

TRIBUNAL SUPREMO
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
GABINETE TÉCNICO

**DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE
DIVERSAS MATERIAS. SECCIÓN SEXTA**

2009-2012

Coordinador: D. Juan Pedro Quintana Carretero. Magistrado Decano del Gabinete Técnico de la Sala Tercera del Tribunal Supremo

Autora: D^a Mercedes Delgado López. Magistrada del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

INDICE

1. ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.	6
1.1 MINISTERIO FISCAL	6
1.1.1 FISCALES. SITUACIONES Y RETRIBUCIONES	6
1.1.2 FISCALES SUSTITUTOS:	8
1.2 ABOGADOS Y PROCURADORES	14
1.2.1 ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA	14
1.2.2 HONORARIOS	18
1.2.3 PROCURADORES	19
1.2.3.1 NOMBRAMIENTOS	19
1.2.3.2 EJERCICIO DE LA PROFESIÓN DE PROCURADOR. ÁMBITO TERRITORIAL:	23
1.3 PERSONAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.	24
1.3.1 AGENTES JUDICIALES:	24
1.4 DEMARCACIÓN Y PLANTA JUDICIAL	25
1.5 CUESTIONES DIVERSAS	27
1.5.1 INDULTOS	27
1.5.2 RECONOCIMIENTO DE DISTINCIONES	30
2. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.	33
2.1 NOMBRAMIENTOS	33
2.2 RELACIONES ENTRE CCAA Y ENTIDADES LOCALES	35
2.3 RELACIONES ENTRE EL ESTADO Y LAS ENTIDADES LOCALES.	36
3. COLEGIOS PROFESIONALES	38
3.1 NATURALEZA JURÍDICA	38
3.2 RÉGIMEN JURÍDICO. ATRIBUCIONES Y COMPETENCIAS	41
4. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.	52
4.1 DERECHOS FUNDAMENTALES	52
4.1.1 DERECHO DE HUELGA.	52
4.1.2 OBJECCIÓN DE CONCIENCIA:	54
5. EXTRADICIÓN	56
6. FUNDACIONES Y ASOCIACIONES	61
6.1 FUNDACIONES.	61
6.2 REGISTRO DE ENTIDADES RELIGIOSAS:	63
7. NORMAS	65
7.1 DECRETOS LEGISLATIVOS	65
7.2 REGLAMENTOS	69
7.2.1 RELACIONES CON LA LEY	69
7.3 DISPOSICIONES GENERALES	72
7.3.1 NATURALEZA Y RÉGIMEN JURÍDICO.	72
7.3.2 PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN. VICIOS FORMALES	73

7.3.3 VICIOS DE FONDO EN EL PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DE UNA DISPOSICIÓN DE CARÁCTER GENERAL	76
7.3.4 EFECTOS	78
7.4 OTRAS NORMAS	79
8. PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL	83
8.1 NORMATIVA APLICABLE	83
8.2 CUESTIONES GENERALES	84
8.2.1 AMBITO DE APLICACIÓN	84
8.3 PROTECCIÓN DE DATOS	87
8.3.1 PRINCIPIOS	87
8.3.1.1 CALIDAD DE LOS DATOS	87
8.3.1.2 CONSENTIMIENTO DEL AFECTADO	88
8.3.1.3. DATOS RELATIVOS A LA SALUD	93
8.3.1.4 SEGURIDAD DE LOS DATOS	95
8.3.1.5 DEBER DE SECRETO	96
8.3.1.6 COMUNICACIÓN DE DATOS	97
8.3.1.7 ACCESO A LOS DATOS POR CUENTA DE TERCEROS	107
8.3.2 DATOS	112
8.3.3 DERECHO DE ACCESO	113
8.3.4 DERECHO DE RECTIFICACIÓN Y CANCELACIÓN	117
8.3.5 DERECHO DE OPOSICIÓN	117
8.3.6 TUTELA DE DERECHOS	118
8.3.7 FICHEROS	119
8.3.8 MOVIMIENTO INTERNACIONAL DE DATOS	126
8.3.9 CUESTIONES DIVERSAS	127
8.3.9.1 IMPUGNACION DEL RD 1720/2007, DE 22 DE DICIEMBRE, POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO DE DESARROLLO DE LA LO 15/1999, DE 13 DE DICIEMBRE, DE PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL.	127
8.3.9.2 OTROS SUPUESTOS	142
8.4 AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS	144
8.4.1 NATURALEZA	144
8.4.2 RÉGIMEN JURÍDICO	147
8.4.3 FUNCIONES	150
8.5 RÉGIMEN SANCIONADOR	151
8.5.1 INFRACCIONES	151

8.5.2 PROCEDIMIENTO SANCIONADOR	152
8.5.2.1 LEGITIMACIÓN	152
8.5.2.2 DILIGENCIAS PREVIAS	154
8.5.2.3 INCOACIÓN	156
8.5.2.4 CADUCIDAD	157
8.5.2.5 DEFECTOS PROCEDIMENTALES	160
8.5.2.6 PRUEBA	164
8.5.2.7 PRESCRIPCIÓN	166
8.5.3 PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR	168
8.5.3.1 PRINCIPIO DE IGUALDAD	168
8.5.3.2 PRINCIPIO DE TIPICIDAD	169
8.5.3.3 PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA	170
8.5.3.4 PRINCIPIO DE CULPABILIDAD	172
8.5.3.5 PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA	173
8.5.3.6 PREJUDICIALIDAD PENAL	175
8.5.3.7 PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	175
8.5.3.8 PRINCIPIO NON BIS IN IDEM	177
8.5.3.9 PRINCIPIO DE RETROACTIVIDAD	178
9. REGISTROS Y NOTARIAS	180
9.1 DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO.	180
9.1.1 CERTIFICACIÓN ACTOS DE ÚLTIMA VOLUNTAD	180
9.2 NOTARIOS	181
9.2.1 ESCALAFÓN NOTARIAL	181
9.2.2 REGLAMENTO NOTARIAL	182
9.2.3 CUESTIONES DIVERSAS	194
9.2.4 SANCIONES DISCIPLINARIAS	197
9.2.4.1 VICIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO	197
9.2.5 MUTUALIDAD NOTARIAL	202
9.2.6 CUESTIONES DIVERSAS	205
9.3 REGISTRADORES	211
9.3.1 DERECHO SANCIONADOR	211
9.4 REGISTRO MERCANTIL	212
9.4.1 DEMARCACIÓN REGISTRAL	212
9.4.1.1 IMPUGNACION PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DEL RD 172/2007, DE 9 DE FEBRERO, POR EL QUE SE MODIFICA LA	

DEMARCACIÓN DE REGISTROS DE LA PROPIEDAD, MERCANTILES Y DE BIENES MUEBLES.	212
10. SEGURIDAD SOCIAL	219
10.1 ENTIDADES COLABORADORAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL	219
11. SINDICATOS	221
12. TÍTULOS NOBILIARIOS	222
12.1 NATURALEZA JURÍDICA. JURISDICCIÓN COMPETENTE	222
12.2 CUESTIONES DIVERSAS	225
12.2.1 NULIDAD Y ANULABILIDAD DEL ACTO.	225
12.2.2 CADUCIDAD	227
12.2.3 OTROS SUPUESTOS	231

INDICE

1. ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.

1.1 MINISTERIO FISCAL

1.1.1 FISCALES. SITUACIONES Y RETRIBUCIONES

La pretendida falta de equiparación retributiva entre miembros de la carrera fiscal y judicial así como la reducción de plazas de Fiscales Coordinadores no tienen su origen en las normas invocadas del RD 1754/2007, de 28 de diciembre, por el que se despliega parcialmente la nueva estructura del Ministerio Fiscal y se establece su plantilla orgánica para el año 2008.

STS de 21 de enero de 2011, Rec. casación 41/2008

“SEGUNDO.- (...)

En respuesta al planteamiento impugnatorio enunciado ha de reconocerse que en efecto el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, concretamente en su artículo 53, inciso primero, tras su redacción por la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, equipara a efectos retributivos a los miembros de la Carrera Judicial y Fiscal.

También ha de reconocerse que tras la reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal por Ley 24/2007, de 9 de octubre, los Fiscales de las Fiscalías de las Comunidades Autónomas tienen su ámbito de actuación ante los Tribunales Superiores de Justicia.

Ya en sentencia de 30 de abril de 2010, dictada en el recurso 40/2008, interpuesto por la Asociación "Unión Progresista de Fiscales" contra el artículo 1.3 y la Disposición Transitoria Primera del Real Decreto 1754/2007, dijimos, y debemos reiterar ahora, que *"Tras la reforma del Estatuto del Ministerio Fiscal por Ley 24/2007, de 9 de octubre, se produce un desdoblamiento orgánico de las Fiscalías de los Tribunales Superiores, mediante la creación de las Fiscalías de las Comunidades Autónomas y de las Audiencias Provinciales, previéndose en el artículo 21.2 y 3 del Estatuto, en su redacción dada por el artículo 16 de la citada Ley 24/2007, en aquello que a los efectos de la presente litis interesa resaltar, que <<Las Fiscalías de las Comunidades Autónomas tendrán su sede donde resida el Tribunal Superior de Justicia respectivo, y ejercerán sus funciones en el ámbito competencial del mismo>> (apartado 2) y que <<Las Fiscalías Provinciales tendrán su sede donde la tenga la Audiencia Provincial y extenderán sus funciones a todos los órganos provinciales de la provincia, salvo que con arreglo a las disposiciones*

de este Estatuto sea competente otro órgano del Ministerio Fiscal>>" y que "Aunque expresamente no dice el citado artículo 21.2, contrariamente a lo que argumenta la recurrente, que las funciones propias del Ministerio Fiscal dentro del ámbito competencial del Tribunal Superior de Justicia, serán desempeñadas por los Fiscales adscritos a la Fiscalía de la Comunidad Autónoma, ni que, en consecuencia, estas últimas no puedan desplegar su actividad en aquellos asuntos propios de la Audiencia Provincial, ni los miembros de esta última desarrollar cometidos en aquel ámbito, ha de reconocerse que así se infiere de la dicción del precepto. La realidad de la adscripción de Fiscales a las Fiscalías de las Comunidades Autónomas y a las Fiscalías de las Audiencias Provinciales no se cuestiona, y el distinto ámbito competencial de unos y otros, precisamente por su adscripción, tampoco".

Pero, pese a los reconocimientos expresados precedentemente, la pretensión impugnatoria del artículo 1.3 del Real Decreto 1754/2007, no puede acogerse.

Significamos en la referenciada sentencia de 30 de abril de 2010 y reiteramos ahora que *"la falta de equiparación retributiva entre Fiscales adscritos a las Fiscalías de las Comunidades Autónomas y Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia que se denuncia, caso de existir, no tiene su origen en la normativa impugnada del Real Decreto 1754/2007", con la puntualización de "que la previsión reglamentaria del artículo 1.3 al reconocer la categoría de Fiscal Coordinador, a los efectos previstos en la Ley 15/2003, a los Fiscales adscritos a las Fiscalías de las Comunidades Autónomas, supone un acercamiento en la cuantía retributiva de dichos Fiscales a la de los Magistrados de los Tribunales Superiores, por aplicación del complemento específico de <<Fiscal coordinador>>, cuya inaplicación, como consecuencia de la anulación pretendida del precepto de mención, aumentaría las diferencias retributivas que se denuncian.*

TERCERO.- El artículo 5.2 del Real Decreto impugnado, según resulta de su texto, modifica, mediante remisión a su anexo, el correspondiente al Real Decreto 1492/2007, de 12 de noviembre, por el que se determinaba la plantilla orgánica del Ministerio Fiscal para el año 2007, y denuncia la Asociación recurrente que con la modificación se reduce de manera unilateral, injustificada y contraria a derecho, el número de plazas de Fiscales Coordinadores asignados hasta ahora en las Fiscalías con sede en las capitales que indica, con vulneración del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 de la Constitución).

Argumenta que la reducción tiene su origen en la no equiparación retributiva que hemos examinado en el fundamento de derecho precedente, haciendo la observación de que las plazas de Fiscales Coordinadores suprimidas se produce en aquellas capitales en que se ha creado la Fiscalía de la Comunidad Autónoma o una Sección Territorial de ésta.

En respuesta al indicado motivo impugnatorio procede indicar para su rechazo, conforme apunta el Abogado del Estado en su escrito de contestación a la demanda, que ninguna disminución del número de Fiscales Coordinadores se origina con el Real Decreto impugnado, limitándose, en atención al desdoblamiento orgánico de las Fiscalías de los Tribunales Superiores producido

por la Ley 24/2007, de 9 de octubre, a una reasignación de las plazas de Fiscal Coordinador y, en consecuencia, sin afectación de situaciones jurídicas individuales consolidadas que permitan observar la vulneración denunciada del principio de seguridad jurídica.

Así resulta de la Disposición Transitoria Primera del Real Decreto impugnado en la que expresamente se prevé la no modificación de los criterios relativos a la determinación de las plazas de fiscales coordinadores establecidos en la Disposición Transitoria Primera del Real Decreto 391/1998, de 21 de abril, y un régimen transitorio en protección de derechos adquiridos.

CUARTO.- No mejor suerte que las de las concretas impugnaciones analizadas precedentemente debe corre la de la Disposición Transitoria Primera. Ya dijimos en la sentencia de 30 de abril de 2010 que *"la disposición transitoria primera nada innova con relación a los criterios relativos a la determinación de las plazas de Fiscales Coordinadores establecidas en la disposición transitoria primera del Real Decreto 391/1989, de 21 de abril, salvo la relativa a la distribución de las plazas de Fiscales Coordinadores no adscritos a las Fiscalías de las Comunidades Autónomas, y ello como consecuencia del reconocimiento de todos los adscritos a estas Fiscalías de la categoría de Fiscal Coordinador"*.

1.1.2 FISCALES SUSTITUTOS:

Legitimación para impugnar el RD 1/2008, de 11 de enero, por el que se modifica el Real Decreto 326/2002, de 5 de abril, sobre régimen de nombramiento del Ministerio Fiscal.

STS de 21 de enero de 2011, Rec. casación 10/2008

“SEGUNDO.- (...)

En cuanto a la falta de legitimación activa parece oportuna la cita de la sentencia de esta Sala de 26 de noviembre de 2008, en la que con amplia referencia jurisprudencial, se perfila el concepto de legitimación en el orden contencioso administrativo en los siguientes términos: *"... debe tenerse en cuenta que la legitimación en el orden contencioso-administrativo, superando el concepto de interés directo a que se refería el art. 28 de la Ley de Jurisdicción de 1956, viene determinada por la invocación en el proceso de la titularidad de un derecho o interés legítimo (art. 24.1 C.E. y art. 19.1.a) Ley 29/98) que suponga una relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de manera que la estimación del recurso produzca un beneficio o la eliminación de un perjuicio que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial (S. 29-6-2004). Como señala la sentencia de 19 de mayo de 2000, el mismo Tribunal Constitucional ha precisado que la expresión «interés legítimo», utilizada en el artículo 24.1 de la Norma Fundamental, aun cuando sea un concepto diferente y más amplio que el de «interés directo», ha de entenderse referida a un interés en sentido propio, cualificado o específico (sentencia del Tribunal Constitucional 257/1989, de 22 de diciembre), lo que en el ámbito de esta Sala del Tribunal Supremo ha llevado a insistir que la relación unívoca entre el sujeto y el objeto*

de la pretensión (acto impugnado), con la que se define la legitimación activa, comporta el que su anulación produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto (sentencia de este Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1990), y presupone, por tanto, que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación, y, en todo caso, ha de ser cierto y concreto, sin que baste, por tanto, su mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento (SSTS de 4 de febrero de 1991, de 17 de marzo y 30 de junio de 1995 y 12 de febrero de 1996, 9 de junio de 1997 y 8 de febrero de 1999, entre otras muchas; SSTC 60/1982, 62/1983, 257/1988, 97/1991, 195/1992, 143/1994 y ATC 327/1997).

En tal sentido y como recoge la sentencia de 23 de mayo de 2003, <<la amplitud con la que la jurisprudencia viene interpretando el art. 28.1.a) de nuestra Ley Jurisdiccional, (la referencia debe entenderse ahora hecha al artículo 19.1.a) de la nueva Ley de la Jurisdicción 29/1.998) por exigencias del art. 24.1 C.E., y la sustitución del concepto de interés directo por el de interés legítimo, no llega hasta el extremo de que no se condicione en todo caso la legitimación a la existencia de un interés real>>. Por decirlo con palabras del Tribunal Constitucional (S.T.C. 143/1987) el interés legítimo, al que se refiere el art. 24.1, <<equivale a titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría de prosperar ésta> (SS.T.C. 60/1982, 62/1983, 257/1988 y 97/1991, entre otras)>>.

Tratándose de la impugnación de disposiciones generales que afectan a intereses profesionales, como señala la sentencia de 4 de febrero de 2004, la jurisprudencia reconoce legitimación a los profesionales y a las entidades asociativas cuya finalidad estatutaria sea atender y promover tales intereses. Pero <<exige, sin embargo, que tengan carácter de afectados, en el sentido de que su ejercicio profesional resulte afectado por el reglamento impugnado (sentencias, entre otras, de 24 de febrero de 2000, 22 de mayo de 2000, 31 de enero de 2001, 12 de marzo de 2001 y 12 de febrero de 2002).

Cuando se impugna la totalidad o varios preceptos de un reglamento, la legitimación debe entenderse restringida a la impugnación de aquellos preceptos de la disposición general que afecten directamente al profesional recurrente o a los intereses profesionales representados por la asociación que ejercita la acción (v. gr., sentencia, ya citada, de 12 de marzo de 2001)>>."

Y es oportuna la cita de la indicada sentencia de 26 de noviembre de 2008 en cuanto en aplicación de la doctrina jurisprudencial que en ella se recoge, mal puede sostenerse con éxito que el recurrente carece de legitimación.

La argumentación del Abogado del Estado de que el recurrente no ostenta ningún derecho o interés legítimo, fundamentada en que al ser su último nombramiento como Abogado Fiscal Sustituto para el año 2005 la declaración de nulidad que demanda ninguna repercusión tendría en su esfera jurídica, parte de

una circunstancia fáctica desvirtuada por el recurrente con el escrito presentado el 23 de febrero de 2009, en el que en el trámite de audiencia conferido por providencia del día 14 de enero anterior sobre la alegada inadmisibilidad del recurso por falta de legitimación activa, no solo refiere, con cita de las Ordenes correspondientes, su nombramiento y prórroga como Abogado Fiscal Sustituto desde el año 2008 al 2010, sino también al resultado jurisdiccional favorable de la impugnación emprendida contra su no nombramiento en la convocatoria 2006.

Su nombramiento para el año judicial 2008/2009 y la prórroga para el 2009/2010, es por sí suficiente para entender que el interés que preside la impugnación ejercida por el recurrente va más allá de un mero interés por la legalidad, conclusión a la que igualmente se llega con la argüida impugnación de su no nombramiento por falta de idoneidad en el año 2006.”

Ausencia de infracción del principio de reserva de ley. La figura de los Fiscales Sustitutos se regula reglamentariamente en desarrollo y aplicación de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y, en todo caso, en la Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso.

STS de 21 de enero de 2011, Rec. casación 10/2008

“**CUARTO.-** Entrando en el examen de la infracción que de la reserva de la ley se denuncia por el recurrente con respecto a la creación o existencia de la figura de los Abogados Fiscales Sustitutos, aún incurriendo en reiteración, es de interés resaltar que tanto el Real Decreto impugnado como el 326/2002, de 5 de abril, no crean la figura de mención.

(...)

Interesa en efecto resaltar lo expuesto precedentemente para poner de relieve que la figura de los Fiscales Sustitutos, cualquiera que sea su denominación, se regula reglamentariamente en desarrollo y aplicación de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, y en armonía, tras el Real Decreto de 1987 con el régimen previsto para los Jueces en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La razón para considerar que el desarrollo reglamentario de la figura de los Fiscales de Agrupaciones de Fiscales de Juzgado de Distrito Sustitutos primero y de Abogados Fiscales Sustitutos después, se produce en desarrollo y aplicación de la Ley 50/1981, no es otra que su Disposición Adicional, en conexión con el preámbulo del ya citado Real Decreto 545/1983, de 9 de febrero, al prever la disposición adicional que en cuanto a la adquisición y pérdida de la condición de miembro de la Carrera Fiscal, incapacidades, incompatibilidades, prohibiciones y responsabilidades de los mismos, será de aplicación supletoria lo dispuesto para Jueces y Magistrados en la Ley Orgánica del Poder Judicial, y al expresar el preámbulo que la vigencia del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, aprobado por Ley 50/1981, exige la promulgación inmediata de las normas precisas para su desarrollo y aplicación que no admiten la demora prevista en el Real Decreto Ley 26/1982, de 22 de diciembre.

Corroborar la apreciación anterior de que había habilitación legal para el desarrollo reglamentario la circunstancia de que en el texto del Real Decreto 1050/1987, de 26 de junio, se regula el régimen de la figura del Abogado Fiscal Sustituto, como dice su preámbulo, a semejanza del contenido para los Jueces en el Título IV del Libro IV de la Ley Orgánica del Poder Judicial, así como la redacción dada al artículo 24 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal por el artículo 19 de la Ley 24/2007, de 9 de febrero, en el que se prevé la asistencia de los Fiscales Sustitutos a las Juntas de Fiscales con voz pero sin voto, cuando sean convocados por el Fiscal Jefe. Pero sobre todo el artículo 10 del Real Decreto 545/1983, al prever en su párrafo primero que *"El Fiscal General del Estado, a propuesta del Fiscal Jefe de la Audiencia respectiva y oído el Consejo Fiscal, nombrará los Fiscales sustitutos que procedan para atender las funciones que al Ministerio Fiscal corresponden en los Juzgados de Distrito, en tanto sea necesario por razón de vacante, enfermedad o licencia del Abogado Fiscal del grado de ingreso titular de la Agrupación"*, y en el último que *"Serán de aplicación a las condiciones y actuación de estos Fiscales los preceptos del título III del Reglamento Orgánico del Cuerpo de los Fiscales Municipales, Comarcales y de los Juzgados de Paz, aprobado por Decreto de 23 de abril de 1970, en lo que no resulte modificado por el párrafo anterior"*, en cuanto se remite a una norma preconstitucional.

Pero con independencia de lo expuesto, en posicionamiento favorable a la cobertura legal de la regulación reglamentaria de los Fiscales sustitutos, lo cierto es que con la Ley 4/2010, de 10 de marzo, desaparece toda duda sobre la contemplación legal de la figura de los Abogados Fiscales Sustitutos. En su Disposición Adicional Cuarta se modifica la Disposición Adicional Primera de la Ley 50/1981, añadiéndose a ésta una Disposición Adicional Cuarta en la que, después de expresar en el apartado 1 que los miembros del Ministerio Fiscal se sustituirán entre sí, de acuerdo con lo dispuesto en este Estatuto, en las normas reglamentarias que lo desarrollen y en las Instrucciones que, con carácter general, dicte el Fiscal General del Estado, prevé en el apartado 2, que cuando no pueda acudir al régimen de sustituciones ordinarias, podrán ser nombrados con carácter excepcional Fiscales Sustitutos en los casos de vacantes, licencias, servicios especiales u otras causas que lo justifiquen, y en el apartado 3 que el régimen jurídico de los Fiscales Sustitutos serán objeto de desarrollo reglamentario en términos análogos a los previstos en la Ley Orgánica del Poder Judicial, que se aplicará supletoriamente en esta materia.

Por ello, admitiendo que la importante misión que al Ministerio Fiscal encomienda el artículo 124 de la Constitución exige que la figura de los Fiscales Sustitutos esté sometida al principio de reserva de ley, el motivo impugnatorio debe desestimarse, siendo de significar por un lado que lo que no cabe aducir con éxito es que su regulación se produzca al margen de la Ley cuando, conforme ya dijimos, se realiza en absoluta armonía con lo que para los Jueces prevé la Ley Orgánica del Poder Judicial, y por otro, que las dudas acerca de que su regulación anterior a la Ley 4/2010 no se ajustarán a dicho principio, tras su entrada en vigor, revelan como carente de sentido el acogimiento de la pretensión de nulidad que de manera principal se formula en el suplico de la demanda."

Razonabilidad de la exigencia del título de una Escuela de Práctica Jurídica y del período de ejercicio profesional para los Fiscales Sustitutos en razón de las relevantes funciones atribuidas al Ministerio Fiscal.

STS de 21 de enero de 2011, Rec. casación 10/2008

“**QUINTO.**- La primera petición que como subsidiaria se formula en el suplico de la demanda, circunscrita, conforme ya vimos, a la nulidad de pleno derecho del artículo 5, número 2, letra c) del Real Decreto 326/2002, de 5 de abril, en su redacción dada por el apartado 3 del artículo único del Real Decreto 1/2008, de 11 de enero, en el extremo relativo a que para valorar como mérito el desempeño de la profesión de Abogado o Procurador se exige estar en posesión del título de una Escuela de Práctica Jurídica y acreditar la intervención como defensa letrada en, al menos, 15 procedimientos judiciales distintos por cada seis meses que se pretenda hacer valer, o como representación procesal en, al menos, 120 procedimientos judiciales distintos, también por cada seis meses que se pretende hacer valer, la fundamenta el recurrente, en cuanto a la exigencia de título de una Escuela de Práctica Jurídica, en la falta de razonabilidad de dicho requisito y en la no vigencia hasta el 1 de noviembre de 2011, de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, de Acceso a las Profesiones de Abogado y Procurador, en el extremo que demanda la superación del curso de una Escuela de Práctica Jurídica, y en lo que hace a la acreditación de ejercicio profesional, además de en su también falta de razonabilidad, en su carácter discriminatorio con respecto a las demás profesiones jurídicas.

Con respecto a la denunciada falta de racionalidad de la exigencia de título de una Escuela de Práctica Jurídica, baste tener en cuenta para su rechazo que la exigencia guarda coherencia lógica con las funciones que al Ministerio Fiscal atribuye el artículo 124.1 de la Constitución, a saber, promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante estos la satisfacción del interés social. En efecto, esas relevantes funciones que el texto constitucional atribuye al Ministerio Fiscal justifican que el Gobierno, en el ejercicio de su incuestionable discrecionalidad reglamentaria, exija un plus con respecto a la licenciatura en derecho. Parece no reparar el recurrente ya no solo en que el control jurisdiccional de la potestad reglamentaria de la Administración es un control jurídico que por su naturaleza no puede extenderse más allá de un planteamiento estrictamente jurídico, en el que si bien cabe examinar la razonabilidad de la norma no permite valoraciones reservadas a decisiones políticas o gubernativas, sino también en que al estar dirigida la norma reglamentaria a la generalidad no permite su crítica con la sola expresión de un supuesto puntual, cual es la cita de un eminente jurista que no tiene al parecer el título de una Escuela de Práctica Jurídica.

Y sí ha de admitirse como razonable que la norma impugnada exija el título de una Escuela de Práctica Jurídica, incluso que la exigencia se produzca antes de la entrada en vigor de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, de Acceso a las Profesiones de Abogado y Procurador, en cuanto ninguna razón se aduce ni se observa para que se demore su exigencia con respecto a los Fiscales Sustitutos, no otra conclusión puede alcanzarse con respecto al periodo de ejercicio

profesional, absolutamente razonable en atención igualmente a las funciones encomendadas al Ministerio Público, y en modo alguno incurra en discriminación por desigual tratamiento con otras profesiones jurídicas que por diferentes a las de Abogado y Procurador impide términos de comparación adecuados.”

Falta de consideración, como mérito prioritario para el nombramiento de Fiscales Sustitutos, del conocimiento del derecho autonómico o de la lengua de la Comunidad.

STS de 19 de enero de 2011, Rec. casación 39/2008

“**SEGUNDO.-** La demanda razona la argumentación relativa a la infracción del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal en base a la premisa de que los méritos que se han de tener en cuenta para la selección de Fiscales sustitutos son los mismos que los que se establecen en el Estatuto para la provisión de plazas de las Fiscalías con sede en las Comunidades Autónomas a los que se refiere el artículo 33.6. Mas es lo cierto que el citado precepto está incluido dentro del Capítulo II del Título III del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal bajo la rubrica "de la carrera fiscal, de las categorías que la integran y de la provisión de destinos de la misma". Resulta, por tanto, que el precepto citado se aplica a Fiscales de carrera que han superado con anterioridad la oposición preceptiva para ingresar en la misma, a través de la preceptiva oposición a que se refiere el artículo 42 del Estatuto, que se incluye ya en el Capítulo III del Título II y que se refiere a la "adquisición y pérdida de la condición de Fiscal", el cual ha de ponerse en relación con los artículos 301 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial en cuanto que, a tenor de los mismos, la oposición es conjunta para poder acceder a las carreras judicial y fiscal.

Ha de concluirse, por tanto, que el artículo 33.6 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal se aplica a Fiscales de carrera que ya han acreditado en una oposición poseer conocimientos para el desempeño de las funciones que corresponden al Fiscal, mientras que, por el contrario, el Real Decreto 1/2008, se refiere a la selección de Fiscales sustitutos entre candidatos que no han superado previamente la oposición, a cuyo efecto que han de acreditar en el curso del proceso su formación jurídica. De ello resulta que, cuando se trata de provisión de plazas entre Fiscales de carrera, está justificado que el conocimiento del derecho autonómico pueda ser un mérito preferente y que el conocimiento de la lengua de la Comunidad pueda ser un mérito determinante y que dichos méritos puedan valorarse de fórmula prioritaria, ya que el conocimiento general del ordenamiento jurídico y el específico del derecho penal, que son cosustanciales al ejercicio de las funciones propias del fiscal se pueden dar por supuestos al haberse acreditado en la correspondiente oposición.

Por el contrario, en el proceso de selección de los Fiscales sustitutos, ni el conocimiento del derecho autonómico ni el de la lengua propia de la Comunidad pueden prevalecer sobre la acreditación de la formación jurídica que resulta imprescindible, aun cuando los Fiscales sustitutos sólo cumplen plazas vacantes en una determinada Fiscalía de forma provisional y transitoria.

De lo anterior resulta que la regulación del Real Decreto 1/2008, cuando otorga una puntuación de 3 puntos por la posesión del título de Doctor en Derecho, o de 2 puntos por la posesión del título de Graduado en Criminología, de 0'25 puntos por cada seis meses acreditados de ejercicio y funciones de sustitución en las carreras judicial o fiscal, dando mayor puntuación a estos méritos que a los relativos al conocimiento del derecho y la lengua autonómicos, resulte plenamente conforme a derecho, lo que cabe predicar, igualmente, del apartado 3 del artículo 5 del Real Decreto 326/2002, modificado por el Real Decreto 1/2008, que da preferencia al expediente académico, en casos de igualdad de puntuación entre los candidatos, al ser éste el que acredita de forma más objetiva el conocimiento del derecho que, con prioridad sobre todo lo demás, se ha de valorar. En conclusión, el 33.6 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal no ha sido vulnerado por la disposición recurrida.”.

1.2 ABOGADOS Y PROCURADORES

1.2.1 ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA

Producción automática e irrevocable de la declaración de insostenibilidad de la pretensión, que da lugar a la desestimación del beneficio de asistencia jurídica gratuita. Falta de impugnación del procedimiento de control.

STS de 15 de diciembre de 2011, Rec. casación 6262/2008

“CUARTO.- (...)

En relación con este primer motivo del recurso de casación, debe señalarse que existe una reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, recogida en las sentencias 12/1998, 95/2003 y 7/2008, que rechaza que la denegación del beneficio de asistencia jurídica gratuita por insostenibilidad de la pretensión, suponga per se una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE.

De conformidad con la citada doctrina, el derecho a la asistencia jurídica gratuita es un derecho de configuración legal y de naturaleza prestacional, que confiere al legislador un amplio margen para decidir su desarrollo conforme a los intereses públicos y privados implicados y a las concretas disponibilidades presupuestarias.

En el marco de dicho amplio margen de configuración normativa, la ley 1/1996, de 10 de enero, de justicia gratuita, regula en los artículos 32 a 34 el requisito de la sostenibilidad de la pretensión y un procedimiento para su control, que resumidamente consiste en que, en los casos en que el Abogado designado para un proceso considere insostenible la pretensión que pretende hacerse valer, exponiendo los motivos que fundamentan su decisión, deberá recabarse dictamen del Colegio de Abogados respectivo e informe del Ministerio Fiscal y, si de forma coincidente, todos ellos estiman indefendible la pretensión, en tal caso la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita habrá de desestimar la solicitud.

Este requisito de sostenibilidad de la pretensión, de acuerdo con las STC más arriba citadas, responde a una finalidad constitucional legítima, razonable y proporcionada, que como decía la sentencia 12/1998 del Pleno del TC, se dirige a *“...asegurar que el esfuerzo social colectivo y solidario que requiere el disfrute de tal beneficio por parte de los ciudadanos más desfavorecidos económicamente no vaya a parar a la defensa de pretensiones que, por absurdas o descabelladas, no resulten merecedoras de ser sufragadas con dinero público; persiguiendo, además, la finalidad de evitar el ejercicio abusivo o temerario del derecho de acceso a la jurisdicción en defensa de pretensiones manifiestamente abocadas al fracaso, designio éste que, como ya declaramos en la STC 206/1987, se encuentra entre los que legítimamente puede perseguir el legislador a la hora de limitar el libre ejercicio del derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales.”*

En este caso, y como resulta de los hechos consignados en la sentencia impugnada y no discutidos en el recurso de casación, la Administración demandada llevó a cabo el procedimiento de control de la sostenibilidad de la pretensión antes mencionado, regulado en los artículos 32 a 34 de la ley 1/1996, y a la vista de la unanimidad de los informes del Abogado designado para el proceso, del Colegio de Abogados y del Ministerio Fiscal, que declararon la insostenibilidad del recurso, la Comisión Central de Asistencia Jurídica Gratuita dictó Resolución administrativa de desestimación de la solicitud de asistencia jurídica gratuita, que es la decisión prevista por el artículo 34 de la ley 1/1996 para los casos del incumplimiento del requisito de sostenibilidad de la pretensión.

El motivo de recurso no hace referencia alguna a una falta en el procedimiento de control de la sostenibilidad de la pretensión, sino que impugna la desestimación de la solicitud por motivos de fondo, por lo que el recurso de casación debe desestimarse, ya que como señaló esta Sala en auto de 19 de abril de 2004 (recurso 72/2002), la declaración de falta de sostenibilidad de la pretensión se erige en puro efecto ope legis, de producción automática e irreversible, cuando los dictámenes del Colegio de Abogados y del Ministerio Fiscal coinciden con el expresado por el Abogado inicialmente designado de oficio al interesado, tal y como ocurre en el presente caso, según pone de manifiesto la sentencia impugnada”.

Ausencia de eficacia normativa de los Acuerdos de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita, atendiendo al contenido de los mismos, que les priva de su consideración de disposición general.

STS de 29 de mayo de 2012, Rec. casación 3047/2009

“SEGUNDO.- (...)

Aún omitiendo la consideración de que la recurrente no cuestiona la distinta naturaleza jurídica atribuida a los acuerdos por la sentencia recurrida, que entiende, contrariamente a lo pretendido, que el citado acuerdo no constituye una auténtica norma puesto que carece de eficacia normativa, es lo cierto que la discusión sobre la distinción de la naturaleza de disposición general y acto ha dado lugar a una amplia discusión doctrinal reflejada en la jurisprudencia de esta

Sala de la que, en resumen, resulta, como criterio principal orientador, el del carácter normativo e innovador del ordenamiento jurídico que cabe atribuir a la disposición general frente al contenido concreto del auténtico acto administrativo. Si algo resulta claro de la aludida discusión es que habrá de contemplarse en cada concreto supuesto el contenido de lo que constituye el objeto del recurso para poder determinar en cada caso concreto el carácter normativo o no del objeto del recurso.

Para ello es necesario tomar en consideración el contenido concreto del acuerdo objeto de impugnación, rotulado como tal acuerdo y que en su apartado primero se reconduce a "dejar sin efecto los acuerdos adoptados por esta Comisión en sus reuniones de 19 de junio de 2003 y 30 de octubre de 2003, así como el acuerdo de 7 de octubre de 2004 en lo relativo a la iniciación del procedimiento de justicia gratuita en la jurisdicción contencioso administrativa".

No se deduce de lo expuesto que el contenido del acuerdo sea el que pretende el recurrente de una auténtica disposición general, ya que el mismo se limita a constatar, simplemente, el resultado de lo que ampliamente se motiva en el propio acuerdo acerca de la disconformidad a derecho de los acuerdos objeto de impugnación que, al contrariar lo dispuesto por las normas que la sentencia recoge y que están también expresadas en el propio acuerdo, suponían la disconformidad a derecho de unos acuerdos anteriores adoptados por la Comisión de Justicia Gratuita en que, frente a la exigencia de una acreditación de la carencia de medios por parte de los extranjeros para gozar del beneficio de justicia gratuita, preveían la simple declaración de imposibilidad de obtener la documentación acreditativa o bien permitían que fuera el Letrado quien presente un informe expresivo de esa insuficiencia de recursos que presume en el solicitante, llegándose incluso en el acuerdo de 30 de octubre de 2003 a permitir la existencia de justicia gratuita para todos los extranjeros que formulen su solicitud en cualquiera de los procedimientos administrativos o judiciales a que se refiere el artículo 22.1 de la Ley de Extranjería, que exige, como de su texto se deduce con rotunda claridad, la previa justificación de la carencia de medios suficientes para la obtención de un beneficio, lo que se exige no solamente a los extranjeros sino a los propios nacionales.(...)

No teniendo, por tanto, el acuerdo recurrido la condición de disposición general, sino constituyendo por su propio contenido una simple revocación y constatación de la disconformidad a derecho de anteriores acuerdos, no resultaba necesario el cumplimiento de los trámites de dictamen de órgano consultivo alguno ni de su publicación, dado que supone simplemente una norma organizativa interna por la que la Comisión de Justicia Gratuita expresaba los trámites a seguir, no distintos de los genéricos de todo procedimiento administrativo, con las especialidades señaladas por la normativa aplicable y que, en cualquier caso, en nada alteraban lo dispuesto por las mencionadas normas, lo que hacía innecesaria su publicación”

La exigencia de justificación de la carencia de medios no puede ser excepcionada por vía de Acuerdos de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita que dan lugar a una interpretación contradictoria de la Ley .

STS de 29 de mayo de 2012, Rec. casación 3047/2009

“SEGUNDO.- (...)

La sentencia afirmó al respecto que el acuerdo recurrido es un acto o instrucción de una Administración que no tiene naturaleza sancionadora y que no le es aplicable el derecho de defensa reconocido por el artículo 24 de la Constitución, afirmando que la corporación recurrente sólo ostenta la defensa y representación de los intereses económicos de parte de sus colegiados, sin que tenga atribuida por ley, ni pueda arrogarse la representación y defensa de los extranjeros en general, con lo que el Tribunal de instancia está cuestionando la alegada infracción del artículo 24 de la Constitución; y frente a ello el recurrente tan sólo afirma en su escrito interpositorio que la lesión aparece referida al extranjero que no ha podido conocer a otro abogado que el de oficio y, por lo tanto, no ha podido encargar a nadie su defensa, por lo que el acuerdo recurrido, en su entender, ha vulnerado los artículos 22 y 26 de la Ley de Extranjería.

Es precisamente la vulneración de dichos preceptos producida por el anterior acuerdo la que comporta la adecuación a derecho del acuerdo recurrido y la nulidad de los anteriores que, al precisar el derecho absoluto a la obtención de justicia gratuita para todos los extranjeros, evidentemente, han incumplido la exigencia de justificación de la carencia de medios económicos exigible a los extranjeros como a los nacionales, creando con ello una evidente desigualdad cuya apreciación no corresponde a la Administración por vía de una interpretación contradictoria con la ley, sino que, como antes expusimos, solamente cabe atribuirlo al legislador, lo que quiere decir que en tanto éste no dicte la norma correspondiente que regule el supuesto especial que plantea el recurrente respecto a los extranjeros que entran por el Aeropuerto de Barajas, no cabe una interpretación que, como decimos, es contraria a auténticas normas de rango legal, pues sólo al legislador cabe regular el ámbito y requisitos exigidos para gozar de los derechos de asistencia jurídica gratuita, sin olvidar que, como se reconoce en la sentencia del Tribunal Constitucional que la recurrida invoca, la exigencia de la justificación de la carencia de medios constituye el núcleo duro del derecho prestacional que tal asistencia jurídica gratuita comporta”.

Inexistencia del deber de coincidencia de las cuantías fijadas por la Administración para la retribución de los servicios profesionales de los Abogados en los casos de asistencia jurídica gratuita, con las que se fijan por las propias corporaciones profesionales para la retribución del turno de oficio en los casos en que no procede la asistencia jurídica gratuita.

STS de 13 de junio de 2012, Rec. casación 4531/2009

“SEGUNDO.- (...)

El artículo 40 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, que se encuentra comprendido en el capítulo V de la Ley dedicado a la subvención y supervisión de los servicios de asistencia jurídica gratuita, señala que en atención a la tipología de procedimientos en los que intervengan profesionales designados de oficio, se establecerán, previo informe del Consejo General de la Abogacía Española y del Consejo General de Procuradores de los

Tribunales de España, las bases económicas y módulos de compensación por la prestación de servicios de asistencia jurídica gratuita, limitándose la Orden impugnada a dar cumplimiento a este mandato, sin que el referido precepto imponga cuantías determinadas de las que pueda desprenderse que las aquí fijadas sean abusivas, por escasas, como considera la parte. La Exposición de Motivos de la Ley, al recoger los criterios que debe seguir la financiación pública del sistema de asistencia jurídica gratuita, fija como principio el de dignidad y suficiencia de la remuneración de dicho servicio y el criterio de que la retribución se haga efectiva en plazos razonables, pero ni estos principios y criterios fijados en la Exposición de Motivos, ni la norma antes referida, obligan a hacer coincidir las cuantías fijadas por la Administración en los baremos compensatorios que aprueba para fijar la retribución de los distintos servicios profesionales de los abogados en los casos en que procede la asistencia jurídica gratuita, con las cantidades que de forma orientativa fijen las propias corporaciones profesionales para la retribución del turno de oficio en aquellos casos en que no se tenga derecho a la asistencia jurídica gratuita, pues dichos baremos en modo alguno vinculan a la Administración para fijar la cuantía de la subvención, como tampoco a los propios abogados dado su carácter orientativo.”

1.2.2 HONORARIOS

Plazo de prescripción.

STS de 8 de octubre de 2009, Rec. casación 7986/2000

“**PRIMERO.-** La anulación de las actuaciones desde que se iniciaron los trámites para proceder a la tasación de costas y, en particular, la impugnación de los honorarios del Abogado del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA) y de los derechos y suplidos de su Procurador, medidas ambas instadas por la representación procesal del Sr. Estébanez Antón, no pueden ser acogidas.

