuelto a casar (...)

29. El artículo 174 de la ley general de la Seguridad Social, aprobada por real decreto legislativo 1/1994 de 20 de junio de 1994, está citado así.

Artículo 174

«1. Tiene derecho de pensión de viudedad de por vida (...) el cónyuge superviviente cuando, al fallecimiento de su cónyuge, éste último trabaje (...) y haya cotizado durante el período fijado por la ley (...)

2. En el caso de separación matrimonial o de divorcio, el derecho a la pensión de viudedad está reconocido para aquél que es o ha sido cónyuge legítimo, con reserva, en éste último caso, que no se haya vuelto a casar, proporcionalmente al período de cohabitación con el cónyuge fallecido e independientemente de las causas al principio de la separación o del divorcio.

En caso de nulidad del matrimonio, el derecho a la pensión de viudedad está reconocido para el cónyuge superviviente con reserva de que no ha hecho prueba de mala fe y que no se haya vuelto a casar, proporcionalmente al período de cohabitación con el habiente (...)

30. La ley 40/2007 de 4 de diciembre de 2007 sobre las medidas relativas a la

Seguridad Social, conlleva modificación a la ley general de la Seguridad Social.

Tercera disposición adicional

«Excepcionalmente, el derecho a la pensión de viudedad será reconocida cuando el fallecimiento del habiente haya tenido lugar antes de entrar en vigor la presente ley, con reserva de que se reúnan las siguientes condiciones:

a. en el momento del fallecimiento del habiente, activo y cotizando a la Seguridad Social como se refrenda en el artículo 174 del texto simplificado de la ley general de la Seguridad Social, [el superviviente] no haya podido hacer valer el derecho a la pensión de viudedad

b. el beneficiario y el habiente hayan cohabitado de manera ininterrumpida en tanto que concubinos [...] durante al menos los seis años precedentes al fallecimiento de este último;

c. el habiente y el beneficiario hayan tenido hijos en común;

d. el beneficiario no haya tenido un derecho reconocido a percibir una pensión contributiva de la Seguridad Social.

e. para tener acceso a la [presente] pensión, la petición debe presentarse en un plazo no prorrogable a los doce meses siguientes a la entrada en vigor de esta ley. El reconocimiento del derecho a pensión producirá sus efectos a partir del 1 de enero de 2007, con reserva de que todas las condiciones previstas por esta disposición sean reunidas».

31. Se han realizado diversos acuerdos de cooperación entre el Gobierno y las confesiones religiosas: acuerdo con la Santa Sede (Concordato de 1979), acuerdo con la Federación evangélica por la ley nº 24/1992 de 10 de noviembre de 1992, acuerdo con la Comisión islámica por la ley nº 26/1992 de 10 de noviembre de 1992 y acuerdo con la Federación israelita por la ley

nº 25/1992 de 10 de noviembre de 1992. Los matrimonios realizados según los ritos de estas confesiones son por consiguiente reconocidos por el Estado español como constitutivos de una forma de manifestación de consentimiento para casarse. Éstos producen pues efectos civiles en virtud de acuerdos realizados con el Estado.

32. La jurisprudencia pertinente del Tribunal Constitucional

Las sentencias del Tribunal Constitucional nº 260/1988 de 22 de diciembre de 1988 y 155/1998 de 13 de junio de 1998, entre otras, relativas a los derechos de pensión de viudedad en los casos en que el matrimonio canónico no era posible debido a la imposibilidad de divorciarse.

La sentencia del Tribunal Constitucional nº 180/2001 del 17 de septiembre de 2001 reconocía el derecho a la indemnización por fallecimiento del compañero si el matrimonio canónico no era posible por contradicción con la libertad de conciencia y de religión (antes de la modificación legislativa operada en 1981)

La sentencia del Tribunal Constitucional nº 199/2004, del 15 de noviembre de 2004 aporta un derecho a la pensión de viudedad derivada de un matrimonio canónico que no cumpla las condiciones formales planteadas por la ley ya que no fue inscrito voluntariamente en el Registro civil. El Tribunal Constitucional ha reconocido en este caso el derecho del viudo a percibir una pensión de viudedad.

33. El Convenio-marco del Consejo de Europa para la protección de minorías nacionales, presentado a la firma el 1 de febrero de 1995, contiene especialmente las disposiciones siguientes:

Artículo 1

La protección de las minorías nacionales y los derechos y libertades de las

personas pertenecientes a esas minorías son parte integrante de la protección internacional de los derechos humanos y como tal, constituye una competencia de la cooperación internacional.

(...)

Artículo 4

1. Las Partes se comprometen a garantizar a toda persona perteneciente a una minoría nacional el derecho de igualdad ante la ley y a una igual protección de la ley. A este respecto, toda discriminación basada en la pertenencia a una minoría nacional está prohibida.

2. Las Partes se comprometen a adoptar, si ha lugar, las medidas adecuadas con vistas a promover en todos los ámbitos de la vía económica, social, política y cultural, una igualdad plena y efectiva entre las personas pertenecientes a una minoría nacional y aquéllas pertenecientes a la mayoría.

Ellas deben tener debidamente en cuenta, a este respecto, las condiciones específicas de las personas pertenecientes a las minorías nacionales.

3. Las medidas adaptadas conforme al párrafo 2 no son consideradas como un acto de discriminación.

Artículo 5

1. Las partes se comprometen a promover las condiciones propias para permitir a las personas pertenecientes a las minorías nacionales conservar y desarrollar su cultura, así como a preservar los elementos esenciales de su identidad que son su religión, su lengua, sus tradiciones y su patrimonio cultural.

2. Sin perjuicio de las medidas tomadas en el marco de su política general de integración, las Partes se abstienen de toda política o práctica tendente a una asimilación contra la voluntad de las personas pertenecientes a las minorías na-

cionales y protegen a estas personas contra toda acción destinada a tal asimilación.»

34. España firmó el Convenio el día en que se presentó a la firma y lo ratificó el 1 de septiembre de 1995. A este respecto el Convenio entró en vigor el 1 de febrero de 1998.

EN DERECHO

I. SOBRE LA VIOLATION ALEGADA DEL ARTÍCULO 14 DEL CONVENIO COMBINADO CON EL ARTÍCULO 1 DEL PROTOCOLO Nº 1

35. La demandante se queja de que la negativa a concederle una pensión de viudedad debido a que su matrimonio celebrado según los ritos de la minoría gitana a la cual pertenece está desprovisto de efectos civiles atenta contra el principio de no discriminación reconocido por el artículo 14 del Convenio, combinado con el artículo 1 del Protocolo nº 1. Las citadas disposiciones están redactadas así:

Artículo 14 del Convenio

«El disfrute de los derechos y libertades reconocidos en el (...) Convenio debe estar asegurado, sin distinción alguna, fundado particularmente en el sexo, la raza, el color, la lengua, la religión, las opiniones políticas o cualquier otra opinión, el origen nacional o social, la pertenencia a una minoría nacional, el patrimonio, el nacimiento o cualquier otra situación»

Artículo 1 del Protocolo nº 1

«Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie puede ser privado de su propiedad más que causa de utilidad pública y en las

condiciones previstas por la ley y los principios generales del derecho internacional (...) »

Sobre la admisibilidad

36. El Tribunal constata que esta queja no está manifiestamente mal fundada en el sentido del artículo 35 § 3 del Convenio. Resalta por otro lado, que no incurre ningún otro motivo de inadmisibilidad. Procede pues declararla admisible.

B. Sobre el fondo

1. Argumentos de las partes

a) La demandante

17. La demandante observa que el Gobierno no explica por qué su situación es considerada una relación *more uxorio* y no un matrimonio nulo de buena fe que sería apto para otorgarle derecho, como cónyuge superviviente, a una pensión de viudedad. Subraya que no tenía motivo alguno para pensar que los derechos sociales de los que gozaba en vida de su marido le serían retirados en el momento de la defunción de este último.

38. La demandante subraya que, en otros casos, la inexistencia de matrimonio «legal» no ha impedido la concesión de tal pensión: así, en la ley general sobre la Seguridad Social, el derecho a una pensión es reconocido al cónyuge de buena fe en caso de nulidad del matrimonio. Además, la jurisprudencia ha reconocido el derecho a pensión en el caso de uniones no inscritas en el Registro civil cuando las partes creían en la existencia del matrimonio, o cuando la ley impedía el matrimonio por ser imposible divorciarse, o cuando el matrimonio estaba en contradicción con las creencias de los interesados.

b) El Gobierno

39. El Gobierno se opone a esta tesis. Considera que, la ley aplicada a la demandante es la misma para todos los españoles, sin hacer ninguna discriminación basada en la raza o en otra razón, debiéndose la diferencia de trato al hecho de que la demandante no estaba casada, aunque conviviera *more uxorio* con M.D.

40. El Gobierno subraya que nada obliga a tratar del mismo modo a los que respetan las formalidades previstas por la ley y los que, sin nada que se lo impida, no las respetan. La exigencia de la ley de que exista un vínculo matrimonial legal para percibir una pensión de viudedad no constituye una discriminación fundada sobre razones raciales o étnicas. La denegación de dicha pensión a la demandante tiene como causa su decisión libre y voluntaria de no observar las formalidades legales del matrimonio, que no están basadas ni en la pertenencia a una raza determinada ni en las tradiciones, usos o costumbres de una etnia con discriminación de otras. Estas formalidades pues no constituyen una discriminación directa o indirecta de los gitanos.

c) La tercera parte

41. La Unión Romaní subraya que el matrimonio gitano no es diferente a otros tipos de matrimonio. Explica que el matrimonio gitano existe desde el momento en que una mujer y un hombre expresan su voluntad de vivir juntos con el deseo de fundar una familia, que es el fundamento de la comunidad gitana. Considera desproporcionado el hecho de que el Estado español, después de haber proporcionado a la demandante y a su familia un libro de familia, reconocido la situación de familia numerosa, concedido asistencia sanitaria a la interesada y a sus seis hijos y cobrado las cuotas de su marido durante más de diecinueve años, desconozca ahora la validez de su matrimonio gitano en materia de pensión de viudedad.

2. *Sobre la aplicabilidad del artículo 14 del Convenio combinado con el artículo 1 del Protocolo nº 1*

42. El Tribunal recuerda que el artículo 14 del Convenio no tiene existencia independiente ya que únicamente vale para el disfrute de los derechos y las libertades garantizados por otras cláusulas normativas del Convenio y de sus Protocolos (ver, entre muchas otras, *Burden c. Reino Unido* [GC], nº 13378/05, § 58, 29 de abril de 2008). La aplicación del artículo 14 no presupone necesariamente la violación de uno de los derechos materiales garantizados por el Convenio. Es necesario y suficiente que los hechos en causa caigan «bajo el imperio» de al menos uno de los artículos del Convenio (ver, entre muchas otras, *Gaygusuz c. Austria*, 16 de septiembre de 1996, § 36, *Repertorio de sentencias y decisiones 1996-IV*, *Thlimmenos c. Grecia* [GC], nº 34369/97, § 40, CEDH 2000-IV, *Koua Poirrez c. Francia*, nº 40892/98, § 36, CEDH 2003-X y *Andrejeva c. Letonia* [GC], nº 55707/00, § 74, 18 de febrero de 2009). La prohibición de la discriminación consagrada en el artículo 14 sobrepasa pues el disfrute de los derechos y las libertades que según el Convenio y sus Protocolos debe garantizar cada Estado. También se aplica a los derechos adicionales comprendidos en el campo de aplicación general respecto a cualquier artículo del Convenio que el Estado ha decidido voluntariamente proteger (*Stec y otros c. Reino Unido* (dec.) [GC], nºs 65731/01 y 65900/01, § 40 CEDH 2005-X).