Fundamentada la solicitud de nulidad de actuaciones en el requerimiento practicado a "INGESA" para que aportara si le conviniera minuta de honorarios de su Letrado y derechos de su Procurador, al entender el promoverse del incidente que la jurisdicción Contencioso Administrativa es rogada, y fundamentada la impugnación de honorarios de Abogado y derechos y suplidos de Procurador en el transcurso de plazo prescriptivo de 5 años previsto en el artículo 1967 del Código Civil, suficiente es tener en cuenta para la desestimación de una y otra pretensión, una constante y reiterada doctrina de esta Sala que, a diferencia de lo que sucede con la impugnación de honorarios de abogados y derechos de procuradores por el propio cliente, en la que considera que sí rige el plazo prescriptivo de 3 años, en atención a la relación contractual entre uno y otros, en supuestos como el aquí enjuiciado de impugnación de honorarios y derechos de los profesionales de la parte contraria por quien fue condenado en costas, enmarca las actuaciones a practicar en el ámbito de las diligencias de ejecución de sentencia y entiende de aplicación, de conformidad con los artículos 1964 y 1971 del Código Civil, el plazo de 15 años contados

desde que la sentencia quedó firme (sentencias de 16/04/09, 12/04/06, 23/05/01 y 05/10/98).”

1.2.3 PROCURADORES

1.2.3.1 NOMBRAMIENTOS

Interés legítimo y directo de los Colegios Profesionales en los procedimientos administrativos que se sigan, para reconocer u otorgar la titulación profesional de que se trate a favor de personas no licenciadas en Derecho

STS de 23 de abril de 2010, Rec. casación 6098/2008

“**QUINTO.**- La cuestión debatida ha sido ya resuelta en numerosas sentencias de esta Sala y Sección, entre otras muchas, en las de fecha 5 de marzo de 2009, dictadas en los recursos de casación nº 3251/08 y 3228/08, cuyo objeto coincide con el del recurso que ahora nos ocupa y en las que declaramos que “El criterio del Consejo recurrente, en cuanto defiende su interés legítimo y directo, coincide, no con el criterio jurisprudencial vigente al tiempo de la interposición del recurso y que se aplica en la sentencia recurrida, pero sí con el que se desprende de sentencias de esta Sala posteriores al dictado de aquella, que revelan un cambio jurisprudencial significativo, y ya consolidado, en la consideración como interesados de los Consejos y Colegios profesionales en los procedimientos administrativos de concesión y homologación de títulos, que condiciona de manera determinante el juicio sobre la corrección del procedimiento administrativo cuestionada en la instancia.

Nos referimos a las Sentencias de esta Sala de 20, 21, 22 y 23 de mayo, en los recursos de casación 797, 2.044 , 3.084, 4374 de 2.007, interpuestos el primero por el Colegio de Caminos, Canales y Puertos, y los tres restantes por el Consejo General de Colegios Oficiales de Aparejadores y Arquitectos Técnicos, que casaron las Sentencias de instancia, dictadas por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, que declararon inadmisibles los recursos interpuestos por las Corporaciones citadas, apoyándose para ello en las mismas Sentencias de esta Sala de 20 de julio y 27 de septiembre de 2.006 que aplica la sentencia recurrida.

El cambio jurisprudencial está basado en una reconsideración del interés de dichos Consejos y Colegios en los procedimientos que afecten a los intereses profesionales, cambio que la Sentencia de 23 de mayo de 2008 (recurso de casación nº 4374/2007) expresa con claridad , explicando las razones que lo justifican al declarar : <<*La conclusión aparentemente en este supuesto sería idéntica en principio a la que allí alcanzamos, en tanto que podríamos entender que el Colegio o el Consejo respectivo que pudiera resultar afectado por la resolución que se dicte no sería titular de un interés legítimo directo sino indirecto, y por ello no tendría que ser llamado al proceso.*

Sin embargo esa conclusión a nuestro juicio es errónea. Y lo creemos así porque los Consejos o los Colegios de acuerdo con lo dispuesto por el núm. 2 del art. 31 de la Ley 30/1992 son titulares en cuanto organizaciones representativas de intereses económicos y sociales de intereses legítimos colectivos en los términos que la ley reconozca y en el caso de las Corporaciones Profesionales la Ley de Colegios Profesionales, Ley 2/1974, de 13 de febrero, considera en su art. 1.3 que "son fines esenciales de estas Corporaciones la ordenación del ejercicio de las profesiones, la representación exclusiva de las mismas y la defensa de los intereses profesionales de los colegiados" y entre sus funciones el art. 5. g) les otorga la de "ostentar en su ámbito la representación y defensa de la profesión ante la Administración...Tribunales... y particulares, con legitimación para ser parte en cuantos litigios afecten a los intereses profesionales".

Como es lógico en supuestos como el presente se trata de defender por el Consejo intereses colectivos que trascienden al individual de cada profesional, y que interesan a todos, como son los intereses propios de una profesión como tal, en cuyo caso ese interés no es un interés indirecto sino directo del Colegio o Consejo, lo que obligaría a la Administración de acuerdo con el art. 34 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común a comunicar a dichas personas jurídicas la tramitación del procedimiento, puesto que es obvio que pueden resultar afectados por la resolución que se dicte.

Esta solución no pugna con el principio de seguridad jurídica sino que lo refuerza porque la intervención en el expediente de quienes son titulares de ese interés legítimo y directo evitaría situaciones no deseadas como las detectadas en los supuestos que hemos examinado en las Sentencias anteriores referidas y en esta misma. En consecuencia es claro que los Colegios o Consejos son interesados directos en estos procedimientos y deben ser emplazados en los mismos cuando se trate de homologar títulos que afecten a la profesión regulada y titulada que cada uno represente.>>

A la vista de lo expuesto, en el caso que nos ocupa, por elementales razones de unidad de doctrina, debemos seguir la línea jurisprudencial consolidada en las Sentencias de 20, 21, 22 y 23 de mayo de 2008 y, en consecuencia, reconocer que el Consejo General de Colegios Oficiales de Procuradores de los Tribunales de España tiene un interés no sólo legítimo sino, también, directo, en los procedimientos de otorgamiento de títulos de Procurador, en los que la Administración, de acuerdo con el art. 34 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, debió comunicar a dicha entidad la tramitación del procedimiento, y debió cumplir con ella el trámite de audiencia y notificarle la resolución del mismo".

Otras sentencias con fundamentos jurídicos análogos: STS de 12 de marzo de 2010, RCA 1211/2009; STS de 12 de marzo de 2010, RCA 2889/2008; STS de 26 de febrero de 2010, RCA 724/2009.

Declaración de nulidad de la Orden del Ministerio de Justicia por la que se expide el título de Procurador de los Tribunales. Ejecución de sentencia. Contradicción de los autos impugnados con los términos de la sentencia que se ejecuta. Denegación de la solicitud de ejecución. Principio de irretroactividad.

STS de 31 de octubre de 2011, Rec. casación 1835/2011

“**SEGUNDO.-** En el presente caso, los autos de ejecución impugnados mantienen que la efectividad de la sentencia de esta Sala supone, además de la declaración de nulidad de la Orden impugnada por la que se reconocía el título de Procurador de los Tribunales, que se vuelva a tramitar la solicitud del título formulada por interesado, que se conserva, con audiencia del Consejo General de los Colegios de Procuradores de España, dictando la resolución correspondiente.

Tanto la conservación de actos o trámites del procedimiento, que la Sala de instancia invoca al amparo del art. 66 de la Ley 30/92, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común como, en su caso, la retroacción de actuaciones para la subsanación de un determinado defecto o vicio del procedimiento, que es lo que se pide por el interesado en su escrito instando la ejecución de la sentencia, suponen una valoración, en este caso del órgano jurisdiccional, sobre el alcance de la infracción o ilegalidad determinante de la declaración de nulidad del acto impugnado y su incidencia en el procedimiento, que ha de reflejarse en el pronunciamiento de la sentencia o resultar de una interpretación del mismo conforme con su fundamentación. Pero además, la decisión de ordenar la tramitación de nuevo de la solicitud inicial o la retroacción del expediente a un determinado momento para la subsanación del vicio procedimental apreciado y, en ambos casos, dictar de nuevo la resolución que corresponda, solo tiene razón de ser en aquellos casos en los que el sentido de esa nueva resolución quede imprejuizado en la sentencia, pues sería absurdo ordenar la tramitación de nuevo o retroacción de actuaciones para resolver sobre una solicitud cuyo sentido ya se decide en la propia sentencia.

Pues bien, en este caso, no concurren ninguno de los dos presupuestos indicados que justifiquen la decisión de la Sala de instancia plasmada en los autos de ejecución impugnados. Así, en primer lugar, es claro que la sentencia de esta Sala no contiene ningún pronunciamiento expreso sobre la tramitación de nuevo de la solicitud inicial del interesado, con audiencia del Consejo General de los Colegios de Procuradores de los Tribunales de España, ni de retroacción del procedimiento a un determinado trámite, para que, en ambos casos, se dicte la resolución que corresponda. Tampoco puede deducirse tal pronunciamiento de la fundamentación de la sentencia, por el contrario, en la misma y tras apreciar la concurrencia de las infracciones denunciadas y casar la sentencia de instancia, se refiere a la procedencia de resolver lo que corresponda dentro de los términos en que aparece planteado el debate "ya que, la apreciada por esta Sala, no es una infracción procesal determinante de la reposición de actuaciones para subsanar la falta, sino una infracción del ordenamiento jurídico regulador del concepto de interesado y del trámite de audiencia en el procedimiento administrativo, de acuerdo con la jurisprudencia que lo interpreta" y en razón de ello, valorando el alcance de dicha infracción, se acaba declarando la nulidad de pleno derecho de la Orden impugnada, por haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento establecido.

Por lo demás, que esto es así lo ha puesto de manifiesto esta misma Sala en los múltiples autos (2-7-2009, rec. 2990/08; 29-6-2009, rec. 3739/08; 15-2-1010,

rec. 4500/08) dictados en aclaración y subsanación de sentencia solicitada por diversos recurrentes, pidiendo que se aclare el fallo en el sentido de disponer si procede o no la retroacción de actuaciones al momento de la incoación del expediente ante el Ministerio de Justicia, dando traslado al Consejo a fin de que pueda oponerse y el Ministerio de Justicia determine la resolución que, dentro de los antecedentes habidos en ese momento, dicte la orden que estime procedente, rechazándose en tales autos tal aclaración al considerar, como se indica en el último de los citados, que lo que se pretende es "*que en la parte dispositiva de la misma (la sentencia) se incluyan pronunciamientos de signo contrario a los que contiene y razona, sin que haya lugar a declarar que actos deben conservarse, convertirse o convalidarse dentro del procedimiento en que se solicitó y tramitó la expedición del Título de..., ya que la sentencia declara la nulidad de la Orden Ministerial que otorgó dicho título por infracción del trámite causante de indefensión, imputable al Ministerio de Justicia y producida desde el inicio del procedimiento con el efecto de contaminar todos los actos procedimentales*".

Pero, además de que no pueda deducirse tal pronunciamiento de la sentencia que se ejecuta, en la misma se resuelve sobre el sentido que habría de tener la resolución de la solicitud, cuando, tras apreciar la infracción determinante de la nulidad del acto impugnado, añade que "*a los exclusivos efectos de evitar dejar imprejuzgada la cuestión de fondo, nos hemos referido en numerosas sentencias de esta Sala y Sección, entre otras, las de fecha de 5 de marzo de 2009, dictadas con ocasión de los recursos de casación nº 3251/08 y 3228/08, en que se plantearon cuestiones idénticas a las que en el presente se suscitan*".

Y es que en dichas sentencias, a propósito de la denunciada infracción de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 16/2006, de 26 de mayo, por la que se regula el Estatuto de Miembro Nacional de Eurojust, esta Sala rechaza la postura de la Sala de instancia, que "considera que la Disposición Transitoria Segunda excluye cualquier posible irretroactividad, incluso la de grado mínimo y atiende al tiempo en que se formula la solicitud, sin consideración al momento en que se dicta la Orden Ministerial cuya nulidad se impetra, al considerar que las solicitudes deben resolverse conforme a la normativa aplicable en el momento de su presentación y atendiendo a los requisitos entonces exigibles, prescindiendo de las modificaciones legales sobrevenidas en la tramitación del procedimiento administrativo" y, por el contrario, acepta la postura intermedia mantenida en el voto particular que figura en la de instancia, que concluye señalando que "la Disposición Final Primera de la Ley 16/2006 introdujo la exigencia de la licenciatura en Derecho para la obtención del título de Procurador y debió aplicarse a todos los peticionarios de la referida titulación desde el día 28 de mayo de 2006, fecha de entrada en vigor de la referida Ley 16/2006, procediendo desde entonces la desestimación de todas las solicitudes de titulación que no cumplieran con el referido requisito", concluyendo esta Sala del Tribunal Supremo que: "De acuerdo con ello, sería nula cualquier Orden del Ministerio de Justicia que desde la entrada en vigor de la Ley 16/2006, y por tanto desde el día 28 de mayo de 2006, otorgara el título de Procurador a peticionarios que no acrediten la licenciatura en Derecho".

La Sala, por lo tanto, decide sobre el resultado desestimatorio de cualquier solicitud de reconocimiento del título de Procurador de los Tribunales, sin estar

en posesión de la Licenciatura en Derecho, cuya resolución se produzca después del 28 de mayo de 2006, como sería el caso de las que se tramitaran al amparo de los autos de ejecución impugnados, de manera que la nueva tramitación que en los mismos se ordena carece de sentido y no puede fundarse en la ejecución de la sentencia de este Tribunal que ya ha determinado la improcedencia de reconocimiento del título más allá del 28 de mayo de 2006. En tal sentido nos hemos pronunciado también en varios autos dictados para resolver la solicitud de complemento de sentencia formulada por diversos interesados (16-1-2009, rec. 3739/08; 16-11-2009, recs. 2990/08 y 2860/08), señalando que: *"lo cierto es que, al tiempo de dictar una nueva orden la Administración estaría obligada a aplicar la nueva redacción del artículo 23 LEC - vigente desde el 28 de mayo de 2006, según resulta de las sentencias a que se remite la cuestionada- y, en consecuencia vendría obligada a denegar el título de Procurador a peticionarios que no acrediten la licenciatura en Derecho".* Idéntica solución se alcanza en la sentencia de fecha 31 de octubre de 2011, RCA 1832/2011.

1.2.3.2 EJERCICIO DE LA PROFESIÓN DE PROCURADOR. ÁMBITO TERRITORIAL:

Modificación del partido judicial en que se ha venido ejerciendo.

STS de 6 de octubre de 2009, Rec. casación 6959/2005

“SEGUNDO.- (...)

Así planteado el motivo se circunscribe a la interpretación del precepto en cuestión, es decir, la disposición transitoria del Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales aprobado por Real Decreto 2046/1982, de 30 de julio, en la redacción dada por el art. 1 del Real Decreto 1417/1983, de 25 de mayo, que añadió a la misma un segundo párrafo en los siguientes términos: "Cuando las disposiciones que alteren la demarcación judicial no dispongan otra cosa, los Procuradores que con seis meses de antelación vinieran actuando en partidos afectados por aquéllas podrán continuar su ejercicio profesional en el mismo territorio aunque se haya distribuido en Juzgados distintos, con la obligación de residir en la localidad cabecera de uno de éstos y abrir despacho en las poblaciones en que estén instalados los restantes".

Se trata de una norma intertemporal cuya finalidad, por su naturaleza, no es otra que atender a las situaciones jurídicas establecidas con arreglo a la anterior normativa, coordinando el mantenimiento de aquellas que se hubieran consolidado bajo el régimen anterior con la aplicación del que se viene a establecer. En este caso la norma transitoria se proyecta sobre el ámbito territorial del ejercicio profesional, y es clara en el sentido de mantener aquel en el que el Procurador venía ejerciendo antes de la alteración de la demarcación judicial, salvo que la disposición al establecer la nueva demarcación dijera otra cosa. Se trata, según expresión literal del precepto de "continuar el ejercicio profesional en el mismo territorio", con lo que se pretende que el Procurador ya establecido no vea alterada su situación jurídica limitándole el ámbito territorial de su ejercicio profesional por el hecho de que se produzca una modificación de

la demarcación judicial. Precisamente la falta de una previsión al respecto en el nuevo estatuto aprobado por Real Decreto 1281/2002, de 5 de diciembre, llevó a la anulación de su art. 13 por sentencia de esta Sala de 21 de febrero de 2005, cuya doctrina se reproduce en las posteriores de 28 de febrero y 21 de diciembre del mismo año, y que considera que la referida transitoria reconoció a los interesados derechos de los que el art. 13 del nuevo Estatuto General les despojaba.

Pero en todo momento se considera que el alcance de tal derecho no es otro que el mantenimiento de su situación jurídica, es decir, del ámbito territorial en el que venían ejerciendo su profesión y no la ampliación del mismo, que es lo que se defiende en este recurso, y que evidentemente no supondría el respeto de derechos adquiridos sino el establecimiento de los mismos a consecuencia de la nueva normativa, para lo que ha de estarse a sus previsiones y aplicación, que no es el caso de la que ahora examinamos...”

1.3 PERSONAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.

1.3.1 AGENTES JUDICIALES:

Alteración del Servicio de Guardia. Atribuciones del Secretario Judicial.

STS de 11 de diciembre de 2009, Rec. casación 7421/2005

“**TERCERO.-** Entrando ya en el examen de los motivos casacionales, es de indicar, con relación al primero, que la motivación de la sentencia, frente a la denuncia que en la demanda se realiza de infracción por la disposición recurrida de lo previsto en el citado artículo 58.1, concretamente, de la reducción del servicio de guardia de ocho a siete días a los Agentes Judiciales de plantilla de cada uno de los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción de Getxo, es atinente al caso y acertada. Si como se sostiene en la sentencia recurrida y no se discute, las Salas de vistas se atienden en las actuaciones que se denominan ordinarias, frente a las rápidas, por los Agentes del Servicio Común de Getxo, el que se les asigne también la atención de aquellas en actuaciones a celebrar en la Sala de vistas en el octavo día de guardia, reservado para el enjuiciamiento inmediato de las faltas y para la realización de las audiencias de las partes previstas en los artículos 798 y 800 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en causas sin detenido, seguidas por las normas de enjuiciamiento rápido, no puede entenderse como una previsión que suponga una reducción de un día de guardia para los Agentes Judiciales de plantilla de los Juzgados en cuanto que, según la norma impugnada, a las catorce horas o cumplida aquella que la regulación del horario normal fije como límite máximo obligatorio, dichos Agentes Judiciales tienen que hacerse cargo de la atención de la Sala de vistas. Encargados de la atención de la Sala de vistas los Agentes Judiciales del Servicio Común, ciertamente, no hay razón objetiva para que esa atención se altere en el octavo día de guardia, siempre que se respete, y la norma contiene previsiones al respecto, el horario reglamentario.

CUARTO.- También debe desestimarse el motivo segundo. Si bien de la redacción del artículo 58.4 se infiere que la facultad de acordar la incorporación al servicio de guardia de todos o parte de los funcionarios que integren la plantilla del Juzgado se confiere al Juez o el Secretario para circunstancias excepcionales -"si la naturaleza de las actuaciones a practicar lo aconsejare", dice el precepto-, no cabe apreciar que la norma impugnada contravenga dicho precepto. En una recta interpretación de la norma debe entenderse que el acuerdo al que se refiere responde a aquellos supuestos en que las actuaciones a practicar aconsejare su adopción."

1.4 DEMARCACIÓN Y PLANTA JUDICIAL

Transformación Juzgado de Primera Instancia en Juzgado Mercantil. Magistrado especialista. Interés legítimo y directo para recurrir.

STS de 30 de mayo de 2011, Rec. casación 341/2010

“QUINTO.- La causa de inadmisibilidad propuesta por el Abogado del Estado debe rechazarse tanto en su vertiente de falta de legitimación activa como de prohibición para recurrir.

Por un lado, la actora como miembro de la Carrera Judicial goza de un estatuto jurídico singular del que dimanen derechos e intereses de naturaleza profesional que pueden verse afectados por actos del poder público, ya sean dictados por el Gobierno de la Nación en el ejercicio de las competencias de que dispone en materia de Administración de Justicia, como son singularmente para este caso las de creación, modificación, transformación o supresión de órganos judiciales, ya sean dictados por el Consejo General del Poder Judicial cuando actúa como órgano de gobierno de Jueces y Magistrados. Desde este punto de vista es claro su interés legitimador en impugnar el Real Decreto en cuestión pues de triunfar su pretensión podría obtener el beneficio profesional que alega de poder concurrir de forma preferente a la provisión de un órgano judicial determinado por razón de su especialización en lo mercantil, en tanto que si se consolida la situación creada, consistente en la transformación de un órgano judicial ya existente en Juzgado de lo Mercantil con mantenimiento de su titular dicho beneficio no será posible. No estamos por tanto aquí en presencia de un simple interés por la legalidad que en sí mismo carece del sustrato jurídico de la legitimación, sino en presencia de un posible y subjetivo perjuicio derivado del acto impugnado que la justifica plenamente.

Sorprendente resulta cuando menos la segunda razón alegada por el Abogado del Estado para impedir la admisión del recurso. Con apoyo en el art. 20.a) de la Ley de la Jurisdicción sostiene que la Magistrada recurrente en tanto que titular de un órgano judicial no puede interponer recurso contencioso-administrativo contra la actividad de la Administración Pública en la que se integra. Teniendo en cuenta que el Real Decreto impugnado lo ha dictado el Gobierno de la Nación debemos entender que el señor Abogado del Estado considera que los órganos judiciales se integran en la Administración General del Estado y además que doña Mónica Ramírez Encinas actúa en este recurso no

como miembro de la Carrera Judicial que defiende sus intereses profesionales, sino como titular del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Ferrol en el que sirve y lógicamente en el ejercicio de las competencias propias de dicho órgano judicial. Como esta posición no deja de ser singular trata de aliviarse con el argumento de que el Real Decreto impugnado fue informado favorablemente por el Consejo General del Poder Judicial, convirtiéndose así en una especie de cooperador necesario de la resolución recurrida.

Pues bien, ni doña Mónica Ramírez Encinas ejerce su pretensión en cuanto titular del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Ferrol, sino como miembro de la Carrera Judicial en defensa de sus intereses profesionales, ni los órganos judiciales se integran en la Administración General del Estado, ni se integran tampoco como órganos propios del Consejo General del Poder Judicial a los efectos de la aplicación de la prohibición contenida en la letra a) del art. 20 de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, ni este último organismo se convierte en autor de una resolución administrativa por el hecho de haberla informado favorablemente...”

Transformación Juzgado de Primera Instancia en Juzgado Mercantil. Potestad discrecional del Gobierno y elementos reglados.

STS de 30 de mayo de 2011, Rec. casación 341/2010

“SEXTO.- (...)

Se atribuyen de esta manera por la Ley, de forma expresa y específica, unas potestades administrativas, de naturaleza organizativa -para crear, modificar, transformar, suprimir órganos judiciales- que no agotan todas y cada una de las condiciones para su ejercicio dejando un margen de estimación de oportunidad al Gobierno que es indeclinable. De esta manera, el Gobierno se reserva el juicio subjetivo último determinante del ejercicio de esta potestad organizativa, integrando aquellos elementos en virtud de los que la potestad se le confiere y que necesariamente deben pretender la satisfacción de un interés público y no uno particular por muy legítimo que este sea. Quiere ello decir que, en principio, el Gobierno no viene obligado a crear, modificar, transformar o extinguir órganos judiciales en un número determinado o en un momento preciso, gozando de una gran libertad de apreciación a este respecto.

(...)

Ahora bien, en toda potestad discrecional existen elementos reglados que deben ser respetados por su titular. En este caso concreto algunos de estos elementos aparecen recogidos en la propia norma de atribución de la potestad, que es el art. 19 bis de la Ley 38/1988, de Demarcación y Planta, que marca los criterios para la concreción de la planta inicial y la que sea objeto de desarrollo de los Juzgados de lo Mercantil, debiendo sujetarse el Gobierno a los condicionantes que ahí se establecen, siendo este el núcleo esencial del litigio.

(...)

La decisión de crear *ex novo* un Juzgado de lo Mercantil o transformar uno de Primera Instancia, si bien se sujeta a un importante margen de apreciación por parte del Gobierno, está sujeta a determinados límites jurídicos que vienen establecidos en el art. 19 bis de la Ley de Demarcación y Planta Judicial. El primero de estos límites -las cargas de trabajo (art. 19 bis), 1. a) o el volumen de

asuntos (arts. 19 bis), 1.b)- es un concepto jurídico indeterminado que permite un margen de apreciación muy amplio a la Administración y consecuentemente un control judicial de intensidad limitada, de carácter negativo. Podrá la Administración ampliar la Planta en mayor o menor medida partiendo de muy variados criterios estadísticos o incluso de sus disponibilidades presupuestarias, sin que este Tribunal pueda entrar a juzgarlo, salvo en los casos de irracionalidad u ostensible equivocación, siempre que la decisión tenga por finalidad satisfacer los intereses públicos que la Administración tiene encomendados.

Existe junto al anterior un límite mucho más preciso que se deduce de la lectura del segundo párrafo del apartado b) del art. 19 bis inciso primero...

La transformación se supedita a la existencia de un volumen de asuntos que lo justifique siempre y cuando no sea necesaria la ampliación de la planta, de manera que si esta es necesaria la Ley ordena que se cree un Juzgado nuevo. Constatada la existencia de un volumen de asuntos que aconseja la ampliación de la planta con el amplio margen de apreciación a que nos hemos referido, una vez adoptada la decisión de ampliarla, la alternativa entre crear o transformar desaparece pues solo resta una opción válida en Derecho, deducida del precepto indicado, que es la de crear un Juzgado de lo Mercantil *ex novo*.

Al no hacerlo así el Real Decreto impugnado, que hace compatible - ampliar y transformar simultáneamente- lo que la Ley no permite, vulnera el art. 19 bis de la Ley de Demarcación y Planta y esta vulneración del precepto legal conlleva la nulidad del art. 9 del Real Decreto, en el apartado relativo a la transformación del Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de León en Juzgado de lo Mercantil, del art. 6.1.a), en el punto relativo a la creación del Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de León cuya finalidad es sustituir al que se transforma, del art. 10.1, en lo relativo a la modificación de la denominación del Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de León en Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de León, y de los arts. 8.1 y 11.1 en cuanto a la fecha de efectividad de la entrada en funcionamiento de dichos Juzgados.”

1.5 CUESTIONES DIVERSAS

1.5.1 INDULTOS

Control jurisdiccional de los elementos reglados en cuanto al procedimiento para solicitar y conceder la gracia de indulto, no extensible a los aspectos sustantivos. Falta de aplicación de los requisitos exigidos en la Ley 30/1992 para los actos administrativos, entre ellos, el de motivación.

STS de 25 de enero de 2012, Rec. casación 314/2011

“**SEGUNDO.-** Las alegaciones que se formulan en la demanda como fundamento de las pretensiones del recurrente, no pueden compartirse por las siguientes razones:

En primer lugar y en lo que atañe a la falta de motivación del acuerdo, que se denuncia en la demanda, basta hacer referencia a la constante jurisprudencia de

esta Sala, que se plasma en la sentencia de 23 de enero de 2008, entre las más recientes, en la que se indica que *"esta Sala ha declarado en sentencia de 16 de enero de 2.008 que, como se recoge en Sentencia de 12 de diciembre de 2.007, existe una línea jurisprudencial reiterada, y que se recuerda, a título de ejemplo, en Sentencias de 27 de mayo de 2.003, 16 de febrero de 2.005 y 11 de enero de 2.006, conforme a la cual el ejercicio del derecho de gracia de indulto aparece regulado en la Ley de 18 de junio de 1.870, modificada por la Ley 1/1.988 de 14 de enero, que lo configura como un acto controlable en vía jurisdiccional, según hemos declarado en reiterada jurisprudencia de esta Sala de la que es ejemplo la sentencia de 3 de junio de 2.004, exclusivamente en lo que a los aspectos formales de tramitación se refiere, puesto que, como ya declaramos en sentencia de 21 de mayo de 2.001, el control que esta jurisdicción contencioso administrativa puede ejercitar sobre el tipo de acto de que aquí se trata se encuentra limitado a los aspectos formales de su elaboración; concretamente, a si se han solicitado los informes que la Ley establece como preceptivos, informes que, por otro lado, no resultan vinculantes. Y ello, puesto que el control jurisdiccional que nos corresponde es el de los elementos reglados en cuanto al procedimiento para solicitar y conceder la gracia de indulto regulado en los artículos 19 a 32 de la Ley de Indulto.*

No resultan, en definitiva, como venimos reiteradamente recordando, de aplicación al caso los requisitos que para los auténticos actos administrativos establece la Ley 30/1992, y entre ellos, y fundamentalmente, el de la motivación, que no es exigible en las decisiones que sobre el ejercicio del derecho de gracia se adopten por el Gobierno..."

Tal jurisprudencia se apoya en la naturaleza del acto en cuestión, pues, como indican reiteradas sentencias, caso de la de 16 de febrero de 2005, *"el acuerdo denegatorio de la concesión de indulto constituye un acto graciable, como categoría distinta de los actos discrecionales y controlable exclusivamente en cuanto a sus elementos reglados por esta Sala"*, afirmando la sentencia de 27 de mayo de 2003, recogida por la 10 de octubre de 2007, que *"el control que nos corresponde hacer del acto del Gobierno que se somete a nuestra consideración es el de sus elementos reglados, que en este caso son los que se contienen en el capítulo III de la Ley de 18 de junio de 1.870, en la redacción dada por la Ley 1 de 1.988, de 14 de enero, y que regula el procedimiento para solicitar y conceder la gracia de indulto, artículos 19 a 32 de la Ley.*

En consecuencia al ser un acto del Gobierno que tiene una regulación propia que se recoge en la Ley citada no le es de aplicación la Ley 30 de 1.992 que según su artículo 2º se aplica a todas las Administraciones Públicas, y, por tanto, al Consejo de Ministros cuando actúe como tal, pero no como ocurre en este caso cuando quien actúa es el Gobierno que ejercita una de las competencias que en esa condición le atribuye el apartado k) del artículo 5 de la Ley 50 de 1.997, de 27 de noviembre".

Otras sentencias con fundamentos jurídicos análogos: STS de 12 de mayo de 2011, RCA 515/2010; STS de 24 de septiembre de 2010, RCA 583/2009; STS de 7 de mayo de 2010, RCA 541/2008.

Falta de efecto invalidante del Acuerdo del Consejo de Ministros que deniega la petición de indulto, por ausencia del trámite de informe del Subdelegado del Gobierno.

STS de 25 de enero de 2012, Rec. casación 314/2011

“SEGUNDO.- (...)

En cuanto al segundo defecto imputado al Acuerdo recurrido -prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido- no puede reconocérsele el efecto invalidante pretendido.

La primera razón para rechazar este motivo es que no se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento establecido pues éste ha sido cumplimentado en su mayor parte. Así, el Ministerio de Justicia remitió al Tribunal sentenciador (el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Santiago de Compostela) la petición de indulto, tal como prevé el art. 23 de la Ley, para que emitiera el correspondiente informe. Dicho Juzgado, en providencia de 27 de octubre de 2010, acordó formar expediente de indulto, traer al mismo testimonio de la sentencia dictada en la causa de que dimana, aportar los antecedentes penales y oír al Ministerio Fiscal. Cumplimentados estos trámites evacuó informe en sentido desfavorable a la concesión del indulto, y todo ello fue remitido nuevamente al Ministerio de Justicia.

Es cierto, como expresa la parte en su recurso, que el Tribunal sentenciador no pidió informe al Gobernador de la provincia de la residencia del penado (hoy Subdelegado del Gobierno), trámite que viene exigido por el art. 24 de la Ley de Indulto cuando la pena impuesta no consistiese en la privación de libertad como es el caso, pero tal trámite no se ordena en la norma como requisito indispensable para la adopción del Acuerdo final de concesión o denegación del indulto, ni ha dado lugar a indefensión alguna del interesado, por lo que no podemos anudar a la ausencia del trámite de informe del Subdelegado del Gobierno la consecuencia de anulación pretendida por el actor. Aunque el art. 63.1 de la Ley 30/1992 declara la anulabilidad de los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, a continuación precisa, en su apartado segundo, que el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a indefensión de los interesados, presupuestos que como hemos indicado no se dan en el caso que juzgamos.”

Falta de vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Procedimiento administrativo que, en su normativa reguladora, prevé instituciones que impiden la producción de daños por la dilación.

STS de 24 de septiembre de 2010, Rec. casación 583/2009

“SEGUNDO.- (...)

El segundo fundamento de la impugnación carece de consistencia. El actor sostiene que la dilación producida en la adopción de la resolución denegatoria del indulto vulnera su derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas. Al efecto conviene recordar que no nos encontramos ante un proceso judicial, al que se extiende ese mandato fundamental, sino ante un procedimiento administrativo, procedimiento que contiene en su normativa reguladora

instituciones que impiden que la dilación cause daños al administrado, como son la caducidad y el silencio. En este sentido y como acertadamente señala el señor Abogado del Estado una vez transcurrido el plazo de un año desde la presentación de la solicitud de indulto nada impidió al actor entenderla desestimada por silencio, pudiendo acudir desde ese momento a la revisión jurisdiccional de la decisión denegatoria, por lo que la dilación denunciada de cinco años no solo no vulnera ninguno de sus derechos sino que solo a él es imputable.”

Existencia de acto expreso para denegar el indulto. Falta de justificación de la necesidad de la forma de Real Decreto para la denegación.

STS de 28 de abril de 2009, Rec. casación 487/2008

“**SEGUNDO.-** Las alegaciones que se formulan en la demanda como fundamento de las pretensiones del recurrente no pueden compartirse por las siguientes razones:

En primer lugar y frente a lo que se manifiesta por el mismo, la denegación del indulto realizado se produce en virtud de un acto expreso, cual es el acuerdo del Consejo de Ministros adoptado el 25 de enero de 2008, que incluye la resolución de diversas solicitudes de distintos interesados, acuerdo que fue notificado al recurrente, que formuló frente al mismo recurso de reposición y posteriormente este recurso contencioso administrativo, de manera que no se justifica la falta de acto expreso y notificación a que alude el recurrente. Tampoco se justifica la exigencia de una determinada la forma de dicho acuerdo, que no necesariamente ha de ser la de Real Decreto, que la Ley de 18 de junio de 1870, de Indulto, modificada por la Ley 1/1988, de 14 de enero, reserva en su art. 30 para el caso de la concesión del indulto, forma que en todo caso solo incide en la validez del acto cuando impida al mismo alcanzar su fin o dé lugar a indefensión a los interesados, como señala el art. 63 de la Ley 30/92, circunstancias que no se advierten en este caso, en el que la parte ha ejercitado los medios de impugnación que la ley establece. En consecuencia ha de rechazarse la infracción de los arts. 42 de la Ley 30/92 y 103 de la Constitución que se invoca por el recurrente.”

Con fundamentos jurídicos análogos se pronuncia la STS de 5 de mayo de 2009, RCA 570/2008.

1.5.2 RECONOCIMIENTO DE DISTINCIONES

Víctimas de actos terroristas. Falta de condena por delito de terrorismo. Efectos.

STS de 10 de febrero de 2010, Rec. casación 107/2009

“**TERCERO.- (...)**

En congruencia con tal planteamiento la Ley señala como objeto de la misma en su art. 1, rendir testimonio de honor y reconocimiento a quienes han sufrido actos terroristas y, en consideración a ello, asume el pago de las indemnizaciones que le son debidas por los autores y demás responsables de

tales actos, definiendo en el art. 2 el ámbito de aplicación, que se contrae a "las víctimas de actos de terrorismo o de hechos perpetrados por persona o personas integradas en bandas o grupos armados o que actuaran con la finalidad de alterar gravemente la paz y seguridad ciudadana tendrán derecho a ser resarcidas por el Estado, que asumirá con carácter extraordinario el abono de las correspondientes indemnizaciones, en concepto de responsabilidad civil y de acuerdo con las previsiones de la presente Ley".

Al alcance de estas previsiones legales se refiere la sentencia de 30 de noviembre de 2005, citada en la demanda, señalando que: "una interpretación sistemática del precepto que nos ocupa (artículo 2.1 de la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de Solidaridad con las Víctimas del Terrorismo) nos llevaría a distinguir, dentro del ámbito de precepto, tres tipos de actuaciones, cuyos afectados por las mismas, tendrían, con carácter extraordinario, el derecho a ser indemnizados por el Estado en concepto de responsabilidad civil. Tomando en consideración el carácter disyuntivo utilizado por el legislador de 1999, pudiéramos distinguir dentro del precepto tres situaciones diferentes:

a) En primer lugar se encontrarían "las víctimas de actos de terrorismo", concepto, este, de "actos de terrorismo", para el que el legislador no toma, a priori, en consideración al autor de los citados actos con característica subjetiva alguna, dado el carácter objetivo de la expresión (a diferencia de los otros dos supuestos del precepto), pudiendo, por ello, ser equiparado tal concepto de "actos de terrorismo" con el de "delitos de terrorismo"; esto es, las "víctimas de los delitos de terrorismo", en la configuración que los mismos tienen en el vigente Código Penal, una vez producida la correspondiente condena en la jurisdicción penal, serían acreedores del sistema de responsabilidad establecido en la nueva Ley de 1999.

b) En segundo lugar se encontrarían las víctimas de "hechos perpetrados por persona o personas integradas en bandas o grupos armados"; en este segundo grupo lo determinante es que la víctima lo sea como consecuencia del resultado fáctico ("hechos") de la actuación -no necesariamente delictiva- llevada a cabo por una o varias personas integrantes de una banda o grupo armado; esto es, a diferencia del supuesto anterior, no se precisa una condena penal (un delito de terrorismo) siendo lo determinante del derecho a la indemnización que el resultado fáctico determinante de la misma provenga de la actividad llevada a cabo por una o varias personas integradas en bandas o grupos armados. El nivel de organización exigido a la banda o grupo armado es mínimo, por cuanto la expresión "organizados" -a diferencia de lo que se establecía en anterior normativa- ya no es exigida en la actual Ley 32/1999, de 8 de octubre. Si bien se observa, en este segundo apartado, las actuaciones no requieren su tipificación como delitos, y la finalidad perseguida por los mismos puede ser muy diferente, no necesariamente terrorista.

c) Por último, en tercer lugar se encontraría las víctimas de los "hechos perpetrados por persona o personas. .. que actuaran con la finalidad de alterar gravemente la paz y seguridad ciudadana". El elemento subjetivo coincide con el anterior supuesto, no exigiéndose la tipificación de las actuaciones como delictivas, pero, a diferencia del supuesto anterior, no se requiere que la persona o personas autoras de la actuación estén integradas en una banda o grupo armado, sino que -sin necesidad de tal integración- pretendan con su actuación una finalidad concreta: alterar gravemente la paz y seguridad ciudadana. De la

lectura de la Exposición de Motivos de la Ley 2/2003, de 12 de marzo, de Modificación de la Ley 32/1999, de 8 de octubre, podemos ratificar los tres supuestos -diferenciados- que pueden deducirse del artículo 2.1 de la ley citada. Se dice, en concreto, que "en aras de la solidaridad, se establece el derecho de los damnificados a ser resarcidos o indemnizados por el Estado. A esta indemnización tendrán derecho las víctimas de:(1) Actos de terrorismo.(2) Hechos perpetrados por persona o personas integradas en bandas o grupos armados.(3) Que actuaran con la finalidad de alterar gravemente la paz y seguridad ciudadana."

CUARTO.- Desde estas consideraciones ha de examinarse la cuestión planteada en este recurso, que en síntesis se concreta en determinar si la muerte del Sr. Seijas puede incluirse en el ámbito de aplicación de la Ley, a efectos de la concesión de la distinción honorífica establecida en su art.4, con el fin de honrar a las víctimas del terrorismo, es decir, dentro de los objetivos de la Ley y por lo tanto del ámbito de aplicación establecido en la misma.

A tal efecto la propia Ley en su art. 5 señala los criterios para el reconocimiento de las indemnizaciones, aludiendo a los distintos supuestos: existencia de sentencia firme reconociendo el derecho a ser indemnizados en concepto de responsabilidad civil por los hechos y daños contemplados en el art. 2 de esta Ley; y supuestos en los que sin mediar sentencia se hubiesen llevado a cabo las oportunas diligencias judiciales o incoado los procesos penales para el enjuiciamiento de los delitos, en los que la condición de víctima o derechohabiente, la entidad de los daños sufridos, la naturaleza de los actos o hechos causantes y los demás requisitos legalmente exigidos podrán acreditarse ante la Administración General del Estado por cualquier medio de prueba admisible en derecho. Añade el precepto que las resoluciones administrativas por las que se hubiese reconocido a los interesados la condición de víctimas del terrorismo tendrán eficacia, en todo caso, para la tramitación y resolución de los correspondientes expedientes administrativos.

Se deduce de ello que la existencia de sentencia firme en relación con los hechos invocados como causa y fundamento de la solicitud, no constituye un elemento imprescindible o exclusivo para la acreditación de las circunstancias que permiten incluir el supuesto en el ámbito de aplicación de la Ley, sin perjuicio de su relevancia cuando se trate de supuestos en los que se produce la condena penal por hechos tipificados como delito de terrorismo. Pero en los demás supuestos, la acreditación de las circunstancias exigidas para encontrar amparo en la Ley puede llevarse a cabo por cualquier medio de prueba admisible en derecho, con especial referencia a las resoluciones administrativas que reconozcan a los interesados la condición de víctimas del terrorismo.

Desde estas consideraciones no puede sustentarse la denegación del reconocimiento solicitado en este caso, en el hecho de que la sentencia de 27 de septiembre de 1979, dictada en Consejo de Guerra, no imponga una condena por delito de terrorismo ni en consecuencia describa los hechos probados como tal delito, cuando, como señala la parte recurrente con invocación del voto particular recogido en la citada sentencia de la Audiencia Nacional 31 de enero de 2001, no se reflejaba en la Ley penal aplicable la tipificación como tal de los actos de

terrorismo individuales, siendo aplicable e impuesta la condena por delito de insulto a superior con resultado de muerte, con relación al cual ha de valorarse la declaración de hechos probados, lo que justifica la falta de referencia en dicha declaración a otros hechos o circunstancias que constando en las actuaciones no resultaban relevantes a efectos del tipo penal aplicado. No se trata, por lo tanto, del supuesto de hechos tipificados en aquel momento como delito de terrorismo y objeto de condena penal sino del caso que el art. 2.1 de la Ley 32/99 comprende como hechos perpetrados por persona que sin estar integrada en banda o grupo armado actúa con la finalidad de alterar gravemente la paz y seguridad ciudadana, circunstancias cuya acreditación no se anuda a la existencia de una sentencia firme que contenga condena por delito de terrorismo, menos en el momento que se produjo dicha sentencia, sino que puede producirse por cualquier medio admitido en derecho y, especialmente, por el reconocimiento de la Administración de la condición de víctima del terrorismo...”

2. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

2.1 NOMBRAMIENTOS

El principio de profesionalidad inspira la regla general de reserva funcional establecida en la LOFAGE para el nombramiento de Directores Generales. Exclusiones solo admisibles en base a hechos objetivos y concretos constatados en las singulares funciones atribuidas a la Dirección General.

STS de 11 de noviembre de 2010, Rec. casación 488/2009

“**SEGUNDO.-** Sobre la cuestión sometida a debate existe una amplia jurisprudencia de esta Sala que, como ponen de relieve las sentencias de 3 y 28 de septiembre de 2010, a partir de la sentencia de 21 de marzo de 2002 dictada en el recurso 1060/2000 configura una doctrina en relación con el artículo 18.2 de la Ley 6/1997, que ha sido reiterada en pronunciamientos posteriores como la sentencia de 6 de marzo de 2007 dictada en el recurso 23/2006 y las dos de 21 de enero de 2009, en los recursos 328 y 237/2006, entre otras, cuyas líneas maestras, según se recoge en la sentencia antes citada de 3 de septiembre del presente año, son las siguientes:

<<Que dicha Ley 6/1997 introdujo como garantía de objetividad en el servicio a los ciudadanos la profesionalización de los órganos directivos de la Administración General del Estado, incluidos los altos cargos con responsabilidad directiva en la estructura administrativa.

Que es por aplicación de ese principio por lo que la Ley dispone que los Subsecretarios y Secretarios generales técnicos, en todo caso (artículos 15.2 y 17.3), y los Directores Generales, con carácter general (artículo 18.3), habrán de ser nombrados entre funcionarios que ostenten la titulación superior, y que el nombramiento, además deberá ser acordado (artículo 6.10) atendiendo a criterios de competencia profesional y experiencia.

Que la nueva regulación legal consagra, pues, un régimen riguroso de profesionalización de los más altos cargos de la estructura administrativa

estatal, por encima de los cuales sólo se encuentran los Secretarios de Estado y los Ministros quienes, dada, su cualidad de miembros de Gobierno (ministros) o de titulares de órganos directamente responsables de la ejecución de la acción de Gobierno (secretarios de Estado), no están, obviamente sujetos a aquellos condicionamientos.

Que la excepción inserta en el artículo 16.2 permite al Consejo de Ministros excluir que una determinada Dirección General sea servida de modo obligado por funcionario de carrera de nivel superior, pero esta exclusión (a) ha de venir contemplada precisamente en el Real Decreto de estructura del Departamento y (b) ha de tener como causa las "características específicas" de las funciones atribuidas a la Dirección General.

Y que, a partir de esta premisa, el Consejo de Ministros, como titular de la potestad de nombramiento, puede designar bien a un funcionario o bien a una persona que no ostente dicho carácter, pero en el buen entendimiento de que la excepción se refiere tan sólo a la previa condición funcional pero no al resto de los criterios exigibles (profesionalidad y experiencia).

Desde las anteriores ideas se concluye y declara que no es incondicionada esa atribución conferida por la Ley al Consejo de Ministros para sustraer una determinada Dirección General a su régimen de provisión ordinario entre funcionarios de carrera y, por ello, la decisión de aquel órgano exige para su validez, además del respeto a los elementos reglados, que la justificación sea objetiva y expuesta en términos que permitan comprender las razones por las cuales la decisión misma es adoptada.

Y por lo que en concreto hace al significado que ha de atribuirse al condicionante que la Ley establece mediante esa genérica expresión "características específicas", la citada sentencia de 21 de marzo de 2002 se expresa en estos términos...

TERCERO.- Esa doctrina que acaba de exponerse pone de manifiesto que cualquier excepción que sea establecida a la regla general de reserva funcional exigirá, para poder ser considerada válida, que se apoye en hechos objetivos y concretos; y por dicha razón no bastarán consideraciones abstractas o genéricos juicios de valor.

Y esa objetividad y concreción habrá de ser constatada principalmente en las singulares funciones que tenga atribuidas la Dirección General de que en cada caso se trate, que habrán de exteriorizar unos concretos cometidos cuya extraordinaria naturaleza haga bien visible la conveniencia, en aras de un mejor desempeño de la Dirección General, de no limitar el ámbito de los posibles titulares solamente a los cuerpos de funcionarios y ampliarlo a personas que, a pesar de no tener la condición funcional, puedan ofrecer una superior idoneidad para esos cometidos extraordinarios.>>

(...)Sin perjuicio de poner de relieve que dadas las funciones que la Dirección General tiene encomendadas, referidas en esencia a la coordinación del Administración periférica del Estado, así como informe sobre el funcionamiento de los servicios, la gestión de recursos humanos, la gestión económica y financiera de ingresos y gastos, la gestión y conservación de los inmuebles de las delegaciones y subdelegaciones de gobierno y la ejecución de planes y coordinación de actuaciones en materia de tecnologías de la

información en las delegaciones y subdelegaciones del Gobierno, no se alcanza a comprender cómo tales funciones no resultan justificadamente atribuibles a funcionarios de carrera de la propia Administración con los títulos académicos que expresa el artículo 18.2 de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración del Estado, teniendo en cuenta, además, la existencia de funcionarios de carrera con suficiente conocimiento de toda la Administración Pública a los que encomendar aquellas funciones mencionadas por el artículo 17 del Real Decreto 1039/2009, relacionadas con las delegaciones y subdelegaciones del Gobierno.”

2.2 RELACIONES ENTRE CCAA Y ENTIDADES LOCALES

Potestad autonómica de coordinación de las competencias propias de las entidades locales en materia de policía local. Inexistencia del deber estatal o autonómico de financiar el coste adicional que deriva de la coordinación. Ley autonómica puede obligar a ello.

STS de 9 de febrero de 2010, Rec. casación 5424/2006

“**TERCERO.-** Esta Sala debe comenzar manifestando su discrepancia con la visión que de la potestad autonómica de coordinación de las policías locales tiene la sentencia recurrida. Ninguna de las normas citadas por la sentencia recurrida dispone que la Comunidad Autónoma -o, en su caso, el Estado- deba sufragar los gastos adicionales que, para el ejercicio de una competencia propia por las entidades locales, pueda suponer la observancia de las reglas impuestas en uso de la potestad de coordinación. En efecto, el art. 57 LBRL se refiere a las relaciones voluntarias de cooperación, no a la potestad estatal o autonómica de coordinación de competencias propias de las entidades locales; y el art. 71 TRRL se refiere a servicios de titularidad estatal o autonómica, entre los cuales no se encuentran las policías locales. Por si esto no fuese suficiente, es preciso subrayar que, tal como se desprende de la sentencia del Tribunal Constitucional 27/1987, las competencias propias de las entidades locales pueden quedar delimitadas por lo que el Estado o la correspondiente Comunidad Autónoma dispongan en uso de la potestad de coordinación. De aquí se sigue que dichas competencias propias sólo podrán ser correctamente ejercidas por las entidades locales en tanto en cuanto cumplan con lo dispuesto a efectos de coordinación.

CUARTO.- Sentado cuanto precede, el recurso de casación de la Comunidad Autónoma de Canarias no puede prosperar. Aun cuando la recurrente, como se acaba de explicar, tiene razón en su planteamiento general de los efectos de la potestad de coordinación de las competencias propias de las entidades locales, en el presente caso se da una circunstancia que impide concluir que la sentencia recurrida haya vulnerado la legalidad, a saber: que la legislación autonómica sectorial configura como preceptivas las ayudas y subvenciones para la homogeneización de signos externos de identificación de las policías locales. Dice la sentencia recurrida que la Orden de 3 de abril de 2003 se desvía en este punto de lo ordenado por el art. 40 de la Ley autonómica de Coordinación de las Policías Locales, sin que la recurrente haga ningún razonamiento convincente en sentido contrario. Así las cosas, aunque en abstracto el razonamiento de la recurrente es correcto, resulta irrelevante en este caso concreto, ya que la

ilegalidad de la Orden de 3 de abril de 2003 es consecuencia de su incompatibilidad con lo ordenado en una norma de rango superior. Si el legislador autonómico, aun no estando obligado a hacerlo, ha decidido que las ayudas y subvenciones sean preceptivas, no puede la Administración configurarlas como potestativas so pretexto de que la potestad de coordinación de las competencias propias de las entidades locales no comporta un deber de financiación adicional para el Estado o las Comunidades Autónomas.”

2.3 RELACIONES ENTRE EL ESTADO Y LAS ENTIDADES LOCALES.

Situaciones en que debe ondear la Bandera de España en la Ley 39/1981, de 28 de octubre, reguladora del uso de la bandera de España y de otras banderas y enseñas.

STS de 3 de febrero de 2010, Rec. casación 1588/2006

“SEGUNDO.- (...)

La cuestión sometida a debate casacional, y el consiguiente análisis de la citada Ley, como expresamos en la antes citada sentencia de 4 de noviembre de 2009, <<*ha sido reiteradamente resuelta por esta Sala que, en sentencia de 12 de mayo de 2009, dictada en el recurso 10900/2004, se hacía eco de lo resuelto en sentencias de esta Sala de 24 de julio 2007 y 25 de noviembre de 2008, en relación con el uso de la bandera de España en la Academia de Policía del País Vasco y en el Parlamento Vasco, remitiéndose a lo que se dijo en la primera de ellas, y concretado en los siguientes términos: <<...artículo 1.º, clave para entender y expresar el contenido, alcance y significado que el símbolo tiene, expresa que "La Bandera de España simboliza la nación, es signo de soberanía, independencia, unidad e integridad de la patria y representa los valores superiores expresados en la Constitución". En el art. 3.º.1 especifica que "La Bandera de España deberá ondear en el exterior y ocupar el lugar preferente en el interior de todos los edificios y establecimientos de la Administración central, institucional, autonómica, provincial o insular y municipal del Estado". La expresión "deberá ondear" que utiliza el legislador, formulada en imperativo categórico viene a poner de relieve la exigencia legal de que la Bandera de España ondee todos los días y en los lugares que expresa, como símbolo de que los edificios o establecimientos de las Administraciones Públicas del Estado son lugares en donde se ejerce directa, o delegadamente, la soberanía y en ellos se desarrolla la función pública en toda su amplitud e integridad, sea del orden que fuere, de acuerdo con los valores, principios, derechos y deberes constitucionales que la propia bandera representa, junto con la unidad, independencia y soberanía e integridad del Estado Español. Por ello, la utilización de la Bandera de España en dichos edificios o establecimientos debe de serlo diariamente como manifestación, frente a los ciudadanos, del contenido que simboliza y representa, y sin que la expresión usada por el legislador quede desdicha por la locución "cuando se utilice" que se recoge en el art. 6º. de la misma Ley, pues este artículo al igual que el n.º 7º. está regulando la utilización esporádica, accidental, eventual, no cotidiana, con ocasión de tener lugar los "actos oficiales" a que hace referencia el art. 4 de la Constitución y también, sin este carácter de oficialidad, cuando con motivo u ocasión de actos públicos o*

ceremonias se quiera hacer patente el ámbito nacional de los mismos o su proyección, enarbolando para ello la bandera. La Ley distingue y regula dos diferentes situaciones en las cuales debe ondear la Bandera de España. La primera en el exterior de los edificios y establecimientos de las Administraciones del Estado, en los que la bandera debe ondear diariamente con carácter de permanencia, no de coyuntura, no de excepcionalidad sino de generalidad y en todo momento. Por ello, el legislador a lo largo del art. 3 utiliza siempre las expresiones gramaticales en sentido imperativo "será la única que ondee" (párrafos 2 y 3) "se colocará" (punto 4) "se enarbolará" (punto 5) para expresar una idea o un contenido normativo de naturaleza permanente y no esporádica, frente a la regulación que efectúa en los artículos 6.º y 7.º que es coyuntural, accidental o eventual. Por ello regula el lugar que debe ocupar cuando concurre con otras, especificando le corresponde el lugar destacado, visible y de honor, y preeminente respecto de las otras, así como que el lugar preeminente y de máximo honor será la posición central cuando el número de banderas sea impar y siendo par, de las dos posiciones que ocupan las del centro la del lado izquierdo del observador.>>"

Otras sentencias con fundamentos jurídicos análogos: STS de 6 de noviembre de 2009, RCA 6934/2005; STS de 4 de noviembre de 2009, RCA 727/2006; STS de 12 de mayo de 2009, RCA 10900/2004.

Inactividad de un ente público. Carácter potestativo del requerimiento efectuado para el cumplimiento de la legalidad vigente en materia de banderas.

STS de 3 de febrero de 2010, Rec. casación 1588/2006

“**SEGUNDO.-** Contra dicha sentencia se interpone por la representación del Ayuntamiento de Llodio el presente recurso de casación con fundamento en dos motivos, formulados ambos al amparo del apartado d) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción, denunciando, en el primero, la supuesta infracción de lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley de la Jurisdicción, entendiendo que el procedimiento seguido por la Administración del Estado no encaja en el supuesto previsto en dicho precepto, considerando que la inactividad administrativa combatida pueda ser objeto de recurso jurisdiccional al amparo de lo previsto en dicho precepto.

La cuestión ha sido adecuadamente resuelta por el Tribunal de instancia y, en cualquier caso, carece de eficacia alguna casacional toda vez que, sea por la vía de lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley de la Jurisdicción, o al amparo del artículo 44 y 46.6 de dicha Ley, es lo cierto que, como declaramos en sentencia de 2 de diciembre de 2008, el requerimiento efectuado por la Administración es de naturaleza meramente facultativa, por lo que el acceso a la jurisdicción puede ser inmediato, pudiendo presentarse directamente la demanda, en tanto se produzca dicho incumplimiento, ya que, como declaramos en la citada sentencia, la inactividad es permanente en el tiempo y el requerimiento facultativo. Así lo hemos reiterado en sentencia de 4 de noviembre de 2009, resolviendo el recurso de casación 727/2006, en recurso interpuesto por la Diputación Foral de Vizcaya en un supuesto similar al actual, haciéndonos eco de lo declarado en nuestras sentencias de 24 de julio de 2007 y 25 de noviembre de 2008.”

Legitimación de la Delegación del Gobierno para formular requerimiento en cumplimiento de la legalidad vigente en materia de banderas.

STS de 4 de noviembre de 2009, Rec. casación 727/2006

“...En relación con el motivo segundo aduce la recurrente, al amparo de la norma procesal, infracción de lo previsto en los artículos 63, 65 y 66 de la Ley de Bases Reguladora de Régimen Local, en relación con el 69.b de la Ley de la Jurisdicción, concretando, en el desarrollo del motivo, la vulneración producida en una supuesta falta de legitimación del Delegado del Gobierno para formular el requerimiento, cuestión que, como la anterior, ha sido adecuadamente respondida por la sentencia de instancia que, haciéndose eco de anteriores pronunciamientos del propio Tribunal, entiende que la legitimación activa se sustenta en el artículo 9 de la Ley 39/1981 que establece que las Autoridades corregirán en el acto las infracciones de esta Ley, restableciendo la legalidad que haya sido conculcada, sin que quepa cuestionar, como no lo hace en realidad la recurrente, el carácter de autoridad del Delegado del Gobierno, cuya legitimación, por otro lado, aparece reconocida, en relación con la materia que ahora nos ocupa, en la jurisprudencia de esta Sala, como ocurre en sentencias de 24 de julio de 2007, 22 de septiembre de 2008, 25 de noviembre de 2008, 2 de diciembre de 2008 y 12 de mayo de 2009, donde, sin cuestionamiento alguno, se ha reconocido la legitimación de la Delegación del Gobierno al objeto de formular requerimiento similar al que ha dado lugar a estas actuaciones y en relación con la legislación de banderas.”

3. COLEGIOS PROFESIONALES

3.1 NATURALEZA JURÍDICA

Naturaleza jurídica de las cuotas colegiales. Actos no sujetos al derecho administrativo, sin que a ello sea obstáculo el carácter de disposición general. Incompetencia de Jurisdicción.

STS de 28 de febrero de 2011, Rec. casación 2054/2008

“SEGUNDO.- (...)

Para analizar la cuestión litigiosa estamos obligados a detenernos en la naturaleza jurídica de las cuotas colegiales, naturaleza que deriva de la especial singularidad de estos entes públicos que son los Colegios Profesionales. Al efecto recordemos que el art. 36 de la Constitución establece que «*La ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas. La estructura interna y el funcionamiento de los Colegios deberán ser democráticos*», dando así soporte al reconocimiento de la existencia de la autonomía profesional que se organiza en la Ley de Colegios Profesionales a través de una organización colegial caracterizada por las notas propias de las corporaciones públicas sectoriales de base privada. Esta organización corporativa de las profesiones permite a la Ley atribuir a los organismos colegiales potestades públicas y una amplia autonomía

normativa sin suprimir la base privada de sus componentes y de sus actividades en defensa de los intereses profesionales. Son por tanto entes cuya naturaleza es mixta con componentes de claro perfil público pero con una base de intereses privados. De ahí que la Administración Corporativa a la que pertenecen los Colegios Profesionales pueda calificarse de fronteriza entre los entes públicos y los entes privados.

Esta especial naturaleza de la Administración Corporativa también conlleva un específico régimen jurídico mixto, con normas reguladoras de Derecho Público y otras que necesariamente han de ser calificadas de privadas. La intervención del Estado sobre estos entes corporativos de base privada se inicia con su creación mediante un acto de imperio, por el que se publica en cierto modo el ejercicio de una determinada profesión, acto que, a su vez, le atribuye a la corporación profesional personalidad jurídico-pública con el fin de desempeñar funciones de interés general con carácter monopolístico que se encarga de controlar la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Sin perjuicio de ello, su función principal no es pública sino que tiene por fin esencial la gestión de aquellos intereses privativos de sus miembros que derivan del ejercicio de la profesión común, de suerte que, en este último caso, de suscitarse conflictos entre ellos, serán otras Jurisdicciones las encargadas de resolver sus controversias.

(...)

Esta Sala también ha declarado en su sentencia de 13 de marzo de 1987, la consideración de los colegios como corporaciones sectoriales de base privada, es decir, como grupos de personas asociadas en atención a una finalidad común y cuyo núcleo fundamental radica en la defensa de intereses privados, aunque sobre esta base privada se les encomienden funciones públicas, y ha reconocido que se produce un fenómeno de autoadministración, por cuya virtud tales colegios actúan como agentes descentralizados de la Administración Pública, ejerciendo facultades administrativas sobre sus propios miembros. Precisamente en los Colegios Profesionales destaca como elemento característico de su sujeción al Derecho Administrativo, aunque lo sea *secundum quid*, la obligatoriedad de pertenencia a los efectos del ejercicio de una determinada actividad profesional, característica que los diferencia de los sindicatos o de las asociaciones en los que la libertad de asociación o sindicación se manifiesta tanto en el derecho a crear cuantas organizaciones los ciudadanos deseen sobre un mismo grupo de personas y con idénticas finalidades, como el derecho a pertenecer a estas organizaciones y el derecho a no formar parte de ellas. El Tribunal Constitucional, en la sentencia 89/1989, de 11 de mayo, se pronunció sobre la posible vulneración del Derecho fundamental a la libre asociación de aquellas normas que exigen la adscripción obligatoria a los Colegios profesionales para poder ejercer cuanto que Corporaciones Públicas, están excluidos de la libertad de asociación en su aspecto negativo o libertad de no afiliarse y, en cierta forma, del aspecto positivo como es la libertad de crear o pertenecer a asociaciones sustancialmente iguales, exclusión que se justifica por la mención del art. 36 de la Constitución Española a las peculiaridades propias de los Colegios profesionales. Otra nota característica, diferenciadora de estas Corporaciones, es su carácter monopolístico. Frente al pluralismo de asociaciones y sindicatos, deducido de la libertad del art. 22 de la Constitución, las Corporaciones de Derecho público de base privada sólo admiten una organización corporativa para operar con determinadas finalidades.

Sin embargo, como ya anticipamos en el anterior fundamento, se distinguen de las Administraciones Públicas en que la mayor parte de su actividad no se sujeta al Derecho Administrativo: Sus empleados no son funcionarios públicos ni sus finanzas se controlan por la Intervención del Estado ni por el Tribunal de Cuentas y con su creación la Administración Territorial lo que pretende esencialmente es una descentralización funcional, por lo que le atribuye fines relacionados con los intereses públicos, evitando crear entes públicos de intervención directa.

Es por ello que uno de los elementos coincidentes con asociaciones y sindicatos, expresión además de su naturaleza fundamentalmente privada, es el del sostenimiento económico de la Corporación. Este sostenimiento corresponde a los miembros que forman parte de ella, sin financiación propiamente pública, salvo la que pueda corresponder vía subvenciones. Gozan, por tanto, de autonomía financiera, principio que tiene reconocimiento en el artículo 6.3.f) de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales...

Desde esta perspectiva, en cuanto al problema de la naturaleza jurídica de las cuotas colegiales, es preciso subrayar *prima facie* que tales cuotas no constituyen exacciones públicas sometidas al principio de legalidad tributaria -art. 133 de la Constitución- afirmándolo así la jurisprudencia en diversas ocasiones (sentencias de 9 de diciembre de 1981 y 16 de mayo de 1983), sino que constituyen obligaciones personales de los colegiados con la Corporación de la que forman parte, a lo que se añade que el régimen económico-financiero de los Colegios Profesionales, al que las cuotas colegiales sirven, ni es objeto de tutela pública ni sirve para garantizar, como destino principal, los derechos de los usuarios de los servicios profesionales, que es la finalidad última justificadora de la publicación de una actividad profesional determinada y de su garantía institucional.

Finalmente, el establecimiento o modificación de las cuotas colegiales no supone tampoco ejercicio de potestad pública alguna, conferida por la ley, pues las potestades administrativas sólo se justifican en función de un interés público ("*La Administración Pública sirve con objetividad a los intereses generales...*", *ex art. 103.1 CE*), interés que no debe confundirse con el propio de un determinado aparato administrativo que debe cubrir sus necesidades de funcionamiento, como es el Colegio Profesional, ni con aquellos intereses privados de los colegiados que se administran a través de la corporación profesional, como puede ser la protección mutua y la asistencia social, ya que son precisamente estos fines -gastos de funcionamiento y mutualidad- los que vienen a sufragar las cuotas colegiales, sufragio que no se produce cuando se trata de satisfacer intereses públicos por parte del Colegio, como es el caso paradigmático de la asistencia jurídica gratuita que prestan los procuradores a aquellos que carecen de recursos económicos, cuya financiación se realiza como es sabido mediante subvenciones finalistas de las Administraciones Públicas territoriales y no mediante las cuotas colegiales, cuotas respecto de las que la potestad para exigir las, establecerlas o modificarlas no es más que el fruto de un apoderamiento intersubjetivo que los colegiados otorgan a sus órganos de gobierno.

En definitiva, como acertadamente señaló la Sala de instancia, no estamos en presencia de actos sujetos al Derecho Administrativo, sin que sea obstáculo a esta conclusión el hecho de que los Acuerdos impugnados tengan la consideración de disposiciones generales, pues el carácter singular o plural de los destinatarios de un determinado acto o su carácter innovador no altera su naturaleza a estos efectos, lo que resulta obvio si tenemos en cuenta que las asociaciones de base privada o los sindicatos también aprueban a través de sus órganos de gobierno disposiciones generales de régimen interno relativas a su régimen económico-financiero sin que por ello esa actividad quede sujeta a este Orden Jurisdiccional.”

En términos similares se pronuncia la STS de 7 de marzo de 2011, RCA 2055/2008.

3.2 RÉGIMEN JURÍDICO. ATRIBUCIONES Y COMPETENCIAS

Aprobación de Estatutos particulares de Colegios de Abogados. Competencia del Consejo General de la Abogacía Española.

STS de 13 de abril de 2011, Rec. casación 3208/2007

“SEGUNDO.- (...)

En definitiva, y tras estas consideraciones generales, no cabe alegar en el presente caso que exista la incongruencia denunciada, por cuanto que, y aparte de que la recurrente no razona en qué sentido la omisión del pronunciamiento denunciado por el Tribunal de instancia le genera indefensión, es lo cierto que, limitado el mismo a denunciar la circunstancia de que el Tribunal no se ha pronunciado sobre si el artículo 6.4 de la Ley de Colegios Profesionales que atribuye a los Consejos Generales de la aprobación de los Estatutos particulares del Colegio, no esté incluido ni puede considerarse legislación básica estatal, así como a que no se pronuncia la sentencia sobre la alegación de que el artículo 6.2 de Colegios Profesionales no incluye la definición del ámbito territorial de los distintos Colegios, por lo que se demandaba la nulidad del artículo 68.g) del Estatuto General de la Abogacía por vía de impugnación indirecta, es lo cierto que el enjuiciamiento de dichas cuestiones está implícito en la sentencia recurrida, cuando determina la competencia del Consejo General para la aprobación de los Estatutos particulares del Colegio, entendiéndose que con ello no se vulnera la competencia atribuida a la Comunidad Autónoma, puesto que, con cita de la sentencia de esta Sala de 17 de diciembre de 2003, son distintas las competencias atribuidas al Consejo General en la fase corporativa y la correspondiente a la fase posterior encomendada a la Xunta de Galicia, con cuya ulterior aprobación surge el acto de contenido normativo a partir de la publicación en el Boletín de la Comunidad Autónoma Gallega, de donde resulta que el Tribunal de instancia sí ha enjuiciado la cuestión sometida a debate, que se dice supuestamente ignorada, sobre el alcance del artículo 6.4 de la Ley de Colegios Profesionales, e igualmente parte de la plena legalidad del artículo

68.g) del Estatuto General de la Abogacía que, por otra parte, resulta de la antes citada sentencia; y expresamente ha sido declarada conforme a derecho tal interpretación por nuestra sentencia de 5 de octubre de 2010, dictada en el recurso de casación 5348/2008.

Cabe añadir que cada Colegio Provincial no existe de forma aislada sino en el marco de la organización colegial española integrado en la misma. Por eso la intervención del Consejo General de la Abogacía no es porque el art. 6.4 de la Ley de Colegios Profesionales tenga o no la condición de básico sino en cuanto órgano representativo, coordinador y ejecutivo y superior de los distintos Colegios (art. 67 EGA). Ello con respeto a la organización autonómica, como resulta de la Disposición Final Primera del Estatuto General de la Abogacía; tanto es así que el art. 2.5, para el caso de no aplicación directa de la norma y falta de acuerdo entre los Colegios implicados, remite a la resolución del Consejo de Colegios de la Comunidad Autónoma y sólo en su defecto al Consejo General de la Abogacía. En ese marco se aprueban los Estatutos particulares de cada Colegio (art. 68.g EGA) y dado que el Consejo General elabora para todos los Colegios de la misma profesión unos Estatutos Generales (art. 6 de Colegios Profesionales) que aprueba el Gobierno, es claro que el control ulterior de los Estatutos de cada Colegio corre a cargo del Consejo General de la Abogacía, que como dice el art. 6.4, los aprueba siempre que estén de acuerdo con la presente Ley y el Estatuto General. Por eso el Decreto 1643/96 de Transferencias, traspasa a la Comunidad Autónoma las competencias del Estado, pero sin perjuicio de la vinculación con los respectivos Consejos Generales.

(...)

Aduce la recurrente en apoyo de su pretensión el argumento de que se ha producido, con la transferencia de competencias a la Comunidad Autónoma de Galicia, un desapoderamiento del Consejo General de la Abogacía Española en orden a la aprobación de los Estatutos colegiales de la recurrente, mas olvida la actora lo resuelto ya por esta Sala en la antes citada sentencia de 17 de diciembre de 2003 y que ha sido confirmado en la de 5 de octubre de 2010 antes citada, y en la que aludimos a la doble fase que existe en la elaboración y aprobación de los Estatutos colegiados, atribuida la primera a la competencia del Consejo General de la Abogacía Española, y de la segunda a la Xunta de Galicia, conforme al criterio jurisprudencial antes reseñado, y respecto al cual no puede alegarse la infracción invocada por el recurrente, ya que, como en la sentencia recurrida se expresa, las normas que regulan el Estatuto de la Abogacía y las reguladoras de la competencia autonómica se mueve en planos distintos y tienen distinta finalidad resultando conciliables en el sentido interpretativo que antes examinamos.”

Ámbito competencial territorial de los Colegios de Abogados existentes. Artículo 2.3 del Estatuto General de la Abogacía aprobado por RD 658/2001, de 22 de junio.

STS de 5 de diciembre de 2012, Rec. casación 5368/2010

“TERCERO.- (...)

La segunda cuestión a examinar es la relativa a la imposibilidad de que un Colegio de ámbito territorial inferior a la provincia -Colegios de Partido en el

Estatuto General de 1982- pueda extender su competencia a un término municipal que a la fecha del Estatuto de 2001 se encontraba dentro del territorio de un partido judicial, sobre el que tiene competencia otro Colegio.

(...)

Pues bien, entendemos que las alegaciones referenciadas no desvirtúan el acierto de la resolución administrativa recurrida, pues al establecer el artículo 2.3 del Estatuto General el ámbito competencial territorial de los Colegios existentes en una misma provincia, tanto los de ámbito territorial provincial como los de ámbito interior, con referencia a una fecha concreta, a saber, el existente al 27 de diciembre de 1978, día de la promulgación de la Constitución Española, y ello con independencia, como se advierte en el inciso final de la norma, de "*cualquiera que sea el número de partidos judiciales que ahora comprenda*", marca la pauta a seguir a la hora de concretar la competencia territorial de los Colegios existentes.(...)

Y si debe rechazarse la pretensión del Colegio recurrente cuando se apoya en las alegaciones examinadas, no otra solución se alcanza cuando busca respaldo en la alegación relativa a que la nueva regulación estatutaria lo que pretende es la atribución competencial colegial por Partidos Judiciales completos.

No solo tal aseveración no se corresponde con el artículo 2.3 del Estatuto General, en el que se previene como fecha de referencia para determinar la competencia colegial territorial la de la promulgación de la Constitución, sin que se observe en dicho precepto o en otro estatutario excepción alguna, sino que incluso contradice el criterio estatutario que se infiere del apartado 4 de dicho precepto, y que no es otro que el de que el ámbito territorial competencial colegial se determine al margen de las modificaciones de las demarcaciones judiciales...

La consideración precedentemente expuesta no puede entenderse desvirtuada por la circunstancia de que el citado artículo 4.2 seguidamente al texto que hemos transcrito, prevenga "*... que tendrán competencia en los nuevos partidos judiciales que puedan crearse en su territorio*", preceptos, por cierto, que por referidos a los Colegios en general, a los de ámbito territorial provincial y a los de ámbito menor, nos revela que la subsistencia de los Colegios de ámbito territorial menor a la provincia, no supone la imposibilidad de que extiendan su ámbito competencial por la creación de nuevos partidos judiciales. Ello es así porque el citado apartado 4 del artículo 2, en su último inciso, viene a reforzar en definitiva el mantenimiento de la competencia territorial de los Colegios existentes al margen de la modificación de las demarcaciones judiciales, si bien, ante la hipótesis de creación de nuevos partidos, caso distinto al de autos, previene la atribución competencial colegial en atención al territorio del Colegio, en la hipótesis de que el territorio de éste abarque en su totalidad el correspondiente al partido judicial..."

Ámbito competencial. Derecho autonómico. Carácter discrecional de la intervención de la Administración en materia de segregación de Colegios Profesionales.

STS de 19 de diciembre de 2011, Rec. casación 6495/2008

“**CUARTO.-** El recurso de casación no cuestiona la interpretación efectuada por la sentencia impugnada del artículo 7.2 de la ley catalana 13/1982 de Colegios Profesionales, sino que alega que la sentencia impugnada infringe las reglas que el artículo 4.2 de la ley 2/1974 establece en materia de segregación de Colegios Profesionales...

... la STC 76/1983, de 5 de agosto, sobre el proyecto de Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico (LOAPA), señaló (FJ 26) que “...*corresponde a la legislación estatal fijar los principios y reglas básicas a que han de ajustar su organización y competencia las Corporaciones de Derecho público representativas de intereses profesionales...*”.

Este Tribunal Supremo, en su sentencia de 28 de septiembre de 2005 (recurso 13/2003), anuló diversos preceptos del RD 1281/2002, de aprobación del Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España, en cuanto sean de aplicación directa a los Colegios pertenecientes al ámbito autonómico, sosteniendo que “...*la organización de los Colegios es susceptible, sin merma de la igualdad de trato y de la actuación profesional de los colegiados de ser desarrollada de forma diversa en las distintas regulaciones autonómicas y estatutarias, atendiendo a las características propias de cada comunidad y ente colegial así como a la autonomía organizativa que corresponde a estos...*”

De acuerdo con los indicados precedentes, los actos administrativos que se contemplan en este recurso, relativos a la modificación por segregación del ámbito territorial de un Colegio, no pertenecen a ese ámbito de los principios y reglas básicas de la organización y competencia de las Corporaciones de Derecho Público, sino que se trata de actos de la organización de un Colegio Profesional sujeto a la regulación autonómica, en este caso a la ley 13/1982 de Colegios Profesionales de Catalunya, por lo que habrá de estarse a las declaraciones efectuadas por la sentencia impugnada del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya sobre el ajuste del acto administrativo impugnado a la norma autonómica que regula la modificación por segregación del ámbito territorial de los colegios, sin que dichas declaraciones puedan ser revisadas en casación.

En cualquier caso, y nuevamente a mayor abundamiento, cabe añadir que no existe infracción del artículo 4.2 de la ley estatal 2/1974, de Colegios Profesionales, que de forma similar a la establecida por la ley catalana 13/1982, también establece que la segregación de los Colegios Profesionales requerirá la aprobación por Decreto, que obviamente la Administración adoptará en cada caso atendido el interés general, por lo que no puede considerarse que dicha aprobación por Decreto constituya una actuación reglada o debida, sin margen de discrecionalidad alguna, como propugna el recurso de casación.

En este caso, el Acuerdo del Gobierno de la Generalitat de Cataluña de 28 de junio de 2005, que denegó la creación del Colegio de Procuradores de los Tribunales de Sabadell por segregación del Colegio de Procuradores de los Tribunales de Barcelona, está acompañado de un Informe-propuesta elaborado

por la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques (folios 65 a 70 del expediente administrativo), que explica con amplitud los intereses públicos y privados concurrentes en el caso y tenidos en cuenta al decidir, resaltando que la creación de un colegio no puede quedar configurada como una opción estrictamente privada, y en su apartado 7 explica las circunstancias y razones que ha considerado para acordar la denegación, relacionadas con la correcta dimensión de las estructuras colegiales, que permitan recursos humanos y materiales para los objetivos colegiales, formación, implantación de nuevas tecnologías, y que la propuesta de segregación no garantiza un cumplimiento más efectivo de las finalidades del colegio profesional, ni beneficios en la prestación del servicio, todo ello sin perjuicio de que la regulación relativa a las demarcaciones territoriales y la posibilidad de abrir delegaciones en cada demarcación territorial con vista a una mejor defensa de los intereses de los Procuradores afectados”.

Ausencia de infracción del principio de jerarquía normativa. Interpretación integradora del Decreto para resolver conflictos entre Colegios de Abogados, consecuencia de la alteración de partidos judiciales. STS de 13 de abril de 2011, Rec. casación 3208/2007

“TERCERO.- (...)

En definitiva, la Orden de 16 de julio de 1968 no hace sino poner en claro determinados problemas que la interpretación del artículo 8 del Decreto 3388/65 había suscitado, sin que pueda entenderse que el artículo 8 de dicho texto legal se ha vulnerado por la repetida orden ministerial, dado que los Colegios de Abogados no pueden entenderse comprendidos en la excepción que se contiene en dicho precepto al referirse a otras divisiones o demarcaciones de naturaleza distinta de la judicial, siendo evidente que la modificación del ámbito judicial suponía, necesariamente, una clara incidencia en la actuación de los abogados afectados que pasaban a ejercer en el ámbito territorial de colegio distinto, como correctamente interpreta la cuestionada Orden de 16 de julio de 1968, pues no puede olvidarse la íntima conexión que existe entre la Administración Judicial y la función que ejercen en ella los Abogados, a los que la propia Ley Orgánica del Poder Judicial atribuye la condición de personas que cooperan con la Administración de Justicia, y por ello resulta conforme a derecho la interpretación que la sentencia hace sobre el contenido de dicha Orden en el sentido de que ésta no se extralimitó al establecer un criterio interpretativo racional para resolver los conflictos evidentes surgidos como consecuencia de la alteración de los partidos judiciales entre las dos colegios de abogados que resultaban afectados por esas modificaciones, y ello cualquiera que fuese la dicción literal del artículo 8 del Decreto de 1965, pues necesariamente las alteraciones de las demarcaciones judiciales, como entiende el juzgador de instancia, tenían que afectar a los colegios de partido en primera línea y por derivación a los colegios de abogados provinciales, resultando en conclusión que la citada Orden no supone vulneración alguna al principio de jerarquía normativa sino interpretación integradora del Decreto como resolvió la sentencia recurrida”.

Falta de habilitación legal suficiente del Consejo de Colegios de Abogados de Cataluña para regular condiciones generales del ejercicio de la profesión

de Abogado. Código de la Abogacía Catalana. Interpretación última del derecho Autonómico corresponde al TSJ.

STS de 17 de febrero de 2009, Rec. casación 552/2006

“**TERCERO.-** El único motivo de este recurso de casación no puede prosperar. Como bien dice la sentencia recurrida, la habilitación normativa a favor del Consejo de Colegios de Abogados de Cataluña no nace directamente de la Constitución, sino de la ley autonómica. Por este motivo, no se trata de establecer si la disposición aprobada por dicha entidad –esto es, el Código de la Abogacía Catalana- es genéricamente conforme al art. 36 CE, sino si es específicamente conforme a la norma legal habilitante, que es el arriba citado art. 12 de la Ley de Colegios Profesionales de Cataluña. La sentencia recurrida afirma que no lo es, porque la habilitación no se extiende a la regulación de las condiciones generales del ejercicio profesional. Observa que, aun cuando la citada ley autonómica habría podido constitucionalmente configurar con mayor amplitud la potestad reglamentaria de los Consejos de Colegios Profesionales, en línea con lo que hace la legislación estatal, la verdad es que no lo hizo y optó por una crear una potestad reglamentaria de alcance más restringido. Dado que ésta es una decisión legislativa perfectamente adecuada a derecho, concluye que el Código de la Abogacía Catalana carece de cobertura suficiente y, por ello mismo, la resolución de la Consejería de Justicia de 10 de septiembre de 2002 que da el visto bueno a dicha disposición infringe el art. 12 de la Ley de Colegios Profesionales de Cataluña.

Pues bien, esta Sala nada tiene que decir acerca de la argumentación de la sentencia recurrida. El problema de fondo es puramente de derecho autonómico, a saber: si una disposición reglamentaria aprobada por una entidad creada por ley autonómica se ajusta o no a dicha ley autonómica. La interpretación última del derecho autonómico compete al correspondiente Tribunal Superior de Justicia, sin que esta Sala pueda controlarlo o corregirlo al conocer de recursos de casación. Ciertamente el art. 36 CE, que se invoca como infringido, es derecho estatal, por lo que el presente recurso de casación fue admitido; pero es igualmente claro que, como dice la sentencia recurrida, la potestad reglamentaria del Consejo de Colegios de Abogados de Cataluña no nace directamente del art. 36 CE, sino de la ley autonómica. Ello significa que resulta irrelevante que el Código de la Abogacía Catalana no supere, en abstracto, los límites establecidos por ese precepto constitucional, si luego se extralimita de lo permitido por la concreta norma legal habilitante; norma legal habilitante, por cierto, cuya constitucionalidad nunca ha sido puesta en tela de juicio”.

Estatutos particulares de los Colegios Profesionales. En materia de organización de los Colegios pertenecientes al ámbito autonómico rigen las disposiciones de cada ordenamiento autonómico y el principio de auto-organización colegial. Falta de aplicación directa de los Estatutos Generales en ese ámbito organizativo.

STS de 7 de mayo de 2012, Rec. casación 4246/2009

“**TERCERO.-(...)**

La sentencia impugnada aprecia la obvia divergencia entre el artículo 39.2 de los Estatutos ICAM y el artículo 56.2 EGA, si bien considera que dicho precepto cae de lleno en las potestades de auto-organización, respecto de la cuales goza el Colegio autonómico de plena autonomía, por lo que no acoge los reproches de los abogados recurrentes.

La STC 76/1983, señaló que *"...corresponde a la legislación estatal fijar los principios y reglas básicas a que han de ajustar su organización y competencia las Corporaciones de Derecho público representativas de intereses profesionales..."*. Igualmente, la STC 20/1988, de 18 de febrero reiteró la anterior delimitación competencial, insistiendo que corresponde a la legislación estatal fijar los principios y reglas básicas a que han de ajustar su organización y competencias las Corporaciones de Derecho público representativas de intereses profesionales, razonando que el fundamento constitucional de esta legislación básica estatal se encuentra en el artículo 149.1.18º CE, por cuanto estas Corporaciones profesionales, aunque están orientadas primordialmente a la consecución de fines privados, propios de los miembros que las integran, también participan de la naturaleza de las Administraciones Públicas, y es por ello que *"...la constitución de sus órganos, así como su actividad en los limitados aspectos en que realizan funciones administrativas han de entenderse sujetas a las bases que con respecto a dichas Corporaciones dicte el Estado en el ejercicio de las competencias que le reconoce el art. 149.1, 18.ª de la Constitución..."*

Este Tribunal Supremo, en su sentencia de 25 de febrero de 2002 (recurso 125/1999), sobre la impugnación de diversos preceptos del RD 2828/1998, de 23 de diciembre, de aprobación de los Estatutos Generales de los Odontólogos y Estomatólogos y de su Consejo General, se pronunció en relación con el artículo 22 del indicado RD, que trataba de los órganos de gobierno y régimen electoral, y señaló que tal materia puede ser objeto de regulación diferente en cada ordenamiento autonómico -y, en cuanto proceda colegial-, por lo que declaró la nulidad del precepto en cuanto sea de directa aplicación a los colegios pertenecientes al ámbito autonómico.

En igual sentido, la sentencia de esta Sala, de 28 de septiembre de 2005 (recurso 13/2003), anuló diversos preceptos del RD 1281/2002, de aprobación del Estatuto General de los Procuradores de España, en cuanto sean de aplicación directa a los Colegios pertenecientes al ámbito autonómico, sosteniendo que *"...la organización de los Colegios es susceptible, sin merma de la igualdad de trato y de la actuación profesional de los colegiados de ser desarrollada de forma diversa en las distintas regulaciones autonómicas y estatutarias, atendiendo a las características propias de cada comunidad y ente colegial así como a la autonomía organizativa que corresponde a estos..."*

Así pues, de conformidad con los precedentes jurisprudenciales que hemos reseñado, en materia de organización de los Colegios Profesionales pertenecientes al ámbito autonómico rigen las disposiciones de cada ordenamiento autonómico y el principio de la auto-organización colegial, sin que las normas de los Estatutos Generales sean de aplicación directa en ese ámbito organizativo. (...)