43. Conviene por ello determinar si el interés de la demandante en percibir del Estado una pensión de viudedad cae «bajo el imperio» o «en el campo de aplicación» del artículo 1 del Protocolo nº 1.

44. El Tribunal afirmó que todos los principios que se aplican generalmente a los asuntos relacionados con el artículo 1 del Protocolo nº 1, son también aplica-

bles al ámbito de las prestaciones sociales (*Andrejeva c. Letonia*, ya citada, § 77). Así, esta disposición no garantiza, como tal, ningún derecho a devenir propietario de un bien (*Kopecný c. Eslovaquia* [GC], nº 44912/98, § 35 b), CEDH 2004-IX) ni, por sí solo, ningún derecho a una pensión de un importe determinado (ver, por ejemplo, *Domalewski c. Polonia* (dec.), nº 34610/97, CEDH 1999-V, y *Jankovič c. Croacia* (dec.), nº 43440/98, CEDH 2000-X). Además, el artículo 1 no impone ninguna restricción a la libertad de los Estados contratantes para decidir si instauran o no un régimen de protección social o para escoger el tipo o el nivel de las prestaciones que se reconozcan en semejante régimen. En cambio, en el momento en que un Estado contratante implanta una legislación que prevé el pago de una prestación social –ya dependa o no la concesión de esta prestación del previo pago cuotas–, debe entenderse que de esta legislación deriva, para las personas que satisfacen sus condiciones, un interés patrimonial que entra en el campo de aplicación del artículo 1 del Protocolo nº 1 (*Stec y otros*, decisión ya citada, § 54).

45. Como dijo el Tribunal en la decisión *Stec y otros* (ya citada), « [en casos tales como el presente, donde los demandantes formulan sobre el terreno del artículo 14 combinado con el artículo 1 del Protocolo nº 1, una queja según la cual habrían sido privados, en todo o en parte, de una prestación determinada y por un motivo discriminatorio contemplado en el artículo 14, procede investigar si, de no haber mediado la denegación litigiosa, los interesados habrían tenido derecho, invocable ante los tribunales internos, a percibir la prestación cuestionada (...). Aunque [el artículo 1 del] Protocolo nº 1 no comporta el derecho a percibir prestaciones sociales, sean del tipo que sean, cuando un Estado decide crear un régimen de prestaciones, debe hacerlo de

manera compatible con el artículo 14» (*ibidem*, § 55).

46. Teniendo en cuenta cuanto precede, el hecho de la pertenencia de la demandante a la comunidad gitana y su calidad de cónyuge de M.D., reconocida en ciertas ocasiones por las autoridades españolas aunque no para la pensión de viudedad, el Tribunal considera que los intereses patrimoniales de la demandante entran en el campo de aplicación del artículo 1 del Protocolo nº 1 y del derecho al respeto de los bienes que garantiza, lo que basta para que sea aplicable el artículo 14 del Convenio.

3. *Sobre la observancia del artículo 14 del Convenio combinado con el artículo 1 del Protocolo nº 1*

a) La jurisprudencia del Tribunal

47. Según la jurisprudencia consolidada del Tribunal, la discriminación consiste en tratar de manera diferente, salvo justificación objetiva y razonable, a personas que están en situaciones equivalentes. La «falta de justificación objetiva y razonable» significa que la distinción litigiosa no persigue un «fin legítimo» o que no hay «relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido» (*D.H. y otros c. República Checa* [GC], nº 57325/00, §§ 175 y 196, CEDH 2007-..., y la jurisprudencia ahí citada).

48. Los Estados contratantes gozan de un cierto margen de apreciación para determinar si y en qué medida las diferencias entre situaciones, análogas a otras a otros efectos, justifican distinciones de trato (ver particularmente las sentencias ya citadas *Gaygusuz* § 42 y *Thlimmenos*, § 40). La extensión de este margen varía según las circunstancias, los ámbitos y el contexto. Así, por ejemplo, el artículo 14 no prohíbe a un Estado miembro tratar a ciertos grupos de manera diferente para corregir «desigualdades de hecho» entre ellos; es más, en algunas circunstancias, es la ausencia de un tratamiento diferen-

ciado para corregir una desigualdad lo que puede conllevar, si no hay justificación objetiva y razonable, una violación de la disposición en cuestión (*Thlimmenos*, § 44, y *Stec y otros c. Reino Unido* [GC], nº 65731/01, § 51, CEDH 2006-..., *D.H. y otros*, ya citada, § 175).

49. Del mismo modo, normalmente se deja un amplio margen de apreciación al Estado para tomar medidas de orden general en materia económica o social. Gracias a un conocimiento directo de su sociedad y de sus necesidades, las autoridades nacionales se encuentran en principio mejor situadas que el juez internacional para determinar lo que es de utilidad pública en materia económica o en materia social. El Tribunal respeta en principio, la forma en que el Estado valora los imperativos de la utilidad pública, excepto si su juicio se revela «manifiestamente privado de base razonable» (ver, por ejemplo, *National and Provincial Building Society y otros c. Reino Unido*, 23 de octubre de 1997, *Repertorio* 1997-VII, § 80, y *Stec y otros*, ya citada, § 52).

50. Finalmente, en cuanto a la carga de la prueba en el terreno del artículo 14 del Convenio, el Tribunal ya declaró que, cuando un demandante prueba la existencia de una diferencia de trato, incumbe al Gobierno demostrar que esa diferencia de trato está justificada (*D.H. y otros*, § 177).

b) Aplicación de la jurisprudencia en el presente caso

51. En cuanto a las circunstancias del presente caso, la demandante se queja de la negativa a concederle una pensión de viudedad por no estar casada con M.D, considerando su unión según los ritos y las tradiciones gitanas como una relación more uxorio, una simple unión de hecho. Para la demandante, asimilar su relación con M.D. a una simple unión de hecho a efectos de concesión de pensión de viudedad constituye una discriminación contraria al artículo 14 del Convenio en

relación con el artículo 1 del Protocolo nº 1. Esta discriminación se basaría en el hecho de que su demanda de pensión de viudedad ha recibido un trato diferente al de otros casos equivalentes en los que se ha reconocido el derecho a la pensión de viudedad en ausencia de matrimonio por las formalidades legalmente establecidas, mientras que en su caso, ni su buena fe ni las consecuencias de su pertenencia a la minoría gitana han sido tomadas en consideración.

52. El Tribunal comprueba que la demandante se casó con M.D. en noviembre de 1971 según los ritos y las tradiciones propias de la comunidad gitana. De esta unión nacieron seis hijos. La interesada vivió con M.D. hasta el fallecimiento de este último, el 24 de diciembre de 2000. El Registro civil les expidió un libro de familia el 11 de agosto de 1983, en el que están inscritos la pareja y sus hijos. El 14 de octubre de 1986, obtuvieron el título administrativo de familia numerosa, para el lo cual la condición de «cónyuge» era requerida (parágrafo 27 anterior) y disfrutaron de todos los derechos correspondientes. Por otro lado, M.D. estuvo afiliado a la Seguridad Social y cotizó durante diecinueve años, tres meses y ocho días y tenía una tarjeta de beneficiario donde figuraban a su cargo la demandante, como esposa y sus seis hijos. Para el Tribunal se trata de un documento oficial en la medida en que está sellado por la agencia nº 7 de Madrid del INSS.

53. En cuanto al régimen relativo a las pensiones de viudedad aplicable en el momento de los hechos, el Tribunal observa que la ley general sobre la Seguridad Social, en su versión vigente en la época, reconocía el derecho a una pensión de viudedad al cónyuge superviviente. Esta disposición legal fue completada y matizada no obstante, tanto en la ley misma como en la jurisprudencia de los tribunales internos, incluida la del Tribunal Constitucional (parágrafo 32 anterior).

La jurisprudencia constitucional tiene en consideración en efecto, para el reconocimiento de pensiones de viudedad, tanto la existencia de la buena fe como la presencia de circunstancias excepcionales que imposibilitaron la celebración del matrimonio, incluso cuando no se ha celebrado un matrimonio legalmente válido. El Tribunal resalta que la décima disposición adicional de la ley 30/1981 del 7 de julio de 1981, que modifica el régimen matrimonial (parágrafo 26 anterior) reconoce el derecho a percibir la misma pensión de viudedad en ausencia de matrimonio, en caso de imposibilidad de prestación del consentimiento por el rito canónico. Observa que, según la interpretación de esta disposición hecha por la jurisprudencia constitucional, es posible otorgar pensiones de viudedad en caso de imposibilidad de casarse (canónicamente) debido a la inexistencia de divorcio, o incluso cuando el matrimonio es contrario a las creencias de los cónyuges (parágrafo 32 anterior). En cuanto a la ley general de la Seguridad Social vigente en el momento de los hechos, reconoce en su artículo 174 el derecho del cónyuge de buena fe a una pensión de viudedad en caso de matrimonio nulo. El Tribunal Constitucional reconoció por otro lado, particularmente en su sentencia 99/04 (parágrafo 32 anterior) el derecho a una pensión de viudedad en el caso de un matrimonio canónico en el que las condiciones legalmente requeridas no fueron cumplidas, al no haber sido inscrita la unión en el Registro civil por motivos de conciencia.

54. A la vista de lo que precede, la cuestión que se plantea en el presente caso es la de saber si el hecho de haberse denegado a la demandante el derecho a percibir una pensión de viudedad revela un tratamiento discriminatorio basado en la pertenencia de la interesada a la minoría gitana, por comparación con el modo en el que la legislación y la jurisprudencia tratan situaciones análogas,

cuando los interesados creen de buena fe que existe el matrimonio aunque éste no sea legalmente válido.

55. La demandante basa su pretensión, por una parte, en su convicción de que su unión, celebrada conforme a los ritos y las tradiciones gitanas era válida y, por otra parte, en la conducta de las autoridades, que le reconocieron oficialmente la calidad de esposa de M.D y, por consiguiente, admitieron según ella la validez de su matrimonio.

56. El Tribunal considera que ambas cuestiones están íntimamente ligadas. Observa que las autoridades nacionales no negaron que la demandante creyera de buena fe en la realidad de su matrimonio. La convicción de la interesada es tanto más creíble en cuanto las autoridades españolas le expidieron varios documentos oficiales que reconocían su condición de esposa de M.D.

Para el Tribunal, conviene subrayar la importancia de las creencias de la demandante derivadas de su pertenencia a la comunidad gitana, comunidad que tiene sus propios valores establecidos y arraigados en la sociedad española.

57. El Tribunal observa en este caso, que cuando la demandante se casó en 1971 conforme a los ritos y las tradiciones gitanas, no era posible en España salvo declaración previa de apostasía, casarse de otro modo distinto a los ritos del derecho canónico de la Iglesia católica. El Tribunal considera que no se podía exigir a la demandante, sin atentar contra su derecho a la libertad religiosa, que se casara legalmente, a saber, según el derecho canónico en 1971, cuando manifestó su consentimiento para casarse según los ritos gitanos.

58. Ciertamente, tras la entrada en vigor de la Constitución española de 1978 y en virtud de la ley 30/1981 del 7 de julio de 1981 (parágrafo 26 anterior) la demandante habría podido casarse civilmente. La demandante sostiene que con

total buena fe creía que el matrimonio celebrado conforme a los ritos y las tradiciones gitanas conllevaba todos los efectos propios de esta institución.

59. Para apreciar la buena fe de la demandante, el Tribunal debe tener en cuenta la pertenencia de ésta a una comunidad en el seno de la cual la validez del matrimonio según sus propios ritos y tradiciones jamás ha sido cuestionada ni considerada como contraria al orden público por el Gobierno o por las autoridades nacionales, que incluso reconocieron a ciertos efectos la calidad de esposa de la demandante. Estima que no puede ser ignorada la fuerza de las creencias colectivas de una comunidad culturalmente bien definida.

60. El Tribunal observa a este respecto, que un consenso internacional nace en el seno de los Estados contratantes del Consejo de Europa para reconocer las necesidades particulares de las minorías y la obligación de proteger su seguridad, su identidad y su modo de vida (ver el parágrafo 33 anterior, particularmente el Convenio-marco para la protección de las minorías), no sólo con el fin de proteger los intereses de las minorías mismas sino también, para preservar la diversidad cultural que beneficia a la sociedad en conjunto (*Chapman c. Reino Unido* [GC], nº 27238/95, § 93, CEDH 2001-I).

61. El Tribunal considera que, si bien la pertenencia a una minoría no dispensa de respetar las leyes que rigen el matrimonio, puede influir en la manera de aplicar estas leyes. El Tribunal ya tuvo la oportunidad de subrayar en la sentencia *Buckley* (en un contexto ciertamente diferente) que la vulnerabilidad de los gitanos, que constituyen una minoría, implica conceder una atención especial a sus necesidades y a su modo de vida propio, tanto en el marco reglamentario aplicable en materia de urbanismo como en la toma de decisiones en casos parti-

culares (sentencia *Buckley c. Reino Unido*, 25 de septiembre de 1996, §§ 76, 80, 84, *Repertorio de sentencias y decisiones* 1996-IV, *Chapman c. Reino Unido* [GC], ya citada, § 96, y *Connors c. Reino Unido*, nº 66746/01, § 84, 27 de mayo de 2004).

62. En este caso, la convicción de la demandante en cuanto a su condición de mujer casada con todos los efectos inherentes a este estado, ha sido innegablemente reforzada por la actitud de las autoridades, que le reconocieron la calidad de cónyuge de M.D y más concretamente, por la expedición de ciertos documentos de la Seguridad Social, en especial el documento de inscripción en el sistema, que hacían constar su condición de esposa y madre de una familia numerosa, situación considerada como especialmente digna de ayuda y que exigía, por aplicación de la ley nº 25/1971 del 19 de junio de 1971, el reconocimiento de la calidad de cónyuge.

63. Para el Tribunal, la buena fe de la demandante en cuanto a la validez de su matrimonio, confirmada por el reconocimiento oficial de su situación por las autoridades, engendró en la interesada la expectativa legítima de ser considerada como la esposa de M.D y de que formaba con él una pareja casada reconocida. Después del fallecimiento de M.D. es natural que la demandante hubiera alimentado la esperanza de ver reconocida una pensión de viudedad.

64. Por consiguiente, la negativa a reconocer la condición de cónyuge a la demandante a efectos de la obtención de una pensión de viudedad contradice el reconocimiento previo de esta condición por las autoridades. Por otro lado, esta denegación omite tener en cuenta las especificidades sociales y culturales de la demandante para apreciar la buena fe de ésta. A este respecto, el Tribunal recuerda que, conforme al Convenio marco para la protección de las minorías nacionales

(parágrafos 33 y 34 anterior), los Estados parte de dicho Convenio se obligan a tener en cuenta debidamente las condiciones específicas de las personas que pertenecen a minorías nacionales.

65. El Tribunal considera que la negativa a reconocer el derecho de la demandante a percibir una pensión de viudedad constituye una diferencia de trato en relación con el dado por la ley o por la jurisprudencia en otras situaciones que deben considerarse equivalentes en cuanto a los efectos de la buena fe, tales como la de creencia de buena fe en la existencia de un matrimonio nulo (artículo 174 de la LGSS o la situación examinada en la sentencia del Tribunal Constitucional nº 199/2004, del 15 de noviembre de 2004 –parágrafo 32 anterior– que se refería a la no formalización de un matrimonio canónico por razones de conciencia). El Tribunal considera probado que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, esta situación constituye una diferencia de trato desproporcionada hacia la demandante en relación con el trato dispensado al matrimonio de buena fe.

66. Ciertamente, el artículo 174 de la LGSS, tal como estaba vigente en el momento de los hechos, no reconocía la pensión de viudedad en caso de ausencia de matrimonio legal salvo cuando el matrimonio era nulo de buena fe. Sin embargo, esta disposición no permite al Estado demandado exonerarse de toda responsabilidad respecto al Convenio. El Tribunal observa a este respecto que la ley 40/2007 introdujo en la LGSS la posibilidad de otorgar pensión de viudedad en casos de uniones de hecho (parágrafo 30 anterior).

67. El Tribunal comprueba que, en su sentencia de 30 de mayo de 2002, el juez de lo social nº 12 de Madrid interpretó la legislación aplicable a favor de la demandante. Hizo referencia al artículo 4 § 1 del Código Civil, según el cual las normas

pueden ser aplicadas por analogía cuando no contemplan el supuesto sino otro análogo, con cual se puede apreciarse una similitud de objeto. Interpretó así la legislación aplicable conforme a los criterios expuestos por el Tribunal en la sentencia precitada *Buckley c. Reino Unido*.

68. Esta sentencia fue sin embargo revocada por sentencia de apelación del 7 de noviembre de 2002. El Tribunal superior de justicia de Madrid consideró en efecto (parágrafo 15 anterior) que «el principio de igualdad y de no-discriminación descansa en la idea de que situaciones iguales deben ser objeto de igual tratamiento» y «qué un tratamiento igual aplicado a situaciones que no son iguales constituye una injusticia». El Tribunal resalta la jurisdicción de apelación no ha extraído conclusión alguna de las especificidades de la minoría gitana, aunque el tribunal reconozca que el matrimonio gitano tiene «ciertamente un sentido y goza de reconocimiento social en el medio concernido» y que la moralidad o la conformidad de este rito con orden público no han sido cuestionadas. Para el Tribunal superior de justicia, está claro que esta situación «no excluye y no reemplaza actualmente la ley vigente y aplicable en este caso».

69. A la luz de lo que precede y teniendo en cuenta las circunstancias específicas del presente caso, el Tribunal considera que es desproporcionado que el Estado español, que otorgó a la demandante y a su familia gitana un libro de familia, les reconoció el estatuto de familia numerosa, les otorgó, al interesado y a sus seis hijos, asistencia sanitaria, y que percibió las cotizaciones de su marido gitano a la Seguridad Social durante más de diecinueve años, no quiera ahora reconocer los efectos del matrimonio gitano en materia de pensión de viudedad.

70. Por fin, el Tribunal no sabría aceptar la tesis del Gobierno según la cual a la demandante le hubiera bastado

con casarse civilmente para obtener la pensión reclamada. En efecto, la prohibición de discriminación consagrada en el artículo 14 del Convenio tiene sentido sólo si, en cada caso particular, la situación personal del demandante es considerada tal cual es en relación a los criterios enumerados en esta disposición. Un enfoque contrario, consistente en desamparar a la víctima porque habría podido escapar de la discriminación modificando uno de los elementos litigiosos –por ejemplo, casándose civilmente– dejaría vacío de sustancia el artículo 14.

71. En consecuencia, el Tribunal concluye que en este caso hubo violación del artículo 14 del Convenio en combinación con el artículo 1 del Protocolo nº 1.

II. SOBRE LA VIOLATION ALEGADA DEL ARTÍCULO 14 VINCULADO CON EL ARTÍCULO 12 DEL CONVENIO

72. La demandante se queja de que la falta de reconocimiento en España de los efectos civiles al matrimonio gitano –el único que tiene efectos *erga omnes* en el seno de su propia comunidad– estando dicha minoría implantada en España desde hace al menos quinientos años, atenta contra su derecho al matrimonio. Invoca el artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 12, que están redactados así :

Artículo 14

«El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.»

Artículo 12

«A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen el derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rigen el ejercicio de este derecho»

73. El Gobierno contesta esta tesis. Sostiene que nada impedía a la demandante casarse civilmente y considera que los artículos 12 y 14 del Convenio no pueden ser interpretados en el sentido de que obliguen a tratar en pie de igualdad por una parte a los matrimonios que respetan las formalidades previstas legalmente y por otra parte cualquier otra unión en la cual dichas formalidades no han sido respetadas. Se refiere al margen de apreciación del que disponen los Estados para determinar el ejercicio de los derechos previstos por el artículo 12 del Convenio.

74. Para el Gobierno, el derecho a casarse ha sido plenamente respetado en este caso, en las mismas condiciones que para cualquier otro ciudadano. No hay ninguna discriminación. La demandante decidió voluntariamente no casarse según las formas legalmente establecidas. No se puede pues reprochar al Estado español que no otorgue los mismos efectos a esta unión y a los matrimonios que han respetado las previsiones legales. Los artículos 12 y 14 del Convenio no pueden ser interpretados en el sentido de que impongan al Estado la aceptación de una forma concreta de prestación del consentimiento para casarse por el mero hecho de que tenga cierto arraigo social o se inserte en las tradiciones de una comunidad. No es por consiguiente contrario al artículo 12 del Convenio que el Estado imponga unas formalidades determinadas para la prestación de tal consentimiento.

75. La demandante hace valer que en 1971 cuando se casó con M.D. según los ritos gitanos, sólo existía en España el matrimonio religioso, procediendo el matrimonio civil sólo en los casos de apos-

tasía. Se casó según los ritos gitanos porque eran los únicos ritos reconocidos por su comunidad y porque de buena fe, no era libre para dar su consentimiento de otra manera. En consecuencia, la demandante se alza contra el hecho de haber sido privada de derechos sociales so pretexto de que no estuvo casada con M.D., negándose a ser considerada como compañera de hecho.

76. Para la demandante, el no reconocimiento en el derecho español de los ritos gitanos como forma de expresar el consentimiento para casarse, mientras que ciertos ritos religiosos constituyen formas válidas de expresión del consentimiento, constituye, *per se*, como una violación de los derechos invocados. La demandante hace notar que el matrimonio gitano existe desde hace más de 500 años en la historia española; se trata de una forma de prestación del consentimiento que no es civil ni religiosa, pero está íntimamente arraigada en la cultura de su comunidad, es reconocida y goza de efectos *erga omnes* en el seno de esta última, por el efecto convalidante de la costumbre. La ley española no tiene en cuenta las especificidades de la minoría gitana ya que la obliga a someterse a una forma de expresión del consentimiento que los miembros de esta comunidad no reconocen.