Desde luego, no cabe apreciar ninguna infracción por los Estatutos Colegiales de los preceptos de la ley autonómica 19/1997 en este punto, pues hacen uso de la amplia facultad de auto-organización reconocida por el artículo 15 de dicha norma para la regulación de su estructura interna y funcionamiento, y en particular, en lo que interesa a este recurso, de la forma de ejercer el voto en las Juntas, y de la posibilidad de delegación del voto, sin que la parte recurrente haya cuestionado en ningún momento que la delegación del voto en un número superior a tres delegaciones por votante suponga una merma en el funcionamiento democrático del Colegio.

La parte recurrente sostiene la tesis de que, al no regular la ley autonómica las delegaciones de voto, debe aplicarse el orden de fuentes y acudir al derecho estatal como derecho supletorio, y en concreto al Estatuto General de la Abogacía, que limita a tres las delegaciones en cada votante, pero tal interpretación supone llevar la regla de la supletoriedad del derecho estatal más allá de su función de colmar las lagunas del ordenamiento jurídico, pues ya hemos visto que la ley de la Comunidad de Madrid remite a la autonomía colegial su auto-organización, sin otras limitaciones que las derivadas de las leyes, sin que pueda confundirse, como hace la parte recurrente, una falta de establecimiento de límites para la delegación del voto por la ley autonómica con una laguna normativa.”

Otra sentencia con fundamentos jurídicos análogos: STS de 5 de octubre de 2011, RCA 3724/2008.

Principio de publicidad. Los Estatutos no son leyes que deban ser publicadas en el BOE ni actos administrativos que obliguen a una concreta notificación. Si, en cambio, es necesaria la publicación en el Diario Oficial del acto administrativo que ordena la inscripción en el Registro de los Estatutos así como el contenido de éstos.

STS de 3 de junio de 2011, Rec. casación 833/2009

“**TERCERO.-** En el segundo motivo de casación se alega la infracción del art. 9.3 de la Constitución Española, el art. 2 del Código Civil, en cuanto a la publicidad de las normas, así como los arts. 57.2 y 58.1 de la Ley 30/92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. A juicio de la parte la disposición final de los estatutos prevé su entrada en vigor al día siguiente de su aprobación por la Asamblea General, sin necesidad de su previa publicación, lo que contraviene las normas indicadas que exigen de la publicidad de las normas para su entrada en vigor. Este hecho fue denunciado en la demanda, limitándose la Sala de instancia a señalar que el hecho de que se remitan a la Generalitat Valenciana para su inscripción no impide que su entrada en vigor se produzca al día siguiente de su aprobación.

(...), ninguna de las normas alegadas en esta casación ha sido infringida pues los Estatutos colegiales ni son leyes que deban ser publicadas en el Boletín Oficial del Estado (art. 2 Cc), ni son tampoco actos administrativos en el sentido expresado en los arts. 57 y 58 de la Ley 30/1992, que obliguen a una concreta

notificación, sin perjuicio de que el acto de la Administración Pública con funciones de control de legalidad ordenando la inscripción de los Estatutos en el Registro correspondiente sí deba ser objeto, junto con el propio contenido de los estatutos, de publicación en el Diario Oficial de la Generalitat Valenciana.

El principio constitucional de publicidad de las normas obliga a que los destinatarios de las mismas tengan oportunidad efectiva de conocerlas mediante un instrumento de difusión general que de fe de su existencia y contenido, pero no obliga a un concreto instrumento de publicidad, que vendrá determinado en cada caso por razón del tipo de disposición de que se trate y de las concretas normas que regulen su difusión, siendo así que en el presente caso la publicidad en el Diario Oficial de la Generalitat Valenciana precisaba de un acto previo de aprobación por parte de esta Administración, como así ha acontecido. Por otra parte, no debe olvidarse que los Colegios Profesionales, si bien se les aplica en muchos casos la legislación administrativa, no son Administraciones Públicas propiamente dichas, por lo que el régimen jurídico de sus actos y disposiciones no coincide necesariamente con el establecido en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, pudiendo ser diferente como se encarga de recordarnos la disposición transitoria primera de esta ley al remitir el régimen de los actos de las Corporaciones de Derecho Público representativas de intereses económicos y profesionales a su legislación específica y sólo subsidiariamente a la Ley 30/1992 en lo que proceda.”

Imposibilidad de restricción de los derechos de participación política de los colegiados por razones económicas.

STS de 3 de junio de 2011, Rec. casación 833/2009

“SÉPTIMO.- (...)

Sobre esta cuestión la doctrina de esta Sala se recoge sustancialmente en las sentencias de 4-2-2004 (recursos 1,2,5,6 y 7/2002), que enjuician directamente los nuevos Estatutos Generales de la Organización Colegial de Enfermería de España aprobados por Real Decreto 1231/2001.

En dichas sentencias y en relación con el régimen de reclamación de cuotas se señala que: *"el Consejo no puede adoptar medidas de autotutela u otras que comporten el uso de potestades exorbitantes para exigir el cumplimiento de sus obligaciones, fuera de las que el ordenamiento jurídico le atribuye"*; y ya en relación con la restricción de los derechos de participación, tras indicar respecto de los preceptos de los Estatutos que la contemplan, que *"la suspensión de los derechos participativos de los colegios en los órganos del Consejo General o en las actividades o servicios que dichos colegios presten en ejercicio de sus funciones, deben ser considerados contrarios a Derecho, en cuanto suponen la privación de los derechos de participación en una corporación de Derecho público a los miembros llamados por la Ley a formar parte de la misma"*, añade:

"Este derecho de participación se desprende de disposiciones estatales de rango legal, como ocurre con el artículo 9.1 de la Ley de Colegios Profesionales, que le atribuye carácter de corporación de Derecho público con funciones en relación con los colegios, del artículo 9.2, que llama a la elección de presidente

a todos los colegios de España y del artículo 6.2, que ordena elaborar los Estatutos generales oyendo a todos los colegios de la profesión."

Es cierto que la jurisprudencia de esta Sala ha puesto de manifiesto que los Colegios Profesionales deben tener en sus manos instrumentos suficientes para hacer efectivo el cumplimiento de las obligaciones por parte de los colegiados que lo integran, pues sin estos instrumentos sería imposible la propia existencia y actividades de la institución. Sin embargo, son posibles otras medidas distintas de la restricción del derecho de participación para lograr la finalidad mencionada."

Estatutos del Colegio. Alcance del concepto de proyecto. Competencias de los biólogos.

STS de 18 de mayo de 2010, Rec. casación 4584/2006

"SEGUNDO.- (...)

Con ello lo que se viene a sostener es que el concepto de "proyecto" a los efectos aquí examinados, no puede reducirse al contenido propio o específico de concretos ámbitos profesionales relativos a obras, contratos, urbanismo, sino que el significado que se da al mismo habitualmente, tanto en el lenguaje común como en el más especializado, es el de la proyección práctica de los conocimientos científicos en los distintos sectores profesionales, industriales y comerciales, que han de tener su base en un programa, plan o proyecto, es decir, no se trata de confrontar un concepto estricto, técnico, propio de la Ingeniería con un concepto común o general, como sostiene la parte recurrente, sino de un único concepto que tiene un alcance más amplio que el que se defiende por la parte y que es de aplicación a los distintos sectores y no de manera exclusiva a alguno de ellos.

Es desde tal consideración que la sentencia de esta Sala entiende que la utilización de la expresión en el Estatuto del Colegio de Biólogos es "perfectamente compatible con la traducción empírica de los conocimientos de un Biólogo", bien entendido que la potestad de proyectar quedará reducida al campo de su propia función, como con toda claridad quiere indicar el propio precepto impugnado, cuando se refiere al visado de proyectos realizados por los Biólogos "en el ejercicio de su profesión".

Entiende la recurrente que tal apreciación resulta afectada por las normas de honorarios, en cuanto definen un concepto de proyecto en sentido técnico, propio de la ingeniería y más allá de las funciones de los Biólogos, que no fueron objeto de valoración en la sentencia de 17 de marzo de 1999, sin embargo, tampoco este planteamiento puede compartirse, pues basta examinar el epígrafe 3.1.1 de dichas normas, que se transcribe por la parte recurrente, para observar que contiene una definición genérica de lo que se entiende por "proyecto", señalando los documentos que lo componen: memoria, planos, pliego de condiciones, presupuesto, sin que en ningún momento se identifique con concretas funciones de los Biólogos, de manera que difícilmente puede deducirse de ello la atribución de unas funciones distintas de las que les atribuye el Estatuto..."

Modificación estatutaria hecha conforme a Estatutos luego anulados es nula. No cabe subsanación por otros Estatutos nuevos.

STS de 15 de junio de 2010, Rec. casación 5921/2006

“**TERCERO.-** El motivo primero no puede prosperar. Está fuera de cuestión que cualquier reforma de una disposición normativa debe llevarse a cabo por el correspondiente procedimiento; y es asimismo pacífico que dicho procedimiento, en algunos supuestos como el que ahora nos ocupa, puede estar regulado por la propia disposición normativa de cuya reforma se trata. Pues bien, de aquí se sigue que la anulación de la disposición normativa comprende la del procedimiento de reforma por ella regulado y, por consiguiente, arrastra consigo las reformas que se hubieran hecho utilizando el mencionado procedimiento de reforma. Por decirlo en términos más generales, toda nueva norma jurídica debe provenir de una fuente válida, entendida ésta como un modo de producción normativa ajustado a derecho; lo que significa que, si la fuente en cuestión resulta invalidada, todas las nuevas normas que hayan dimanado de ella habrán también de reputarse inválidas. No otra cosa es lo que dice la sentencia impugnada en el pasaje arriba transcrito.

Frente a esto no cabe argüir, como hace el recurrente, que el procedimiento de modificación estatutaria tiene "sustantividad propia" con respecto a la primera inscripción de los Estatutos. Ciertamente, se trata de un procedimiento distinto; pero es un procedimiento carente de base normativa desde el momento en que los Estatutos originarios fueron anulados. De aquí que la nulidad de éstos se transmita inevitablemente a sus modificaciones posteriores. No puede decirse que la sentencia impugnada, al reconocerlo así, haya infringido los arts. 64 y 66 LRJ-PAC.”

Estatuto General de Procuradores de España. Modificación estatutaria. Necesidad de que la iniciativa parta del Consejo General de Colegios y no del Ministerio de Justicia. Falta de audiencia de Colegios de Procuradores.

STS de 21 de enero de 2009, Rec. casación 126/2007

“**TERCERO.-** Evidentemente, la tramitación del Real Decreto objeto de impugnación, en contra de lo que se dice en la exposición de motivos del propio Real Decreto recurrido, no surge a iniciativa del Consejo General de Colegios de Procuradores sino que la misma se asume por el Ministerio de Justicia que, con invocación de lo dispuesto para la elaboración de las Disposiciones Generales en el artículo 24 de la Ley del Gobierno, elaboró un primer proyecto que en fecha 30 de mayo de 2005 remitió al Consejo General de los Procuradores con lo que, evidentemente, se incurrió en una actuación contraria a derecho porque, conforme a reiterada doctrina de esta Sala reflejada en la sentencia de 17 de noviembre de 2004, no se trata en el presente caso, cuando de Estatutos o de su modificación de Colegios Profesionales se trata, de una Disposición General fundada directamente en la potestad reglamentaria del poder ejecutivo, sino de la manifestación de una potestad normativa reconocida por Ley a las corporaciones colegiales y, en este caso concreto, a los Consejos Generales de los Colegios, a los que por mandato del artículo 6º de la Ley de Colegios Profesionales compete

la elaboración de los Estatutos Generales, correspondiendo al Gobierno solamente su aprobación, de modo que el criterio orientador primordial sobre el procedimiento a seguir en aquella elaboración no ha de ser el regulado con carácter general para las Disposiciones que se originan en la Administración del Estado, sino que el factor esencial de dicho procedimiento habrá de ser el recogido en la propia Ley reguladora de los Colegios, que en este caso estable como única exigencia que en la elaboración del Estatuto sean oídos los Colegios, asumiendo la iniciativa de elaboración del Estatuto el Consejo General de Colegios.(...)

Mas ello no es suficiente para entender cumplido el requisito de audiencia de los Colegios, vía representación de los Decanos, puesto que del propio texto de dicho artículo 113 arriba transcrito resulta que no todos los Decanos intervienen y forman parte de la Comisión Permanente, que limita la participación de dichos Decanos, pues los mismos no forman parte, con carácter general, de la Comisión Permanente y sí los Presidentes de los Consejos de Colegios de cada Comunidad Autónoma, reservando dicho precepto la intervención de los Decanos, exclusivamente, cuando no exista en la Comunidad Autónoma el Consejo de Colegios...”

4. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.

4.1 DERECHOS FUNDAMENTALES

4.1.1 DERECHO DE HUELGA.

Servicios mínimos en la Administración de Justicia.

STS de 22 de marzo de 2011, Rec. casación 3852/2008

“...La cuestión aquí debatida ha sido ya examinada por la Sala en el Recurso de Casación 2999/2007 interpuesto por la misma parte actora contra la Sentencia nº 160, de 9 de marzo de 2007, Rec. 1400/2005, dictada por la misma Sala y sección de la que ahora se juzga.

Sobre dicha cuestión nuestra Sentencia de diez de noviembre de 2008 dijo lo siguiente:

"SEXTO.- Además, debe ser estimado, con la consiguiente anulación de la Sentencia, al igual que ha de ser estimado el recurso contencioso-administrativo contra la resolución de 23 de mayo de 2005 de la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia, por la que se fijan los servicios mínimos para la huelga convocada entre los días 30 de mayo y 27 de junio de 2005, cuya anulación también se impone.

La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la huelga ha atribuido especial importancia a la motivación por la autoridad encargada de asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad, tanto de los que revisten ese carácter como de las medidas necesarias para

garantizarlos, en particular, la determinación del personal llamado a prestarlos. Sobre el primer aspecto, la naturaleza esencial del servicio, sabemos que no es preciso que el interés que se quiera salvaguardar sea de carácter vital, pues basta con que esté vinculado a la garantía de derechos fundamentales o libertades públicas o a la de otros bienes constitucionalmente protegidos. Derechos, libertades y bienes, sobre todo, de las personas, como nos recuerdan sus Sentencias 183, 184, 191 y 193/2006.

Pues bien, en este caso, la calificación como esenciales de estos servicios [recordémoslos: (1) las actuaciones del Registro Civil; (2) las de registro de documentos; (3) aquellas en las que el vencimiento de plazos supusiera pérdida de derechos o perjuicios para los afectados; (4) las relativas a medidas cautelares o provisionales; (5) el servicio de guardia en Juzgados y Fiscalías; (6) los juicios orales en causas con preso; (7) y los servicios comunes de registro y reparto, notificaciones y embargos], no viene acompañada de la necesaria motivación pues la resolución de la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia se limita a decir que "se deben considerar esenciales aquellos servicios que ineludiblemente han de estar en funcionamiento en cualquier situación para garantizar el servicio público" y pasa a tener por tales los anteriores.

Ahora bien, dejando al margen las guardias y los juicios orales de causas con preso y las medidas cautelares o provisionales, en los demás casos no se advierte con la claridad que da por supuesta la resolución esa naturaleza esencial. En efecto, en todas las actividades que se interrumpen en festivos o fuera del horario establecido parece necesaria alguna explicación más detallada para afirmar que han de garantizarse en su totalidad cuando tenga lugar una huelga del personal al servicio de la Administración de Justicia. Explicación que debe ofrecer los criterios en virtud de los cuales, a partir de las premisas sentadas por el Tribunal Constitucional, se llega a identificar como esenciales unos servicios, tal como hemos dicho en nuestras Sentencia de 15 de enero (casación 7145/2002) y en las dos de 17 de diciembre de 2007 (casación 2707 y 11100/2004).

SÉPTIMO.- Tampoco se razona el criterio que lleva a fijar en un número de entre tres y uno, o en el 30%, el de funcionarios que, según los órganos judiciales o de la Administración de Justicia de que se trate, deben mantener los servicios.

En este punto, la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta Sala --que resumimos entre otras en la Sentencia de 17 de septiembre de 2007 (casación 4509/2003)-- vienen exigiendo reiteradamente que las resoluciones que señalen los servicios mínimos, para que puedan ser consideradas debidamente motivadas, han de incluir, en relación con las concretas y singulares características y circunstancias de la convocatoria de huelga de que se trate, los criterios que les llevan a fijar en un determinado número o porcentaje tales servicios y no en otros distintos. Pues bien, en este punto, la carencia es absoluta.

Dejando, de nuevo, al margen las guardias, no sabemos por qué han de ser, precisamente, un funcionario de los cuerpos de Gestión, Tramitación y Auxilio, los que se ven afectados por los servicios mínimos en Salas y Secciones o en Juzgados o en los órganos de la Fiscalía. O solamente dos de ellos o uno. Ni por qué se fija en el 30%, exactamente, el porcentaje de forenses y facultativos. En definitiva, falta la imprescindible motivación a partir de la cual se puede juzgar si son o no proporcionados o abusivos los concretos servicios que se han impuesto.

Por tanto, de conformidad con los criterios que venimos manteniendo de manera reiterada a este respecto, procede acoger el motivo con las consecuencias jurídicas que antes hemos anunciado."

Con arreglo a lo expuesto procede estimar el presente recurso de casación, con la consiguiente anulación de la sentencia, y el recurso contencioso-administrativo contra la resolución de 19 de abril de 2005 de la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia, por la que se fijan los servicios mínimos para la huelga convocada para los días 26 y 27 de abril de 2005, cuya anulación también se impone."

Otra sentencia con fundamentos jurídicos análogos: STS de 1 de octubre de 2010, RCA 4117/07.

4.1.2 OBJECCIÓN DE CONCIENCIA:

Matrimonios no heterosexuales. Secretario Judicial Registro Civil. Inexistencia de un derecho general a la objeción de conciencia.

STS de 20 de febrero de 2012, Rec. casación 487/2009

“TERCERO.- (...)

...procedería el rechazo del argumento de los recurrentes, aun cuando prescindiéramos de los defectos en que incurre el proceso, teniendo en cuenta la jurisprudencia de esta Sala contenida en las sentencias de 11 de febrero de 2009, dictadas en los recursos 905, 948, 949 y 1013, todos ellos del año 2008, así como en la más reciente de 11 de mayo de 2009, recaída en el recurso 69/2007, donde ya recogimos la doctrina de esta Sala en Pleno contraria a los argumentos de la recurrente, enjuiciándose precisamente en la última de las citadas, la inexistencia del derecho a la objeción de conciencia alegado por el Juez encargado de un Registro Civil.

Como en esta sentencia de 11 de mayo de 2009 se afirma, <<esos otros pronunciamientos jurisdiccionales recuerdan que el único supuesto en el que la Constitución contempla la objeción de conciencia frente a la exigencia del cumplimiento de un deber público es el previsto en su artículo 30.2 y constatan que la doctrina del Tribunal Constitucional solamente ha admitido, fuera de ese caso, el derecho a objetar por motivos de conciencia del personal sanitario que ha de intervenir en la práctica del aborto en las modalidades en que fue

despenalizado (sentencia 53/1985). Admiten, también, que nada impide al legislador ordinario, siempre que respete las exigencias derivadas del principio de igualdad ante la ley, reconocer la posibilidad de dispensa por razones de conciencia de determinados deberes jurídicos. No obstante, precisan que, en tal caso, se trataría de un derecho a la objeción de conciencia de rango puramente legislativo --no constitucional-- y, por consiguiente, derivado de la libertad de configuración del ordenamiento de que dispone el legislador democrático, el cual podría crearlo, modificarlo o suprimirlo según lo estimase oportuno.

Por lo demás, no aceptan que de la Constitución surja un derecho a la objeción de conciencia de alcance general, que no podría ser ignorado por el legislador. En particular, rechazan que derive del artículo 16 de la Constitución. Es decir, que la libertad religiosa e ideológica garantice, no sólo el derecho a tener o no tener las creencias que cada uno estime convenientes, sino también el derecho a comportarse en todas las circunstancias de la vida con arreglo a las propias creencias. Se apoya la Sala en dos órdenes de razones para mantener esa posición.

En primer lugar, explican las sentencias, una interpretación sistemática del texto constitucional no conduce en absoluto a esa conclusión. Incluso, pasando por alto que la previsión expresa de un derecho a la objeción de conciencia al servicio militar en el artículo 30.2 no tendría mucho sentido si existiese un derecho a la objeción de conciencia de alcance general dimanante del artículo 16, observan que el tenor de este último precepto constitucional dista de abonar la tesis de que la libertad religiosa e ideológica comprende el derecho a comportarse siempre y en todos los casos con arreglo a las propias creencias. En efecto, afirman, la libertad religiosa e ideológica no sólo encuentra un límite en la necesaria compatibilidad con los demás derechos y bienes constitucionalmente garantizados, que es algo común a prácticamente todos los derechos fundamentales, sino que topa con un límite específico y expresamente establecido en el artículo 16.1 de la Constitución: "el mantenimiento del orden público protegido por la ley". Pues bien, independientemente de la mayor o menor extensión que se dé a la noción de orden público, las sentencias consideran claro que ésta se refiere, por definición, a conductas externas reales y perceptibles. Ello pone de manifiesto para la Sala que el constituyente nunca pensó que las personas puedan comportarse siempre según sus propias creencias, sino que tal posibilidad termina, cuanto menos, allí donde comienza el orden público.

En segundo lugar, en contraposición a la dudosa existencia en la Constitución de un derecho a comportarse en todas las circunstancias con arreglo a las propias creencias, dicen las sentencias que se alza el mandato inequívoco y, desde luego, de alcance general de su artículo 9.1: "Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico". Este es --subrayan-- un mandato incondicionado de obediencia al Derecho. Derecho que, además, en nuestra Constitución es el elaborado por procedimientos democráticos. A ello añaden que el reconocimiento de un derecho a la objeción de conciencia de alcance general a partir del artículo 16, equivaldría en la práctica a que la eficacia de las normas

jurídicas dependiera de su conformidad con cada conciencia individual, lo que supondría socavar los fundamentos mismos del Estado democrático de Derecho.

Una vez sentado que el artículo 16 de la Constitución no permite afirmar un derecho a la objeción de conciencia de alcance general, el Pleno de la Sala pasa a verificar si podría encontrar fundamento en la jurisprudencia o en algún instrumento internacional, concluyendo que, la jurisprudencia Constitucional no ofrece base para afirmar la existencia de un derecho a la objeción de conciencia de alcance general. Y, por lo que se refiere a instrumentos internacionales que satisfagan las características exigidas por el artículo 10.2 de la Constitución para ser guía de la interpretación en materia de derechos fundamentales, indican que el único que puede traerse a colación es el artículo 10.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que dispone:

"Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio".

Reconoce la Sala que este precepto no limita el derecho a la objeción de conciencia a un ámbito material determinado. Y llega a aceptar que, tras la mención específica a la Carta en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación del Tratado de Lisboa, aquélla debe ya ser utilizada como canon interpretativo. Ahora bien, subraya que la propia Carta circunscribe su eficacia a aquellos supuestos en que los Estados apliquen Derecho de la Unión Europea, lo que claramente no ocurre en el caso ahora examinado. Además, advierte que el artículo 10.2 de la Carta requiere expresamente una interpositio legislatoris para desplegar sus efectos, por lo que no admite un derecho a la objeción de conciencia en ausencia de ley que lo regule....>>"

5. EXTRADICIÓN

Acuerdo del Consejo de Ministros disponiendo la continuación de procedimiento en vía judicial. Alcance del Acuerdo. No supone decisión sobre concurrencia de requisitos del art. 2-5 de la LEPA que corresponde al órgano judicial.

STS de 2 de marzo de 2010, Recurso Casación 255/09

“SEGUNDO.- El acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de febrero de 2008, objeto de impugnación, se limita a acordar la continuación del procedimiento de extradición solicitada por las autoridades de Estados Unidos, de acuerdo y asumiendo la propuesta del Ministerio de Justicia, en la que se indica la iniciación con fecha 22-1-2008 por vía diplomática, la persona reclamada, la documentación acompañada con la solicitud (orden de arresto, relato de hechos, textos legales aplicables, datos de identificación), los hechos que fundamentan la solicitud de extradición, su tipificación en la legislación del Estado requirente y en el Código Penal español y la fundamentación jurídica.

Se trata, por lo tanto, de la decisión del Gobierno, favorable a la continuación del procedimiento de extradición solicitada por vía diplomática, que se regula en el art. 9 de la Ley 4/1985, de Extradición Pasiva, adoptada a propuesta del Ministerio de Justicia, que constituye la fase inicial de ese complejo procedimiento de extradición, que se sustancia seguidamente en vía jurisdiccional, en la que se resuelve sobre la concurrencia de los requisitos jurídicos exigidos legalmente para dar lugar a la extradición, establecidos en los arts. 2 a 5 de LEP, siguiendo el procedimiento establecido en los arts. 12 y siguientes de la misma, resolviendo por auto que es susceptible de recurso ante el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (art. 15) y que, en el caso de ser contrario a la extradición, no podrá concederse la misma, mientras que siendo favorable a la extradición, no es vinculante para el Gobierno, que podrá denegarla en el ejercicio de la soberanía nacional según dispone el art. 6 de la Ley, abriéndose tras dicho auto judicial esta última fase gubernativa del procedimiento.

Pues bien, desde este planeamiento, debe rechazarse, en primer lugar, la inadmisibilidad del recurso que se alega por el Abogado del Estado, pues, como ya dijimos en sentencia de 29 de enero de 2004, con cita de la de 24 de junio de 2003, *"El citado acuerdo por el que se decide por el Gobierno continuar la extradición tiene indudables efectos, culminando esta primera fase del procedimiento complejo y originando, si fuere denegatorio de la continuación, la notificación al Juez, si el reclamado estuviera en prisión, para que acuerde su libertad y abriendo, de acordarse la continuación del procedimiento en vía judicial, la segunda fase procedimental ya ante el Juzgado Central de Instrucción y, como dispone el artículo 11 de la Ley, si el reclamado no estuviera en prisión, el Ministerio de Justicia oficiará también al Ministerio del Interior para que se practique la detección, se redacte el oportuno atestado y en plazo de 24 horas siguiente se ponga al detenido, con los documentos, efectos o dinero que le hubieran sido ocupados a disposición de la misma autoridad judicial.*

Es, por tanto, la decisión objeto del recurso un acto con propia sustantividad, como ya hemos sostenido en Sentencia de 24 de junio de 2003 antes citada, en cuanto que en él se valoran las circunstancias concurrentes en la petición formulada por el Estado requirente, y se decide continuar el procedimiento de extradición pasiva que la Ley prevé, o en otro caso, se deniega poniéndolo en conocimiento del Estado requirente, y en ambos supuestos con los efectos que antes hemos indicado respecto a la situación personal del reclamado".

TERCERO.- Tampoco pueden compartirse las alegaciones de la demanda que sirven de fundamento a las pretensiones del recurrente...

(...) pues con ello la parte viene a equiparar la valoración de las circunstancias establecidas en los arts. 2 a 5 de la LEP que corresponde efectuar en fase jurisdiccional y sujeta al control judicial, con la sola valoración administrativa a efectos de dar curso a la extradición solicitada. En el primer caso se trata de una decisión judicial sujeta al correspondiente procedimiento contradictorio, cuyo pronunciamiento goza del valor decisorio propio de las resoluciones judiciales en cuanto a la concurrencia de los requisitos en cuestión,

mientras que en el segundo caso se trata de una decisión administrativa, con los efectos que antes se han indicado para la continuación del procedimiento, a la vista de los requisitos establecidos en los referidos arts. 2 a 5 de la Ley, pero sin que ello suponga una resolución administrativa sobre la concurrencia de los mismos ni menos aún vincule o condicione la valoración que corresponde efectuar al órgano jurisdiccional, el cual decide de forma originaria sobre la concurrencia de los requisitos en cuestión y no revisando la apreciación que haya podido llevar a cabo la Administración en la fase inicial del procedimiento.(...)

Menos trascendencia tiene la invocación de la equiparación del nacional alemán al nacional español en relación con el acuerdo impugnado, pues, a las razones ya expuestas antes, ha de añadirse la específica previsión del art. 3.1 de la Ley 4/1985, según el cual: "La cualidad de nacional será apreciada por el Tribunal competente para conocer de la extradición en el momento de la decisión de la misma, ...", de manera que carece de virtualidad atribuir al acuerdo impugnado la falta de una decisión acertada sobre la cualidad de nacional o equiparación a la misma que no corresponde efectuar a la Administración en dicho acto. Por las mismas razones y no siendo determinante para la decisión sobre la legalidad de dicho acuerdo, carece de sentido el planteamiento de una cuestión prejudicial "sobre si el art. 14.2 y concordantes, que garantizan la libre circulación de personas, permite la apertura de un proceso judicial de extradición a un país tercero de un ciudadano comunitario por parte de un Estado miembro del cual el extraditado no es nacional, en los casos en los que el Estado del que es nacional el extraditable prohíbe expresamente la extradición de sus nacionales", pues, aparte de que en el mejor de los casos la cuestión habría de plantearse sobre la procedencia de la decisión de extradición, que es el presupuesto legal planteado, y no la posibilidad de abrir procedimiento judicial para su determinación, el acuerdo impugnado no contiene decisión al respecto ni es propia del mismo, como se ha indicado repetidamente".

Otras Sentencias con fundamentos jurídicos análogos: STS de 24 de octubre de 2012, RCA 533/2011; STS de 22 de octubre de 2012, RCA 620/2011; STS 15 de octubre de 2012, RCA 618/2011.

Tercera fase del procedimiento de extradición. Denegación. Supuestos en que procede.

STS de 27 de enero de 2010, Rec. Casación 316/2009

“TERCERO.- (...)

En el examen de dicha alegación ha de partirse de la consideración de la naturaleza del procedimiento de extradición, recogida en la jurisprudencia de esta Sala y de la que es exponente la sentencia que el Sr. Abogado del Estado menciona de 4 de marzo de 2009, conforme a la cual <<el procedimiento de extradición como reiteradamente ha sido admitido por la jurisprudencia de esta Sala, así sentencia de 22 de Noviembre de 2002, 20 de Enero de 2003 y 7 de Noviembre de 2006, es un procedimiento mixto, de naturaleza administrativa y judicial, en el que se pueden distinguir tres fases: dos gubernativas, la primera y la última, estando en medio la decisiva fase judicial. Estas tres fases están

perfectamente delimitadas por la Ley, siendo por otro lado totalmente independientes aunque se subsigan unas y otras.

La primera de las mentadas fases, regulada en los arts. 7 a 11 de la Ley 4/85, de 21 de Marzo, de Extradición Pasiva, tiene la finalidad de iniciar el procedimiento de extradición, ante las solicitudes deducidas por el país extranjero que corresponda y de decidir si ha lugar o no, a continuar el procedimiento en vía judicial sobre la base de los arts. 2 a 5 de igual texto legal.

La segunda, es la fase judicial, prevista en los arts. 12 a 18 de la Ley 4/85, en esta fase, como recuerda también esta Sala en las sentencias arriba reseñadas, "no se decide acerca de la hipotética culpabilidad o inocencia del sujeto reclamado, ni se realiza un pronunciamiento condenatorio, sino simplemente se verifica el cumplimiento de los requisitos y garantías previstos en las normas para acordar la entrega del sujeto afectado".

La tercera fase, en la que nos encontramos, está contemplada en el art. 18 en relación al art. 6 de la Ley de Extradición Pasiva, se concreta a la actuación del Gobierno decidiendo la entrega física de la persona reclamada o a la denegación de la extradición, una vez que se le ha comunicado el auto del Tribunal declarando procedente la extradición. Esta denegación, sin embargo, se limita a los supuestos específicamente previstos en el párrafo segundo del citado art. 6 de la Ley 4/85, esto es:

- "Atendiendo al principio de reciprocidad".

- o a razones de seguridad, orden público o demás intereses esenciales para España"-(...)

Lo anteriormente expuesto demuestra que la decisión sobre si resulta procedente la extradición, desde una perspectiva de legalidad corresponde al Poder Judicial, y dentro de éste a la específica competencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

La actuación posterior y última del Gobierno, es un típico acto de soberanía propio del Poder Ejecutivo, para cuya efectividad ha fijado el art. 6º de la Ley 4/1985, unos criterios que, desde luego no se refiere al control de la legalidad de la extradición, sobre la que anteriormente ha decidido la Sala Penal de la Audiencia Nacional.>>

Como sigue exponiendo el Sr. Abogado del Estado, en el presente recurso se denuncia una infracción por omisión del artículo 6 de la Ley de Extradición Pasiva manteniendo que el Gobierno debiera haber denegado la extradición autorizada por la Audiencia Nacional, y en definitiva, que el mismo debió de hacer uso de la facultad de carácter excepcional que el citado precepto le atribuye, con lo que se está pidiendo a esta Sala que sustituye al Gobierno en el ejercicio de un típico acto de soberanía, que excede evidentemente de su jurisdicción, soberanía que expresamente menciona el artículo 6 de la citada Ley cuando dispone que la resolución del Tribunal declarando procedente la extradición no será vinculante para el Gobierno que podrá denegarla en el ejercicio de la soberanía nacional, atendiendo al principio de reciprocidad o razones de seguridad, orden público o demás intereses esenciales para España.

Constituye, por tanto, dicha cesión, en esencia, una decisión de carácter político excluida de control jurisdiccional en cuanto al fondo y respecto de la cual solamente cabe el control por la jurisdicción de los elementos reglados de la misma a los que el recurso ni siquiera hace referencia.

Por otro lado, y como también expresa el Sr. Abogado del Estado, ha de recalarse que el Gobierno no ha decidido sobre la extradición sino que, al contrario, sobre su ejecución, no utilizando las facultades excepcionales que le atribuye el precepto antes citado, al apreciar, en un acto de soberanía, que no concurrían los supuestos que a título de excepción permiten dicha decisión, de lo que resulta que no se ha producido tampoco vulneración ni del Convenio de extradición entre España y el reino de Marruecos de 30 de mayo de 1997, vigente en el momento en que se dicta el acto impugnado, reiterado por el de 24 de junio de 2009, publicado en el Boletín Oficial del Estado de 2 de octubre, en que "ambas partes contratantes se comprometen a entregarse recíprocamente, de conformidad con las normas y en las condiciones previstas en el presente Convenio, a las personas que se encuentran en territorio de uno de los dos Estados y sean procesadas o condenadas por las autoridades judiciales del otro Estado".

Otras Sentencias con fundamentos jurídicos análogos: STS de 13 de mayo de 2011, RCA 142/2010.

Concurrencia de solicitud de extradición y Orden Europea de detención y entrega.

STS de 23 de febrero de 2010, Rec. Casación 252/2009

“TERCERO.- (...)

Se desprende de tal precepto el distinto planteamiento, formal y material, establecido para la resolución de los supuestos de concurrencia de varias órdenes europeas de detención y entrega o de una orden europea y un procedimiento de extradición. En el primer caso, la decisión sobre la prioridad entre distintas órdenes europeas de detención y entrega corresponde a la autoridad judicial de ejecución española, en congruencia con la naturaleza y finalidad de este procedimiento, que se refleja en la exposición de motivos de la Ley 3/2003, cuando señala que "este procedimiento se articula en torno a un modelo de resolución judicial unificado a escala de la Unión", añadiendo, que se configura "como un procedimiento puramente judicial, sin apenas intervención del ejecutivo. Esta previsión tiene todo el sentido si se tiene en cuenta que, en el espacio en el que opera el principio de reconocimiento mutuo, que es un espacio de confianza recíproca, proceder a una verificación de la situación política del Estado emisor de la orden europea no parece tener ya mucho sentido. Puesto que desaparece del procedimiento el margen para la apreciación discrecional de la conveniencia a los intereses del Estado, la aplicación de las previsiones de la orden europea puede atribuirse como competencia judicial exclusiva". Por otra parte, en propio precepto señala que la autoridad judicial habrá de tener en cuenta para decidir, todas las circunstancias y en particular, las que se enuncian en el mismo, sin que se establezca un régimen tasado de prioridad sino que responde a una valoración lógica y fundada de todas ellas.

A diferencia de ello, cuando se trata de la concurrencia de una orden europea de detención y entrega y una solicitud de extradición, la decisión sobre prioridad corresponde al Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de Justicia, limitándose la intervención de la autoridad judicial de ejecución española a suspender el procedimiento y remitir toda la documentación a la Autoridad Central (Ministerio de Justicia). Desde el punto de vista sustantivo, la decisión ha de tomar en consideración igualmente todas las circunstancias, pero se particularizan no solamente las previstas en el apartado 1 del precepto, antes vistas, sino también las mencionadas en el convenio o acuerdo aplicable, además de que tal trámite se rige por lo dispuesto en la Ley de Extradición Pasiva, cuyo art. 16 señala que en el caso de solicitud de extradición por varios Estados, "se decidirá sobre aquélla por el Gobierno y en su caso la entrega del reclamado, teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes y, especialmente, la existencia o no de Tratado, la gravedad relativa y lugar de la comisión del delito, fechas de las respectivas solicitudes, nacionalidad de la persona reclamada y posibilidad de una ulterior extradición a otro Estado".

En estas circunstancias no pueden compartirse las alegaciones que se formulan en la demanda como fundamento de sus pretensiones...".

6. FUNDACIONES Y ASOCIACIONES

6.1 FUNDACIONES.

Actos del protectorado. Excepciones a la regla de silencio positivo.

STS de 17 de febrero de 2009, Rec. casación 910/2005

“TERCERO.- (...)

Tampoco este motivo de casación puede prosperar por las siguientes razones:

En primer lugar, cuestiona la recurrente que las previsiones del art. 37 de la Ley 12/1994, de 17 de junio del Parlamento Vasco, de Fundaciones del País Vasco, constituya, como ha admitido la Sala de instancia, una salvedad a la regla general de silencio positivo establecida en el art. 43.2 de la Ley 30/92, sin embargo, su planteamiento no puede compartirse, pues el referido art. 37 se incluye en el Capítulo VII de la Ley 12/1994, que bajo el título "DEL PROTECTORADO Y DEL REGISTRO DE FUNDACIONES", que contempla en el art. 36 el Protectorado como órgano administrativo de asesoramiento, apoyo técnico y control de las fundaciones, determinando sus funciones, entre las que se incluye la llevanza del registro de Fundaciones, y en este contexto, el art. 37, bajo la enunciación de "Actos presuntos", que alude genéricamente a los actos de tal naturaleza del Protectorado, distingue entre "la autorización para el supuesto de la autocontratación, previsto en el art. 14 de la presente ley", que se entiende otorgada por silencio una vez transcurrido el plazo de tres meses, número 1 del precepto, y "los restantes casos en los que se solicite la autorización o aprobación del Protectorado", a los que se refiere el número 2, en

los que "siempre que no haya recaído resolución expresa en el plazo arriba mencionado, se entenderá desestimada la solicitud formulada", con lo que se está refiriendo genéricamente a la respuesta respecto de las demás solicitudes de las que debe conocer el protectorado en el ejercicio de sus funciones, entre las que se encuentra la inscripción en el registro cuya llevanza corresponde al Protectorado, que se ejerce por la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco, a través del Departamento de Justicia, y que puede denegarse en los términos previstos en el art. 5.3 de la misma.

No resulta por lo tanto incierta la regulación del silencio en relación con los actos del Protectorado y, por el contrario, resulta justificada la interpretación y aplicación de la ley efectuada por la Sala de instancia, al considerar que el art. 37 de la Ley de Fundaciones del País Vasco, establece una salvedad a la regla general del silencio positivo en los términos que contempla el art. 43.2 de la Ley 30/92, por lo que en el caso de autos opera el silencio negativo”.

Actividades de la Fundación. Autonomía universitaria.

STS de 17 de febrero de 2009, Rec. casación 910/2005

“TERCERO.- (...)

Tales preceptos estatutarios ponen de manifiesto de forma clara y explícita el objetivo o finalidad principal docente para el que se constituye la Fundación que se pretende inscribir, cuyo alcance se refleja en los informes técnicos que figuran en el expediente en relación con el primer programa de actuación fundacional, señalando que la Fundación objeto de inscripción va a llevar a cabo la impartición de clases prácticas correspondientes a asignaturas del Plan de estudios de la titulación de Odontología, clases que conllevan unos créditos necesarios (103) para la obtención del título de Licenciado en Odontología, título oficial y de validez en todo el territorio, por lo que su impartición ha de llevarse a cabo por la propia Universidad a través de las correspondientes Facultades y Departamentos. Todo ello justifica la apreciación de la Sala de instancia, con invocación de la sentencia del Tribunal Constitucional 55/1989 que reproduce, en el sentido de que la pretensión de la parte no resulta amparada en "la creación de estructuras específicas que actúen como soporte de la investigación y de la docencia" a que se refiere el art. 2.2.c) de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, en cuanto la actividad de la Fundación incluye las que son propias de la Universidad para la obtención de títulos universitarios oficiales según resulta de lo dispuesto en el Ley Orgánica 6/2001, y en definitiva justifica la denegación de la inscripción de acuerdo con los arts. 3.1 y 5.3 de la Ley de Fundaciones del País Vasco.

A tal efecto no está demás indicar la delimitación del alcance de la autonomía universitaria según la doctrina del Tribunal Constitucional, que se recoge en la sentencia 47/2005, de 3 de marzo, según la cual, "*La autonomía universitaria -cubierta por la garantía institucional establecida en el art. 27.10 CE, de carácter instrumental respecto de derechos fundamentales de terceros (los titulares de las diversas vertientes de la libertad académica)- garantiza, pues, el ejercicio libre de injerencias externas de las funciones que se encomiendan a la Universidad. Y esta concepción instrumental es importante*

para determinar el contenido de la autonomía universitaria. Al menos de forma negativa puede afirmarse que las medidas que de ninguna manera puedan afectar a los derechos fundamentales que se protegen por la autonomía universitaria, tampoco pueden afectar a ésta. Y la determinación de la estructura básica organizativa sobre la que aquel libre funcionamiento se proyecta no forma parte -salvo lo previsto legalmente para los Departamentos, arts. 8.4 LRU y 9.2 LOU- del contenido del ámbito de libre y autónoma decisión entregado a la Universidad, sino que constituye, más bien, el presupuesto orgánico necesario que identifica y define el sujeto al que se garantiza el funcionamiento autónomo. En el Derecho vigente, la existencia y la estructura básica inicial de la Universidad pública descansan sobre un acto jurídico-público que se adopta en forma de ley -arts. 5.1 LRU y 4.1 LOU-, que puede ser modificado o sustituido por otro de contrario imperio, adoptado en la misma forma, que altere aquella estructura, sin que por ello se vea afectada la autonomía universitaria. El art. 27.10 no asegura frente al Estado o la Comunidad Autónoma el mantenimiento intacto de una determinada estructura organizativa básica universitaria, salvo lo previsto para la creación, modificación y supresión de Departamentos, que corresponde a la Universidad respectiva, como se ha dicho.