77. La Unión Romaní se refiere al carácter definitivo del consentimiento dado en el momento del matrimonio gitano y demanda el reconocimiento de la validez de sus ritos por el Estado. Hace valer que la comunidad gitana en España mantiene sus tradiciones desde hace siglos e invita al Tribunal a decir que el respeto a las minorías étnicas, a sus tradiciones y a su legado e identidad culturales forma parte inherente del Convenio.

78. El Tribunal recuerda que el artículo 12 garantiza el derecho fundamental, para un hombre y una mujer, a casarse y a fundar una familia (*F. c. Suiza*,

sentencia del 18 de diciembre de 1987, serie A nº 128, § 32, y *Christine Goodwin c. Reino Unido* [GC], nº 28957/95, § 98, CEDH 2002-VI). El ejercicio del derecho a casarse comporta consecuencias sociales, personales y jurídicas. Se somete a las leyes nacionales de los Estados contratantes, pero las limitaciones que de ellas resulten no deben restringirlo o reducirlo de manera o hasta un punto en que se atente contra su misma sustancia (*I. c. Reino Unido* [GC], nº 25680/94, § 79, 11 de julio de 2002).

79. El Tribunal observa que el matrimonio civil en España en vigor desde 1981, está abierto a todos y considera que su reglamentación no implica discriminación por razones de orden religioso u otro. La misma fórmula ante un alcalde, un juez u otro funcionario designado se aplica a todos por igual. No se exige ninguna declaración de religión o creencias o de pertenencia a un grupo cultural, lingüístico, étnico u otros.

80. Es verdad que ciertas formas religiosas de prestación del consentimiento son admitidas en el derecho español, pero estas formas religiosas (católica, protestante, musulmana e israelita) son reconocidas en virtud de acuerdos firmados con el Estado por estas confesiones, y producen pues los mismos efectos que el matrimonio civil, mientras que otras formas (religiosas o tradicionales) no son reconocidas. El Tribunal comprueba no obstante que se trata de una diferencia derivada de la pertenencia a una confesión religiosa, lo que no es aplicable en el caso de la comunidad gitana. Pero esta diferencia no impide o no prohíbe el matrimonio civil, abierto a los gitanos en las mismas condiciones de igualdad que a las personas que no pertenecen a la comunidad gitana, y responde a motivos que el legislador debe considerar y que pertenecen, como señala el Gobierno, a su margen de apreciación.

81. Por lo tanto, el Tribunal considera que el hecho de que las uniones gitanas no tengan efectos civiles en el sentido deseado por la demandante no constituye una discriminación prohibida por el artículo 14. Por consiguiente, esta queja está manifiestamente mal fundada y debe ser rechazada en aplicación del artículo 35 §§ 3 y 4 del Convenio.

III. SOBRE LA APLICACION DEL ARTÍCULO 41 DEL CONVENIO

3. 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.»

A. Daños

83. La demandante reclamaba al principio 60.959,09 euros (EUR) por el perjuicio material sufrido. En la audiencia del 26 de mayo de 2009, indicó percibir una pensión de viudedad desde el 1 de enero de 2007, por aplicación de la tercera disposición adicional de la ley nº 40/2007 del 4 de diciembre de 2007, sobre las medidas relativas a la Seguridad Social, como compañera de hecho de M.D. (parágrafo 21 anterior). Redujo desde entonces sus pretensiones por daño material a la cantidad de 53.319,88 EUR. Reclama también 30.479,54 EUR por perjuicio moral.

84. El Gobierno se opone a esta tesis.

85. El Tribunal recuerda luego que el principio que sustenta la concesión de una satisfacción equitativa está bien esta-

blecido: hay que, en tanto sea posible, colocar el interesado en una situación equivalente a la que se encontraría si la violación del Convenio no hubiera tenido lugar (ver, *mutatis mutandis*, *Kingsley c. Reino Unido* [GC], nº 35605/97, § 40, CEDH 2002-IV). Por otro lado, la condición *sine qua non* para la concesión de una reparación de un daño material es la existencia de una relación de causalidad entre el perjuicio alegado y la violación comprobada (*Nikolova c. Bulgaria* [GC], nº 31195/96, § 73, CEDH 1999-II), y lo mismo ocurre con el daño moral (*Kadiķis c. Letonia* (nº 2), nº 62393/00, § 67, 4 de mayo de 2006).

86. Sin querer especular con el importe exacto de la pensión a la cual la demandante habría podido aspirar si la violación constatada del artículo 14 no se hubiera producido, el Tribunal debe tener en cuenta el hecho de que sufrió un daño moral y material cierto. Estatuyendo en equidad, como lo requiere el artículo 41 del Convenio y en atención a todas las circunstancias particulares del caso, le concede 70.000 EUR, comprendiendo conjuntamente todos los tipos de perjuicio (ver, *mutatis mutandis*, *Koua Poirrez*, ya citada, § 70).

B. Costas y gastos

87. La demandante reclama 3.480 EUR por los gastos y costas ante el Tribunal Constitucional y 3.382,56 EUR para los correspondientes al procedimiento ante el Tribunal. Aporta los justificantes de estos importes.

884. Según la jurisprudencia del Tribunal, un demandante no puede obtener el reembolso de sus gastos y costas en la medida en que se encuentran establecidos su realidad, su necesidad y el carácter razonable de su tasa. En este caso y teniendo en cuenta que los documentos en su posesión y dichos criterios, el Tribunal considera razonable la suma de 6.862,56 EUR por los gastos y las

costas expuestas en el marco del procedimiento nacional y ante el Tribunal, cantidad de la que hay que deducir 1.450 EUR ya pagados en este caso por el Consejo de Europa en calidad de asistencia judicial. Concede pues a la demandante 5.412,56 EUR.

C. Intereses moratorios

89. El Tribunal considera apropiado fijar el índice de los intereses moratorios en el tipo de interés de la facilidad de préstamo marginal del Banco central europeo mejorado en tres puntos de porcentaje.

POR ESTOS MOTIVOS, EL TRIBUNAL,

1. *Declara*, por unanimidad, admisible la queja librada del artículo 14 del Convenio combinado con el artículo 1 del Protocolo nº 1;

2. *Declara*, por mayoría, inadmisibles la queja librada del artículo 14 del Convenio combinado con el artículo 12;

3. *Dice*, por seis votos contra uno, que hubo violación del artículo 14 del Convenio combinado con el artículo 1 del Protocolo nº 1;

4. *Dice*, por seis votos contra uno,

a) que el Estado demandando debe pagar a la demandante, en tres meses a contar desde el día en que la sentencia sea definitiva conforme al artículo 44 § 2 del Convenio, las siguientes cantidades:

i. 70.000 EUR (setenta mil euros), más todo importe que pueda ser debido a título de impuesto, por el conjunto de los perjuicios sufridos;

ii. 5.412,56 EUR (cinco mil cuatrocientos doce euros y cincuenta y seis céntimos), más todo importe que pueda ser debido a título de impuesto por la demandante, por costas y gastos;

b) que a contar desde la expiración de dicho plazo y hasta el pago, estas can-

tidades serán incrementadas en los intereses fijados en una tasa igual a la de la facilidad del préstamo marginal del Banco central europeo aplicable durante este periodo, aumentado en tres puntos de porcentaje;

5. *Rechaza*, por unanimidad, la demanda de satisfacción equitativa por lo demás.

SANTIAGO QUESADA JOSEP CASADEVALL

Secretario

Presidente

En la presente sentencia se encuentra unido, conforme a los artículos 45 § 2 del Convenio y 74 § 2 del reglamento, la exposición de la opinión separada del juez Myjer.

J.C.M.

S.Q.

OPINION DISIDENTE DEL JUEZ MYJER

(Traducción)

«*María Luisa Muñoz pide en el Tribunal de Estrasburgo una reparación histórica para los gitanos*, tituló el *Nevipens Romani* (ejemplar del 1-15 de junio de 2009). El subtítulo se lee así: “*Catorce millones de gitanos podrían verse beneficiados de la decisión del Tribunal de Derechos Humanos*”

Estoy muy sinceramente a favor de la igualdad de los Gitanos, causa mantenida por el Consejo de Europa desde hace muchos años. Y puedo comprender que los gitanos deseen que un matrimonio contraído entre dos personas de etnia gitana según las tradiciones y los ritos gitanos sea reconocido como un matrimonio legalmente válido por las autoridades civiles. Dicho esto, considero que no incumbe al tribunal traducir tal deseo en una obligación que emane del Convenio.

En su título 1, el Convenio enumera los derechos fundamentales que los Estados contratantes tienen que garantizar a toda persona dependiente de su jurisdicción. El Tribunal tiene la tarea de «asegurar el respeto a los compromisos que emanan para las Altas Partes contratantes del presente Convenio y de sus protocolos» (artículo 19). Con este fin se ve reconocer una competencia que «se extiende a todas las cuestiones que conciernen a la interpretación y a la aplicación del Convenio y de sus protocolos que le serán sometidas» (artículo 32). Haciendo esto, debe limitarse en lo posible a examinar los problemas derivados del caso concreto que se le somete (ver, entre numerosos ejemplos, *Deweer c. Bélgica*, 27 de febrero de 1980, § 40, serie A n° 35; *Minelli c. Suiza*, 25 de marzo de 1983, § 35, serie A n° 62). Su tarea no consiste pues en absoluto en examinar *in abstracto*, a la vista del Convenio, el texto del derecho interno cuestionado (ver, entre muchas otras, la sentencia *F. c. Suiza*, 18 de diciembre de 1987, § 31, serie A n° 128).

Ciertamente, el Convenio es un instrumento vivo y el Tribunal tuvo la oportunidad de extender el alcance de los derechos que garantiza más allá del sentido original a la luz de las evoluciones sociales que no habían sido previstas en el momento en el que el Convenio fue elaborado (ver, por ejemplo, *Marckx c. Bélgica*, 13 de junio de 1979, § 41, serie A n° 31; y *Opuz c. Turquía*, n° 33401/02, § 164, CEDH 2009-...). Haciendo esto, el Tribunal ha reconocido que la dignidad y la libertad del hombre son la esencia misma del Convenio (*Christine Goodwin c. Reino Unido* [GC], n° 28957/95, § 90, CEDH 2002-VI), sopesando no obstante siempre, el interés general y el interés de la persona implicada (*Christine Goodwin*, § 93).

Sin embargo, la competencia del Tribunal no llega a crear derechos que no están enumerados en el Convenio, por

útiles o incluso deseables que puedan ser. Si el Tribunal interpretara el Convenio de este modo, perdería toda credibilidad como jurisdicción a los ojos de los Estados contratantes, comprometiendo así el sistema único de protección de los derechos humanos a nivel internacional del que fue la pieza clave hasta ahora.

El artículo 12, que garantiza «el derecho al matrimonio», deja claramente a las autoridades nacionales las modalidades de ejercicio de este derecho («según las leyes nacionales que rigen el ejercicio de ese derecho»). En ello ha concluido también el Tribunal en la sentencia precitada *F. c. Suiza* (*loc. cit.*, § 32):

«Por el artículo 12 se encuentra garantizado el derecho fundamental, para un hombre y una mujer, a casarse y a fundar una familia. Su ejercicio entraña consecuencias de orden personal, social y jurídico. Se «obedece a las leyes nacionales de los Estados contratantes», pero « las limitaciones resultantes no deben (...) restringir o reducir « el derecho en cuestión» de manera o a en un grado que lo hirieran en su misma sustancia» (...).