En este contexto, ha declarado este Tribunal, cuando resolvió sobre las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas con relación a la Ley 5/1989, del Parlamento de Canarias, de Reorganización Universitaria de Canarias, que "la autonomía universitaria no incluye el derecho de las Universidades a contar con unos u otros concretos centros, imposibilitando o condicionando así las decisiones que al Estado o a las Comunidades Autónomas corresponde adoptar en orden a la determinación y organización del sistema universitario en su conjunto y en cada caso singularizado, pues dicha autonomía se proyecta internamente, y ello aun con ciertos límites, en la autoorganización de los medios de que dispongan las Universidades para cumplir y desarrollar las funciones que, al servicio de la sociedad, les han sido asignadas o, dicho en otros términos, la autonomía de las Universidades no atribuye a éstas una especie de "patrimonio intelectual", resultante del número de centros, profesores y alumnos que, en un momento determinado, puedan formar parte de las mismas, ya que su autonomía no está más que al servicio de la libertad académica en el ejercicio de la docencia e investigación, que necesariamente tiene que desarrollarse en el marco de las efectivas disponibilidades personales y materiales con que pueda contar cada Universidad, marco éste que, en última instancia, viene determinado por la pertinentes decisiones que, en ejercicio de las competencias en materia de enseñanzas universitarias, corresponde adoptar al Estado o, en su caso, a las Comunidades Autónomas"(STC 106/1990, FJ 7)."

6.2 REGISTRO DE ENTIDADES RELIGIOSAS:

Carácter asociativo. Alcance del control de Registro.

STS de 28 de septiembre de 2010, Rec. casación 596/2007

“TERCERO.- (...)

A la vista de tales razonamientos no puede sostenerse con éxito que la sentencia rechaza de manera absoluta la posibilidad de denegación de la inscripción en el Registro de Entidades Religiosas si la entidad que lo solicita no reviste la forma jurídica exigida al efecto o, en otras palabras, que la entidad asociativa que solicita su inscripción en su condición de tal no tiene realmente tal condición. Por el contrario, lo que señala la Sala de instancia en primer lugar, es que el art. 22.1 de la Constitución reconoce el derecho de asociación sin referencia material alguna, proyectándose sobre la totalidad del fenómeno asociativo en sus diversas manifestaciones y modalidades, sin limitaciones al mismo salvo lo dispuesto en el Ley orgánica correspondiente, y es en tal sentido en el que la Sala mantiene con acierto, que la Administración carece de facultades que pudieran entrañar un control material sobre la asociación "in fieri" o rechazar como ente asociativo aquel que cumpla con los requisitos legalmente establecidos de constitución. No en vano se cita por la propia Sala la STC 85/1986, que a propósito de la inscripción de los partidos políticos en relación con el art. 22 de la Constitución, señala que *"del mismo se deduce con toda claridad la función de mera publicidad del Registro de Asociaciones, y que tal Registro no puede controlar materialmente y decidir sobre la "legalización" o "reconocimiento" de las asociaciones y, en particular, de los partidos políticos. Del contexto del propio precepto se deriva, además, que los instrumentos para garantizar que los partidos se ajusten a la idea que de éstos tiene la Constitución en cuanto a su sujeción al orden constitucional, su respeto de la legalidad, su estructura democrática y los demás requisitos generales que se exigen a todas las asociaciones, han de centrarse fundamentalmente en el momento de la actuación de éstos y por medio de un control judicial. Se trata además y, en todo caso, de límites marginales que parten de, y presuponen una amplísima libertad de constitución y de actuación de los partidos políticos."*

Y es desde este planteamiento, que la Sala de instancia tras examinar la constitución del Seminario Teológico UEB como entidad asociativa, su dependencia, objetivos, fines, órganos de gobierno, miembros de la asociación, reitera que la Administración en el control derivado de la inscripción en el Registro de Entidades Religiosas del cumplimiento de tales extremos, no puede entrar en la calificación de tal ente asociativo, de conformidad con el alcance normativo de tal control, puesto en relación con el art. 22 de la Constitución y los demás preceptos específicos ya citados, en la interpretación dada por este Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional.

Por otra parte, reducir los objetivos de la entidad a la condición de un "Seminario típico en el que la finalidad es impartir docencia a los asistentes previo pago de tal servicio", supone desconocer sus objetivos y fines, que se reflejan en los Estatutos y que en síntesis son los siguientes: la colaboración con las iglesias de la UEBE y con las entidades religiosas evangélicas a la predicación del evangelio; promover y desarrollar la enseñanza y formación teológica a nivel académico; organizar y desarrollar todo tipo de actividades religiosas, cúlteras, recreativas, culturales, deportivas, lúdicas, docentes, de promoción, asistencia o protección a la infancia y la juventud, la asistencia a la tercera edad, y a los sectores marginales de la sociedad; fomentar la formación teológica evangélica, la comunión cristiana, la unidad fraternal y la comunicación y colaboración entre las iglesias que forman la UEBE y entidades

evangélicas en general. Finalmente, la propia descripción de tales objetivos y fines pone de manifiesto la vocación de incidencia y participación en la vida social de tal entidad, desvirtuando la afirmación en contrario en que se sustenta el segundo motivo de casación.”

7. NORMAS

7.1 DECRETOS LEGISLATIVOS

Ley de Sociedades de Capital. Texto Refundido, exceso de delegación. Competencia jurisdiccional.

STS de 28 de marzo de 2012, Rec. casación 387/2010

SÉPTIMO.- Según los términos que ya expusimos de este debate procesal, el Gobierno ha refundido en la Ley de Sociedades de Capital una norma -la contenida en el art. 515- que no estaba vigente cuando recibió la autorización de las Cortes Generales para la refundición de determinados cuerpos legislativos por no haber sido aún aprobada. La norma no existía en ese momento. No solo no estaba vigente sino que ni siquiera existía. Además, cuando el Gobierno materializó ese mandato de refundición mediante la aprobación del Decreto Legislativo, la norma tampoco estaba propiamente vigente pues se había decretado respecto de la misma una dilatada *vacatio legis* que llegaba hasta el 1 de julio de 2011.

Sobre esta base de falta de vigencia de la norma refundida en el momento del mandato y en el momento de la refundición sustenta la actora su tesis de *ultra vires*.

Examinada la sucesión de normas, con sus vigencias y derogaciones, es preciso reconocer que no ofrece ninguna duda la inexistencia de la norma contenida en el actual art. 515 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital en el momento de autorizarse por las Cortes la refundición. La habilitación refundidora al Gobierno en esta materia se produce con la Disposición Adicional Séptima de la Ley 3/2009, que entró en vigor el 4 de julio de 2009, y en ese momento eran lícitas las cláusulas estatutarias de las sociedades cotizadas que establecían límites a los derechos políticos de los accionistas. No es hasta la Ley 12/2010, que fue publicada en el Boletín Oficial del Estado el día uno de julio de 2010, cuando se declaran prohibidas y nulas de pleno derecho esas cláusulas, por tanto con posterioridad al inicio de la delegación legislativa.

Más peliaguda resulta la cuestión de la vigencia de esta norma en el momento en el que se concreta la refundición mediante la aprobación del Decreto Legislativo. Efectivamente, cuando se promulga y publica el Real Decreto Legislativo 1/2010, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, el 2 de julio de 2010, la norma anterior había sido aprobada y publicada pero aún no había entrado en vigor por haberse demorado su vigencia hasta el día 1 de julio de 2011, prácticamente un año después de la refundición. Es decir, la

norma relativa a la invalidez de las cláusulas estatutarias limitativas de derechos políticos en las sociedades cotizadas había sido ya aprobada por las Cortes Generales (art. 90 CE), sancionada y promulgada por el Rey, así como publicada (art. 91 CE), pero su eficacia, su vigencia, había quedado demorada por la *vacatio legis* de un año. Así, la norma ya existía, gozaba de positividad y validez y estaba incorporada al ordenamiento jurídico pero sus mandatos, tanto el material como el derogatorio, aún no estaban vigentes.

OCTAVO.- Podemos afirmar que la autorización de refundición de determinados cuerpos legales o materias no se limita, salvo que se diga otra cosa en la Ley de delegación, a aquellas normas que estén vigentes en el momento de autorizarse la delegación.

Esto es así por varias razones:

En primer lugar, porque esta interpretación responde a la lógica de la legislación delegada en el caso de los textos refundidos y a la finalidad que se persigue con ella en nuestro ordenamiento constitucional. Con esta técnica se pretende básicamente reunir en un único texto legal las previsiones contenidas en varios textos legales mediante la verificación de aquello que permanece en el ordenamiento jurídico, por el juego del principio derogatorio de la ley posterior o de los principios de relación entre leyes por razón de su especialidad o generalidad. Junto a esta finalidad principal, puede pretender además regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos. Ese objetivo unificador, que es nuclear en la refundición y que se justifica por razones de seguridad jurídica como ya dijimos, debe iluminar la tarea del Ejecutivo y orientar su actividad técnica, operando como principio informador y criterio interpretativo. Pues bien, la tesis sostenida por IBERDROLA, S.A. contradice abiertamente esa lógica del sistema de refundición y su función racionalizadora, pues permite mantener incoherencias y sobre todo fragmentación normativa, precisamente aquello que se trata de evitar con el apoderamiento del Gobierno para refundir.

En segundo lugar, porque la limitación que se postula no aparece recogida entre los términos y condiciones que la Constitución impone. En el art. 82.3 CE se establecen las condiciones bajo las cuales pueden las Cortes atribuir al Gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley: carácter expreso, plazo determinado, materia concreta y prohibición de subdelegación, sin que nada se diga sobre la necesidad de vigencia de los textos a refundir en el momento de dictarse la delegación.

Además, el plazo para refundir, en ocasiones muy dilatado, unido a la vigencia de la potestad del Gobierno durante todo el tiempo conferido por las Cortes abunda en la misma idea de que la autorización, *delegatio pendens*, no tiene la restricción que se pretende y ampara la refundición de todas aquellas normas que pertenecen a aquellos cuerpos legales o materias cuya refundición se ha autorizado siempre que existan y sean válidas, o si se prefiere que estén positivizadas en el ordenamiento jurídico, cuando la potestad se ejerce y concreta con la aprobación del Decreto Legislativo. Ello es así porque en los textos refundidos, a diferencia de los textos articulados, el Gobierno no innova el

ordenamiento jurídico, limitándose a ordenar y armonizar en un único texto legal aquello que las Cortes han aprobado o autorizado, reflejando lo que por propia naturaleza y voluntad legislativa forma parte del ordenamiento de la materia, sin que pueda entenderse que caigan fuera de la autorización delegante las leyes que, perteneciendo a la materia y ámbito normativo determinado por la autorización, han introducido en ellos alteraciones. Solución contraria a la indicada conduce además al absurdo, pues si la extensión de la potestad refundidora -lo que puede ser refundido- se agota al momento de la autorización -a lo vigente en ese momento- el Gobierno estaría obligado a incluir en el Texto Refundido que finalmente apruebe normas que pudieran haber sido derogadas con posterioridad, lo que no tiene ningún sentido, salvo que entendamos que las modificaciones posteriores de los textos legales objeto de refundición conllevan la revocación de la autorización, consecuencia necesaria para mantener la coherencia del ordenamiento en esa hipótesis pero que no se deduce de la Constitución ni forma parte de la práctica del Gobierno ni del Parlamento en esta materia.

Finalmente, el propio texto de la Disposición Final Séptima de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, por el que se habilita al Gobierno a refundir las leyes reguladoras de las sociedades de capital justifica la posición que mantenemos pues no se contiene en esta norma ni expresa ni implícitamente la restricción sostenida por el recurrente...”

Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario. Ausencia de exceso de delegación. Improcedencia del recurso de alzada per saltum.

STS de 4 de mayo de 2009, Rec. casación 259/2006

“SEGUNDO.- (...)

...el recurso *per saltum* está sometido a un doble condicionamiento. En primer lugar, desde el punto de vista subjetivo, no cabe olvidar que el artículo 107 de la Ley 30/1992 se sitúa dentro del título destinado a la revisión de los actos en la vía administrativa y, más en particular, del capítulo que trata de los recursos, que pivotan en torno a uno, el ordinario (antes alzada), estructurado conforme al principio de jerarquía, ya que quien lo conoce es siempre el superior del órgano que dictó el acto recurrido. Por ello, en la citada sentencia de 30 de diciembre de 2005 hemos precisado que, en principio, el recurso *per saltum* opera en el seno de una sola Administración y respecto de actos de una misma estructura organizativa.

Desde una perspectiva objetiva, la repetida alzada presupone que el acto administrativo que se impugna tiene como cobertura la norma administrativa cuya nulidad se predica, de modo que expulsada esta última del ordenamiento jurídico aquel primero desaparece por quedar huérfano de todo apoyo normativo. Ha de existir, pues, un vínculo directo y preciso entre la disposición general y el acto singular contra el que, al fin y al cabo, se dirige la acción. No basta, pues, con que la norma cuya validez se discute tenga que ver con el acto administrativo recurrido, sino que ha de ser su sustento, la disposición que justifica la decisión, de modo que el acto aplique la norma, cuya nulidad fundamenta su pretendida ilegalidad.

TERCERO.- A juicio de la Sala, los condicionantes objetivos no concurren en el caso promovido por el Sr. Casero Barrón.

En primer lugar, el recurso de alzada *per saltum* no se funda en la nulidad de una norma reglamentaria sino en la de dos preceptos de una disposición con rango y fuerza de ley. En efecto, para obtener la anulación de los honorarios liquidados por el Registrador de la Propiedad de Campillos, el demandante invoca la nulidad de los artículos 2 y 3 del Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario. Dicho Texto, aprobado en virtud de una delegación operada por las Cortes Generales en favor del Gobierno al amparo del artículo 82, apartado 5, de la Constitución, tiene la misma fuerza que los productos normativos del delegante: el legislador hace suya anticipadamente la norma elaborada por el poder ejecutivo en virtud de la delegación (así lo dispone el apartado 1 del mencionado artículo 82). Únicamente en el caso de que incurrieran en *ultra vires*, yendo más allá del mandato recibido, perderían ese carácter, conservando un mero carácter reglamentario, en cuya tesitura resultan libremente enjuiciables por nuestra jurisdicción (artículo 1, apartado 1, de la Ley 29/1998).

Pues bien, el Sr. Casero Barrón sostiene que aquellos preceptos exceden de la delegación recibida por el Gobierno y son nulos porque contradicen la Ley de 23 de marzo de 1906, que creó el Catastro Topográfico Parcelario. Entiende la Sala que la operación jurídica que conlleva su planteamiento se aparta de la propia de un recurso administrativo. Queremos decir con lo anterior que, para enjuiciar si las disposiciones de un decreto legislativo van más allá de la delegación y, por consiguiente, quedan relegadas a la condición de simples reglamentos, debe procederse a un análisis comparativo de la norma delegante y del resultado del ejercicio del encargo del legislativo, tarea para la que, como es evidente, no resulta adecuado el cauce de un recurso administrativo, ni siquiera el de la singular alzada *per saltum*, máxime si la norma delegada, a la que se imputa contradecir una venerable previsión legal (la de 1906), reproduce los términos de una de las leyes que refunde, de fecha posterior (2002) a la supuestamente contradicha. La Administración, sometida plenamente al ordenamiento jurídico (artículo 103, apartado 1, de la Constitución), carece de potestades para enjuiciar un texto que, por decisión del constituyente (artículo 82, apartado 1, de la Constitución), tiene la fuerza y el rango de una ley, aunque sea para comprobar si se excedió del mandato. En tal situación, y como excepción, únicamente los tribunales de lo contencioso-administrativo pueden comprobar si se produjo la extralimitación, obteniendo las consecuencias que resulten menester.

A lo anterior debe añadirse que, como ya hemos indicado, los repetidos artículos 2 y 3 del Texto Refundido de 2004 se limitan a reproducir los tres primeros apartados del artículo 1 de la Ley 48/2002, por lo que resulta evidente que no incurren en extralimitación alguna y que, por ende, conservan su rango y fuerza de ley. No hace falta mayor argumento para concluir que en el recurso de alzada *per saltum* no puede enjuiciarse una ley ni proponerse que se suscite cuestión de inconstitucionalidad de la misma, facultad que nuestro ordenamiento jurídico reserva a los jueces (artículo 163 de la Constitución).”

7.2 REGLAMENTOS

7.2.1 RELACIONES CON LA LEY

Carácter limitado de la facultad autonómica de regular el alcance e implicaciones de la cooficialidad. Vulneración, por el artículo 10 del Decreto 132/2005, de 25 de octubre, por el que se regula el Boletín Oficial de las Islas Baleares, del artículo 36.1 LRJ-PAC.

STS de 18 de mayo de 2010, Rec. casación 1342/2007

“TERCERO.- (...)

Pues bien, ninguno de los argumentos dados por la sentencia impugnada sirve, en puridad, para negar que el art. 10 del Decreto 132/2002 conculque el art. 36.1 LRJ-PAC. Ciertamente, la cooficialidad debe entenderse como la idoneidad de dos lenguas distintas para ser vehículo de comunicación entre los poderes públicos y los particulares en un determinado territorio. Y no cabe ninguna duda que el Tribunal Constitucional ha afirmado en varias ocasiones -entre otras, en su sentencia 82/1986, citada por la sentencia impugnada- no sólo que la cooficialidad lingüística afecta a la Administración General del Estado, sino también que las Comunidades Autónomas con lengua propia cooficial pueden regular el alcance de ésta incluso en materias de competencia estatal. Ahora bien, de aquí no se sigue que la facultad autonómica de regular el alcance y las implicaciones de la cooficialidad sea omnímodo e ilimitado, ni, más en concreto, que no deba detenerse allí donde haya normas estatales básicas de signo contrario.

(...)

La afirmación, en fin, de que el art. 10 del Decreto 132/2002 es expresión de una potestad de autoorganización no puede ser compartida, desde el momento en que comporta deberes y cargas para Administraciones distintas de aquella cuyo servicio de publicaciones oficiales se regula. Una norma reglamentaria autonómica que obliga, entre otras, a la Administración General del Estado a enviar sus textos oficiales simultáneamente en las dos lenguas cooficiales de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares no puede calificarse, sin forzar el significado generalmente admitido de las palabras, de autoorganizativa.

(...)

Sobre este doble presupuesto, y teniendo en cuenta que la conformidad con la Constitución del art. 36.1 LRJ-PAC no ha sido puesta en tela de juicio, el problema consiste en determinar si la exigencia de que los textos oficiales a publicar en el Boletín Oficial de las Islas Baleares estén redactados en las dos lenguas cooficiales y que ambas versiones sean remitidas simultáneamente resulta compatible con la de que la lengua de los procedimientos tramitados por la Administración General del Estado sea, salvo solicitud en contrario del interesado a órganos radicados en Comunidades Autónomas con otra lengua cooficial, el castellano. La respuesta debe ser negativa. Como se dejó apuntado más arriba, que una norma reglamentaria autonómica imponga a la Administración General del Estado la carga de que sus textos oficiales vengán ya redactados en las dos lenguas cooficiales y que el envío de ambas versiones sea simultáneo supone interferir en el modo en que aquélla tramita sus propios procedimientos administrativos o, cuando menos, condicionar el

desenvolvimiento de una fase de los mismos. El art. 10 del Decreto 132/2002 añade un requisito para una determinada fase del procedimiento administrativo que, por lo que atañe a la Administración General del Estado, no encuentra cobertura en el art. 36.1 LRJ-PAC, haciendo más gravosa la situación de aquella.

Es más: vale la pena destacar que la posibilidad de que los procedimientos de la Administración General del Estado se desarrollen en lengua distinta del castellano queda abierta, con arreglo al art. 36.1 LRJ-PAC, sólo en aquellos supuestos en que así lo solicite el interesado, sin que esté previsto que dicha posibilidad exista también por iniciativa -o imposición- de otra Administración pública. Además, el art. 36.1 LRJ-PAC es sumamente claro: cuando, a solicitud del interesado, el procedimiento administrativo se sigue en lengua distinta del castellano, cabe prescindir absolutamente de éste; es decir, lo que en ningún caso contempla el art. 36.1 LRJ-PAC es que los procedimientos de la Administración General del Estado hayan de llevarse a cabo simultáneamente en dos lenguas.”

Control judicial del ejercicio de la potestad reglamentaria. Impugnación del Decreto foral 29/2003, de 10 de febrero, por el que se regula el uso del vascuence en las Administraciones Públicas de Navarra.

STS de 14 de julio de 2009, Rec. casación 5706/2005

“**SEPTIMO.-** Por lo que se refiere al motivo octavo, también esta Sala en la referida sentencia de 19 de diciembre de 2008 tuvo ocasión de dar respuesta a un planteamiento semejante de la misma Administración recurrente, señalando que "la invocación del art. 97 CE está fuera de lugar, ya que dicha norma constitucional se refiere al Gobierno de la Nación, no a los ejecutivos autonómicos. Por lo que se refiere al art. 23 LORAFNA, que ciertamente es norma estatal a la vista del art. 147 CE, tampoco su invocación puede ser acogida. Ciertamente, el Gobierno de Navarra dispone de potestad reglamentaria y ni que decir tiene que cualquier acto de obstaculización de su legítimo ejercicio sería contrario a derecho. No hay que pasar por alto, sin embargo, que en ningún momento se ha sostenido que la potestad reglamentaria del Gobierno de Navarra en materia de función pública sea independiente de la ley, sino que él mismo reconoce que es de ejecución o desarrollo de lo previsto en el Estatuto del Personal de las Administraciones Públicas de Navarra y, en lo que se refiere al uso del vascuence, también de la Ley Foral 18/1986. De aquí se sigue que la extensión de la potestad reglamentaria del Gobierno de Navarra en esta materia dependerá de la interpretación que se dé a las mencionadas leyes forales, que es precisamente lo que ha hecho la sentencia ahora recurrida. Así, este ... motivo no hace sino replantear, en otros términos, la pretensión de que esta Sala revise si la interpretación dada a esas leyes forales por la sentencia recurrida es correcta; pero esto, como ya se ha explicado, no puede ser objeto del recurso de casación, por tratarse de una cuestión de derecho autonómico. Va de suyo, por lo demás, que cuando un tribunal anula un precepto reglamentario por reputarlo ilegal no obstaculiza el ejercicio de la potestad reglamentaria, sino que controla su regularidad". Este criterio es plenamente trasladable a este octavo motivo de casación, que por lo tanto debe ser desestimado.”

Con idénticos fundamentos jurídicos se pronuncian las STS de 7 de julio de 2009, RCA 5072/2005; STS de 19 de mayo de 2009, RCA 5284/2005.

Regulación de elementos nucleares del estatuto funcional sin cobertura en normas con rango de ley. Principio de igualdad. Impugnación del Decreto foral 29/2003, de 10 de febrero, por el que se regula el uso del vascuence en las Administraciones Públicas de Navarra.

STS de 14 de julio de 2009, Rec. casación 5706/2005

“**OCTAVO.-** El contenido del motivo décimo tampoco resulta novedoso y también fue objeto de resolución en la referida sentencia de 18 de diciembre de 2008, cuyo criterio hemos de seguir aquí, cuando señalamos que la alegación de que el art. 18.3 del Decreto Foral 29/2003 no contenía discriminación alguna entre las distintas clases de funcionarios, es irrelevante, pues, "incluso admitiendo a los meros efectos del razonamiento que el citado precepto reglamentario es en sí mismo escrupulosamente respetuoso del principio de igualdad ante la ley, ello no serviría para sanar el vicio que la Sala de instancia le achaca. La falta de cobertura legal, en otras palabras, no desaparece por el hecho de que el precepto reglamentario falto de ella sea respetuoso de la exigencia constitucional de igualdad de trato". Y es que, como ya indicamos, la sentencia de instancia no anula el referido precepto por considerar que introduce un trato discriminatorio entre los funcionarios de la Administración Foral sino por "regular materias esenciales en el régimen funcional sin cobertura en normas con rango de Ley", admitiendo incluso que existan criterios de racionalidad administrativa, que hagan aconsejable la existencia de dos grupos funcionariales en atención a la exigencia para la cobertura de determinados puestos del conocimiento del vascuence, con incidencia en la movilidad, pero en todo caso ello debe establecerse en normas con rango de Ley.”

Con idénticos fundamentos jurídicos se pronuncian las STS de 7 de julio de 2009, RCA 5072/2005; STS de 19 de mayo de 2009, RCA 5284/2005.

Derecho a la igualdad en el acceso a los cargos públicos. Impugnación del Decreto Balear 176/2003. Exigencia de conocimiento de la lengua catalana en los procesos selectivos de acceso a la función pública y para la ocupación de puestos de trabajo.

STS de 9 de febrero de 2009, Rec. casación 5768/2005

“**TERCERO.-** La cuestión suscitada en este recurso de casación ha sido ya abordada y resuelta por esta Sala en la sentencia de 23 de noviembre de 2007, que ya hemos citado, cuyo fundamento quinto reproducimos a continuación para dar respuesta al único motivo de casación articulado en este caso por la Comunidad Autónoma recurrente:

«En relación con el debate de fondo el Gobierno de Baleares formula un [...] motivo de casación en el que como ya vimos (antecedente segundo) se alega la infracción del artículo 23.2 de la Constitución a partir de la consideración de que el Decreto 176/2003, que modifica en Decreto 162/2003, no establece un

requisito de acceso a la función pública sino un mérito valorable para la provisión de puestos de trabajo, de conformidad con la legalidad vigente en la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, y, por tanto, el mencionado Decreto no alberga una vulneración de aquel precepto constitucional.(...)

Como hemos visto, la sentencia de instancia aborda acertadamente la cuestión señalando que las explicaciones que ofrece la Administración para interpretar la normativa vigente en el sentido de que en ella no se establece un requisito inexcusable sino un mérito a valorar pierden toda su virtualidad cuando se constata que ese criterio no se aplica por igual a todos los empleados públicos. Por tanto, explica atinadamente la sentencia, el problema no reside en si el Decreto impugnado es o no conforme a la legalidad ordinaria; lo relevante, y lo que determina la vulneración constitucional, es que se adopta una solución injustificadamente desigual en razón de la edad, factor éste que, como la propia sentencia explica, supone la ponderación de una circunstancia ajena a los principios de mérito y capacidad.»”

7.3 DISPOSICIONES GENERALES

7.3.1 NATURALEZA Y RÉGIMEN JURÍDICO.

Impugnación del RD 172/2007, de 9 de febrero, por el que se modifica la demarcación de Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles. Naturaleza normativa del RD impugnado que le otorga la consideración de disposición de carácter general aun cuanto contenga disposiciones de carácter organizativo.

STS de 19 de enero de 2011, Rec. casación 134/2007

“SEGUNDO.- (...)

La primera cuestión que, como punto de partida, plantea el recurrente consiste en determinar la naturaleza jurídica del objeto del presente recurso, que el actor viene a considerar un híbrido, mezcla de múltiples actos administrativos -que llega a cuantificar en número de 302-, junto con una auténtica disposición general de carácter normativo.

Esta Sala ha venido reiterando, no solamente al resolver autos de suspensión del Real Decreto recurrido, sino también al dictar sentencias sobre el fondo, y cuando la naturaleza jurídica de la disposición recurrida se planteaba, que el citado Real Decreto tiene eficacia normativa; y ello como expresamente se declara en las sentencias de 12 de mayo de 2009 y 28 de abril de 2010, resultando confirmada esta naturaleza jurídica no solamente por el propio preámbulo de la disposición, que así lo califica, sino también por la estructura y contenido del Real Decreto que se divide en artículos, disposiciones adicionales, transitorias, derogatorias y finales, cuestión ésta que el propio recurrente, en definitiva, reconoce que carece de relevancia práctica pero que, en modo alguno, puede ser cuestionada, ya que la naturaleza híbrida de disposiciones como la presente, de naturaleza organizativa, no está admitida en nuestro ordenamiento jurídico, y reconocer la misma supondría alterar incluso el procedimiento de elaboración de la norma, aparte de equivaler a asignar a la inmensa mayoría de

las disposiciones organizativas esta naturaleza híbrida, admitiendo la existencia de un tercer género, distinto del de acto y disposición general, lo que contradice los principios reguladores de nuestro derecho administrativo. Piénsese que la inmensa mayoría de las disposiciones de este carácter organizativo tienen carácter normativo, innovando el ordenamiento jurídico y, al mismo tiempo, producen efectos concretos para el personal afectado por la norma, que podría, al igual que hacen los recurrentes, alegar también la naturaleza de acto administrativo junto con la de una auténtica disposición general.”

Actuación de una nueva demarcación registral. Ausencia de infracción del principio de jerarquía normativa.

STS de 22 de mayo de 2012, Rec. casación 6617/2009

“**TERCERO.-** Comenzando por la primera de las cuestiones planteadas, conviene recordar que la entrada en vigor de una norma jurídica se produce cuando, una vez perfeccionada, comienza a surtir su eficacia, regulando la materia de que se trate. Así, en el presente caso, decir que la entrada en vigor del Real Decreto 172/2007 fue inmediata significa que tuvo lugar con su publicación oficial y que, desde entonces, la demarcación registral es la regulada por él. Dicho esto, la entrada en vigor de una norma jurídica no coincide necesariamente con la efectiva actuación de lo dispuesto por ella, pues el cumplimiento de las previsiones normativas puede depender de una gran variedad de factores. Ello es particularmente claro en supuestos, como el aquí examinado, en que la actuación de la norma exige una serie de medidas organizativas -como son destacadamente la convocatoria y celebración de los concursos para la provisión de los nuevos Registros de la Propiedad- que, por razones obvias, requieren un cierto tiempo. De ahí precisamente que la disposición final 2ª del Real Decreto 172/2007 hable de "fechas de funcionamiento independiente de los Registros" y de "período de transición hasta el funcionamiento independiente" de los mismos. Podría discutirse si un escalonamiento a lo largo de cuatro años era estrictamente necesario para la actuación de la nueva demarcación registral o si, por el contrario, era excesivo; pero esto pertenecería ya al dominio del principio de proporcionalidad, no al dominio del principio de jerarquía normativa, que es el invocado por los recurrentes. Lo que resulta indiscutible es que la orden ministerial recurrida no es incompatible con la inmediata entrada en vigor del Real Decreto 172/2007, que desarrolla, ni contraviene el citado principio de jerarquía normativa. Por ello, el motivo primero de este recurso de casación debe ser desestimado.”

7.3.2 PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN. VICIOS FORMALES

Necesidad de nuevo dictamen del Consejo de Estado cuando existen modificaciones sustanciales posteriores. Normas Marco de Policías Locales de Comunidad Autónoma.

STS de 24 de marzo de 2009, Rec. casación 3563/2005

“**SEGUNDO.-** (...)

En tal sentido y centrada la cuestión en la necesidad de nuevo dictamen cuando el proyecto se modifica con posterioridad a la intervención del Consejo de Estado, reiterada doctrina jurisprudencial, a la que se refiere la sentencia de 15 de diciembre de 1997, ha venido subrayando "que no es necesaria una nueva consulta al Consejo de Estado cuando se realizan retoques en el Texto o se introducen modificaciones no sustanciales (sentencias del Tribunal Supremo de 27 de Mayo de 1.993, de la Sala Especial de Revisión de 6 de Octubre de 1.989, de 17 de Enero y 14 de Octubre de 1.996 y 28 de Abril de 1.997), ni cuando las discordancias entre el Proyecto y el Texto definitivo son consecuencia lógica del procedimiento de elaboración, en el que se emiten informes por distintos órganos, que pueden dar lugar a variaciones en la disposición que resulte, por fin, aprobada, pudiendo añadirse, que la propia doctrina de la Sala ha insistido en la necesidad de efectuar una interpretación funcional y teleológica de las garantías procedimentales establecidas para la elaboración de disposiciones generales, que se justifican no por el puro formalismo de su realización sino por la finalidad a que responden, en cuya valoración han de tenerse en cuenta las especialidades de la disposición general de que se trate (sentencia del Tribunal Supremo de 13 de Septiembre de 1.996)". Precisa la sentencia de 14 de enero de 2004, que la necesidad de acudir a un ulterior dictamen complementario se limita "a los casos en que la modificación operada sea sustancial y trascendente, transcendencia que ha de apreciarse en relación con el sentido y alcance de la norma a dictaminar".

Pues bien, en este caso no puede perderse de vista que la disposición general en cuestión tiene por objeto el establecimiento de la Normas-Marco de los Policías Locales de la Comunidad Autónoma, a las que habrán de ajustarse los Reglamentos que dicten los Ayuntamientos para sus Cuerpos de Policía Local, con el carácter de mínimas, pretendiendo "hacer posible la mejora de la organización y funcionamiento de este importante servicio público y extender a todos los municipios extremeños determinadas normas mínimas que se estiman necesarias para su adecuada prestación a los ciudadanos, estableciendo las bases y criterios generales o concretos para avanzar hacia la homologación de los Policías Locales en su organización, estructura, funciones, selección, formación y derechos y deberes", según se desprende de la exposición de motivos del propio Decreto 74/2002.

Ante este carácter de la norma, como marco mínimo al que ha de adaptarse la Policía Local de los distintos municipios, en aspectos tan precisos como los que se acaba de indicar, no resulta injustificada la apreciación de la Sala sobre el alcance sustancial de las modificaciones introducidas en el proyecto finalmente aprobado y no informado por el Consejo de Estado, que afectan a las escalas, número de oficiales según plantilla, procedimiento al efecto, variación en la creación de las categorías de Superintendente e Inspector en relación con el número de habitantes, previsión de un régimen excepcional para crear plaza de Superintendente, Intendente e Inspector, nuevas previsiones en la disposición transitoria sobre cursos en la Academia de Seguridad Pública de Extremadura respecto de integración y promoción interna, y régimen de incremento de gasto, modificaciones que inciden en los aspectos antes indicados de organización, estructura, funciones, selección, formación y derechos y deberes, que constituyen el objeto de homogeneización del régimen de las Policías Locales y por ello

resultan sustanciales, tanto desde el punto de vista intrínseco, por su naturaleza de normas mínimas de homogeneización, como relativo, por afectar a distintos aspectos de los que el Decreto destaca como objetivos del mismo.”

No existencia de vicios formales cuando se omiten algunos trámites, siempre que se trate de modificaciones poco significativas. Arancel de Notarios y Procuradores. RD 1612/2011.

STS de 10 de octubre de 2012, Rec. casación 794/2011

“TERCERO.- (...)

Dos de las formalidades que se dicen omitidas -Memoria Económica-Financiera y propuesta conjunta del proyecto de Real Decreto al Consejo de Ministros de los Ministerios de Justicia y Economía y Hacienda- vienen exigidas por la disposición adicional tercera de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, que establece en su apartado 5 que los aranceles se aprobarán por el Gobierno mediante Real Decreto propuesto conjuntamente por el Ministro de Economía y Hacienda y, en su caso, por el Ministro del que dependan los funcionarios retribuidos mediante el mismo y que al proyecto de Real Decreto se acompañará una memoria económico-financiera.

La trascendencia de la omisión de estos concretos trámites fue analizada por nuestra Sala en la Sentencia de 14 de junio de 1999, Rec. 153/1996, donde dijimos:

"TERCERO.- La disposición adicional primera del Real Decreto 2202/1995 no modifica la estructura del Arancel de los Notarios ni sus normas generales de aplicación; se limita a introducir una modificación puntual que ni tan siquiera se refiere a una clase o categoría genérica de actos o negocios jurídicos, sino tan sólo a unas operaciones singulares, definidas por su relación con la cesión o titulación del derecho de compensación derivado de la paralización definitiva de los proyectos de construcción de determinadas centrales nucleares. Por ello, las circunstancias de que aquel Real Decreto se haya aprobado a propuesta conjunta de los Ministros de Economía y Hacienda y de Industria y Energía, pero no a propuesta del Ministro de Justicia, del que dependen los Notarios, y de que el proyecto de dicho Real Decreto no fuera acompañado de una Memoria económico-financiera, no implicaron conculcación u olvido de lo ordenado en la disposición adicional tercera de la Ley 8/1989, pues al interpretar ésta atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad, se obtiene la conclusión de que las exigencias omitidas se piden en ella, propiamente, para la norma de carácter general que sea aprobatoria de los Aranceles, no siendo éste, desde luego, y por lo dicho, el significado que cabe dar a aquella disposición adicional primera."

Sirven los argumentos contenidos en esta Sentencia para rechazar esta alegación de la parte, pues la reforma que ahora se introduce, como la que se juzgó entonces, no deja de ser puntual, referida a operaciones singulares, limitándose la mayor parte de los preceptos, como luego veremos, a aclarar e interpretar las normas de aplicación arancelaria pero sin modificar propiamente su régimen jurídico y aún menos alterar las cuantías. La Memoria económico-financiera se explica en la disposición adicional tercera de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de

Tasas y Precios Públicos, que es la norma que la exige en su apartado segundo, en el hecho de que los aranceles deben determinarse a un nivel que permita la cobertura de los gastos de funcionamiento y conservación de las oficinas en que se realicen las actividades o servicios de los funcionarios, incluida su retribución profesional. Por tanto, un nuevo sistema de arancel o una reforma en profundidad del existente obligan al estudio previo de su impacto económico en la correspondiente memoria de manera que el servicio prestado por estos fedatarios públicos pueda ordenarse con arreglo al principio de suficiencia financiera y se evite que resulte comprometido en su calidad y agilidad por escasez de recursos. Obligación que lógicamente no se produce cuando la modificación es poco significativa...”

Otra sentencia con fundamentos jurídicos análogos: STS de 10 de octubre de 2012, RCA 864/2011.

7.3.3 VICIOS DE FONDO EN EL PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DE UNA DISPOSICIÓN DE CARÁCTER GENERAL

Ausencia de *ultra vires*. Falta de exceso del mandato del legislador. Arancel de Notarios y Procuradores. RD 1612/2011.

STS de 10 de octubre de 2012, Rec. casación 794/2011

“CUARTO.- (...)

La Disposición Adicional Tercera de la Ley de Tasas y Precios Públicos apodera al Gobierno para que mediante Real Decreto apruebe los aranceles que deban retribuir a los funcionarios públicos sujetos a este régimen especial. Esta norma, como atinadamente observa el Consejo de Estado, es la que atribuye al ejecutivo la potestad reglamentaria en materia de régimen arancelario de Notarios y Registradores y no los preceptos legales que han introducido modificaciones puntuales en los aranceles y que justifican la necesidad de aclaración e interpretación pretendida por el Real Decreto 1612/2011. Dicho de otra manera, el Real Decreto 1612/2011 no es un Reglamento que *ejecute* la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, ni el Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, y tampoco el Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo, sino que, en los casos en los que innova el ordenamiento jurídico, añadiendo nuevos mandatos al régimen arancelario, lo hace en virtud del mandato recibido de la Disposición Adicional Tercera de la Ley de Tasas y Precios Públicos, que es la norma que establece en lo esencial el régimen jurídico de la retribución por arancel y la que apodera al Gobierno para hacer el desarrollo, proporcionándole a estos efectos con su mandato una amplia libertad de actuación.

Por tanto, el juicio de *ultra vires* al que la parte se refiere, como juicio de contraste entre lo autorizado por el legislador y lo hecho por el Gobierno, no puede venir referido a las leyes expresadas (Ley 41/2007, Real Decreto-ley

8/2010 y Real Decreto-ley 13/2010) cuyo propósito no fue en ningún caso apoderar al Gobierno en esta materia, ni reservar su regulación *pro futuro* al poder legislativo, congelando su rango, sino introducir en un contexto mas amplio en el que se regulan otras materias y se persiguen otros fines puntuales modificaciones de los aranceles.

Ello no quiere decir que el Gobierno pueda contradecir con la nueva regulación introducida en el Real Decreto lo ordenado en dichas normas, pues ello sería contrario al principio de jerarquía normativa, pero sí aclarar o interpretar las normas arancelarias afectadas por aquellas reformas legislativas o realizar modificaciones en el régimen jurídico del arancel en ejercicio del poder conferido por la Disposición Adicional Tercera de la Ley de Tasas y Precios Públicos, sin que en ninguno de estos dos casos pueda sostenerse que incurre en *ultra vires* al no excederse del mandato recibido del legislador.”

Otra sentencia con fundamentos jurídicos análogos: STS de 10 de octubre de 2012, RCA 864/2011.

Potestad reglamentaria del Gobierno. Alteración del mandato de mínimos impuesto por Ley. Ausencia de ultra vires. Arancel de Notarios y Procuradores. RD 1612/2011.

STS de 9 de octubre de 2012, Rec. casación 30/2012

“SEXTO.- (...)

Ahora bien, sin perjuicio de que esa normativa referida a la subrogación de créditos hipotecarios había sufrido ya una reforma relevante, es lo cierto que en ella se imponía al Gobierno un mandato específico en cuanto a la fijación de un límite al arancel de los Registradores y para ello debía proceder a la revisión de su regulación; pero en modo alguno se establecía la regla contraria que se pretende en la demanda de que sólo esa reforma es la que podría hacer el Gobierno sobre el arancel, porque fuera de ese mandato imperativo del precepto con rango legal, el Gobierno detentaba la potestad reglamentaria para la regulación del arancel con el amplio margen que le asignaba la Ley de 1989. En resumen, nada impedía que el Gobierno pudiera alterar el mandato de mínimos que le impone la Ley de 1981 y las leyes que regulaban la materia a que ya se ha hecho referencia, siempre, eso sí, que se acomodase la nueva regulación a aquella Ley que le habilitaba para regular el arancel. Nada impedía que el Gobierno, en el ejercicio de la potestad de regular el arancel de los Registradores, pudiera extender los beneficios originarios "*con independencia de que la operación se integre o no en un proceso de subrogación o novación hipotecaria*"; sin que ello comporte una extralimitación del mandato legal, que lo era de mínimos y sin cercenar las potestades reglamentarias en la regulación del arancel. Y no puede perderse de vista que en el ejercicio de esa potestad reglamentaria que comporta la reforma ha incidido, como en la casi totalidad de los aspectos económicos del País, la excepcional situación económica que obligó a la adopción de las medidas extraordinarias que se incluyen en el Real Decreto Ley 8/2010, de 20 de mayo al que ya nos hemos referido anteriormente. Pero aún acogiendo la tesis de que el art. 8 en su nueva redacción sólo está referido a las operaciones hipotecarias que sean realizadas por entidades financieras, nada

impediría que el Gobierno, acogiéndose a la habilitación reglamentaria proporcionada por la Disposición Adicional Tercera de la Ley de Tasas y Precios Públicos, incluyera supuestos no contemplados en el referido art. 8, pues esta actuación no sólo no contradice lo establecido en dicho precepto sino que, *ex abundantia*, estaría en consonancia con lo pretendido por las sucesivas reformas legislativas relativas al mercado hipotecario, en las que se pretende principalmente una reducción de costes para los prestatarios.”