En todos los Estados miembro del Consejo de Europa, estas «limitaciones» aparecen como otras tantas condiciones y figuran en reglas ya sea de forma o de fondo. Las primeras se refieren particularmente a la publicidad y la celebración del matrimonio; los segundos afectan sobre todo a la capacidad, el consentimiento y a ciertos impedimentos.»

Que yo sepa, todos los Estados contratantes vinculan consecuencias jurídicas a un matrimonio legal. Estas consecuencias jurídicas son diversas por naturaleza; pueden por ejemplo tener relación con la obligación mutua de asistencia –en ciertos casos hasta después de fin del matrimonio–, a los derechos de pensión o de Seguridad Social del cónyuge sobreviviente en caso de fallecimiento del otro, o a derechos en materia de sucesión. Estas consecuencias pueden también al-

canzar a terceros, que pueden tener derecho a perseguir los bienes de la comunidad para asegurar el pago de las deudas de uno de los esposos. Algunas Partes contratantes prevén el registro de uniones de hecho y vinculan a las uniones registradas todo o parte de las consecuencias jurídicas del matrimonio.

El Tribunal ha tardado en intervenir en el ejercicio por las Partes contratantes de sus prerrogativas en la materia; hasta ahora, su intervención se ha limitado a casos donde el derecho nacional impedía casarse a un hombre y una mujer (*F. c. Suiza*, ya citada; *B. y L. c. Reino Unido*, nº 36536/02, 13 de septiembre de 2005). Este caso es diferente.

Resalto, como la mayoría (párrafo 80 de la sentencia), que «el matrimonio civil [está] abierto a los Gitanos en las mismas condiciones de igualdad que para las personas que no pertenecen a la comunidad gitana». La demandante no ha sido pues víctima de una « diferencia de trato» prohibida por el artículo 14 del Convenio. Más en general, en ausencia de cualquier diferencia de trato, rechazo la idea de que el Estado tendría la obligación positiva de adaptar sus leyes relativas al matrimonio a los deseos de individuos o de grupos con un estilo de vida particular, incluso en el caso en que estos individuos o grupos, como es el caso de los Gitanos en España, constituyan una parte importante de la población. Suscribo pues la conclusión de la mayoría que declara inadmisible la queja derivada del artículo 14 en relación con el artículo 12.

En cambio, me desmarco de la mayoría en que considero que no hubo violación del artículo 14 en relación con el artículo 1 del Protocolo nº 1. Aunque los miembros de la mayoría declaran haber llegado a esta conclusión basándose exclusivamente en las circunstancias particulares del caso, tengo el sentimiento (incómodo) de que hayan podido querer llamar la atención de las autoridades es-

pañolas sobre lo que perciben como una negativa a adoptar una legislación que refleje de manera adecuada la situación específica de los Gitanos. En mi opinión, este punto de vista se manifiesta en el párrafo 61 de la sentencia, cuando la mayoría declara que «aunque la pertenencia a una minoría no dispensa de respetar las leyes que rigen el matrimonio, puede influir en la manera de aplicar estas leyes». Me pregunto si una declaración parecida puede verdaderamente fundarse sobre la jurisprudencia citada en los párrafos 60 y 61, la cual –como se reconoce en la sentencia misma– ha sido desarrollada en un contexto factual y jurídico diferente, a saber, el de la ordenación del territorio.

No resulta evidente que tal razonamiento sea válido en el marco de la aplicación de una legislación relativa a la Seguridad Social que reconoce prestaciones a los beneficiarios. A mi juicio, sería más lógico establecer el paralelismo con el caso *Goudswaard-van der Lans c. Países Bajos* ((dec.), nº 75255/01, CEDH 2005-XI), que enuncia que:

(...) si el Convenio como tal, completado por sus Protocolos obliga a las Partes contratantes a respetar las opciones individuales en materia de estilo de vida, en la medida en que no autoriza explícitamente restricciones, no les impone una obligación positiva de sostener las opciones individuales de estilo de vida con fondos que les son confiados en su calidad de administradores de los dineros públicos.

La situación en este caso se diferencia de la de una pareja no casada que tiene hijos y funda una familia. El Tribunal reconoce desde hace tiempo que los hijos nacidos fuera del matrimonio no deben ser tratados de forma diferente –ya sea en el plano patrimonial o se trate de otras cuestiones relacionadas con la familia– que los hijos nacidos de parejas casadas (principio enunciado en la sentencia *Marckx c. Bélgica*, 13 de junio de 1979,

serie A nº 31 ; comparar igualmente con, entre otras, *Kroon y otras c. Países Bajos*, 27 octubre de 1994, § 30, serie A nº 297-C). A mi juicio, este principio tiene como corolario que, si las autoridades españolas se hubieran negado a reconocer a la demandante la condición de madre de una familia numerosa y a concederle los subsidios correspondientes o a inscribir a los hijos en el libro de familia, habrían sido, sin duda, tachadas de culpables de discriminación con respecto a la demandante y a su familia. Sin embargo, como se subraya en la sentencia *Marckx* (§ 67), este razonamiento no puede revertirse:

«El artículo 12 también sería también violado cuando la ley no da a los padres «naturales» los mismos derechos que a los esposos. Las demandantes parecen interpretarlo así al exigir que todas las consecuencias jurídicas vinculadas al matrimonio valgan igualmente para situaciones comparables en algunos aspectos a éste. El Tribunal no suscribe tal opinión; considera con la Comisión que el problema del que se trata surge del marco del artículo 12»

Podemos preguntarnos si la demandante podía razonablemente no ser consciente del estatuto jurídicamente precario de su matrimonio gitano. No estoy persuadido de que la actitud de las autoridades españolas haya podido legítimamente inducir a la demandante a presumir que su matrimonio era válido conforme al derecho español. Estoy dispuesto a creer que ella lo ignoraba todo del contexto jurídico cuando se casó a la edad de 15 años según los ritos gitanos. Sin embargo, considero abusivo responsabilizar al Estado demandado de su ignorancia. Sería todavía más abusivo reprochar una falta a las autoridades españolas en razón a la igualdad de trato que han reconocido a la demandante y a su familia respecto a las familias fundadas sobre la institución del matrimonio.

Las observaciones escritas y el alegato oral de la parte tercera, la Unión Romaní, me dieron la impresión de que se había hecho del caso de la demandante un asunto de principio con vistas a obtener la satisfacción de una antigua reivindicación, a saber el reconocimiento de la legalidad del matrimonio gitano. Es lo que también resalta de los titulares de los periódicos que cité anteriormente. Parece que en la actualidad hubiera numerosos Gitanos españoles que se casan dos veces, por una parte según el derecho español y por otra parte conforme a las tradiciones gitanas. Esta situación difiere un poco de la de numerosos países, incluido el mío (los Países Bajos), en los cuales el matrimonio legal se celebra ante una autoridad pública, siendo seguido, si las partes lo desean, de una ceremonia religiosa.

A este respecto, dudo que exista alguna base fáctica o legal para lo que se afirma en el párrafo 57: podemos decir verdaderamente que « no se podía exigir

a la demandante, sin atentar contra su derecho a la libertad religiosa, que se casara legalmente, a saber, según el derecho canónico en 1971, cuando manifestó su consentimiento para casarse según los ritos gitanos. «? No sabemos nada de la obediencia religiosa de la demandante, si es que tiene alguna. Además, el Convenio (y particularmente su artículo 9, que garantiza la libertad religiosa) no estaba todavía vigente en España en 1971. En cualquier caso, es un *obiter dictum* bien audaz.

Advierto con satisfacción que el 3 de diciembre de 2008, en aplicación de la tercera disposición adicional de la ley 40/2007 del 4 de diciembre de 2007 relativa a ciertas medidas de seguridad social, se ha otorgado a la demandante una pensión de viudedad a partir del 1 de enero de 2007, como compañera de M.D. (párrafo 21 de la sentencia). Así, se ha encontrado una solución deseable en el nivel apropiado, a saber el nivel nacional.

CONSEJO DE MINISTROS

Viernes, 8 de enero de 2010

PRESIDENCIA DEL GOBIERNO

Principales medidas y acciones a desarrollar en la Presidencia española de la Unión Europea

El Consejo de Ministros ha recibido un Informe de la Vicepresidenta Primera y Ministra de la Presidencia, y del Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación en el que se recoge un resumen de las principales acciones que van a desarrollar los distintos departamentos ministeriales, en el marco de las directrices y objetivos fijados para la Presidencia de España del Consejo de la Unión Europea de 2010.

ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN

Será objeto de acción prioritaria la coordinación de la Presidencia, especialmente en lo relativo al desarrollo de Tratado de Lisboa y la Estrategia Europa 2020.

1. El lanzamiento del Servicio Europeo de Acción Exterior.

Corresponderá a la Presidencia española colaborar con la Alta Representante –manteniendo una estrecha cooperación con la Comisión y con el Parlamento Europeo– para lograr el objetivo fijado

por el Consejo Europeo de aprobar las normas jurídicas necesarias para el establecimiento del Servicio, antes de finales de abril de 2010.

2. La iniciativa legislativa popular.

Prevista en el Tratado de Lisboa, es un instrumento fundamental para dar voz a los ciudadanos en los asuntos de la Unión. Se impulsará la aprobación por parte del Parlamento Europeo y del Consejo de un reglamento que fije las condiciones y los procedimientos requeridos para canalizar esta iniciativa.

3. La adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales.

De conformidad con el mandato recogido en el Tratado de Lisboa y sobre la base de la propuesta que presentará la Comisión, se iniciará sin demora este proceso de adhesión impulsando las negociaciones con el fin de encontrar fórmulas consensuadas que respeten las especificidades comunitarias y las sensibilidades de todos los Estados.

4. Ampliación del número de escaños del Parlamento Europeo.

Se convocará la necesaria Conferencia Intergubernamental con vistas a que la

composición del Parlamento Europeo sea una realidad antes de que termine 2010.

5. La cláusula de solidaridad.

Se apoyará la presentación de la necesaria propuesta conjunta de la Alta Representante y de la Comisión para que esta cláusula pueda aplicarse eficazmente cuando las circunstancias lo requieran.

JUSTICIA

Una de las señas de identidad de España, desde su ingreso en la Unión Europea, ha sido su firme compromiso con la construcción de un auténtico espacio de libertad, seguridad y justicia al servicio de la ciudadanía europea. Con ese fin, se propone alcanzar los siguientes objetivos:

1. Estatuto integral para las víctimas de los delitos.

La Presidencia española quiere convertir el apoyo a las **víctimas** en el eje central de la atención pública y social frente al delito. Se lanzará una iniciativa legislativa destinada a establecer un Estatuto integral para las víctimas y mejorar los mecanismos para su asistencia que garantice la eficacia, en todo el territorio de la Unión, de la protección de personas amenazadas y víctimas de delitos violentos.

2. Adhesión de la Unión Europea al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales ya puede llevarse a cabo una vez en vigor el Tratado de Lisboa, cuyo artículo 6.2 prevé dicha adhesión.

3. Plan de acción de Justicia Electrónica.

La Presidencia española promoverá el cumplimiento de las previsiones del **Plan de acción de Justicia Electrónica**. Dicho Plan constituye la hoja de ruta que España siempre ha apoyado como herramienta necesaria para racionalizar y estructurar los trabajos en este campo. Además, corresponderá a nuestra Presidencia la presentación del Portal Europeo de Justicia.

4. Creación de la Fiscalía Europea.

La Presidencia española también explorará las posibilidades de avanzar en la creación de la **Fiscalía Europea** con el objetivo de combatir las infracciones que perjudiquen los intereses financieros de la Unión Europea.

DEFENSA

Entre las cuatro grandes prioridades programáticas de la Presidencia española del Consejo de la Unión Europea figura el impulso de Europa como actor global. Por ello, en el ámbito de la Seguridad y la Defensa el objetivo prioritario será:

1. Plena implantación de la nueva Política Común de Seguridad y Defensa (PCSD).

Contemplada en el Tratado de Lisboa, al servicio de una Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) eficaz. La instauración de la PCSD requerirá trabajar sobre todo en los **ámbitos institucional, de capacidades y de las asociaciones estratégicas**.

2. Nueva misión de la Unión Europea de entrenamiento de una fuerza de seguridad somalí.

España liderará la nueva misión de la Unión Europea de entrenamiento de una fuerza de seguridad somalí. La acción

común se aprobará en enero y la operación se lanzará en primavera.

ECONOMIA Y HACIENDA

Economía

El gran desafío en los próximos meses es la definición de una estrategia de salida ambiciosa, a corto y a largo plazo, y que contemple dos dimensiones: la estrategia de salida de la crisis y el crecimiento sostenible a largo plazo.

1. Estrategias de salida-Estudio de la retirada de los estímulos públicos.

Hasta que la confianza de los agentes no esté plenamente restablecida y la recuperación sea autosostenida, no debería procederse a una retirada de los estímulos extraordinarios con los que los Gobiernos vienen apoyando la economía. No obstante, sí es ya el momento de diseñar la manera en la que esos estímulos deberán ir siendo retirados.

2. Incremento de la calidad de la regulación y la supervisión financiera.

En el **ámbito financiero**, la Presidencia española trabajará en las siguientes tres líneas.

- **Continuar el impulso de la Agenda Larosière** de reforma de la supervisión del sistema financiero dentro de Europa y poner en marcha la creación del Consejo Europeo de Riesgo Sistémico y de las Autoridades de Supervisión Europeas.

- **Directiva comunitaria de los fondos de gestión alternativos e incremento de la calidad de la regulación de capital de las entidades de crédito y de empresas de servicio de inversión.** También deberán promoverse políticas de retribución que sean compatibles con una gestión sana y eficaz del riesgo

- **Respuesta europea conjunta en materia de gestión de crisis.**

3. Gestión eficiente del Pacto de Estabilidad y Crecimiento tanto en su parte disuasoria como en la preventiva.

El Pacto en el **ámbito de las finanzas públicas**, constituye, como no podía ser de otra manera, el instrumento más adecuado para dirigir y supervisar la consolidación fiscal.

4. EU 2020: coordinación de políticas de crecimiento a largo plazo.

La estrategia EU2020 debe orientarse a fomentar el potencial de crecimiento europeo, abordando el problema del envejecimiento de la población, absorbiendo el elevado desempleo resultante de la crisis con generación de empleos de calidad, fomentando una economía más eficiente e incrementando la coordinación entre los Estados miembros.

Hacienda

1. Directivas vinculadas a la lucha contra la evasión fiscal y a la consecución de reglas de transparencia y de simplificación administrativa.

La prioridad será trabajar sobre cuatro propuestas:

- **Directiva sobre la Fiscalidad del Ahorro.**

- **Directiva sobre Cooperación Administrativa**

- **Directiva sobre Asistencia Mutua en materia de Recaudación**

- **Directiva sobre reglas de facturación electrónica en IVA.**

2. Acuerdos antifraude con terceros países.

Ampliación a otros países como Andorra, Mónaco, San Marino y Suiza del modelo de acuerdo político con Liechtenstein.

3. Red EUROFISC.

La Presidencia española potenciará la cooperación administrativa en la lucha contra el fraude en el campo de la **fiscalidad indirecta** e impulsará los trabajos para el establecimiento de **EUROFISC** como red descentralizada de intercambio de información sobre el fraude en el IVA entre los Estados miembros.

4. Propuesta de Revisión del Reglamento Financiero.

La entrada en vigor del Tratado de Lisboa requiere la modificación de algunas normas presupuestarias. La Presidencia española impulsará la revisión de las normas sobre el establecimiento, aprobación, ejecución y control del Presupuesto de la Unión Europea y el objetivo de España será profundizar en la simplificación, la transparencia y el rigor en la ejecución del presupuesto.

5. Adaptación de la normativa aplicable al presupuesto de la Unión al Tratado de Lisboa.

INTERIOR

1. Estrategia de Seguridad Interior de la Unión Europea.

Este documento recogerá las principales amenazas que en materia de seguridad interior afectan a los ciudadanos europeos, principios y valores en los que se basa la política de seguridad interior de la Unión y las líneas estratégicas de ésta.

2. Comité Permanente de Cooperación Operativa en materia de Seguridad Interior (COSI).

Se trata de un Comité previsto en el Tratado de Lisboa y cuya puesta en marcha le corresponderá a España. Puede constituir un elemento esencial de coor-

dinación y cooperación en el ámbito de la política de seguridad interior de la Unión para los próximos años.

FOMENTO

1. Plan de Acción de Movilidad Urbana.

Impulsar el Plan de Acción de Movilidad Urbana para garantizar la *sostenibilidad* en el entorno urbano, en el que se produce una especial concentración de los «costes externos» negativos del transporte: congestión, contaminación y ruido.

2. Red Europea de Transportes.

La Presidencia española presentará una Comunicación sobre la metodología de los criterios que orientarán la revisión de la Red Transeuropea de Transportes en que destaquen la sostenibilidad y la cohesión como valores fundamentales.

3. Cielo único europeo.

Aportará una mayor capacidad a nuestras compañías a la hora de prestar sus servicios, una mejor eficiencia al transporte aéreo europeo, menos retrasos para los pasajeros y una reducción significativa de las emisiones, incrementando los niveles de seguridad.

4. Programas de navegación por satélite (EGNOS y Galileo).

Desde la Presidencia española se apoyarán los programas de navegación por satélite EGNOS y Galileo.

5. Reforma del reglamento de investigación de accidentes aéreos.

En seguridad aérea se impulsará la propuesta de la Comisión de reforma de la reglamentación europea en materia de investigación de accidentes.

6. Plan de Acción de Seguridad Vial.

En coordinación con el Ministerio del Interior, que es el competente a nivel interno, se impulsarán en el Consejo de Transportes las iniciativas y propuestas en curso con el objetivo de incrementar la eficiencia y seguridad del tráfico.

7. Acuerdo de transporte aéreo Unión Europea-Estados Unidos .

La Presidencia española dará impulso a las negociaciones con el objetivo de lograr el acuerdo en el primer semestre del año. La zona trasatlántica común de aviación abarcará el 60 por 100 del tráfico mundial de pasajeros.

8. Apertura de los mercados postales nacionales.

La Presidencia española y la Comisión Europea convocarán una Conferencia de Alto Nivel de los Servicios Postales para la completa apertura de los mercados postales nacionales.

• La dimensión social y la equidad en la educación.

La dimensión social y la equidad en la educación son fundamentales para legitimar socialmente el proceso de construcción europeo. La integración de los principios de calidad, eficiencia y equidad a todos los niveles de los sistemas de educación y formación debería garantizar el acceso de todos, incluidas las personas más desfavorecidas, a la enseñanza y la formación.

• El empleo de calidad.

La consecución de más y mejor empleo de calidad depende en gran medida de los niveles educativos de las personas. Se deben desarrollar iniciativas dirigidas a fomentar nuevas capacidades para nuevos empleos, centradas en la adaptación de la oferta formativa y en la introducción de herramientas que permitan eliminar barreras, compatibilizar los estudios con la vida laboral y familiar y acercar la formación a la población poco cualificada o en riesgo de exclusión.

• La internacionalización y modernización de las universidades.

La revisión en 2010 del Proceso de Bolonia y del Espacio Europeo de Investigación debe definir un nuevo marco que aúne estos dos espacios con la construcción del Espacio Europeo del Conocimiento. Se deberá impulsar la cooperación universitaria más allá de las fronteras de la Unión, privilegiando determinadas regiones del mundo con las que se tiene más lazos.

EDUCACIÓN

1. La dimensión social de la Educación Superior en Europa.

• La educación y la formación.

La educación y la formación deben tener un papel destacado en las políticas de la Unión y ser componentes centrales de la Estrategia UE 2020 impulsando la vinculación entre formación, creatividad, innovación y empleo en todos los niveles educativos, como motores para la recuperación económica sostenible de la Unión Europea. Es preciso adaptar los sistemas educativos a la nueva economía basada en el conocimiento, para responder a las nuevas demandas de la sociedad y ofrecer oportunidades de aprendizaje y formación.

TRABAJO E INMIGRACION

1. Mejora de la inserción laboral de los jóvenes.

Dentro de la nueva Estrategia de Empleo de la Unión Europea, enmarcada a su vez dentro de la Estrategia UE 2020,

deben incorporarse mecanismos específicos que posibiliten la mejora en la inserción laboral de los jóvenes, dado que se trata de unos de los colectivos que, a nivel español y a nivel europeo, encuentran fuertes dificultades para su entrada en el mercado laboral.

2. Profundizar en una política común de inmigración.

Paralelamente, se profundizará en una política común en materia de inmigración, de acuerdo con lo que mandata el Programa de Estocolmo, que exigirá adoptar una estrategia común a fin de administrar mejor las fronteras y satisfacer las necesidades del mercado de trabajo. El desarrollo de dicho Programa debe de subrayar la necesidad de cooperación con los países de origen.

INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO

1. Estrategia europea sobre vehículo eléctrico.

La Presidencia española promoverá un debate a escala europea sobre las posibles medidas a adoptar para impulsar la producción del vehículo eléctrico por parte de la industria automovilística europea, y fomentar su utilización en Europa. El objetivo final consistirá en lograr que la Unión Europea adopte una «estrategia europea sobre el vehículo eléctrico».

2. Estrategia 2010-2015 para la Sociedad de la Información «Digital Europe: Granada Strategy».

El objetivo es el lanzamiento del Plan de Acción de la Estrategia 2010-2015 para la Sociedad de la Información: «Digital Europe: Granada Strategy». La nueva Estrategia promueve el desarrollo de la Sociedad de la Información y las TIC para la reactivación económica y la creación de empleo en la Unión Europea.

MEDIO AMBIENTE Y MEDIO RURAL Y MARINO

1. El futuro de la PAC más allá de 2013. Horizonte 2020.

Durante la Presidencia española, coincidirán procesos muy relevantes para el futuro de la Política Agraria Común: el seguimiento de la crisis alimentaria, la preocupación renovada sobre la seguridad alimentaria, las negociaciones de la Ronda de Doha o la renovación de los compromisos de cambio climático y biodiversidad. Bajo la Presidencia española se impulsará el debate iniciado por las presidencias anteriores, abordando asuntos como la gestión de los mercados en situaciones de crisis. Asimismo, se dedicará el Consejo Informal a reflexionar sobre el futuro de la PAC.