Otra sentencia con fundamentos jurídicos análogos: STS de 19 de octubre de 2012, RCA 20/2012.

7.3.4 EFECTOS

La anulación de una disposición de carácter general no permite establecer la forma en que ha de quedar redactada. Artículo 71.2 de la LJCA. RD 167/2009, de 13 de febrero, de creación y constitución de 15 Juzgados para la mejora de la jurisdicción mercantil.

STS de 21 de abril de 2010, Rec. casación 69/2009

“SEGUNDO.- (...)

Para precisar el ámbito del presente recurso conviene tener en cuenta que el mismo parece dirigido a impugnar, exclusivamente, la disposición adicional única del Decreto impugnado, en cuanto en ella no se recoge el texto de la modificación que los recurrentes pretenden, y que concretan en el suplico de su escrito de demanda, sin tener en cuenta que la disposición adicional única objeto de concreta impugnación no regula, en manera alguna, el ámbito a que extiende su jurisdicción el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Alicante, pues la determinación de la posibilidad de su constitución en Elche quedaba a la decisión del Consejo del Poder Judicial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 269 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que permite que, pese a que un principio los Juzgados y Tribunales sólo podrán celebrar juicios o vistas de asuntos fuera de la población de su sede cuando así lo autorice la ley, como así lo dispone el apartado 1º de dicho precepto, sin embargo, y conforme al apartado 2, el Consejo General del Poder Judicial, cuando las circunstancias para el buen servicio de la Administración de Justicia lo aconsejen, y a petición del Tribunal o Juzgado, podrá disponer que los Juzgados y las secciones o salas de los Tribunales o Audiencias se constituyan en población distinta de su sede para despachar los asuntos correspondientes a un determinado ámbito territorial comprendido en la circunscripción de aquéllos.

A la vista del concreto contenido de la pretensión formulada por los recurrentes, en relación exclusivamente con la disposición adicional única, cuyo texto anteriormente hemos recogido, es evidente que en la misma no se contiene delimitación alguna del ámbito jurisdiccional del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Alicante. Y ello sin perjuicio de que el Consejo del Poder Judicial, en el ejercicio de sus funciones expresamente recogidas en el preámbulo del citado Real Decreto, acordara, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 269.2 de su Ley

Orgánica, que se constituyera exclusivamente como Juzgado de lo Mercantil con la jurisdicción territorial limitada que el propio Consejo precisó.

Quiere decir ello que, no conteniendo determinación alguna la citada disposición adicional en relación con la competencia del Juzgado de nueva creación Mercantil nº 3 de Alicante en materia de marca comunitaria, no resulta posible atender a la pretensión que formula el recurrente, ni en relación con la nulidad de dicha disposición adicional, cuyo texto no permite acoger la pretendida vulneración de preceptos legales, dada la propia naturaleza de su disposición que deja, en definitiva, en manos del Consejo General del Poder Judicial la aplicación de lo dispuesto en el artículo 269.2 de la Ley Orgánica.

Por otro lado, es evidente que la anulación, en el negado caso de resultar procedente, de dicha disposición adicional objeto de impugnación, no permite establecer la forma en que ha de quedar redactada la misma por pronunciamiento de este Tribunal por oponerse a ello lo dispuesto en el artículo 71.2 de la Ley de la Jurisdicción que, abandonando la previsión establecida para limitados supuestos de las ordenanzas fiscales en el artículo 85 de la anterior Ley de la Jurisdicción, dispone que los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anularen.”

7.4 OTRAS NORMAS

Acuerdo de las Cortes Valencianas sobre elección de miembros de la Academia Valenciana de la Lengua.

STS de 5 de marzo de 2010, Rec. casación 1929/2006

“TERCERO.- (...)

En consecuencia con lo hasta aquí expuesto es claro que el tema esencial de enjuiciamiento se circunscribe a resolver si el acuerdo de las Cortes Valencianas sobre la elección de miembros de la Academia Valenciana de la Lengua tiene encaje en el citado artículo 1.3.a) de la Ley Jurisdiccional, esto es, si se trata de un acto de régimen interno que participa de la naturaleza propia de los actos administrativos, o si por el contrario se trata de un acto que excede de la consideración expuesta y por ello del marco del tantas veces citado artículo 1.3.a).

El procedimiento seguido en las Cortes Valencianas para la elección y que se describe en el fundamento de derecho tercero de la sentencia recurrida, (escrito remitido por la Presidenta de la Academia Valenciana de la Lengua a las Cortes, trasladando el interés de la Academia en cubrir las vacantes producidas en su seno; su elevación a la Mesa de las Cortes y su posterior remisión por ésta a los Grupos Parlamentarios; el acuerdo de la Junta de Síndicos de convocar pleno extraordinario para tratar el tema; la presentación de una candidatura para cubrir las vacantes por los Portavoces de los Grupos Parlamentarios popular y socialista, la admisión a trámite por la Mesa de la candidatura presentada, y la celebración de la sesión plenaria para la elección), ya revela por si mismo que la elección de las vacantes de académicos de la Academia Valenciana de la Lengua

no es considerada como un acto en materia de personal, administración o gestión patrimonial. Y en efecto no puede serlo pues además de que el procedimiento legalmente previsto para la elección de los miembros de la Academia, expresamente encomendado en el artículo 11 de la Ley autonómica 7/1998, de 16 de septiembre, de Creación de la Academia Valenciana, a las Cortes Valencianas, pone de manifiesto que la elección no es equiparable a los actos materialmente administrativos en materia de personal, administración o gestión patrimonial, ello también se infiere de la naturaleza de la Academia, institución de carácter público, con personalidad jurídica propia, adscrito a la Presidencia del Generalitat (artículos 1 y 2 de la Ley citada), de las funciones a ella encomendadas, a saber, determinar y elaborar la normativa del idioma valenciano y velar por su uso (artículos 3, 7 y 8), de la relevancia de sus decisiones, de obligado cumplimiento (artículo 5), y en definitiva, de los requisitos que deben concurrir en los académicos, concretamente, condición política de valenciano y los méritos que de forma alternativa, sin orden preferencial, enumera el artículo 10 (expertos en valenciano, con una acreditada competencia científica o académica; destacadas personalidades de las letras o de la enseñanza en materia lingüística; producción reconocida en el campo del valenciano o la cultura valenciana).

No es ocioso recordar que el artículo 148 de la Constitución atribuye como competencia propia de las Comunidades Autónomas el fomento de la cultura, de la investigación y, en su caso, de la enseñanza de la lengua de la Comunidad Autónoma; que el Estatuto de la Comunidad Valencia expresa en el apartado 2 del artículo 7 que la Generalidad Valenciana garantizará el uso normal de las dos lenguas (el valenciano y el castellano) y adoptará las medidas necesarias para asegurar su conocimiento; en el apartado 4 que se otorgará especial protección y respeto a la recuperación del valenciano y en el apartado 5 que la ley establecerá los criterios de aplicación de la lengua propia en la Administración y en la enseñanza; que por Ley de las Cortes Valencianas 4/1983, de 23 de noviembre, se regula el uso y la enseñanza del valenciano y que, conforme ya adelantamos, la también Ley autonómica 7/1998, de 16 de septiembre, encomienda a la Academia determinar y elaborar la normativa del idioma valenciano, así como velar por su uso. Y no es ocioso recordarlo pues si bien el Estatuto Autonómico de la Comunidad Valenciana no recoge expresamente como funciones propiamente parlamentarias de las Cortes Valencianas la elección de los académicos de la Academia Valencia de la Lengua -tampoco una específica referencia a su actuación en cuanto al uso de la lengua propia-, es claro que la elección de mención debe considerarse como una función propiamente parlamentaria a la que genéricamente se refiere el artículo 11.k) del Estatuto, en el que se recogen cuantas otras funciones que le atribuyan las leyes y el Estatuto.”

Ordenanza Municipal Tipo sobre locales de pública concurrencia donde se ejerce la prostitución. Aplicación directa de las disposiciones de un Tratado o Convenio.

STS de 22 de abril de 2010, Rec. casación 506/2007

“TERCERO.- La primera cuestión que debemos despejar es la de la eficacia de los Convenios invocados. La Sentencia de instancia, con sustento en el art. 12 del Convenio de 1950, entiende que tiene un carácter programático, en el sentido de que las infracciones que en el mismo se contemplan, no se trasladan directamente al derecho interno, ni por ende resultan aplicables en ese ámbito, sino a través y con sujeción a su tipificación mediante las leyes nacionales de los Estados firmantes. Quiere ello decir, siguiendo a la Sala, que *"nuestro Estado conserva, en el ámbito material del Convenio, de acuerdo con el art. 12 del mismo, y como cuestión de política legislativa criminal, la libertad de configuración de los tipos penales, según ha reconocido expresamente, sobre el particular, la STC 129/96, de 9 de julio, FJ 2 y 3"*. Y se concluye: *"Constatado lo antedicho, se colige que no cabe considerar la nulidad de la Orden impugnada, ni del Decret 217/2002 que la sustenta, no recurrido por demás, por contraposición al Convenio invocado, tan sólo aplicable en derecho interno en las condiciones del reiterado art. 12."*, haciendo extensivo este razonamiento al Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979, invocado también en la demanda, que participa, según su tesis, de la misma naturaleza programática que el anterior en virtud de su art. 6, a cuyo tenor *"Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer."*

No comparte esta Sala el criterio de la instancia sobre la naturaleza de estos Convenios, particularmente el de Lake Success de 21 de marzo de 1950.

El art. 96.1 de la Constitución Española reconoce que los Tratados Internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, forman parte del ordenamiento jurídico interno, norma constitucional que se traduce en el reconocimiento del aforismo "pacta sunt recipienda" y que se conecta con el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969, al que España se incorporó por Instrumento de Adhesión de 16 de mayo de 1972 (publicado en el B.O.E. núm. 142 de 13 de junio de 1980) y que establece como norma básica dentro de la parte tercera, relativa a la observancia, aplicación e interpretación de los Tratados, el respeto al principio "pacta sunt servanda", pues todo Tratado en vigor en los términos literales del Convenio "obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe", compromiso de cumplimiento que nuestro art. 96.1 CE refuerza con la incorporación al ordenamiento jurídico interno del contenido del Tratado.

Una vez incorporado a nuestro ordenamiento jurídico interno, la aplicación directa de un Tratado o Convenio viene condicionada por el carácter self-executing de sus disposiciones, es decir, que su relación sea lo suficientemente precisa para consentir esa aplicación directa sin necesidad de un ulterior desarrollo legal y reglamentario que represente la voluntad de nuestro Estado.

Ciertamente el Convenio de 21 de marzo de 1950, para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena no constituye una norma penal directamente aplicable por los Tribunales españoles, pues precisa para ello de un desarrollo legal. Sin embargo, el que no tenga carácter self-executing en

este punto no le convierte en un Convenio programático, que se limite a contener orientaciones más o menos precisas en relación con esta materia.

Los términos empleados por los artículos primero y segundo del Convenio son categóricos al respecto -"Las partes en el presente Convenio se comprometen a castigar"-, y tal compromiso impone a cada uno de los Estados parte la obligación inmediata de tener por antijurídicas las conductas descritas y de orientar su acción en esa dirección lo que no empece que le corresponda a cada uno de ellos -ex art. 12 del Convenio- una cierta libertad de configuración -definir, enjuiciar y castigar conforme a sus leyes nacionales- libertad en el tiempo y modo de hacerlo, y que puede consistir en tipificar los ilícitos bien como infracciones administrativas bien como delitos, así como libertad en la determinación de la gravedad y clase de sanción, pero sin que esta libertad de configuración autorice a considerar tales conductas conformes a derecho y aún menos a realizar actos o a aprobar normas que supongan de una u otra manera su favorecimiento. Es decir, del Convenio se deduce como efecto directo e inmediato la consideración de tales conductas como ilícitas, de suerte que si cualquiera de los poderes públicos del Estado las autorizase regulándolas positivamente, se estaría faltando al compromiso internacional asumido, y, en definitiva, se estaría vulnerando una norma integrada en nuestro sistema de fuentes..."

Ordenanza Municipal Tipo. La atipicidad penal no convierte la conducta en lícita. Intervención administrativa de limitación y policía.

STS de 22 de abril de 2010, Rec. casación 506/2007

“QUINTO.- (...)

Pues bien, la Ordenanza Municipal Tipo, como veíamos en el anterior fundamento, no pretende otra cosa que establecer un marco normativo de competencia municipal, para aquellos Ayuntamientos que no hayan aprobado la correspondiente ordenanza municipal de adaptación al Decreto 217/2002, al objeto de preservar mediante su ejercicio en determinados locales de pública concurrencia los bienes e intereses públicos antes reseñados, sin que ningún reproche pueda hacerse a esta norma desde la legalidad, pues ni la Generalitat ni los Ayuntamientos pueden establecer restricciones a la libertad que no estén contempladas en una ley (y ya hemos visto que la Ley no prohíbe el ejercicio libre e independiente de la prostitución, ni siquiera prohibía la tercería locativa en el año 2003 cuando se aprueba la Ordenanza), ni pueden dejar de proteger en aras de la reprochabilidad moral o social de la prostitución aquellos bienes o intereses que deben tutelar en virtud de un específico apoderamiento legal, como son la salubridad pública, las molestias a terceros, la seguridad de los ciudadanos o la protección de las personas menores de edad.

En definitiva y concluyendo, ninguna contradicción existe entre la Ordenanza Municipal Tipo, aprobada por la Orden PRE/335/2003, de 14 de julio, del Departamento de Presidencia de la Generalitat de Catalunya, y los compromisos asumidos por el Estado español al adherirse a la Convención Lake Success de 21 de marzo de 1950, para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena. Como tampoco la hay, y por las mismas razones expuestas,

con la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979.”

Instrucción de la DGRN de 13 de junio de 2003, sobre presentación de cuentas anuales en Registros Mercantiles por medios telemáticos. Alcance de la Instrucción. No se reputa disposición de carácter general.

STS de 25 de mayo de 2010, Rec. casación 5800/2006

QUINTO.- Menos fundamento tiene el segundo motivo al denunciar la infracción del art. 2.2 de la Ley 7/1974, de 3 de febrero de Colegios Profesionales, pues, no solo es que de acuerdo con la naturaleza y alcance de la Instrucción impugnada es difícil encuadrar su elaboración, propia del ejercicio de las funciones de dirección, en los supuestos previstos en el referido art. 2.2 de la Ley 7/1974, que se refiere a la información por los Colegios profesionales de "los proyectos de ley o de disposiciones de cualquier rango que se refieran a las condiciones generales de las funciones profesionales, entre las que figurarán el ámbito, los títulos oficiales requeridos, el régimen de incompatibilidades con otras profesiones y el de honorarios cuando se rijan por tarifas o aranceles", sino que, además, se alegan vicios formales que afectan a la participación en su elaboración de otros interesados, en este caso el Colegio de Registradores de la Propiedad y el Consejo General del Notariado, invocando con ello la lesión de intereses o indefensión ajenos que corresponde hacer valer, en su caso, a los interesados, habiendo señalado esta Sala, como recuerdan las partes recurridas, que no cabe alegar indefensión por infracciones que no afecten al recurrente sino a terceros (s. 12-2-2002).”

8. PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

8.1 NORMATIVA APLICABLE

Cesión de datos de clientes a la entidad Gas Natural. Aplicación de la Ley 15/99, de 13 de diciembre, de Protección de datos de carácter personal.

STS de 27 de enero de 2009, Rec. casación 9722/2004

“TERCERO.- (...)

Con este motivo de casación se viene a cuestionar, como se indica en su enunciado, la aplicación por la Sala de instancia de los criterios establecidos en la nueva Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal, que la parte entiende indebida por haberse llevado a cabo la actuación objeto de sanción con anterioridad a su entrada en vigor. Sin embargo tal planteamiento no puede compartirse, pues lo que se sanciona es la cesión de datos personales de sus clientes a la entidad Gas Natural Servicios SDG, SA, que se produjo en el mes de febrero del año 2000, por lo tanto cuando ya había entrado en vigor la Ley Orgánica 15/1999, que tuvo lugar al mes de su publicación en el BOE, según su disposición final tercera, publicación que se produjo el 14 de diciembre de 1999, de ahí que se aplicara el tipo de infracción

prevista en dicha Ley en el art. 44.4.b), en relación con el art. 11 de la misma y no las previsiones de la ya derogada Ley Orgánica 5/92. La cesión de datos en cuestión debía sujetarse a las previsiones de la nueva Ley Orgánica 15/1999 durante cuya vigencia se llevó a cabo y a ella debían acomodarse las actuaciones pertinentes, caso de la obtención del oportuno consentimiento de los afectados o titulares de los datos personales, circunstancia que no resulta desconocida para la entidad recurrente, que ya en su petición de informe a la Abogacía del Estado de la APD, aludía a los efectos en el escrito de consulta de la futura entrada en vigor de una nueva Ley Orgánica de adaptación a la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre de 1995, a la que respondió dicho informe, aunque señalando que resulta imposible dar una respuesta definitiva a la cuestión planteada. Es por ello que la valoración del alcance y condiciones del consentimiento, realizada por la Sala de instancia de acuerdo con los requisitos y contenido exigidos por la nueva Ley Orgánica 15/1999, resulta conforme al ordenamiento jurídico y no supone la indebida aplicación de la misma que se denuncia en este motivo de casación, que por lo tanto debe ser desestimado”.

8.2 CUESTIONES GENERALES

8.2.1 AMBITO DE APLICACIÓN

Orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Actuación de Colegio Profesional. El hecho de dar publicidad a una sentencia, no constituye un acto de ejercicio de potestad administrativa.

STS de 1 de marzo de 2011, Rec. casación 2177/2008

“**TERCERO.-** La tesis de los recurrentes no puede ser acogida. El apartado c) del art. 2 LJCA, que es la norma clave a este respecto, atribuye al orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocer de "los actos y disposiciones de las Corporaciones de Derecho público, adoptados en el ejercicio de funciones públicas". Aunque se trate de una norma procesal, relativa a la extensión y los límites de este orden, es intelectualmente lícito inferir de ella que, si sólo cuando actúan en el ejercicio de funciones públicas están dichas corporaciones sometidas a los tribunales contencioso-administrativos, es porque sólo entonces actúan como Administración Pública. Dicho esto, es claro que el "ejercicio de funciones públicas" como criterio delimitador de cuándo tienen la condición de Administración Pública no coincide con el conjunto de fines que, por vía legal o estatutaria, tenga atribuidos la correspondiente corporación; y ello sencillamente porque muchos de esos fines -como se desprende de la simple lectura de los estatutos de cualquier colegio profesional, cámara de comercio, etc.- son puramente privados, sin presentar diferencia relevante alguna con los que son propios de tantas asociaciones. Piénsese, sin ningún ánimo exhaustivo, en las finalidades de canalización de la información o de asistencia recíproca. Por ello, la expresión "ejercicio de funciones públicas" sólo puede ser rectamente entendida como aquello que es propio o característico de la Administración Pública y que nunca tienen los particulares: ostentar facultades exorbitantes, que se plasman, como muy bien dice la sentencia impugnada, en las correspondientes

potestades administrativas. En otras palabras, sólo en la medida en que el ordenamiento jurídico encomienda a las corporaciones algo de lo que bien podría ocuparse una Administración territorial -por poner un ejemplo obvio, la verificación de los requisitos de acceso a las profesiones tituladas o el control disciplinario sobre el ejercicio de éstas- ostentan aquéllas la condición de Administración Pública.

Que el criterio sólo puede ser el ejercicio de potestades administrativas ya lo dijo, con suma claridad, la sentencia de esta Sala de 26 de julio de 1996: *"En principio, los colegios profesionales, que pertenecen, junto con otros entes públicos, a la llamada Administración corporativa, no se integran en la Administración del Estado ni en ninguna otra Administración territorial, pues gozan de personalidad jurídica propia en su calidad de corporaciones sectoriales de base privada. Sin embargo, existen supuestos, entre los que tiene especial relevancia el relativo al ejercicio de la potestad disciplinaria sobre sus colegiados, en que actúan potestades sujetas al derecho público."* La regla general es, así, que las corporaciones sectoriales de base privada son personas privadas y sólo excepcionalmente, cuando ejercen potestades administrativas, tienen la condición de Administración Pública. Esta afirmación está en perfecta sintonía, por lo demás, con la constante y bien conocida jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre colegios profesionales, especialmente en lo atinente a los límites a que debe quedar sometida la colegiación obligatoria.

A la vista de cuanto se ha expuesto, y dado que la actuación de COPAC que fue objeto de denuncia ante la AEPD consistió en dar publicidad a una sentencia, sólo cabe concluir que no actuó en condición de Administración Pública: hablar de una sentencia en una revista no es ciertamente un acto de ejercicio de una potestad administrativa. Y frente a ello resulta irrelevante que el litigio que dio lugar a esa sentencia versara o no sobre actuaciones administrativas de COPAC, pues el dato incontestable es que esta corporación no tenía un deber administrativo de dar publicidad -o de dejar de darla- a dicha sentencia".

Concepto de cesión y tratamiento de datos.

STS de 17 de septiembre de 2010, Rec. casación 4098/2006

"QUINTO.- (...)

El artículo 3.i) de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, contrariamente a lo que sostiene la recurrente, no contempla, en la definición que ofrece de cesión o comunicación de datos, la necesidad o requisito de que la revelación vaya acompañada de una entrega material de los datos ni, por supuesto, de una incorporación al fichero del cesionario. Lo único que exige el precepto legal es la acción de revelar, esto es, la de hacer saber cosas que se mantenían ocultas, sin requerir que tal forma de proceder revista una forma determinada. Si se exigiera, como erróneamente sostiene la recurrente, una entrega material de los datos y su incorporación al fichero del cesionario, mal podría sostenerse que la Ley responde al principio general que recoge su artículo 1 y que señala como objetivo de la misma, en absoluta armonía con el artículo 1.1 de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1998, *"garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente en su honor e intimidad personal y familiar"*.

El término "*tratamiento de datos*" utilizado en el artículo 5.1.c) del Reglamento no puede dar lugar a dudas interpretativas en atención a la amplitud con que se define en los artículos 3.c) de la ley y 5.1.t) del Reglamento, no limitado a "*operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación*", sino también a "*las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias*". Recordamos que ya esta Sala en su sentencia de 4 de mayo de 2005, dictada en el recurso de casación 2640/2005, afirmó categóricamente que la cesión es una modalidad de tratamiento.

Entre las garantías proteccionistas que concede la ley al interesado o, lo que es lo mismo, en términos del artículo 3.e) de la Ley, a la persona física titular de los datos objeto de tratamiento, está el deber de secreto profesional que al responsable del fichero y a quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento impone el artículo 10; deber que obviamente se vería conculcado cuando la revelación de datos, cualquiera que sea la forma en que se lleve a efecto, no esté amparada por el artículo 11...

La conclusión expuesta se corrobora en el artículo 12.1, único precepto de la Ley que excluye del concepto de comunicación de datos "*el acceso de un tercero a los datos cuando dicho acceso sea necesario para la prestación de un servicio al responsable del tratamiento*".

En la norma legal precedentemente citada, tal como ha tenido ocasión de pronunciarse esta Sala (sentencias de 4 de mayo de 2009 -recurso de casación 2640/2005- y 14 de octubre de 2010 -recurso de casación 5336/2005-), se excluye de la noción de comunicación el acceso de que un tercero realiza a los datos cuando sea necesario para prestación de un servicio al responsable del tratamiento, esto es, en términos del artículo 3.c), a la "*persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento*".

La exclusión referenciada del concepto de comunicación y que, en definitiva, supone una derogación del principio general de la ley de la necesidad del consentimiento del interesado para la comunicación de los datos, exige, conforme ha precisado esta Sala en las sentencias citadas, la concurrencia de los requisitos previstos en el apartado 2 del citado artículo 12: "*En primer lugar, el responsable del fichero debe haber encomendado el tratamiento de los datos mediante un contrato, pactado de forma que permita comprobar su existencia así como su contenido. En segundo término, dicha convención ha de contener las instrucciones que el responsable del tratamiento impone para el uso de los datos y de los que el encargado no puede separarse. Finalmente, tiene que constar también el fin que legitima la comunicación, que no pueden obviar las partes, quienes, además, han de abstenerse de comunicar los datos a otras personas*"(...)

El supuesto expuesto de acceso de un tercero a los datos cuando "*sea necesario para la prestación de un servicio al responsable del tratamiento*" y que, en efecto, conforme la doctrina jurisprudencial citada, no supone comunicación de datos, es claro que no concurre en caso de autos. El contrato que la recurrente tiene suscrito con "Arvato Services Iberia, S.A." y que permite a ésta la utilización del fichero de la primera para la realización de campañas publicitarias de terceras empresas, no comprende prestación de servicio alguno a la expresada parte. En consecuencia, innecesario es examinar si en el contrato de mención se

ha dado cumplimiento a los requisitos exigidos por el artículo 12.2. Ni siquiera la recurrente alude a la concurrencia del supuesto contemplado en el artículo 12.1. Lo que realmente sostiene es que los datos no fueron tratados por "Banco Sygma" y sí por "Arvato", negando la cualidad de cesionario de éste último. Admitiendo que en efecto, tal como sostiene la recurrente, "Banco Sygma" no hubiera realizado tratamiento de datos alguno, que se hubiera limitado a realizar la promoción publicitaria de sus servicios por medio de "Arvato", sin acceso a los datos de la recurrente, lo que en modo alguno puede sostenerse con éxito es que "Arvato" no sea cesionaria de los datos de la recurrente, alegación ésta carente de todo razonamiento por la indicada parte salvo la relativa a que la propia Agencia y la Sala de instancia viene interpretando que el simple tratamiento de datos a favor de tercero, si éste no tiene acceso a los mismos, no supone cesión de datos”.

8.3 PROTECCIÓN DE DATOS

8.3.1 PRINCIPIOS

8.3.1.1 CALIDAD DE LOS DATOS

Excepciones al consentimiento del afectado. Artículo 6.2 LOPD. Utilización por la Universidad de imágenes tomadas por videovigilancia para controlar ausencias del afectado, personal al servicio de esa Institución. Falta de existencia de bases de datos.

STS de 12 de marzo de 2012, Rec. casación 2453/2009

“...Como pone de relieve el Ayuntamiento de Huesca en su escrito de oposición, al afirmar que el Ayuntamiento ha utilizado datos excediéndose del fin por el que éstos se habían cedido por sus titulares, se está planteando cuestión sobre algo que no fue puesto en duda por la Agencia de Protección de Datos en la resolución objeto del recurso, puesto que ésta solamente se basa para motivar la existencia de una infracción del artículo 4.1 de la Ley Orgánica de Protección de Datos, en el hecho de que la policía local había comprobado la situación de algunos inmuebles afectados, cuestión ésta sobre la que nade dice el Sr. Abogado del Estado y, por otro lado, en la publicación en el Boletín Oficial correspondiente de los datos de las personas afectadas directamente por el convenio urbanístico, fueran o no firmantes del mismo.

Limitado, por tanto, a ésta la cuestión a discutir en relación con el motivo aducido por el Sr. Abogado del Estado, es lo cierto que, como también pone de relieve la Administración recurrida en esta instancia, el argumento del Sr. Abogado del Estado elude el examen de la regulación del derecho urbanístico aplicable en la materia y del que resulta, como argumentó el Tribunal de instancia, que era imprescindible que todas las partes interesadas y afectadas por el procedimiento urbanístico conocieran los datos identificativos de los demás titulares de derechos afectados, por ejemplo, para poder comprobar que ha habido igualdad de trato y que un determinado titular no ha obtenido una valoración superior por sus terrenos, sin que existan circunstancias personales que lo justifiquen en su caso.(...)

En definitiva y en base a los propios razonamientos de la sentencia recurrida, que en realidad no han sido cuestionados por el Sr. Abogado del Estado en el escrito interpositorio de esta casación, no se puede sostener que el Ayuntamiento haya infringido el principio de calidad de datos por no usarlos para una finalidad legítima y explícita, sin que se haya producido tampoco un uso excesivo, inadecuado o impertinente.

Exigir el consentimiento previo de las personas afectadas supondría, como pone de relieve la Administración local recurrida, un colapso en el funcionamiento de las Administraciones Públicas, estando habilitado legalmente el Ayuntamiento de Huesca para ejercitar las competencias en materia urbanística y habiéndose llevado a cabo el tratamiento de los datos única y exclusivamente con esa finalidad, por lo que no existe la infracción apreciada por la Agencia Española de Protección de Datos”.

Cancelación de datos personales. Interpretación del artículo 4.5 LOPD. No se atiende a la voluntad del interesado o del responsable del fichero para determinar su necesidad sino a la finalidad para la que fueron recogidos.

STS de 10 de noviembre de 2011, Rec. casación 5960/2008

“**QUINTO.-** En su tercer motivo de recurso la parte actora considera infringidos los artículos 4.5 y 16.2 de la LOPD, pues en contra de la tesis sostenida en la Resolución de la AEPD, no es la recurrente quien tiene que acreditar que los datos sean necesarios para la finalidad que motivó su recogida, sino al revés, debería haberse acreditado que dichos datos no eran necesarios para hacer subsumible el supuesto de hecho en lo dispuesto por el artículo 4.5 LOPD.

De conformidad con el artículo 4.5 LOPD, “...*los datos de carácter personal serán cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o registrados...*”.

La parte recurrente crítica la postura de la interesada en esta cuestión, que parece entender que la única voluntad atendible fuera la suya, para a continuación defender, desde la perspectiva contraria, que el interés jurídicamente protegible es el propio de la Entidad responsable del fichero en tener constancia del inicio y final de la relación con las personas que integran la Institución.

Sin embargo, el artículo 4.5 LOPD no se remite a la voluntad de la persona interesada, ni tampoco a la del responsable del fichero para determinar cuando los datos han dejado de ser necesarios o pertinentes, sino que la necesidad del mantenimiento de los datos ha de relacionarse con la finalidad para la cual los datos fueron recogidos. Y en este punto, tanto la Resolución de la AEPD como la sentencia impugnada mantienen que los datos dejaron de ser necesarios para la finalidad que justificó su tratamiento, al haber decidido la persona afectada dejar de pertenecer al Opus Dei, sin que por la parte recurrente se haya desvirtuado tal conclusión, ni acreditado una finalidad de mantenimiento de los datos merecedora de mayor protección”.

8.3.1.2 CONSENTIMIENTO DEL AFECTADO

Excepciones al consentimiento del afectado. Artículo 6.2 LOPD. Utilización por la Universidad de imágenes tomadas por videovigilancia para controlar

ausencias del afectado, personal al servicio de esa Institución. Falta de existencia de bases de datos.

STS de 16 de octubre de 2012, Rec. casación 231/2010

“QUINTO.- (...)

A la vista de esas razones se insiste por el recurrente que se ha incurrido en las conductas sancionadas como faltas muy grave ó grave antes mencionadas, sin hacer nuevas aportaciones a los argumentos dados en la sentencia de instancia que esta Sala comparte. En efecto, es la propia vinculación del recurrente a la Institución la que legitimaba la utilización de los datos, de acuerdo con lo previsto en el ya mencionado artículo 6 de la Ley Orgánica, sin que pueda exigirse que también para ese supuesto haya de aplicarse la limitación que se impone en el apartado segundo del precepto, de que esa utilización no vulnere derechos o libertades fundamentales del interesado, porque si ya la mera utilización de los datos comporta el contenido normal del derecho fundamental reconocido en el artículo 18 de la Constitución, resultaría contrario a que la posibilidad de utilización de datos a que se refiere la primera parte del precepto y párrafo se excluyera de esa utilización, porque siempre existiría esa violación del derecho fundamental; de ahí la procedencia, en la interpretación gramatical y sistemática del precepto, de limitar esa condición a los supuestos contenidos en la segunda parte del párrafo citado, es decir, cuando la utilización de los datos tenga por finalidad *"proteger un interés vital del interesado en los términos del artículo 7, apartado 6, de la presente Ley, o cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado"*. Y en este sentido es de recordar lo que ya declaramos en la sentencia de 12 de mayo de 2012, dictada en el recurso 2453/2009, en relación con otro de los supuestos contenidos en la primera parte del párrafo segundo del artículo 6, que *"es un tratamiento de datos pertinente, adecuado y no excesivo en relación con la finalidad legítima para la que dichos datos personales fueron obtenidos, por lo que se ajusta plenamente al principio de proporcionalidad del artículo 4.1 de la LOPD. A lo que hay que añadir, para concluir, y contrariamente a lo que se indica en el hecho probado 7 de la resolución combatida, que dicho tratamiento, en los términos indicados, no requería el consentimiento de los afectados (los ciudadanos afectados por el mismo, pero que no lo suscribieron) por mor de la normativa expuesta y de conformidad con el artículo 6.2 LOPD que asimismo se cita por la entidad actora en la demanda.*

En definitiva... no se puede sostener que el Ayuntamiento haya infringido el principio de calidad de datos por no usarlos para una finalidad legítima y explícita, sin que se haya producido tampoco un uso excesivo, inadecuado o impertinente."

Y en ese mismo sentido debe hacerse referencia a la sentencia de esta Sala de 2 de julio de 2007, dictada en el recurso 5017/2003, citada en la sentencia de instancia y que con relación a un supuesto que recuerda el de autos, se declara *"...Sucede, sin embargo, que no se ha puesto de manifiesto que el sistema implantado por las resoluciones impugnadas en la instancia incurriera en infracciones a la misma y, por tanto, vulnerara el derecho fundamental a la*

protección de datos de carácter personal. Desde luego, la finalidad perseguida mediante su utilización es plenamente legítima: el control del cumplimiento del horario de trabajo al que vienen obligados los empleados públicos. Y, en tanto esa obligación es inherente a la relación que une a estos con la Administración Autonómica, no es necesario obtener previamente su consentimiento ya que el artículo 6.2 de la Ley Orgánica 15/1999 lo excluye en estos casos. Además, no parece que la toma, en las condiciones expuestas, de una imagen de la mano incumpla las exigencias de su artículo 4.1. Por el contrario, puede considerarse adecuada, pertinente y no excesiva."

De otra parte y en relación con la insistencia que se hace en esta vía casacional sobre la infracción referida a la pretendida creación de una base de datos ilegítima...

Es decir, lo que se declara probado por la Sala de instancia, y de ello debemos partir inexorablemente, es que no existía base de dato alguna a partir de las imágenes obtenidas, sino la utilización de las imágenes para el supuesto concreto de la acreditación de los hechos imputados al recurrente relacionadas con su relación laboral con la Institución, lo que hace decaer la pretendida conducta que se imputa constitutiva de la infracción que se reitera en esta vía casacional; lo cual comporta el rechazo del motivo casacional examinado”.

Consentimiento. Relación de residencia de ancianos con los residentes y con oficina de farmacia.

STS de 8 de octubre de 2010, Rec. casación 4353/2006

“TERCERO.- (...)

La cuestión realmente conflictiva se circunscribe a la interpretación que debe darse al artículo 11.2.c) que, conforme ya anunciamos, contiene una excepción a la regla general de la necesidad del consentimiento del interesado para la comunicación de datos a un tercero.

Sentando como punto de partida que toda excepción a la regla general debe ser objeto de interpretación restrictiva, impidiendo extender la excepción a supuesto de dudoso encaje en la misma, es de significar el rigor con que el legislador redacta la norma, consciente sin duda de que el principio o la regla general de la necesidad del consentimiento se erige en fundamental en un ámbito especialmente sensible, cual es el de la protección de un derecho fundamental proclamado por el artículo 18 de la Constitución y por el artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Cuando el legislador utiliza en la redacción de la artículo 11.2.c) del adverbio "necesariamente", en cuanto sinónimo de "inevitablemente", "irremediablemente", "indefectiblemente", etc., advierte que es forzoso, preciso, obligatorio, esencial, que la relación jurídica aceptada requiera para su desenvolvimiento la conexión del tratamiento con ficheros de terceros.

Pero es que además la norma debe complementarse con la recogida en el artículo 11.3, que previene que *"Será nulo el consentimiento para la comunicación de datos de carácter personal a un tercero, cuando la información que se facilite al interesado no le permita conocer la finalidad a que se destinarán los datos cuya comunicación se autoriza o el tipo de actividad de aquel a quien se pretende comunicar"*, así como con los contemplados en el artículo 3. h) e i) que definen respectivamente el consentimiento del interesado y la cesión o comunicación de

datos de la siguiente forma: *"Consentimiento del interesado: toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen"*, *"Cesión o comunicación de datos: toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado"*.

Pues bien, mal puede sostenerse que en el caso de autos la prestación del servicio farmacéutico y parafarmacéutico por parte de la recurrente a sus residentes fuera precedida de una información expresa en la que se hiciera saber a éstos la facilitación de sus datos de carácter personal a la oficina de farmacia, ni que la información requerida esté implícita en la relación jurídica aceptada por los residentes, aún cuando se admita que la relación de mención abarca una asistencia integral que incluye el servicio farmacéutico y parafarmacéutico, ya que para llegar a aceptar esto último, sería necesario al menos compartir la idea de que la única forma posible para la prestación de ese específico servicio es la adoptada por la recurrente, lo que con rotundidad negamos, ya que es obvio que otros medios distintos al adoptado existen para el cumplimiento de aquellos servicios.

En consecuencia el motivo debe desestimarse.

CUARTO.- No mejor suerte que la del motivo anterior debe correr el motivo segundo por el que se denuncia, conforme ya anunciamos, la vulneración del artículo 6.1 de la Ley Orgánica 15/1999. Aunque no se recoja el adjetivo "inequívoco" en el artículo 11 y aún cuando, en efecto, la necesidad del consentimiento previo admite las excepciones recogidas en el mismo precepto, el motivo no puede acogerse, y es que en el supuesto de autos no consta que se hubiera prestado consentimiento alguno y no concurre ningún supuesto de excepción.

Si, conforme ya vimos en el anterior fundamento de derecho, el concepto que de tratamiento de datos que nos ofrece el artículo 3.c) comprende entre otros actos las cesiones de datos, y si el artículo 6 exige para todo tratamiento de datos el consentimiento inequívoco del afectado, difícilmente se puede sostener que para la cesión no sea exigible el requisito de la inequívocidad, latente, sin duda, en el artículo 11."

No es posible la aplicación de la excepción prevista en el artículo 6.2 LOPD, cuando se trate de la cesión de datos de un tercero aunque sea necesaria para cumplir un contrato en el que son ajenos dichos terceros.

STS de 3 de junio de 2009, Rec. casación 3182/2005

"...Como con razón alega el Sr. Abogado del Estado, la exención del consentimiento del interesado que regula el artículo 6.2 de la Ley Orgánica de Protección de Datos está prevista cuando se refieran (los datos de carácter personal) a las partes de un contrato, precontrato, de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarias para su mantenimiento o cumplimiento, de donde resulta que el precepto alude y se refiere exclusivamente a cesión de datos personales de las partes con un contrato para el mantenimiento o cumplimiento del mismo, no resultando aplicable el precepto, como pretende el recurrente, a la cesión de datos personales de terceros, como son los titulares de cuentas corrientes, por mucho que esa cesión sea necesaria para cumplir un

contrato en el que dichos terceros nada tienen que ver y, desde luego, no son partes del mismo, y, aun cuando en un momento dado pueda ser necesaria desde el punto de vista del prestador del servicio, ello es totalmente ajeno a los intereses y necesidades del titular de los datos”.

Obtención de datos de fuentes accesibles al público. Relación jurídica. Cesión de datos de terceros incontestada. No aplicación de la excepción prevista en el artículo 6.2 LOPD.

STS de 29 de abril de 2009, Rec. casación 11427/2004

“...Conviene recordar, respecto a la fuente de obtención de los datos, que los cedidos por CEA a ACE INSURANCE, S.A.-N.I. fueron un total de 50.000 registros provenientes de los propios ficheros automatizados de la recurrente y contenían los datos personales de nombre y apellidos, dirección, número de teléfono y fecha de nacimiento de sus socios, conforme obra a los folios 31a 38 y 63 de las actuaciones. Ello hace que la alegación en relación con la obtención de los datos de fuentes accesibles al público haya de rechazarse, resultando indiferente que parte de dichos datos, y desde luego, en ningún caso, la fecha de nacimiento, consten en páginas amarillas o páginas blancas como las denomina el recurrente donde se pueden obtener, según dice, en cuestión de segundos y sin limitación alguna, resultando, igualmente, indiferente que los actores en la instancia llegaran en algún momento a facilitar datos complementarios a la compañía aseguradora, cesionaria de los datos, a efectos de la posibilidad de contratar un seguro, puesto que ello no enerva la afirmación de que parte del Tribunal de instancia de que medió una cesión de los datos incontestada y facilitada por la recurrente.

Igualmente, carece de consistencia la alegación de la actora de que dicha cesión deriva de una relación jurídica entre la entidad sancionada y sus asociados, por cuanto que, aún cuando fuera cierto que entre los deberes implícitos de esa relación jurídica se encuentra el de facilitar a los asociados cualquier información que pueda tener relación con el uso y posesión de un vehículo automóvil y, en concreto, los seguros, es lo cierto que la recurrente no aparece sancionada por haber realizado ella misma dicha información sino, precisamente, por la cesión de los referidos datos a un tercero, cuya actuación no es objeto de enjuiciamiento en el presente recurso de casación”.

Afiliación sindical. Consentimiento prestado al tratamiento. Derecho de acceso.

STS de 2 de diciembre de 2009, Rec. casación 6765/2005

“... A efectos de las infracciones alegadas, y como también expone la representación del Estado, resulta intrascendente la razón por la que la empresa modificó la práctica seguida en el descuento, ya sea a efectos de evitar tensiones innecesarias en las relaciones laborales o por la presión de los trabajadores según los recurrentes, ya que dicho cambio de criterio nada afecta a la legalidad o no del tratamiento realizado durante esos tres meses a los que se refiere la denuncia, partiendo de la base de que la solicitud del descuento de la cuota sindical fue interesada por los propios trabajadores y de que tal descuento solamente cabe

realizarlo tratando el dato de afiliación sindical, de lo que se deduce que la autorización de realización del descuento implica ya un consentimiento prestado por el propio interesado a su iniciativa, como vienen a reconocer indirectamente los propios recurrentes cuando en el escrito de interposición argumentan que hubiera sido necesario un nuevo consentimiento para la publicidad de su afiliación.