2. La reforma de la Política Pesquera Común.

3. Línea estratégica de la Unión Europea sobre cambio climático tras la Cumbre de Copenhague.

En materia de cambio climático la Presidencia española será la responsable de guiar el proceso que dará continuidad a la Cumbre de Copenhague. Para ello se requiere el liderazgo de la Unión Europea, bajo Presidencia española, en torno a una serie de elementos clave: avanzar sobre el resultado de Copenhague reforzando la confianza en la estrategia europea de lucha contra el cambio climático; construir las condiciones necesarias para el desbloqueo del proceso en el ámbito de Naciones Unidas, gestionando un nuevo escenario de geometría variable, y tomar la iniciativa en el desarrollo de los puntos del Acuerdo de Copenhague.

PRESIDENCIA

1. El Diálogo Social Europeo.

Se trata del compromiso de la Presidencia española de formalizar el diálogo social con el establecimiento de un Comité de Diálogo Social Europeo en las Administraciones Centrales para identificar los problemas pendientes y formular soluciones en un espíritu de cooperación y transparencia.

2. Impulso de la Administración electrónica.

Las prioridades políticas y objetivos que se han fijado en la Declaración Ministerial de Malmö sobre Gobierno electrónico han de desarrollarse mediante el Plan de Acción para el período 2011-2015 que elaborará la Comisión y aprobará el Consejo.

3. Legislar Mejor.

La Presidencia española continuará los trabajos para garantizar la realización de los objetivos fijados por el Consejo en el ámbito de la mejora de la regulación «better regulation», que comprende la reducción de cargas administrativas, el análisis de impacto de los proyectos normativos y la simplificación administrativa, dentro de la Estrategia post Lisboa.

CULTURA

1. La Cultura como factor de desarrollo territorial.

Fortalecer el papel de la Cultura como factor de desarrollo territorial en la aplicación de la Estrategia 2020, dirigida a colocar a Europa en una posición de liderazgo en materia de información y conocimiento.

2. Patrimonio cultural europeo.

Alcanzar el acuerdo político definitivo que permita dar paso a la regulación de la etiqueta de «Patrimonio cultural europeo», una iniciativa hispano-francesa que servirá para realzar aquellos sitios y lugares que conforman el mapa simbólico de la cultura europea, lo que contribuirá a reforzar el papel del turismo cultural como fuente de riqueza.

3. La digitalización de la Cultura.

La Presidencia española relanzará una estrategia de actuación sistemática y coordinada de la digitalización de la Cultura, capaz de ofrecer respuestas eficaces a las principales cuestiones planteadas en el entorno digital.

SANIDAD Y POLÍTICA SOCIAL

1. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre normas de calidad y seguridad de los órganos humanos destinados a trasplantes.

La donación y trasplantes de órganos es un ámbito en el que España es líder indiscutible a nivel mundial. Ya en diciembre de 2008, la Comisión Europea presentó una propuesta de Directiva sobre «normas de calidad y seguridad de los órganos humanos destinados a trasplante». España está haciendo un gran esfuerzo para propiciar el acuerdo necesario que permita su rápida entrada en vigor.

2. Impulso a las políticas europeas sobre personas con discapacidad.

España quiere que la discapacidad se incluya en el diseño del nuevo ciclo político europeo. En este sentido, nuestro objetivo es que la discapacidad sea un elemento siempre tenido en cuenta en la elaboración de aquellas políticas que

tienen impacto en la vida diaria de los discapacitados y las personas que los rodean.

VIVIENDA

1. Concepto europeo de rehabilitación urbana integrada.

La Presidencia española trabajará por obtener un acuerdo en el marco de referencia de las ciudades europeas sostenibles para la vivienda y el desarrollo urbano.

2. Celebración del Solar Decathlon Europe.

Se trata de un concurso internacional de casas solares energéticamente autosuficientes que se celebrará en junio en Madrid, por primera vez fuera de Estados Unidos, gracias al convenio firmado con el Departamento de Energía norteamericano.

IGUALDAD

1. La lucha contra la violencia de género.

- **Conclusiones sobre violencia de género al Consejo de Empleo, Política Social, Sanidad y Consumo.**

Se elaborará, y negociará el proyecto de Conclusiones sobre violencia que se adopte en este Consejo.

- **Observatorio de Violencia de Género.**

Se propondrá la creación del Observatorio de Violencia de Género como el órgano que coordine, recopile, analice, produzca y difunda de forma permanente y sistemática información relevante sobre la violencia contra las mujeres.

- **Numero europeo de teléfono (el 116-016).**

Se impulsará su implantación y será único y gratuito, para información y asistencia a las víctimas de violencia de género. A tal efecto, el Ministerio de Igualdad cuenta con el apoyo de una decena de Estados miembros.

2. La inclusión social de la juventud.

Es un imperativo para la Unión Europea desarrollar iniciativas que hagan que este colectivo no sea el que pague las consecuencias de la crisis económica y financiera y que sitúen a la juventud en el centro del proceso de construcción de ciudadanía europea.

Los objetivos de la Presidencia española serán aprobar una Resolución sobre la inclusión social de la juventud en el Consejo de Educación, Juventud y Cultura; aplicar el Marco Renovado de Cooperación en Políticas de Juventud y realizar la evaluación del programa Juventud en Acción, así como impulsar nuevos programas.

CIENCIA E INNOVACION

1. Plan Europeo de Innovación.

Se trabajará con la Comisión el documento del Plan como parte de la Estrategia EU 2020, de forma que se apruebe en el Consejo de Competitividad de mayo.

2. Sistema de información sobre los derechos sociales de los investigadores.

Avanzar en los aspectos sociales para facilitar la movilidad de los investigadores, particularmente sobre los sistemas de pensiones.

3. Financiación del sobrecoste del Proyecto ITER (reactor de fusión para producir energía).

El coste total del proyecto para Europa se ha duplicado, pero hay un acuerdo de los Estados miembros de la Unión Europea en el sentido de no aportar financiación adicional. España buscará desde la Presidencia fuentes de financiación alternativas.

POLÍTICA TERRITORIAL

1. La contribución de las Regiones y Ciudades Europeas a una estrategia renovada de crecimiento sostenible y empleo.

La Presidencia española prestará una especial atención a la renovación de la Estrategia de Crecimiento y Empleo de la Unión y al papel que los Entes Regionales y Locales pueden jugar en ella, en su objetivo prioritario de la lucha por la recuperación económica y la creación de empleo así como por hacer de Europa una economía más productiva, innovadora y sostenible.

MINISTERIO DE JUSTICIA

Informe sobre el Anteproyecto de Ley del nuevo Registro Civil

- La nueva norma, uno de los objetivos centrales de la política de Justicia para esta Legislatura, supone un cambio profundo del actual modelo, vigente desde 1957.

- Se crea un registro electrónico único, con una base de datos común para toda España y se sustituye el Registro de hechos por un Registro Civil de personas.

- Cada ciudadano tendrá una ficha personal única, donde constará todo su

historial civil. Con la inscripción de nacimiento se le asignará un Código Personal de Ciudadanía (CPC).

- Los ciudadanos y las distintas Administraciones tendrán acceso telemático a los datos, y se podrán obtener certificaciones por Internet.

El Consejo de Ministros ha recibido un Informe del Ministro de Justicia sobre el Anteproyecto de Ley del Registro Civil, que supone un cambio profundo del actual modelo registral, vigente desde 1957.

La nueva Ley, uno de los objetivos centrales en la política de Justicia para esta legislatura, configura un Registro Civil moderno, rápido y accesible, único para toda España, aplicando las nuevas tecnologías y adecuado a las necesidades de la ciudadanía. Sustituye los libros físicos de registro por una base de datos electrónica común, de tal manera que el ciudadano podrá consultarlo por Internet o realizar trámites en cualquiera de las oficinas del país.

El nuevo Registro, además, se configura como registro individual, con una ficha personal única, donde figurará el historial civil de cada persona desde su nacimiento. A partir de la entrada en vigor de la nueva Ley, cada inscripción de nacimiento irá acompañada de un Código Personal de Ciudadanía (CPC), correspondiente a una secuencia alfanumérica, que servirá para todos los trámites que el usuario precise realizar con el Registro Civil.

Igualmente, con la nueva Ley dejarán de expedirse Libros de Familia, que serán sustituidos por certificaciones registrales. Éstas podrán solicitarse personalmente o a través de internet. En todo caso, las Administraciones y los funcionarios públicos tendrán acceso a la información registral, y no necesitarán pedir certificaciones a los ciudadanos, lo cual comportará una reducción de cargas administrativas y convertirá en algo extraordinario

la necesidad de acudir personalmente al registro.

Por otra parte, la modernización del Registro Civil hace necesaria su desjudicialización, por lo que pasa a configurarse como órgano administrativo, dependiente del Ministerio de Justicia y gestionado por funcionarios públicos, cuyas decisiones, lógicamente, estarán sometidas a control judicial. Con ello, se descarga a los jueces de una función impropia, lo que permitirá que puedan dedicarse en exclusiva a su función constitucional de juzgar y ejecutar lo juzgado.

Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial

Además, el Consejo de Ministros ha recibido otro informe del Ministro de Justicia sobre un Anteproyecto de Ley Orgánica, complementaria de la Ley del Registro Civil, por el que se modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial para revisar el articulado donde se recogen las atribuciones de los juzgados y Tribunales con respecto a sus funciones sobre el Registro Civil, y adaptarlo a la nueva norma.

Las líneas fundamentales en las que se basa el nuevo modelo de Registro Civil son las siguientes:

Un Registro Civil centrado en las personas

- **El ciudadano como eje central.** Los libros tradicionales en los que se registran hechos (nacimientos, matrimonios, fallecimientos, etcétera) dan paso a un registro individual para cada persona, vinculado a un Código Personal de Ciudadanía, en el que se inscribirán los hechos y actos que le afecten a lo largo de su vida.

- **Basado en los principios de igualdad y dignidad.** El nuevo modelo se basa en el principio de igualdad entre todos los hombres y mujeres, y en la dignidad como valor esencial de la persona.

Único y más accesible

- **Uno para toda España.** Se configura como una base de datos única que garantiza la unidad y seguridad de la información y la eficacia en la gestión. Se podrán realizar los trámites en cualquier oficina del Registro Civil del país.

- **Electrónico.** Los asientos serán informáticos y la firma electrónica se convierte en elemento esencial en la gestión y custodia del Registro Civil.

- **Acceso por medios telemáticos.** Los ciudadanos podrán acceder al Registro para solicitar certificaciones, consultar datos e instar expedientes por Internet.

De servicios

- **Pensado para los ciudadanos.** Se minimizan las cargas burocráticas y las comparecencias personales. Con el nuevo sistema sólo de forma excepcional será necesario acudir personalmente al Registro Civil.

- **Eficaz.** Los centros sanitarios, los Ayuntamientos o los órganos judiciales remitirán al Registro Civil por vía telemática la documentación necesaria para inscribir los nacimientos, los matrimonios, los divorcios, las defunciones, etcétera.

- **Acceso directo de las Administraciones.** Los funcionarios públicos, en el ejercicio de sus funciones, tendrán acceso a la información que obra en el Registro, por lo que no necesitarán solicitar certificaciones a los ciudadanos.