En cuanto al posible conocimiento del dato por quienes participan en la elaboración de la nómina, único momento en el que podría producirse un acceso por terceras personas al dato de afiliación pues a partir de la entrega de la nómina en sobre cerrado sólo el propio interesado es responsable del uso que haga de la misma y del acceso por terceros a los datos consignados, ha de partirse del hecho de que el Tribunal en la sentencia recurrida da por hecho que sólo el documento de la nómina del trabajador contiene el dato de afiliación, lo que excluye a los demás documentos que se utilizan para la confección e intervención de la nómina, conclusión que no parece imposible como entiende el Abogado del Estado, teniendo en cuenta los medios informáticos con los que dicha nómina se confecciona y el carácter diferenciado del documento que es sometido a la intervención.

Todo ello sin olvidar, además, que la Ley Orgánica de Protección de Datos parte de que, prestado el consentimiento para el tratamiento, el acceso al dato cabe entenderse autorizado igualmente para aquellos empleados que en el cumplimiento de sus funciones tuvieren necesidad de consultar dicho dato personal, y, a tal efecto, el artículo 9.1 de dicha Ley Orgánica impone al responsable y al encargado del tratamiento la obligación de adoptar las medidas de índole técnica y organizativas necesarias que garanticen la seguridad de los datos de carácter personal y evite su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado, habida cuenta del estado de la tecnología, la naturaleza de los datos almacenados y los riesgos a que están expuestos, ya provengan de la acción humana, del medio físico o natural, disponiendo el artículo 10 que el responsable del fichero y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal están obligados al secreto profesional respecto de los mismos y al deber de guardarlo, obligaciones que subsistirán aún después de finalizar sus relaciones particulares del fichero o, en su caso, con el responsable del mismo, sin que conste en los autos ni haya sido alegado por los recurrentes que el Parque Móvil haya dejado de adoptar las medidas de seguridad requeridas por la ley ni que se haya producido por el Organismo o por sus trabajadores un incumplimiento de su deber de secreto en relación con la nómina y el dato de afiliación sindical cuestionado”

8.3.1.3. DATOS RELATIVOS A LA SALUD

Fijación en tablón de anuncios de pacientes para suministro de metadona. No excepción de la regla general de prohibición de tratamiento de datos relativos a la salud.

STS de 13 de noviembre de 2012, Rec. casación 1796/2010

“**SEGUNDO.-** Se basa este recurso de casación en dos motivos, formulados ambos al amparo del art. 88.1.d) LJCA. En el motivo primero, se alega infracción del art. 10 LOPD, en relación con los arts. 7.6 y 44.4.g) del mismo

texto legal. Sostiene el recurrente que no se ha cometido infracción alguna, porque la fijación en el tablón de anuncios de los pacientes a quienes debía suministrarse metadona era necesaria para "la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos"; circunstancia que, de conformidad con el art. 7.6 LOPD, constituye una excepción a la regla general que prohíbe el tratamiento de datos relativos a la salud. A ello añade que, en rigor, no se habría producido ninguna vulneración del deber de secreto establecido en el art. 10 LOPD, pues el tablón de anuncios donde se fijó la mencionada lista de pacientes estaba en la zona del Centro de Salud de Laredo reservada al personal del mismo, a la que no tienen acceso las personas ajenas al mismo.

Ninguna de las dos líneas argumentales desarrolladas en este motivo resulta convincente. Por un lado, a la vista de los hechos que la Sala de instancia tiene por probados -y que no son cuestionados ni combatidos por el recurrente-, la razón por la que la dirección fijó la mencionada lista de pacientes en el tablón de anuncios fue vencer la renuencia de ciertos facultativos a suministrar metadona. Pues bien, siendo éste el objetivo a alcanzar, es evidente que la dirección disponía de medios menos intrusivos en la intimidad de los pacientes para obligar a los facultativos renuentes a cumplir con las instrucciones emitidas sobre el suministro de metadona. Tal habría sido, sin duda, una llamada al orden a cada uno de esos facultativos o, llegado el caso, la adopción de medidas disciplinarias. Hay así una clara desproporción entre el medio utilizado y el fin perseguido, tal como atinadamente hace notar la sentencia impugnada. Ello implica que la fijación de la lista de pacientes en el tablón de anuncios no era una medida "necesaria" para la correcta prestación de la asistencia sanitaria, en el sentido del art. 7.6 LOPD".

Datos sobre la fecha de baja no acompañado del diagnóstico médico, no puede ser considerado como dato sobre la salud.

STS de 5 de marzo de 2012, Rec. casación 1104/2009

"...El artículo 7.3 de la ley 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) se refiere a los datos de salud para considerarlos especialmente protegidos, limitando la posibilidad de recabar, tratar y ceder tales datos a los casos en los que lo disponga una ley o el afectado consiente expresamente, pero no delimita el concepto de dato de salud.

El apartado 45 de la Memoria Explicativa del Convenio 108 del Consejo de Europa (Estrasburgo, 28.I.1981), para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, considera que los datos de carácter personal relativos a la salud abarcan "*las informaciones concernientes a la salud pasada, presente y futura, física o mental, de un individuo*". Añade el citado apartado que "*la información puede referirse a una persona de buena salud, enfermo o fallecido*" y que debe entenderse que esta categoría de datos "*también comprenden aquellos relativos al abuso de alcohol o al consumo de drogas*".

También en el ámbito del Consejo de Europa, la Recomendación R (97) 5, adoptada por el Comité de Ministros del 13 de febrero de 1.997, señala que la expresión "datos médicos" hace referencia a "*todos los datos de carácter personal relativos a la salud de una persona. Afecta igualmente a los datos*

manifiesta y estrechamente relacionados con la salud, así como con las informaciones genéticas”.

Tales conceptos han tenido acogida en el RD 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD, que en su artículo 5.1, letra g) define los datos de carácter personal relacionados con la salud como *“las informaciones concernientes a la salud pasada, presente y futura, física o mental, de un individuo. En particular, se consideran datos relacionados con la salud de las personas los referidos a su porcentaje de discapacidad y a su información genética.”*

A la vista de las anteriores definiciones, coincidimos con la apreciación de la Sala de instancia de que el sólo dato de la fecha de baja, sin ningún otro añadido o explicación, no puede considerarse como dato de salud, al menos en el contexto del presente recurso.

La Resolución sancionadora de la AEPD apreció la cesión de datos de salud y su tratamiento por MLI cuando los hechos probados contemplaban la comunicación de la fecha de baja acompañada del diagnóstico médico, datos estos que indiscutiblemente aportan información sobre la salud de la persona a que se refieren, pero cuando los hechos probados son distintos y limitan la comunicación al dato de la fecha de la baja, sin ninguna mención ni directa ni indirecta a un diagnóstico médico, no puede mantenerse la misma calificación original, pues falta el dato determinante que aportaba información sobre la salud, mientras que el dato de “fecha de baja”, en si solo considerado, no aporta información sobre la salud, ya que ni siquiera permite deducir que se refiera a una situación de enfermedad...”

8.3.1.4 SEGURIDAD DE LOS DATOS

Falta de medidas de seguridad en la consulta de las historias clínicas en soporte papel.

STS de 20 de febrero de 2012, Rec. casación 371/2009

“CUARTO.- Como decíamos anteriormente, la Resolución sancionadora de la AEPD también tiene en cuenta en la apreciación de la infracción grave, la falta de medidas de seguridad en la consulta de las historias clínicas en soporte papel. Tal falta de medidas de seguridad se puso de manifiesto en el acta de la inspección realizada por inspectores de la AEPD al centro de salud Parque-Somío, dependiente del SESPA, en la que se indica que *“...las peticiones del personal médico del propio Centro se realizan por vía telefónica, no quedando constancia de dichas solicitudes, ni de su entrega y devolución.”*

A la Sala de instancia no le pasan desapercibidos estos hechos, sino al contrario, los incluye en su narración fáctica, si bien no les atribuye entidad suficiente para integrar la infracción grave de incumplimiento del artículo 9 LOPD.

Este Tribunal está de acuerdo con la valoración de los hechos efectuada por la sentencia recurrida, que tiene en cuenta el contexto en el que los mismos se producen. La visita de inspección de funcionarios de la AEPD al centro de salud Parque-Somío puso de manifiesto, como se recoge en el acta levantada con ocasión de dicha visita, que la consulta por el personal facultativo de las historias clínicas se realiza *“...casi exclusivamente...”* mediante una aplicación

informática denominada OMI_AP, cuya utilización se rige por un Documento de Seguridad, que establece el protocolo de actuación en relación con dichas historias clínicas, sin que se apreciara déficit de medidas de seguridad de nivel alto, exigible en la organización y funcionamiento de este fichero que afecta a datos relativos a la salud especialmente protegidos. Tal conclusión es coincidente con la obtenida en las actuaciones previas de investigación 619/2005, abiertas por la presentación de una denuncia formulada por Doña María Luisa Migallón Argüelles, también médico y esposa del denunciante Sr. Cuña Filgueira, que fue archivada por Resolución del Director de la AEPD de 25 de abril de 2007.

El acta de inspección también indicaba, como antes se ha dicho y recoge la sentencia impugnada entre sus hechos probados, que la utilización del archivo en soporte papel por parte del personal facultativo es “...residual...”, y es exclusivamente en esa utilización residual de las historias clínicas en soporte papel donde se apreció que las peticiones del personal médico se realizaban por vía telefónica, sin que quedara constancia de dichas solicitudes, ni de su entrega y devolución.

Hemos de ponderar los hechos no aisladamente, sino tal y como son descritos por la propia inspección de la AEPD, que indica que las irregularidades en el acceso a las historias clínicas se producen únicamente cuando se utiliza el archivo en soporte papel, lo que ocurre en forma residual, mientras que en su mayoría el personal facultativo utiliza casi exclusivamente el acceso informático, que está sujeto a un protocolo de actuación y en cuya utilización no se apreció ningún déficit de medidas de seguridad.

La conducta descrita en la infracción grave descrita en el artículo 43, letra h) de la LOPD, de la que se declaró responsable al SESPA, consiste en “...mantener los ficheros, locales, programas o equipos que contengan datos de carácter personal sin las debidas condiciones de seguridad que por vía reglamentaria se determinen...”, y la Sala estima que la irregularidad en el acceso a las historias clínicas en soporte papel, por razón de su utilización residual frente a la utilización casi exclusiva del acceso informático, carece de la entidad suficiente para ser calificada como infracción de carácter grave de los artículos 9.3 y 44.3.h) LOPD, llegando por tanto a la misma conclusión que la Sala de instancia. *Otra sentencia con fundamentos jurídicos análogos: STS 13-3-12, RCA 2857/2009.*

8.3.1.5 DEBER DE SECRETO

Personal al servicio de Centro de Salud. El conocimiento de datos especialmente protegidos por parte de todas las personas al servicio de una organización equivale a renunciar al secreto.

STS de 13 de noviembre de 2012, Rec. casación 1796/2010

“SEGUNDO.- (...)”

Por otra parte, aun admitiendo a efectos puramente argumentativos que en la zona donde se hallaba el tablón de anuncios no pudiera nunca pasar nadie ajeno al Centro de Salud -éste es el presupuesto de la argumentación del recurrente-, no cabe sostener que la información contenida en la lista de pacientes allí fijada no ha sido divulgada porque el personal al servicio del Centro de Salud no puede ser

considerado como un "tercero" con respecto a éste. Este razonamiento es incorrecto. El deber de secreto establecido por el art. 10 LOPD pesa sobre "el responsable del fichero y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal". Es verdad que, a tenor del apartado c) del art. 3 LOPD, responsable del fichero y de su tratamiento puede ser una persona jurídica, como seguramente ocurre en el caso de las Administraciones sanitarias; pero ello no significa necesariamente que todas las personas al servicio de esa persona jurídica puedan tener legítimamente conocimiento de los datos de carácter personal sobre los que pesa el deber de secreto. El conocimiento de información que por su naturaleza es reservada debe quedar limitado a aquellas personas que dentro de la organización la necesitan para el correcto desarrollo de su misión. Sostener otra cosa llevaría a defraudar el sentido de la norma, ya que dar por bueno el conocimiento de datos especialmente protegidos por parte de todas las personas al servicio de una organización equivale a renunciar al secreto. Aplicando cuanto acaba de decirse al presente caso, sólo los facultativos afectados necesitaban conocer la identidad de los pacientes a quienes se debía suministrar metadona, por lo que la fijación de la lista en un tablón de anuncios visible por más personas supuso -con independencia de que éstas estuviesen al servicio del Centro de Salud- una violación de la garantía del secreto sobre datos relativos a la salud.

A la vista de todo lo anterior, es irrelevante si la fijación de la lista en el tablón de anuncios constituyó por sí sola una vulneración del art. 10 LOPD o si, como mantiene el recurrente, era necesario además que la información contenida en la lista hubiese sido conocida por terceros: la posibilidad de que más individuos de los estrictamente necesarios tengan acceso a datos cubiertos por un deber de secreto constituye una infracción de dicho deber, cualquiera que sea la relación de esos individuos con la organización responsable de los datos”.

8.3.1.6 COMUNICACIÓN DE DATOS

Elaboración de guías telefónicas. No cabe cesión o información incondicionada, al margen de las exigencias de protección de datos, como el derecho a no figurar en las guías.

STS de 15 de marzo de 2011, Rec. casación 2936/2008

“**TERCERO.-** En el segundo motivo, formulado como el resto al amparo del art. 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción, se denuncia la vulneración del art. 11 de la Ley 15/1999, en relación con los arts. 38.6 de la Ley 32/2003 y 14 de la Orden CTE/711/2002, de 26 de marzo, alegando que no ha cedido en ningún momento los datos a TPI sino a la CMC, en cumplimiento de lo establecido en los arts. 38.6 de la Ley 32/2003 y 14 de la Orden CTE/711/2002, de 26 de marzo, que obligan a entregar a dicha CMC los datos de todos los abonados, hayan dado o no su consentimiento para aparecer en las guías.

Tampoco este motivo puede prosperar, pues, en contra de lo que se sostiene por la parte, el art. 38 de la Ley 32/2003, después de garantizar el anonimato de los datos a los abonados, establece en su nº 6, a propósito de la elaboración y comercialización de las guías de abonados a los servicios de comunicaciones

electrónicas y la prestación de los servicios de información, que se realizará en régimen de libre competencia y garantizándose, en todo caso, a los abonados, el derecho a la protección de sus datos personales, incluyendo el de no figurar en dichas guías, y en congruencia con ello añade que, a tal efecto, las empresas que asignen números de teléfono a los abonados habrán de dar curso a todas las solicitudes razonables de suministro de información pertinente para la prestación de los servicios de información sobre números de abonados y guías accesibles al público, en un formato aprobado y en unas condiciones equitativas, objetivas, orientadas en función de los costes y no discriminatorias, estando sometido el suministro de la citada información y su posterior utilización a la normativa en materia de protección de datos vigente en cada momento.

De manera que no cabe hablar de una cesión o información incondicionada y al margen de las exigencias de la protección de datos legalmente establecida, como el derecho a no figurar en las guías.

En congruencia con ello, la Orden CTE/711/2002, al señalar en el art. 14 los datos de los abonados que los operadores han de facilitar a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, señala en el punto tercero el relativo a la manifestación de su deseo de figurar en las guías telefónicas o en los servicios de directorio y no sólo eso sino que, en el punto cuarto, se establece al menos una actualización de, entre otros, tales datos, con una periodicidad mensual, con indicación detallada de los datos sobre los que, según lo dispuesto en el apartado tercero, no se pueda informar. De manera que no puede considerarse contraria a tales preceptos la interpretación que de los mismos ha efectuado la Sala de instancia, que antes se ha reproducido, en relación con la actuación de la entidad recurrente, proporcionando los datos de la denunciante de tal forma que se produjo la publicación en la correspondiente guía, en contra del deseo expresado por la misma a la operadora de no figurar en la guía”.

Datos de alta y baja laborales. Consentimiento tácito o presunto. Falta de consentimiento inequívoco.

STS de 23 de enero de 2012, Rec. casación 5962/2008

“...El segundo motivo del recurso de casación denuncia infracción de lo dispuesto en el artículo 11.1 de la LOPD, en relación con el artículo 6 del mismo texto legal, pues los datos de trabajadores que la recurrente suministró a MLI fueron datos de alta y baja laborales, que son datos administrativos, en los que el consentimiento de los titulares no requiere una declaración expresa y por escrito, como requieren los datos de salud, sino que basta el consentimiento tácito o presunto, siempre que este sea informado y no revocado, para que la cesión de datos sea legítima. En tal sentido, la parte recurrente mantiene que el Comité de Empresa fue debidamente informado de la comunicación de los datos a MLI y los trabajadores habían sido informados por la Web corporativa de la prestación del servicio de MLI.

Es cierto que, como sostiene la parte recurrente, los datos comunicados a MLI eran datos personales de los trabajadores, tales como el nombre, apellidos, número de teléfono y fecha de la baja laboral, que no pueden considerarse datos personales de salud, especialmente protegidos por el artículo 7.3 LOPD, que requieren consentimiento expreso del titular para ser cedidos, pero lo que el

recurrente omite es que, por disposición del artículo 6.1 LOPD, el consentimiento del afectado ha de ser “...*inequívoco*...”, y en el presente caso no puede sostenerse la presencia de un consentimiento de los afectados de tales características.

La Sala de instancia ha valorado los documentos que invoca la parte recurrente como prueba de la existencia del consentimiento inequívoco del afectado y llega a la conclusión razonada de la inexistencia de un consentimiento de tales características, debiendo mantenerse inalterable tal conclusión probatoria en este recurso de casación, en el que no ha sido eficazmente impugnada por ilógica o arbitraria.(...)

Tampoco puede compartirse la tesis del recurrente de que existía un consentimiento tácito que cumplía las exigencias del artículo 11 LPOD, al haberse informado de la comunicación de datos al Comité de empresa y en la web corporativa, sin ninguna objeción por parte de los trabajadores afectados, pues esa falta de oposición, para la que además no consta que se señalara plazo alguno, no puede equipararse a un consentimiento inequívoco de los afectados requerido por el artículo 6.1 LOPD, pues como razona la sentencia impugnada, inequívoco es lo que no admite duda o equivocación, y por contraposición a equívoco, lo que no puede entenderse en varios sentidos, de forma que aunque no sea exigible un consentimiento en forma escrita, al no exigirlo para el supuesto del que tratamos ningún precepto legal, la entidad que pretenda obtener este consentimiento inequívoco deberá arbitrar los medios necesarios para que no queden dudas de la que cesión de los datos ha sido consentida.

Finalmente, razona la Sala de instancia que el consentimiento ha de ser previo, requisito que tampoco reúnen los consentimientos de los trabajadores en los que declaran que consienten expresamente que se tratan sus datos para prestarles la asistencia sanitaria necesaria, todos ellos fechados y firmados con posterioridad al año 2004, por lo que no pueden amparar las cesiones anteriores de datos de trabajadores”.

Falta de cotitularidad de historias clínicas entre el Servicio de Urgencias y sociedad médica. Ausencia de cesión por la impresión de etiquetas por personal de la Clínica.

STS de 23 de febrero de 2011, Rec. casación 4053/2007

“...En el desarrollo del motivo, analiza el recurrente lo dispuesto en el artículo 11.1 en relación con el 44.4 b) de la Ley Orgánica 15/1999, que recogen el tratamiento y la comunicación de datos, concluyendo en que existe en el Servicio de Urgencia una situación de cotitularidad de la historia clínica, que determina lo correcto de la imposición de la sanción.

Nada se alega por la representación de la Administración recurrente en relación con la auténtica cuestión sometida a debate, ni se desarrolla argumento alguno que justifique la invocación de la jurisprudencia de esta Sala sobre control de la valoración de los hechos. En cuanto a lo primero, ha de confirmarse la decisión del Tribunal de instancia de que el hecho de que se sancionara a la Sociedad del Doctor Chacón no implica, necesariamente, que éste recibiera los datos de la clínica recurrente, ya que, conforme se aprecia por el Tribunal de instancia, ésta lo único que hacía era facilitar sus instalaciones para la prestación asistencial sanitaria, y de ello no puede deducirse que facilitara ningún dato a la Sociedad

del Doctor Chacón que ésta no conociera ya, puesto que los pacientes ya lo eran de los médicos que trabajaban para dicha Sociedad, puesto que no puede apreciarse cesión por el hecho de que sea un empleado de la clínica el que imprime las etiquetas en donde, simplemente, aparece el nombre, domicilio y compañía aseguradora de la paciente y la entrega al médico de la Sociedad del Doctor Chacón para que éste lleve a cabo la prestación de la asistencia, resultando, por otro lado, que los ejemplares de historias clínicas que aparecen encontrados en un contenedor de Sevilla son precisamente, las hojas de color rosa, que constituyen la copia de la historia clínica que queda en poder del facultativo, posteriormente bajo la custodia de la Sociedad del Doctor Chacón que presta el servicio de urgencia en la clínica, sin que, por tanto, aparecieran abandonadas las hojas amarillas destinadas al archivo de la Clínica del Sagrado Corazón que, en modo alguno, puede entenderse que tiene cotitularidad en los datos reflejados por los médicos que prestan el servicio de urgencias y que posteriormente se entregan a la Sociedad del Doctor Chacón, ya sancionada en resolución confirmada en vía de casación por nuestra sentencia de 2 de junio de 2010”.

Cesión de datos a otras Administraciones Tributarias. Carácter finalista de la cesión. Derecho a obtener información de las comunicaciones realizadas de sus datos de carácter personal.

STS de 7 de julio de 2009, Rec. casación 5672/2005

“**SEGUNDO.-** No conforme con tales pronunciamientos el Abogado del Estado interpone este recurso de casación, en cuyo primer motivo, formulado al amparo del art. 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción, se denuncia la infracción de los arts. 11 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre y 113 de la Ley General Tributaria de 1963, alegando que los órganos administrativos carecen de personalidad jurídica y la cesión de datos que ampara la norma legal se refiere a las Administraciones Públicas y no a los órganos de las mismas, entendiendo que no existe amparo normativo para justificar la decisión de la Audiencia Nacional, se trata de una actuación voluntarista que sobrepasa las exigencias normativas sin justificación razonable alguna.

El motivo así planteado no puede prosperar, pues, contrariamente a lo que se sostiene por el Abogado del Estado, la Sala de instancia justifica su decisión en la interpretación y aplicación de la normativa que regula la situación jurídica planteada, señalando el precepto que atribuye al particular interesado el derecho a obtener información de las "comunicaciones realizadas" de sus datos de carácter personal, previsión del art. 15 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y precisando el alcance de tal información en cuanto a la identificación del destinatario de la comunicación o cesión de los datos, teniendo en cuenta que, si bien el art. 11 de dicha LOPD permite la cesión cuando esté autorizada por una ley y es el caso que el art. 113 de la Ley General Tributaria, redacción dada por la Ley 25/1995, de 20 de julio, permite tal cesión de datos a otras Administraciones Tributarias, no es menos cierto que no se trata de una cesión incondicional, sino que tiene un carácter finalista en cuanto la cesión ha de producirse a "efectos de cumplimiento de las obligaciones fiscales en el ámbito de sus competencias", lo que no es sino una especificación de la previsión general del citado art. 1 de la LOPD, que

limita la comunicación o cesión de datos "al cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario", de manera que no siendo la comunicación incondicional la concreción de identificación del cesionario, en su caso el órgano administrativo, puede constituir un elemento necesario de la información a efectos de comprobar la adecuación a la ley de la cesión de datos, como es el caso de la comunicación genérica a una Administración Pública tal que una Comunidad Autónoma o Diputación Provincial de amplias competencias no limitadas al ámbito tributario, cuya omisión priva al interesado de tal comprobación, limitando con ello el ejercicio del derecho de información que le reconoce la Ley.

Por tanto, el pronunciamiento de la Sala de instancia se ajusta a una aplicación e interpretación razonable y correcta de las previsiones legales, que no queda desvirtuada por alegaciones de la parte recurrente como la falta de personalidad jurídica de los órganos administrativos, cuando lo determinante para apreciar la legalidad de la comunicación de datos es su destino al cumplimiento de los fines establecidos, en este caso, obligaciones fiscales, de lo que puede dar razón el contenido funcional del órgano cesionario y por lo tanto la identificación del mismo; menos virtualidad tiene la alegación del carácter voluntarista de la decisión adoptada por el Tribunal a quo, que como se acaba de indicar resulta plenamente fundada en la recta aplicación de los preceptos examinados”.

La colaboración de empresas en proyecto común no es suficiente para aplicar la excepción al consentimiento en la cesión de datos.

STS de 28 de abril de 2009, Rec. casación 9427/2004

“**QUINTO.-** En el primer motivo, como se ha dejado indicado, la recurrente niega que el envío periódico a Ascii Direct S.A.L. de los datos de concursantes recogidos en su página web constituyese una comunicación de datos sin consentimiento de los interesados en el sentido del art. 11 LOPD. A este respecto, es importante comenzar subrayando que el mero hecho de que varias empresas colaboren en un proyecto común no es, por sí solo, suficiente para quedar dispensadas del requisito del consentimiento de los interesados en la cesión de datos; es decir, no pueden cederse libremente cuantos datos estimen convenientes para la realización del proyecto común. En la medida en que se trata de personas distintas, cada una de las empresas implicadas mantendrá su propia posición a efectos de la legislación de protección de datos. Ello quiere decir que responsable del fichero seguirá siendo únicamente la empresa que decida sobre su finalidad, contenido y uso, mientras que las demás tendrán la consideración de terceros y, por consiguiente, sólo podrán ser cesionarias de los datos del fichero si cumplen los requisitos generalmente exigidos para la comunicación de datos. En pocas palabras, la recurrente no puede defenderse diciendo que el art. 11 LOPD no era aplicable porque todas las empresas implicadas llevaban a cabo, a fin de cuentas, una misma campaña publicitaria.

Una vez establecido este punto crucial, la argumentación de la recurrente resulta endeble. La advertencia que se hacía a quienes depositaban sus datos en la página web de la recurrente decía sólo que dichos datos “podrán ser utilizados en ficheros informatizados por el Grupo Peugeot, sus filiales y su red comercial en aquellos asuntos que guarden relación con el presente documento y con la finalidad estrictamente comercial”. Esto, aparte de ser excesivamente genérico,

no da cobertura a la comunicación de datos a empresas como Ascí Direct S.A.L., de las que no consta que pertenezcan a lo que vagamente se denomina “Grupo Peugeot”. Esta advertencia no satisface, así, las exigencias de especificidad e información que el art. 3.h) LOPD impone para que pueda haber consentimiento válido. Ello implica que la comunicación de datos efectuada periódicamente por la recurrente no se hacía con consentimiento de los interesados, tal como ordena el art. 11 LOPD”.

Consentimiento a la comunicación de datos derivada de la aceptación de cláusula por la entidad mercantil tomadora del seguro. Interpretación de la expresión “productos y servicios”. Proceso de selección de personal.

STS de 6 de noviembre de 2012, Rec. casación 1804/2010

“**TERCERO.**- Este único motivo casacional no puede prosperar. De entrada, se funda en una interpretación excesivamente rigorista -incluso puramente literal- de la expresión "productos y servicios". La información sobre un proceso de selección de personal no es un producto o servicio, si por tal se entiende algo que puede ser ofrecido en el mercado al consumidor y, llegado el caso, adquirido por éste. Cabe entender, sin embargo, que aquella expresión abarca también aquellas iniciativas y propuestas de una empresa que -estando dentro de sus actividades típicas o habituales, como sin duda es la selección de personal- pueden tener alguna clase de interés para sus clientes. En otras palabras, las mencionadas entidades del grupo Mapfre no utilizaron los datos para fines claramente ajenos a su giro o tráfico, por lo que una interpretación rigorista y puramente literal de la cláusula examinada no resulta justificable.

A ello hay que añadir que, si bien el alcance de la expresión "productos y servicios" formó parte del debate en la instancia y, por ello, no se trata de una cuestión nueva, la verdad es que tuvo entonces un peso secundario. El principal tema debatido fue si la aceptación de la tantas veces referida cláusula por la entidad mercantil tomadora del contrato de seguro podía entenderse, a la vista de las peculiares circunstancias de este caso, como consentimiento a la comunicación de datos por parte de los beneficiarios del mismo. Una vez resuelto este extremo en sentido afirmativo, no deja de ser forzado y artificioso centrar el recurso de casación en un extremo que no fue nunca la razón de fondo por la que la Agencia Española de Protección de datos impuso las sanciones”.

Mutua que pone en conocimiento de una empresa información sobre la salud de un trabajador que había obtenido de un examen médico realizado cuando dicho trabajador estaba al servicio de otra empresa. Autorización por Ley.

STS de 20 de octubre de 2009, Rec. casación 4946/2007

“**QUINTO.**-(...)

Como se ha visto, el tribunal *a quo* da por sentado que hubo comunicación de datos no consentida: la mutua puso en conocimiento de una empresa información sobre la salud de un trabajador que había obtenido de un examen médico realizado cuando dicho trabajador estaba al servicio de otra empresa. Este hecho no es discutido. El problema es sólo si está autorizado por la ley, en el sentido

del art. 11.2.a) LOPD. Para dar una respuesta afirmativa, el tribunal *a quo* emplea dos argumentos: que la expresión “conclusiones” del art. 22.4 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales no debe ser interpretada de manera restrictiva; y que existe un principio de unidad de la historia clínica, justificado por la necesidad de una gestión eficaz de la asistencia sanitaria.

La verdad es que ninguno de esos dos argumentos resulta convincente. El art. 22.4 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales dispone: “No obstante lo anterior, el empresario y las personas u órganos con responsabilidades en materia de prevención serán informados de las conclusiones que se deriven de los reconocimientos efectuados en relación con la aptitud del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo o con la necesidad de introducir o mejorar las medidas de protección y prevención a fin de que puedan desarrollar correctamente sus funciones en materia preventiva.” Pues bien, hay que tener en cuenta que el “no obstante lo anterior” con que se abre el precepto transcrito se refiere, como es obvio, a lo dispuesto en los apartados previos del propio precepto legal; apartados previos en los que se establece, entre otras cosas, que “las medidas de vigilancia y control de la salud de los trabajadores se llevarán a cabo respetando siempre el derecho a la intimidad y a la dignidad del trabajador y la confidencialidad de toda la información relacionada con su estado de salud” y que “los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores no podrán ser usados con fines discriminatorios ni en perjuicio del trabajador”. De aquí se desprende que la regla general es la confidencialidad de toda la información obtenida por las mutuas en aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y, por consiguiente, que la posibilidad de comunicar al empresario “las conclusiones que se deriven de los reconocimientos efectuados en relación con la aptitud del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo” constituye una excepción. Y las excepciones, como es bien sabido, han de ser interpretadas restrictivamente. En este supuesto, además, ello resulta reforzado por una consideración teleológica innegable: si lo que debe protegerse ante todo es la confidencialidad de la información sanitaria relativa a los trabajadores, no tiene sentido afirmar que cabe comunicar a los empresarios cualquier dato que exceda de la mera “conclusión” sobre la idoneidad del trabajador para el puesto de trabajo; es decir, la mutua sólo puede decir al empresario si reputa apto al trabajador, sin proporcionarle ninguna otra información adicional.

En cuanto a la historia clínica, es cierto que los arts. 14 y siguientes de la Ley de Autonomía del Paciente favorecen “la máxima integración posible de la documentación clínica de cada paciente” a fin de lograr una adecuada asistencia sanitaria. Tal vez ello justifique hablar, como hace la sentencia impugnada, de un principio de unidad de la historia clínica. Dicho esto, es preciso inmediatamente señalar que esa integración de la historia clínica, tendente a evitar la dispersión de la información sanitaria sobre cada paciente, tiene como beneficiario al propio paciente. El inciso inicial del art. 16 de la Ley de Autonomía del Paciente es paladinamente claro a este respecto: “La historia clínica es un instrumento destinado fundamentalmente a garantizar una asistencia adecuada al paciente.” Las historias clínicas no deben tener carácter unitario, como pretende la sentencia impugnada, para facilitar su misión a las mutuas de prevención de riesgos laborales, ni menos aún a los empresarios. Ciertamente, permiten prestar una asistencia sanitaria mejor; pero esta mejora no se justifica por el ahorro de esfuerzo para terceros (personal sanitario, Administración, empresarios, etc.), sino por el bienestar del paciente. Este punto es de crucial importancia, porque la

información sobre la salud de las personas forma parte del objeto protegido por el derecho fundamental a la intimidad, tal como ha aclarado, entre otras, la sentencia del Tribunal Constitucional 196/2004. De aquí que toda excepción a la confidencialidad que pesa sobre dicha información sólo pueda justificarse por el beneficio que reporte al propio paciente o, en su caso, por ineludibles y superiores exigencias de interés general debidamente ponderadas, que de ningún modo pueden consistir en un funcionamiento más ágil de las mutuas de prevención de riesgos laborales. Tan es así que el art. 18 de la Ley de Autonomía del Paciente sólo confiere el derecho de acceso a la historia clínica al paciente, no a terceros; y el sucesivo art. 19 de ese mismo texto legal obliga a establecer “un mecanismo de custodia activa y diligente de las historias clínicas”.

Interpretación del artículo 11.2d) LOPD. Utilización de datos personales por letrados intervinientes en determinados procesos judiciales. Ausencia de comunicación dirigida al Juez.

STS de 17 de noviembre de 2009, Rec. casación 7163/2005

“**TERCERO.-** El debate que se suscita en este recuso se limita a la interpretación que deba darse a la excepción prevista en el art. 11.2.d) de la LOPD a la regla general, establecida en el número 1 del mismo precepto, según la cual, "Los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado", mientras que la excepción en cuestión es del siguiente tenor: "2. El consentimiento exigido en el apartado anterior no será preciso:

d) Cuando la comunicación que deba efectuarse tenga por destinatario al Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal o los Jueces o Tribunales o el Tribunal de Cuentas, en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas. Tampoco será preciso el consentimiento cuando la comunicación tenga como destinatario a instituciones autonómicas con funciones análogas al Defensor del Pueblo o al Tribunal de Cuentas."

Conviene señalar al efecto, que en ningún momento se cuestiona en este recurso la procedencia de un pronunciamiento, como el que se contiene en la sentencia de instancia, de ordenar la incoación de expediente sancionador a instancia del denunciante, por lo que ninguna valoración al respecto ha de efectuar esta Sala.

Pues bien, hecha esta precisión, los términos del precepto cuya interpretación se cuestiona dejan poco espacio a la duda en relación con la situación que aquí se plantea, ya que la excepción sólo se predica de comunicaciones de datos con los concretos destinatarios que se indican y en el ejercicio de sus funciones, lo que necesariamente implica una comunicación directa y que la misma se produzca a requerimiento del destinatario en el ejercicio de sus funciones, circunstancias que ha de valorar el responsable del fichero para emitir la correspondiente comunicación de datos al amparo de dicha excepción, que, además y por su propia naturaleza, ha de interpretarse en sentido estricto.

No son estas las circunstancias del caso que se refiere a la utilización de tales datos personales por los letrados intervinientes en determinados procesos judiciales a la hora de formular y proponer sus pruebas, concretamente los pliegos de posiciones presentados por las entidades aseguradoras, de manera que

no se trata de una comunicación de datos dirigida al Juez ni a la solicitud de este en el ejercicio de sus funciones, aun cuando hubiera sido a instancia de parte, sino que, en su caso, la comunicación de los datos se dirigió a otros destinatarios distintos de los establecidos en el referido art. 11.2.d) de la LOPD y para la utilización en defensa de sus propios intereses, aun cuando ello se produjera en distintos procesos judiciales, sin que a tal efecto pueda confundirse la finalidad del uso de tales datos en el proceso, lograr la convicción del Juez en relación con los hechos que se pretenden acreditar, con el destinatario de la cesión de los datos que evidentemente no era el Juez sino aquellos que se sirvieron de ellos en defensa de sus propios intereses en tales procesos y sin que el hecho de que se admita una prueba legitime la actuación de los mismos en su proposición que no se ajuste al ordenamiento jurídico.”

Cesión del negocio e inventario bancario en beneficio de dos entidades bancarias. Falta de conexión en la relación jurídica entre cliente y Banco a efectos del consentimiento. Artículo 11.2c) LOPD.

STS de 17 de noviembre de 2009, Rec. casación 7163/2005

“SEGUNDO.- (...)

En relación con la infracción que se denuncia también en el primer motivo casacional, del artículo 11.2.c) de la misma Ley Orgánica, el precepto dispone que cuando el tratamiento responda a la libre y legítima aceptación de una relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control implique necesariamente la conexión de dicho tratamiento con ficheros de terceros. La norma regula, por tanto, un supuesto de hecho que, como expresa la sentencia recurrida, nada tiene que ver con el caso enjuiciado, por cuanto la relación jurídica establecida entre el cliente y el banco no necesita para su desarrollo y mantenimiento de la cesión del negocio e inventario bancario que se establece en beneficio de ambas entidades bancarias y no de los clientes y con la relación jurídica de prestación de servicios bancarios establecida entre éstos y el banco, sin que, por lo demás, la corrección, que no nos corresponde enjuiciar, de la relación jurídica entre dichas entidades desde el ámbito del puro derecho mercantil pueda eximir del imprescindible requisito de la obtención del consentimiento por parte de los clientes afectados que establecieron su relación exclusivamente con Banesto y cuyos datos fueron cedidos sin su consentimiento”.

Artículo 11 LOPD. Ausencia de infracción continuada. No hay pluralidad de acciones.

STS de 16 de marzo de 2010, Rec. casación 5548/2006

“CUARTO.- En cuanto al motivo tercero de este recurso de casación, hay que comenzar recordando que el hecho que se califica como cesión de datos personales a un tercero, constitutivo de infracción del art. 11 LOPD, es la posibilidad que Bami S.A. dio a la Caja de Ahorros del Mediterráneo de ver el apunte manuscrito del número de teléfono móvil del recurrente; lo que, a tenor de lo tenido por probado en la sentencia impugnada, pudo ocurrir bien en el momento de celebración del contrato de reserva de garantía de 6 de noviembre de 1999, bien en el momento de celebración del contrato de compraventa de 19 de mayo de 2000.

Pues bien, este hecho no puede ser caracterizado como una infracción continuada del art. 11 LOPD, fundamentalmente porque no hay una pluralidad de acciones. Sin pluralidad de acciones no cabe hablar de infracción continuada, como destacan, entre otras, las sentencias de esta Sala atinadamente citadas por la recurrente. El apartado primero del art. 74 CP, norma reguladora del delito continuado en el derecho español, cuya precisa definición es trasladable al ámbito del derecho administrativo sancionador, establece: "No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado, como autor de un delito o falta continuados, con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior." Es claro, así, que la infracción continuada exige una pluralidad de acciones ilícitas de naturaleza semejante, guiadas por una única intención. La finalidad de esta figura es evitar que, tratándose de un designio unitario, el infractor pueda verse favorecido por la escasa entidad de la sanción correspondiente a cada una de las acciones ilícitas singularmente consideradas.

Nada de esto se da en el presente caso, en que no hay una pluralidad de acciones, sino simplemente la puesta en conocimiento de un tercero del dato personal relativo al denunciante. Ello ocurrió en un momento determinado del tiempo. Ni siquiera puede decirse que esa puesta en conocimiento del dato personal fuera, en sí misma considerada, una acción prolongada durante un cierto período. Que esa acción pudiera tener consecuencias lesivas para el titular del dato personal en un momento posterior no la convierte, contrariamente a lo afirmado por la sentencia impugnada, en una infracción continuada. Si se acogiera esta tesis, muchas infracciones penales o administrativas serían continuadas, ya que los efectos lesivos de una acción u omisión pueden hacerse sentir tiempo después del momento de la comisión. Por todo ello, este motivo tercero ha de ser estimado, lo que conduce a casar la sentencia impugnada”.

Error en la comunicación del dato. Afecta a la calidad del dato pero no supone cesión de datos contraria a las exigencias del artículo 11 LOPD.

STS de 29 de marzo de 2011, Rec. casación 4153/2008

“**SEGUNDO.-** Frente a tal pronunciamiento, que supone la anulación de la referida sanción, se interpone este recurso de casación, en cuyo único motivo, formulado al amparo del art. 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción, se denuncia la infracción de los arts. 3.h), 11.1 y 44.4.b) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal, alegando, frente a las apreciaciones de la Sala de instancia, que en este caso no existió la manifestación de voluntad libre, inequívoca e informada de la interesada, pues esta en el contrato suscrito con la Caixa señalaba que sería ella la que comunicaría los cambios de domicilio y es lo que firmó cuando acudió a las oficinas de la entidad bancaria a recoger su tarjeta y su PIN y al año siguiente, RACC cedió un dato relativo a un supuesto domicilio de la interesada a la Caixa, sin que ninguno de los pactos existentes entre las partes amparase esa cesión.

No puede compartirse el planteamiento que se recoge en este motivo de casación, pues no se tiene en cuenta que, sin perjuicio de la relación directa de la

interesada con La Caixa a efectos de la comunicación de datos o su modificación, que invoca la parte recurrente y que también se refiere por la Sala de instancia, existían otras previsiones en los contratos que unían ambas entidades, que también se recogen en la sentencia recurrida, que implicaban tanto la obtención del consentimiento de los socios por el RACC para ceder sus datos a La Caixa, como un sistema de traspaso de la información precisa para el funcionamiento de la tarjeta, de manera que tales previsiones amparaban el supuesto de comunicación por el RACC de un cambio de datos, como el domicilio, que el socio pusiera en su conocimiento, a tales efectos, en lugar de hacerlo directamente ante La Caixa.

Y este es el caso en el que se produjo la actuación del RACC, aunque en la creencia errónea de que el cambio de domicilio comunicado por quien había sido marido de la denunciante suponía también el de esta última.

En estas circunstancias resulta conforme a Derecho la aplicación que de las revisiones de la LOPD efectúa la Sala de instancia, en el sentido de que lo que se produjo es un error en la comunicación de datos que no eran los correctos, pues no se había producido tal cambio de domicilio de la denunciante, conducta sancionada por infracción del art. 4.3 de la LOPD en cuanto afecta a la calidad del dato, pero no es de apreciar una cesión de datos contraria a las exigencias del art. 11 de dicha Ley, producida en el ámbito de unas relaciones que, por lo que se refiere a la titular de los datos, implicaba el consentimiento de la misma para su cesión por el RACC a La Caixa a efectos de obtención y funcionamiento de la tarjeta solicitada”.

8.3.1.7 ACCESO A LOS DATOS POR CUENTA DE TERCEROS

No constituye comunicación de datos el acceso de terceros para prestar un servicio al responsable del tratamiento. Requisitos que han de concurrir: contrato por escrito o en forma que acredite su realidad y contenido. Si no se cumplen tales requisitos hay una comunicación necesitada del consentimiento de los interesados. Interpretación del artículo 12 de la Ley Orgánica 15/1999.

STS de 4 de mayo de 2009, Rec. casación 2640/2005

“SEGUNDO.- (...)