Una organización más moderna

- **Desjudicializado.** El Registro Civil se configura como órgano dependiente del Ministerio de Justicia. Los encargados del registro serán funcionarios públicos cualificados. Se descarga a los órganos judiciales de trabajo, permitiendo a los jueces dedicarse a su función constitucional de juzgar y ejecutar lo juzgado.

- **Simplificación.** El nuevo Registro Civil se articula en tres órganos sin de-

pendencia jerárquica y con funciones muy específicas:

- **Oficinas Generales.** Unidad básica del Registro Civil y encargadas de las funciones ordinarias. En cada Comunidad Autónoma existirá, al menos, una oficina y otra más por cada cincuenta mil habitantes.

- **Oficina Central.** Su función será inscribir las resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado, los documentos auténticos extranjeros y encargarse de la cooperación jurídica internacional en materia registral.

- **Oficinas Consulares.** Son las dependencias del Registro Civil en el extranjero y no varían sustancialmente con respecto al actual modelo.

Acorde al estado de las autonomías

- **Pluralidad lingüística.** Se reconoce el derecho al uso de las lenguas oficiales

del Estado. Los ciudadanos podrán obtener certificaciones en cualquiera de estas lenguas.

- **Derecho autonómico.** Se amplía la relación de actos que han de ser objeto de asiento para acomodarse al Derecho civil autonómico, como las autotutelas, apoderamientos preventivos o especialidades en materia de régimen económico del matrimonio.

La modernización del Registro Civil es uno de los objetivos centrales en la política de Justicia para esta Legislatura, y así lo estableció el Ministro de Justicia en su primera comparecencia en el Congreso de los Diputados el 26 de marzo de 2009. Está incluido como una de las prioridades del Plan Estratégico para la Modernización del Sistema de Justicia, aprobado por el Consejo de Ministros el 18 de septiembre de 2008.

Viernes, 15 de enero de 2010

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN

Remisión a las Cortes del nuevo Convenio Europeo en materia de adopción de menores

El Consejo de Ministros ha aprobado un Acuerdo por el que se dispone la remisión a las Cortes Generales del Convenio Europeo en materia de adopción de menores (Revisado) (Convenio Núm. 202 del Consejo de Europa). Asimismo, el Consejo de Ministros ha autorizado una Declaración a formular por España para el caso de que el Convenio sea extendido por el Reino Unido a Gibraltar para dejar clara nuestra posición sobre el estatus del territorio no autónomo de Gibraltar y el carácter local de sus autoridades.

El Convenio Revisado ha sido elaborado como respuesta a la voluntad de

actualizar el anterior Convenio Europeo en materia de Adopción de Menores, de 1967, teniendo en cuenta los cambios sociales y jurídicos que se han producido desde entonces, así como el avance en materia legislativa en muchos Estados miembros en el ámbito de la adopción de menores. Asimismo, pretende completar las disposiciones del Convenio de La Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción internacional, de 1993.

El Convenio Europeo en materia de Adopción de Menores (Revisado) ejerce en su conjunto una influencia segura en las adopciones internacionales, establece garantías para que éstas se lleven a cabo en el superior interés de los niños y respeta los Derechos Fundamentales reconocidos por el Derecho Internacional.

Remisión a las cortes del convenio de asistencia en materia fiscal

El Consejo de Ministros ha aprobado un Acuerdo por el que se dispone la remisión a las Cortes Generales del Convenio de asistencia mutua en materia fiscal, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1988, cuya firma fue autorizada por el Consejo de Ministros de 8 de noviembre de 2008.

Asimismo, el Consejo de Ministros ha autorizado una Declaración a formular por España para el caso de que el Convenio sea extendido por el Reino Unido a Gibraltar para dejar clara nuestra posición sobre el estatus del territorio no autónomo de Gibraltar y el carácter local de sus autoridades.

El objeto del Convenio es promover la cooperación internacional en materia fiscal para hacer más efectiva la lucha contra la evasión y el fraude tributario, respetando al mismo tiempo los derechos de los contribuyentes. Prevé la asistencia administrativa mutua entre Estados en materia fiscal y comprende toda actuación en el ámbito tributario que pueda ser llevada a cabo por autoridades públicas,

incluidas las judiciales, siempre que no estén cubiertas por las leyes penales.

El Convenio establece el principio de reciprocidad, de forma que ningún Estado puede solicitar la asistencia administrativa de otro en condiciones que no pueda, a su vez, garantizar a los restantes países. La asistencia puede consistir en intercambio de información de trascendencia fiscal, notificación de documentos directamente y el cobro de deudas tributarias.

Están previstas tres modalidades de intercambio de información: automática, espontánea y previo requerimiento, que no estarán limitadas por la residencia o la nacionalidad del contribuyente. La normativa de la Unión Europea ya contiene disposiciones semejantes y todos los convenios de doble imposición suscritos con España, salvo con Suiza, prevén el intercambio de información fiscal, pero el presente Convenio es más amplio, ya que incluye un listado más extenso de impuestos y, además, es útil para ampliar el ámbito espacial del intercambio de información a otros Estados de la OCDE o del Consejo de Europa que lo firmen en el futuro.

ACTUALIDAD

CONCLUSIONES DEL SEMINARIO «LAS VÍCTIMAS EN EL CENTRO DE ATENCIÓN DE LA JUSTICIA EUROPEA»

15 de enero de 2010.—Los participantes en el seminario «Las víctimas en el centro de atención de la Justicia Europea», organizado por el Ministerio de Justicia con motivo de la presidencia española de la UE, han llegado a las siguientes y más importantes conclusiones:

Evolución del Derecho Penal.

En este ámbito, en el que históricamente existían tres figuras diferenciadas como eran las de delincuente, delito y pena, se ha evolucionado en el moderno Derecho Penal hasta tener en cuenta a las víctimas, aunque aún debe desarrollarse tanto en el aspecto social como antropológico y estadístico. Para ello es muy importante la contribución de las organizaciones o asociaciones de apoyo.

Panorama legislativo.

En el seminario se ha constatado la existencia de un acervo legislativo en la materia en la UE, como la Decisión Marco 2001 sobre el estatuto de víctima y la Directiva 2004 sobre compensación. Existe, además, una voluntad política expresada en el Programa de Estocolmo, que desarrollará el Plan de Acción.

Es necesario, en este sentido, proceder a un examen crítico entre las instituciones europeas, autoridades nacionales y

ONGs que desemboque en una proposición de la Comisión a finales de este año o mediados de 2011, de un instrumento global. Todo ello sin perjuicio de las disposiciones específicas dirigidas a determinados colectivos, sobre todo a los más vulnerables, como son las víctimas de terrorismo o de violencia de género, que respondan a las necesidades de las víctimas.

Se ha observado también la necesidad de un mayor desarrollo en algunos campos, como la extensión de la protección de las víctimas más allá de las fronteras del Estado miembro que ha dictado una medida de protección, insistiendo en casos como los de las víctimas de violencia de género

Se resalta también la importancia de la aplicación de los actos legislativos que se adopten, así como del desarrollo de las políticas de igualdad, que reducen en definitiva la violencia de género. Un apoyo primordial es contar con datos precisos, como los que aporta el observatorio de género

Necesidades de las víctimas.

Entre las necesidades de las víctimas, se concluye que el olvido es la peor injusticia que se puede cometer con ellas; es necesario un ejercicio de memoria. Aún peor resulta la justificación social del delito, particularmente en el caso del terrorismo.

Otros aspectos importantes son el reconocimiento de la condición de víctima y la asistencia de la misma. Es preciso mejorar su derecho a la información, evitando que la víctima se pierda en el entramado de la Justicia y mejorar el trato del personal policial y judicial, en especial durante el primer contacto, incidiendo en la formación de este personal. Se hacen necesarias también, en este sentido, medidas específicas para los inmigrantes.

Por parte de la Justicia es necesaria una labor precisa de reconocimiento y aplicación de sus derechos procesales, evitando la victimización secundaria de estas per-

sonas. En cualquier caso, se considera conveniente establecer los límites de la acción penal, evitando caer en la victimización y procurando que las víctimas se conviertan en un factor de transformación social.

Finalmente, se propuso afrontar las compensaciones necesarias y actuar con mayor solidaridad por parte de todos hacia a las víctimas, incluyendo una mayor aportación de recursos económicos. Es preciso también garantizar el equilibrio entre el derecho de decisión de la víctima, que incluye la mediación, y el interés público en la persecución de los delitos.

CRÓNICA

MINISTERIO DE JUSTICIA

RESOLUCIÓN de 22 de diciembre de 2009, de la Subsecretaría de Justicia, por la que se hace pública la adjudicación definitiva por procedimiento abierto de las obras de rehabilitación del Palacio de Justicia de Ciudad Real. (Publicada en el «BOE» núm. 6 de 7 de enero de 2010.)

ANUNCIO de la Junta de Contratación por el que se adjudica definitivamente el contrato de un servicio de interpretación en el ámbito de los órganos judiciales adscritos a la Gerencia Territorial de Órganos Centrales. (Publicado en el «BOE» núm. 10 de 12 de enero de 2010.)

RESOLUCIÓN de 21 de diciembre de 2009, de la Dirección General de los Registros y del Notariado por la que se acuerda fijar el día 1 de febrero de 2010 a partir del cual comenzará a correr el plazo de un año para la reconstrucción en forma ordinaria de los folios desaparecidos del Registro de la Propiedad de Alcalá de Henares N.º 3. (Publicada en el «BOE» núm. 11 de 13 de enero de 2010.)

**ANUNCIO de adjudicación de: Mutua-
lidad General Judicial MUGEJU.** Ob-
jeto: Contratación de una póliza de asis-
tencia sanitaria en los desplazamientos
temporales al extranjero de mutualistas
y beneficiarios de la Mutualidad General
Judicial. Expediente: 24/2009. (Publi-
cado en el «BOE» núm. 16 de 19 de
enero de 2010.)

CONDECORACIONES DE LA ORDEN DE SAN RAIMUNDO DE PEÑAFORT

CORRECCIÓN DE ERRORES

**CONDECORACIONES concedidas con mo-
tivo del Aniversario de la Constitución
Española de 1978 (6.12.08).** Boletín
núm. 2078-Pág.131 Fecha Publicación:
01.02.09:

La Cruz Distinguida de 1.ª Clase, con-
cedida a favor de Don Antonio Sánchez
de León y Cotoner, queda anulada por
Resolución de la Subsecretaria de Justicia
de fecha 25.06.09.

CONDECORACIONES concedidas con motivo de la Onomástica de S.M. el Rey (24.6.09). Boletín núm. 2089 Fecha Publicación: 15.07.09.

Página 112:

Cruz Distinguida de 1.ª Clase

Donde dice: Borrel García, Joaquín

Debe decir: Borell García, Joaquín

Pág.113:

Medalla de Plata del Mérito a la Justicia

Donde dice: Macarro de Archos, José Luis

Debe decir: Macarro de Arcos, José Luis

NUEVA CONDECORACIÓN POR MOTIVOS EXTRAORDINARIOS

Cruz Distinguida de 2.ª Clase

Turero Sánchez, Manuel, Abogado de Asturias, O.M. 29.12.09.