En este panorama, el artículo 12, apartado 1, excluye de la noción de comunicación el acceso que un tercero realice a los datos cuando sea necesario para la prestación de un servicio al responsable del tratamiento, esto es, a la persona que decide sobre su contenido, su uso y su finalidad [artículo 3, letra d)]. Téngase en cuenta que, en esta tesitura, el legislador no ha excepcionado la obligación del consentimiento, sino que directamente considera que no hay comunicación. Ahora bien, para que opere tal excepción, que deroga un principio general de la Ley y que permite comunicar los datos sin consentimiento de los afectados a quien va a usarlos por cuenta del responsable, es decir, al encargado del tratamiento [artículo 3, letra g)], el legislador exige la concurrencia de determinadas garantías, presentes en el apartado 2 del artículo 12.

En primer lugar, el responsable del fichero debe haber encomendado el tratamiento de los datos mediante un contrato, pactado de forma que permita comprobar su existencia así como su contenido. En segundo término, dicha convención ha de contener las instrucciones que el responsable del tratamiento impone para el uso de los datos y de las que el encargado no puede separarse. Finalmente, tiene que constar también el fin que legitima la comunicación, que no pueden obviar las partes, quienes, además, han de abstenerse de comunicar los datos a otras personas.

Esta interpretación responde al objetivo de la norma, consistente en garantizar que el acceso de terceros a los datos de carácter personal únicamente se produzca en los casos y con las limitaciones legalmente establecidas, plasmándose las condiciones, la finalidad y el alcance de la cesión, de forma que resulte controlable en su desarrollo y cumplimiento. Así lo hemos entendido en otros casos en los que hemos abordado el análisis del repetido artículo 12 [sentencias de 27 de marzo de 2007 (casación 2387/03, FJ 3º) y 6 de mayo de 2008 (casación 176/05, FJ 5º)].

Las anteriores prescripciones tienen tal envergadura que si el encargado se separa del fin del contrato o usa y comunica los datos sin seguir lo pactado es considerado responsable del tratamiento y responde de las eventuales infracciones como tal (apartado 4 del artículo 12). Una vez cumplido el objeto del contrato, los datos se destruyen o devuelven al responsable, así como los soportes o documentos en los que consten (apartado 3).

Como se ve, el artículo 12 de la Ley Orgánica 15/1999 constituye una unidad, sin que resulte lícito separar sus distintos apartados como si de compartimentos estancos se tratara. De este modo, para que no se considere comunicación de datos el acceso de un tercero a los mismos en el seno de un servicio que ha de prestar al responsable del tratamiento, han de cumplirse las exigencias recogidas en el apartado 2. Dicho de otra forma, si un tercero tiene a su alcance los datos para rendir un servicio al responsable del tratamiento, pero lo hace sin previo contrato en el que conste de forma inequívoca las instrucciones a las que ha de ajustarse u opera al margen o con incumplimiento del mismo, ese acceso tiene la consideración de comunicación y queda sometido al régimen general, esto es, a la necesidad de consentimiento del interesado, conforme dispone el artículo 11 de la propia Ley Orgánica 15/1999.

Alcance y contenido del contrato a que se refiere el artículo 12 LOPD.

STS de 22 de junio de 2010, Rec. casación 880/2007

“SEGUNDO.- (...)

El motivo no puede prosperar por las siguientes razones: en primer lugar, la Sala de instancia, en contra de lo que se sostiene por la recurrente, no rechaza sus pretensiones en relación con la infracción muy grave por cesión de datos sin consentimiento de su titular, por no haber suscrito por escrito el contrato a que se refiere el art. 12 de la LOPD sino por no haber existido el mismo, a cuyo efecto y tras reproducir el contenido de dicho precepto, señala que *"por la propia naturaleza del contrato de prestación de servicios y por la importancia y relevancia de los intereses y derechos en juego, el citado artículo 12 exige que en el contrato se especifique con el detalle necesario la finalidad y el objeto concreto del encargo y servicio contratado, de tal forma que el encargado del*

tratamiento debe cumplir, por cuenta de quien lo contrata, el específico encargo recibido siempre dentro de los límites de las instrucciones recibidas. Si el encargado del tratamiento se excede de los límites del encargo, separándose de las instrucciones recibidas, la Ley prevé -siguiendo las reglas del mandato- que los actos y el tratamiento así realizados sean imputables al citado encargado, a quién se califica de responsable del tratamiento ejecutado, puesto que se trataría de un acto que se realiza no por encargo, sino por su exclusiva voluntad y como tal de su exclusiva responsabilidad, por lo que en este caso respondería personalmente de las infracciones que pudiera haber cometido.

Precisamente por ello, para que puedan conocerse los límites del encargo y en beneficio de los afectados -titulares de los datos personales cedidos y tratados- es necesario que queden perfectamente definidos todos los servicios que habrán de realizarse por el encargado.

En el caso de autos no consta la existencia de contrato escrito entre Corporación M2 y Bat Media. Tampoco hay constancia del contenido concreto del encargo encomendado por la actora a Bat Media, en relación con la campaña promocional de D Francisco Roig a la presidencia del CF Valencia, ni de la existencia de medidas de seguridad a adoptar etc..

No se ha constatado en modo alguno que el encargo realizado por la actora a Bat Media para la realización de la citada campaña de marketing directo, se formalizara en un contrato con los requisitos y garantías exigidas por el artículo 12 LOPD, por lo que dicho precepto no puede amparar la comunicación de datos realizados a Bat Media."

Se justifica con ello el alcance que debe tener el contrato en cuestión, la necesidad de constatación del mismo por escrito o cualquier otra forma que permita acreditar su celebración y contenido y la responsabilidad por la cesión en cuanto no esté amparada en un contrato de tales características, para terminar concluyendo en la falta de acreditación un contrato de tal naturaleza, ni por escrito ni en cualquier otra forma, que ampare la cesión de datos producida en este caso por la entidad sancionada”.

Art. 12 LOPD. El contrato celebrado no puede considerarse como contrato de prestación de servicios al responsable del tratamiento porque los productos que promociona no son propios del ramo de la contratante.

STS de 3 de junio de 2011, Rec. casación 5141/2007

“**TERCERO.-** Lo que sostiene la recurrente en el motivo primero es que no cedió dato alguno a UNAT en cuanto ésta actuó como encargada del tratamiento al amparo del artículo 12 de la Ley Orgánica 15/1999 que excluye de la consideración como comunicación de datos el acceso de un tercero a los datos cuando dicho acceso sea necesario para la prestación de un servicio al responsable del tratamiento.

Pues bien, en el supuesto de autos, y pese a los esfuerzos dialécticos de la recurrente, no existe una prestación de servicios al responsable del tratamiento.

El contrato formado por Lince (luego UNI2), empresa de telecomunicaciones, ALICO, compañía aseguradora de los ramos de vida y accidentes personales, y UNAT, agencia aseguradora de ALICO en España, el 26 de julio de 2002, por el que la recurrente faculta a UNAT para que en su nombre realice campañas de promoción con sus clientes "Privilegia" de los servicios de ALICO, no es, como

con total acierto se afirma categóricamente en la sentencia recurrida, un contrato de prestación de servicio al responsable del tratamiento encuadrable en el artículo 12. Y no puede serlo porque los productos que promociona UNAT en virtud del contrato, tal como resalta el Tribunal de instancia en el fundamento de derecho quinto de su sentencia, no son propios del ramo de telecomunicaciones de UNI2 y sí del ramo de las otras dos empresas intervinientes, esto es, productos o servicios de seguros, ajenos a la actividad de UNI2, quien se comprometió con sus clientes en el contrato suscrito para la prestación del servicio de telefonía que utilizaría los datos a los exclusivos fines de realizar labores de información, investigación y comercialización telefónica.

Sin cuestionar que puede ser de interés a los clientes de UNI2 la oferta de servicios distintos a los contratados, esto es, los propios de telefonía móvil, y que el contrato de 26 de julio de 2002 reporta a la recurrente un beneficio al preverse en su clausulado que percibirá de UNAT una comisión fijada en porcentaje a la prima neta efectivamente cobrada por los contratos de seguros que pacte con sus clientes "Privilegia", lo que no admite discusión es que no estamos ante el supuesto previsto en el artículo 12, aún cuando se admitiera como hecho probado que las pólizas de seguros incluían la cobertura del riesgo de abono de las facturas pendientes de pago a la recurrente en caso de fallecimiento del asegurado.”

Falta de constancia de la relación contractual con la responsable del tratamiento. Subcontratación.

STS de 28 de abril de 2009, Rec. casación 9427/2004

“QUINTO.- (...)

Frente a ello no vale argüir, como hace la recurrente, que estaba amparada por la excepción del art. 12 LOPD. El apartado primero de este precepto dispone: “No se considerará comunicación de datos el acceso de un tercero a los datos cuando dicho acceso sea necesario para la prestación de un servicio al responsable del tratamiento.” Esta excepción no es aplicable al presente caso, porque no consta la existencia de una relación contractual entre la recurrente y Peugeot España S.A., que sería la responsable del tratamiento; e incluso si esa relación contractual hubiese existido, habría sido necesario, como dispone el apartado segundo de ese mismo precepto legal, hacerla “constar por escrito o en alguna otra forma que permita acreditar su celebración y contenido, estableciéndose expresamente que el encargado del tratamiento únicamente tratará los datos conforme a las instrucciones del responsable del tratamiento, que no los aplicará o utilizará con fin distinto al que figure en dicho contrato, ni los comunicará, ni siquiera para su conservación a otras personas”. Dado que estas condiciones legales no fueron observadas, la recurrente no puede considerarse prestadora de un servicio por cuenta de Peugeot España S.A. a efectos del art. 12 LOPD.

Tampoco puede la recurrente arrogarse tal consideración con respecto a The Sales Machine S.A. –quien, según la sentencia recurrida, había subcontratado con ella parte del servicio que debía prestar a Peugeot España S.A.- ni con respecto a Ascii Direct S.A.L. En cuanto a The Sales Machine S.A., su relación con la recurrente no quedó documentada por escrito, por lo que no podía cumplir lo exigido por el apartado segundo del art. 12 LOPD. Y no es aquí pertinente la invocación por la recurrente de la libertad de formas contractuales proclamada

por el art. 1278 CC, ya que en todo caso habría debido dejar constancia de los extremos exigidos por el art. 12 LOPD. A ello hay que añadir, como bien observa el Abogado del Estado en su escrito de oposición al recurso de casación, que siendo The Sales Machine S.A. contratista de Peugeot España S.A. habría debido obtener la autorización de ésta para que la subcontratación de parte de la prestación hubiera podido quedar cubierta por la excepción del art. 12 LOPD. Por lo que se refiere, en fin, a Ascí Direct S.A.L., no tenía ninguna relación contractual con la recurrente y, desde luego, los contactos entre ellas no podían ser subsumidos en el supuesto de hecho del art. 12 LOPD”.

La AEPD puede examinar la idoneidad de un contrato privado para justificar la aplicación del artículo 12 LOPD.

STS de 17 de noviembre de 2009, Rec. casación 1199/2006

“**TERCERO.-** Como puede verse sin dificultad, todo el esfuerzo argumentativo de la recurrente gira en torno a la idea de que ni la Agencia Española de Protección de Datos ni la Audiencia Nacional al controlar a aquélla pueden examinar la validez y la eficacia de los contratos aportados por los particulares, con la finalidad de justificar que determinados comportamientos se ajustan a la legislación de protección de datos. La idea central de la recurrente es que no cabe hacer ninguna consideración sobre el contrato aportado como prueba de que hubo un acceso a datos por cuenta de tercero, ya que ello correspondería exclusivamente a los tribunales civiles.

Pues bien, esta premisa, sobre la que claramente se funda todo el razonamiento de la recurrente, es incorrecta. La Agencia Española de Protección de Datos, como organismo que tiene encomendada la aplicación en vía administrativa de la legislación de protección de datos, puede y debe comprobar las circunstancias determinantes de la caracterización que a los hechos del caso legalmente corresponde; y ello incluye, por supuesto, examinar los contratos aportados para justificar que es aplicable el art. 12 LOPD. Si la Agencia razonablemente concluye que un contrato no reúne las condiciones exigidas por dicho precepto legal o sencillamente que no merece credibilidad, puede y debe concluir que ese contrato no es idóneo para justificar que el art. 12 LOPD es aplicable al caso. La Agencia ha de verificar todas las circunstancias relevantes para la aplicación de la legislación sectorial que tiene encomendada, incluidas aquéllas consistentes en actos y negocios privados. Esto no significa, naturalmente, que la Agencia pueda declarar la invalidez o la ineficacia de los contratos, ni hacer interpretaciones de los mismos vinculantes para las partes: en el plano civil, los contratos surtirán los efectos que correspondan; pero la determinación de su relevancia para la aplicación de la legislación de protección de datos compete a la Agencia.

Todo esto, por lo demás, es aún más claro por lo que se refiere a la Audiencia Nacional al ejercer el control jurisdiccional sobre las resoluciones de la Agencia Española de Protección de Datos; y ello porque, al ya examinado argumento de que una cosa es la eficacia civil de los contratos y otra su idoneidad para justificar la aplicabilidad del art. 12 LOPD, hay que añadir que el art. 4 LJCA permite a los tribunales contencioso-administrativos conocer incidentalmente de aquellas cuestiones civiles que estén “directamente relacionadas con un recurso contencioso-administrativo”. Es claro que la decisión sobre una cuestión incidental civil, necesaria para resolver el litigio principal contencioso-

administrativo, “no producirá efectos fuera del proceso en que se dicte y no vinculará al orden jurisdiccional correspondiente”, tal como afirma el propio art. 4 LJCA.

Una vez dicho lo anterior, ninguna duda puede haber de que todos los motivos del presente recurso de casación están llamados al fracaso: no hay infracción del art. 117 CE, porque ni la Agencia ha invadido la potestad jurisdiccional –ha actuado dentro de su esfera administrativa de competencia- ni la Audiencia Nacional se ha extralimitado de lo que corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo; no hay infracción del art. 62 LRJ-PAC, porque la Agencia no era manifiestamente incompetente para adoptar la resolución administrativa sancionadora por comunicación de datos no consentida; no hay infracción de los arts. 1261, 1278, 1281 y 1282 CC, porque ni la Agencia ni la Audiencia Nacional han aplicado incorrectamente norma alguna sobre validez, eficacia o interpretación de los contratos, sino que se han limitado a comprobar que el contrato aportado por la recurrente no reunía las condiciones exigidas por el art. 12 LOPD; y no hay infracción de dicho art. 12 LOPD, porque no ha quedado acreditado que se diera el supuesto de hecho para la aplicación del mismo”.

8.3.2 DATOS

Interpretación del artículo 7.3 LOPD. Los datos tratados deben referirse a la vida sexual del afectado, no a la actividad funcional o actividad delictiva, que es el aspecto relevante del dato publicado.

STS de 13 de noviembre de 2012, Rec. casación 3045/2010

“**SEXTO.**- El recurso del Abogado del Estado se funda en un único motivo que se articula por la vía del párrafo d) y se estima que se vulnera el artículo 7.3º de la Ley Orgánica de Protección de Datos, en relación con el artículo 44.3º.g). El reproche para la vulneración de los preceptos mencionados se funda en que, a juicio de la defensa de la Administración sancionadora, la referencia en la publicación del dato personal a un delito de abusos sexuales con prevalimiento sí comporta, en contra de lo que se sostiene en la sentencia, datos de carácter personal reveladores de la vida sexual del afectado, en el sentido que se contempla en el artículo 7.3º. Se opone de contrario, en síntesis, en que la referencia a los actos delictivos mencionado en la publicación de la resolución sancionadora no pueden asimilarse a datos reveladores de la vida sexual normal del afectado, por lo que debe rechazarse el motivo examinado.(...)”

A la vista de esos razonamientos el motivo no puede prosperar porque una interpretación lógica y sistemática del invocado artículo 7.3 de la Ley Protectora del derecho fundamental no permite llegar a las conclusiones que se reflejan en la originaria resolución sancionadora ni en el motivo del recurso que se examina. En efecto, la referencia que se hace en el mencionado precepto y párrafo de la Ley Orgánica, deberá estimarse referida a que los datos tratados *"hagan referencia"*, es decir, *"referirse"* a esa faceta íntima de la persona, de donde encontraría justificación el plus de reproche que merece al Legislador el tratamiento de datos que afectan a esa faceta que, entre otras, pertenecen con

mayor intensidad a la esfera íntima de la persona; con un contenido referido a la propia sexualidad del afectado. Y por esa misma razón, no puede estimarse que la revelación de hechos constitutivos de los tipos penales a que se hace referencia en la publicación de la resolución, puedan estimarse que integran la "*vida sexual*" del afectado o, si se quiere, que sean reveladores de esa faceta de su personalidad; máxime cuando de la propia redacción de la sentencia penal que se incluye en la publicación, se hace referencia a la realización de unas conductas - tipificadas en los artículos 181 y 182 del Código Penal- que merecen el mayor reproche admitido por el ordenamiento jurídico, el ámbito penal, y precisamente aprovechando la condición de agente de la fuerzas de seguridad, de lo que se deja constancia y a cuyo ámbito sí cabría pensar que afecta el dato, a esa faceta funcional o incluso a la más general de la actividad delictiva del afectado porque, como se razona en la sentencia, es el aspecto relevante del dato publicado".

8.3.3 DERECHO DE ACCESO

Derecho de acceso a registros automatizados. Contestación extemporánea. Falta de equiparación a la ausencia de respuesta.

STS de 14 de mayo de 2012, Rec. casación 2738/2009

“TERCERO.- (...)

El artículo 12.3 del RD 1332/1994 señala, en relación con el ejercicio del derecho de acceso, que tras la petición al responsable del fichero, este resolverá en el plazo máximo de un mes a contar desde la recepción de la solicitud, y que el transcurso de este plazo sin respuesta a la petición de acceso permite entender que está desestimada a los efectos de la interposición de la reclamación de tutela de derechos ante la AEPD.

Razona la Sala de instancia, con toda lógica, que no puede equipararse la falta de respuesta a una solicitud de acceso con la contestación extemporánea o fuera del plazo de un mes establecido por el artículo 12.3 del RD 1332/94, y entiende que debe acogerse la solución que había mantenido la AEPD en Resoluciones precedentes, confirmadas por las sentencias de la Sala que cita, en las que se estimaron por motivos formales las reclamaciones de los afectados, pero como el responsable del fichero había contestado, aunque fuera de plazo, a las solicitudes de acceso, no se consideraba procedente la emisión de una nueva certificación.

Este es exactamente el alcance de la sentencia impugnada, que anula parcialmente la sentencia de la AEPD impugnada, con el alcance de estimar la reclamación de los afectados, “pero exclusivamente por motivos formales, al haber recibido ya contestación de la entidad recurrente fuera del plazo legalmente establecido, por lo que no procede la emisión de nueva certificación.”

Así pues, la sentencia impugnada no considera, como cree el Abogado del Estado, que la respuesta completamente extemporánea enerva el incumplimiento del responsable del fichero, sino que estima la reclamación, al apreciar un incumplimiento en la respuesta por el responsable del fichero, que no ha ajustado su contestación al plazo establecido por el artículo 12.3 del RD 1334/94, si bien

como la contestación aunque extemporánea ya se ha producido, estima que no procede la emisión de una nueva contestación.

Parece claro que la estimación de la reclamación, que efectuaron tanto la Resolución de la AEPD como la sentencia de instancia, presupone un incumplimiento del responsable del fichero, en este caso del plazo para contestar la solicitud de acceso, que puede tener consecuencias en un procedimiento sancionador, en base a las infracciones tipificadas en el artículo 44 de la LOPD, algunas de ellas relativas al impedimento y la obstaculación del ejercicio del derecho de acceso, lo que no sucedería en caso de tener dichas Resoluciones un contenido desestimatorio de la reclamación”.

Extensión del derecho de acceso. Datos base del afectado.

STS de 11 de marzo de 2011, Rec. casación 3804/2007

“**CUARTO.-** Entrando ya en el examen del único motivo casacional parece oportuno recordar, en cuanto en definitiva la cuestión que en él se plantea no es otra que la relativa a determinar qué concretas circunstancias de los datos personales sometidos a tratamiento es obligado facilitar en la información que se proporcione con ocasión del ejercicio del derecho de acceso, los términos en que este derecho es regulado.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea poco dice al respecto. Su artículo 8.2 se limita a reconocer que *"toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación"*.

Tampoco la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, concreta las circunstancias que deben ser objeto de la información. El artículo 12.a) incluye dentro del derecho de acceso *"la confirmación de la existencia o inexistencia del tratamiento de datos que le conciernan, así como información por lo menos de los fines de dichos tratamientos, las categorías de datos a que se refieran y los destinatarios o las categorías de destinatarios a quienes se comunican dichos datos"* y *"la comunicación en forma inteligible de los datos objeto de los tratamientos, así como toda la información disponible sobre el origen de los datos"*.

Ya en el ámbito interno, tampoco se observa precepto alguno que delimite qué concretas circunstancias de los datos personales objeto de tratamiento deban facilitarse en la información que exige el ejercicio del derecho de acceso, con la excepción, como tendremos ocasión de comprobar, del artículo 13.2 del Reglamento de la Ley 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, aprobado por Real Decreto 1332/1994, de 20 de junio.

El artículo 15 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, regula, en su apartado 2, la forma en que ha de facilitarse la información recabada en el ejercicio del derecho de acceso, y, en su apartado 3, la periodicidad en que puede ejercitarse el derecho. Solo en el apartado 1 se hace mención a que el interesado tiene derecho a solicitar y obtener gratuitamente *"información de sus datos de carácter personal sometidos a tratamiento, el origen de dichos datos, así como las comunicaciones realizadas o que se prevén realizar con los mismos"*.

La indefinición también se observa en el Reglamento vigente de aplicación de la Ley Orgánica de Protección de Datos, aprobada por Real Decreto 1720/2007, de 22 de diciembre. El artículo 27.1, al definir el derecho de acceso como *"el derecho del afectado a obtener información sobre si sus propios datos de carácter personal están siendo objeto de tratamiento, la finalidad del tratamiento que, en su caso, se esté realizando, así como la información disponible sobre el origen de dicho datos y las comunicaciones realizadas o previstas de los mismos"*, no concreta la extensión de la información, y esa falta de concreción no se supera en el apartado 2 cuando prevé que *"En virtud del derecho de acceso el afectado podrá obtener del responsable del tratamiento información relativa a datos concretos, a datos incluidos en un determinado fichero, o a la totalidad de sus datos sometidos a tratamiento"*, pues esa mención a la totalidad de los datos, latente en la normativa analizada, habilita para afirmar que la información debe comprender todos los datos, pero no que todas las circunstancias que configuran los datos deban ser facilitadas.

Y esa falta de concreción, contrariamente a lo que sostiene el Abogado del Estado, tampoco se supera, ni con el concepto que de los datos de carácter personal ofrece el artículo 3 de la Ley Orgánica de Protección de Datos al definirlos como *"cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables"*, ni con la definición que de los datos personales relacionados con la salud da el artículo 5.1.g) del Reglamento vigente incluyendo, entre otros, los referidos al porcentaje de discapacidad y a la información genética.

Solo el artículo 13.2 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1332/1994, de 20 de junio, y de la aplicación al caso, en cuanto declarado subsistente en la disposición transitoria tercera de la Ley Orgánica 15/1999, viene a concretar la extensión del derecho de acceso al decir que *"La información comprenderá los datos de base del afectado y los resultantes de cualquier elaboración o proceso informático..."*, pero lo hace sin precisar qué debe entenderse por datos base del afectado.

Pues bien, es precisamente en ese precepto reglamentario, junto con la consideración de que el derecho de acceso no es un derecho absoluto, lo que conduce a la Sala de instancia a concluir que las valoraciones o apreciaciones de índole médico sobre el encaje de las lesiones o secuelas padecidas por la recurrente en el baremo del Real Decreto Legislativo 8/2004 no deben considerarse como "datos base" y sin que frente a tal valoración jurídica aduzca el Abogado del Estado razones que lleven a este Tribunal de casación a adoptar una solución distinta.

Con o sin una disposición reglamentaria como la del artículo 13.2 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1332/1994, y por muy amplios que sean los criterios a la hora de determinar el contenido del derecho de acceso, sin duda esencial en la materia, la información no puede extenderse a una circunstancia absolutamente secundaria y técnica cual es la ubicación de los datos sobre la salud facilitados en unos apartados de un baremo previsto con finalidad exclusivamente indemnizatoria".

Derecho de acceso a datos personales. Posibilidad de acceso por vía informática. Principio general de la buena fe.

STS de 26 de enero de 2010, Rec. casación 3371/2006

“**CUARTO.-** Por lo que se refiere al motivo segundo, ciertamente la recurrente no tiene razón en sostener que el escrito de don Fernando García Granell de 9 de febrero de 2004 no era una solicitud de acceso a sus datos personales, sino sólo una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración. Son inequívocos los términos del apartado de dicho escrito, arriba reproducidos, en que el solicitante manifiesta su voluntad de ejercer el derecho de acceso a los datos personales. A ello hay que añadir que en un mismo escrito pueden recogerse solicitudes diversas, mereciendo todas ellas una cumplida respuesta de la Administración tal como ordena el art. 42 LRJ-PAC.

Ello no significa, sin embargo, que este motivo segundo haya de ser rechazado, pues la recurrente alega también que, aun admitiendo que el mencionado escrito contuviese una solicitud de acceso a datos personales, ésta resultaba injustificada desde el momento en que el solicitante disponía ya de la posibilidad permanente de acceso a sus datos personales por vía informática. Dado que este hecho ha de tenerse por cierto, es claro que la solicitud de acceso a los datos personales recogida en el escrito de 9 de febrero de 2004 era reiterativa, cuando no meramente retórica; y, por esta misma razón, presentar una reclamación ante la AEPD por incumplimiento del deber de permitir el acceso a los datos personales supone, sin duda alguna, un comportamiento contrario a la buena fe. No es leal reprochar a otro no haber hecho algo que, en realidad, ya ha hecho. Y justificar esta imputación en la inobservancia de formas y plazos previstos en la ley no deja de ser un abuso de los requisitos formales, algo que ha sido tradicionalmente visto como uno de los supuestos arquetípicos de vulneración del principio general de la buena fe. Es más: no se trata sólo de que el solicitante dispusiera de la posibilidad permanente de acceso a sus datos personales por vía informática, sino que en su escrito de 9 de febrero de 2004 no especificó mediante qué concreto medio de acceso quería que su derecho fuese satisfecho; y, en estas circunstancias, afirmar que se le denegó el acceso en el plazo legalmente previsto resulta sencillamente una abusiva deformación de la realidad.

Es pacífico, por lo demás, que el principio general de buena fe no sólo debe guiar la actuación de la Administración con respecto a los administrados, tal como dispone el art. 3 LRJ-PAC, sino que también ha de presidir el ejercicio de toda clase de derechos por los particulares por imperativo del art. 7 CC. Dado que el ejercicio desleal del derecho de acceso a los datos personales por el particular no es merecedor de tutela, la AEPD, en cuanto entidad administrativa encargada de velar por el cumplimiento de la legislación de protección de datos, no debió estimar que la UNED había vulnerado el derecho de don Fernando García Granell; y lo propio cabe decir del tribunal *a quo*, al reputar ajustada a derecho la citada decisión de la AEPD. Por todo ello, el motivo segundo de este recurso de casación ha de ser estimado, lo que conduce a la anulación de la sentencia impugnada”.

Otras sentencias con fundamentos jurídicos análogos: STS 18 de febrero de 2011, RCA 447/2007; STS de 4 de febrero de 2011, RCA 425/2007; STS de 22 de octubre de 2010, RCA 145/2007.

8.3.4 DERECHO DE RECTIFICACIÓN Y CANCELACIÓN

Art. 16 LOPD. El derecho de rectificación y cancelación de datos solo opera cuando el tratamiento no se ajuste a lo dispuesto en la Ley, y, en concreto, cuando tales datos resulten inexactos o incompletos.

STS de 6 de marzo de 2012, Rec. casación 2848/2009

“**SEGUNDO.-** Se basa este recurso de casación en un único motivo, alegándose infracción del art. 44.3.e) en relación con el art. 16, ambos de la LOPD, es decir, que se ha vulnerado el derecho de la recurrente a la rectificación y cancelación de datos.

Este motivo no puede prosperar, al menos por dos razones. La primera es que en la instancia se discutió sobre la decisión del Director de la AEPD de archivar una denuncia de la recurrente relativa al nivel de seguridad en el sistema de acceso a las bases de datos de la TGSS, no a una solicitud de rectificación o cancelación de datos. De aquí que plantear ahora el tema de la rectificación o cancelación de datos constituya una cuestión nueva, que no fue suscitada ni tratada en la instancia.

La otra razón es que, incluso si no se tratara de una cuestión nueva, el reproche de la recurrente a la sentencia impugnada debería ser rechazado porque el derecho de rectificación o cancelación opera sólo con respecto a datos "cuyo tratamiento no se ajuste a lo dispuesto en la presente Ley y, en particular, cuando tales datos resulten inexactos o incompletos"; circunstancias que no concurren en el presente caso. Así lo demuestra de manera irrefutable que la citada sentencia del Juzgado de lo Social nº 11 de Sevilla de 5 de junio de 2007 considerase que el código correspondiente al contrato de la recurrente era el indicado por Fraternidad Muprespa, sin que nadie pueda seriamente poner en duda que ésta última podía y debía poner en conocimiento de la TGSS las vicisitudes contractuales de sus empleados”.

8.3.5 DERECHO DE OPOSICIÓN

Indebida aplicación analógica de la regulación del derecho de acceso al derecho de oposición a la utilización de datos de carácter personal. Principio de legalidad de la Administración y principio de legalidad en materia sancionadora.

STS de 14 de abril de 2011, Rec. casación 4619/2007

“**TERCERO.**- Tal como está planteado, este único motivo esgrimido por el Abogado del Estado no puede ser acogido. Esta Sala encuentra que el razonamiento de la Sala de instancia es inobjetable. Si en el momento en que se produjeron los hechos carecía el derecho de oposición de una regulación satisfactoria y operativa, ello era achacable únicamente al legislador -que prefirió hacer ciertas previsiones genéricas sobre dicho derecho, remitiéndose en cuanto a sus condiciones de ejercicio al desarrollo reglamentario- y al retraso gubernamental en dictar el correspondiente reglamento ejecutivo. Tratándose, como ocurre en el presente caso, de dictar un acto administrativo limitativo de la esfera jurídica de su destinatario, es claro que el principio de legalidad de la Administración exige que ésta disponga de la correspondiente potestad administrativa; es decir, es necesario que exista alguna norma jurídica que la habilite a exigir a la entidad denunciada que haga constar la oposición al tratamiento de los datos personales del denunciante con fines de publicidad. Esta ineludible necesidad de norma jurídica habilitante es aún más evidente si se tiene en cuenta que la intimación iba acompañada de una advertencia de las posibles infracciones administrativas que comportaría el incumplimiento de aquélla: tratándose de órdenes cuya inobservancia puede ser objeto de sanción administrativa, es claro que al genérico principio de legalidad de la Administración (art. 103 CE) se suma el aún más incisivo principio de legalidad en materia sancionadora (art. 25 CE). Y todo ello, como atinadamente observa la sentencia impugnada, no puede considerarse satisfecho mediante la aplicación analógica de la regulación de otro derecho, como es el de acceso, que ni siquiera guarda la debida identidad de razón con el derecho de oposición. Es preciso recordar, en suma, que el ejercicio de los formidables poderes de que dispone la AEPD debe llevarse a cabo con el más escrupuloso respeto de los principios básicos del derecho administrativo, sin que meras consideraciones sobre la efectividad de la protección de los datos de carácter personal sirva de justificación para actuaciones carentes de la debida cobertura normativa. Por lo demás, la referencia a la Directiva 95/46/CE es irrelevante a efectos casacionales, pues carece de eficacia directa desde el momento en que sus previsiones fueron transpuestas al ordenamiento jurídico español precisamente por la vigente LOPD. Y, desde luego, de la argumentación del Abogado del Estado no se infiere que dicha transposición deba ser tachada de tardía o incompleta”.

8.3.6 TUTELA DE DERECHOS

Procedimiento de tutela de los derechos para la protección del derecho de acceso. El artículo 18 LOPD establece una facultad no una obligación para el interesado.

STS de 19 de mayo de 2010, Rec. casación 884/2007

“**TERCERO.**- En realidad, es en el motivo casacional segundo cuando el recurrente en esta casación insiste nuevamente, al amparo de la misma norma procesal, en la infracción del artículo 18 y 44.3.e) de la Ley Orgánica, así como del 17 del Real Decreto 1332/1994, argumentando el recurrente que la sentencia ha ignorado el procedimiento de tutela de derechos legalmente previsto para la

protección del derecho de acceso a los datos personales, circunstancia ésta que, en modo alguno, puede entenderse que enerva el hecho de que se ha producido un impedimento, ante la falta de contestación, al requerimiento del acceso, sin perjuicio de que el interesado pueda ponerlo en conocimiento de la Agencia de Protección de Datos ante la falta de concesión del derecho al acceso, lo que resulta claramente del tenor literal del artículo 18 de la Ley Orgánica de Protección de Datos que establece que "el interesado al que se le deniegue, total o parcialmente, el ejercicio de los derechos de oposición, acceso, rectificación o cancelación, podrá ponerlo en conocimiento de la Agencia de Protección de Datos", facultad ésta que, precisamente, por su naturaleza impide la estimación del presente recurso dirigido a alegar que, en función del precepto citado, resultaba obligatorio como el Abogado del Estado erróneamente afirma, hacer uso de lo que constituye una simple facultad reconocida por el artículo 18 de la Ley Orgánica de Protección de Datos, como si el procedimiento de tutela de derechos previsto en la norma que se considera infringida fuera de obligado cumplimiento para el interesado que ve no atendido el derecho de acceso que le concede el artículo 15 de la citada Ley".

8.3.7 FICHEROS

Ficheros conforme al artículo 3b) LOPD. Datos personales especialmente protegidos por afectar a creencias religiosas en los que además está presente la nota de organización. Diferenciación con los Libros de Bautismo.

STS de 10 de noviembre de 2011, Rec. casación 5960/2008

“CUARTO.- (...)

Los datos a que se refiere este recurso, como establece el Fundamento de Derecho Segundo de la sentencia impugnada, con base en un escrito de la propia Entidad recurrente que obra en el expediente (folio 4), son las fechas de la incorporación y baja en la Prelatura (petición de admisión: 19/12/78, Incorporación definitiva: 19/12/85 y Baja: 05/02/00). Tales datos, según reseña igualmente la sentencia impugnada, no tienen otro soporte que una anotación mecanográfica en un papel.

Pero como acertadamente indican tanto la Resolución de la AEPD como la sentencia impugnada, los ficheros como el que es objeto del presente recurso, no están excluidos de la protección de la LOPD.

Así resulta con claridad del artículo 3 de LOPD, que en sus letras b) y c) define los ficheros a los que es de aplicación dicho texto legal, como todo conjunto organizado de datos de carácter personal, “...*cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso...*”, y entiende por tratamiento de datos, las operaciones y procedimientos técnicos “...*de carácter automatizado o no...*”, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos.

Muy similares son los conceptos de fichero y de tratamiento de datos personales del artículo 2 de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo

que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

De acuerdo con el citado precepto, son ficheros de datos personales *”...todo conjunto estructurado de datos personales, accesibles con arreglo a criterios determinados, ya sea centralizado, descentralizado o repartido de forma funcional o geográfica...”*, y es tratamiento de datos personales *“...cualquier operación o conjunto de operaciones, efectuadas o no mediante procedimientos automatizados, y aplicadas a datos personales, como la recogida, registro, organización, conservación, elaboración o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a los mismos, cotejo o interconexión, así como su bloqueo, supresión o destrucción...”*

En este caso los datos a que se refiere el recurso, como resulta de la carta dirigida por la Entidad religiosa a la recurrente, antes citada, en la que refiere a los datos *“...que se conservan de usted...”*, son obviamente y en primer lugar, el nombre y apellidos de la persona interesada y además, como se indica en dicha carta, las fechas de su petición de admisión, de su incorporación definitiva y de su baja en la Entidad religiosa recurrente.

Es claro que nos encontramos ante un fichero, en el amplio sentido de la LOPD y Directiva 95/46/CE, pues la información que se recoge está constituida por datos personales, especialmente protegidos además, de acuerdo con el artículo 7 LOPD, por afectar a las creencias religiosas, y está también presente la nota o elemento de organización, como se demuestra, como indica el Abogado del Estado en su escrito de oposición al recurso, por el hecho de que habiendo solicitado la interesada información sobre sus datos en poder de la Entidad religiosa, estos datos fueron localizados y la información fue facilitada, sin que conste, ni la Entidad religiosa haya alegado siquiera, que fuera precisa adicional información u otros datos distintos al nombre y apellidos para acceder a la información de que se trataba.

Esta característica de tratarse precisamente de un conjunto organizado de datos es lo que permite afirmar la presencia de un fichero de datos personales, en los términos del artículo 3.b) LOPD, a diferencia de lo ocurrido en los casos citados por la Entidad recurrente, que se refieren a los Libros de Bautismo, los cuales no fueron considerados por esta Sala del Tribunal Supremo como ficheros de datos, porque como razonaba la sentencia de 19 de septiembre de 2008 (recurso 6031/2007), los datos personales no están recogidos en dichos Libros de Bautismo como un conjunto organizado, tal y como exige el artículo 3.b) de la LOPD, sino que se trata de una pura acumulación de datos, *“...que comporta una difícil búsqueda, acceso e identificación en cuanto no están ordenados ni alfabéticamente, ni por fecha de nacimiento, sino sólo por las fechas de bautismo, siendo absolutamente necesario el conocimiento previo de la Parroquia donde aquel tuvo lugar...”*

Falta de consideración de los libros de bautismo como ficheros, atendido el contenido del artículo 3.b de la Ley Orgánica de Protección de Datos 15/1999, de 13 de diciembre y la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995.

STS de 26 de marzo de 2010, Rec. casación 2197/2008

“**TERCERO.-** Como reconoce el Abogado del Estado en su escrito de oposición a este recurso, la cuestión principal que en el mismo se plantea ha sido ya resuelta en sentido favorable a los intereses de la parte recurrente, entre otras muchas, en Sentencias de esta Sala y Sección 19 de septiembre (rec.nº 6031/07), 14 de octubre de 2008 (rec. nº 5914/2007) o 7 de noviembre de 2008 (recursos . nº 578/07, 6026/07 o 6032/07) , a las que formuló voto particular el Magistrado de esta Sala y Sección, Excmo. Sr. D. Joaquín Huelin Martínez de Velasco, sentencias que se dictaron en otros recursos de casación interpuestos contra otras tantas sentencias del mismo Tribunal de instancia, en que la representación del Arzobispado de Valencia denunció idénticas infracciones a las ahora denunciadas por el OBISPADO DE ORIHUELA-ALICANTE para conseguir la anulación de la sentencia recurrida, en la que dicho Tribunal "a quo" resuelve en igual sentido y con los mismos argumentos en relación con resoluciones de la Agencia Española de Protección de datos de idéntico contenido, de manera que, de acuerdo con los principios de unidad de doctrina y de igualdad de trato en aplicación de la ley, debemos seguir la orientación ya expuesta en nuestras sentencias anteriores, cuyos fundamentos asumimos y reiteramos ahora sólo en lo esencial.(...)”

Decíamos en aquellas sentencias que el artículo 3, apdo. b), de la Ley Orgánica 15/1999 señala que, a sus efectos, se reputa fichero «todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuera la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso». Como decimos en nuestra Sentencia de 26 de junio de 2008 (Rec. 6818/2003) remitiéndonos al Auto del Tribunal Constitucional 197/2003 "la protección de *datos se refiere según ese artículo 3 a todo dato personal registrado en soporte físico, cualquiera que sea la forma o modalidad de creación, almacenamiento, organización y acceso*".

Recordábamos también lo que ya hemos dicho en el Fundamento Jurídico primero acerca del contenido de la resolución de la Agencia de Protección de Datos, y afirmábamos que los razonamientos que el Tribunal a quo hace para reputar los libros de bautismo ficheros, en los términos definidos en el art. 3.b) de la Ley Orgánica de Protección de Datos no pueden ser aceptados por cuanto, como la antes mencionada sentencia entendió, **los datos personales recogidos en los libros de bautismo no son un conjunto organizado, tal y como exige el art. 3.b) de la Ley Orgánica 15/99, sino que resultan una pura acumulación de éstos que comporta una difícil búsqueda, acceso e identificación, en cuanto no están ordenados, ni alfabéticamente, ni por fecha de nacimiento, sino sólo por las fechas de bautismo, siendo absolutamente necesario el conocimiento previo de la parroquia donde aquél tuvo lugar, no resultando además accesibles para terceros distintos del bautizado, que no podrían solicitar ajenas partidas de bautismo.** En este mismo sentido ya la exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/1992 afirmaba que los ficheros no se conciben como un mero depósito de datos, que es en realidad lo que ocurre con los que se recogen en los libros de bautismo, cuyos datos son facilitados de manera voluntaria.

Afirmamos igualmente en dicha sentencia que en los datos reflejados en los libros de bautismo no cabe apreciar ninguna inexactitud, en cuanto en los mismos se recoge un dato histórico, cierto, salvo que se acredite la falsedad, cual es el referente al bautismo de una persona y, cuando ésta solicita la cancelación

de ese hecho, no está pretendiendo que se corrija una inexactitud en cuanto al mismo, sino que, en definitiva, está intentando y solicitando un sistema nuevo y diferente de registro de nuevos datos personales. De todo lo anterior cabe concluir que ni los libros de bautismo constituyen ficheros en el sentido del art. 3.b) de la citada Ley Orgánica, como tampoco lo son en función de lo dispuesto en la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, en cuanto en la misma se define a los ficheros de datos personales como conjunto estructurado de datos personales accesibles con arreglo a criterios determinados, ya sea centralizado, descentralizado, repartido de forma funcional o geográfica.

Otras sentencias con fundamentos jurídicos análogos: STS de 12 de febrero de 2010, RCA 1787/2008; STS de 5 de febrero de 2010, RCA 5719/2008; STS de 11 de diciembre de 2009, RCA 2180/2008.

La mera publicación de una resolución sancionadora con referencia a datos de la sentencia penal condenatoria no puede considerarse fichero. El expediente de un procedimiento sancionador no es fichero en el sentido del art. 3.c) LOPD. Fichero creado por la Administración. Vulneración del deber de guardar secreto.

STS de 13 de noviembre de 2012, Rec. casación 3045/2010

“TERCERO.- (...)

Suscitado el debate en la forma expuesta debemos hacer constar que en la resolución impugnada los hechos se tipificaban con independencia de su incorporación o no a un fichero, por cuanto la infracción apreciada por la Agencia Española de Protección de Datos era la tipificada como infracción muy grave del artículo 44.4º.g), es decir, *"la vulneración del deber de guardar secreto sobre los datos de carácter personal a que hacen referencia los apartados 2 y 3 del artículo 7, así como los que hayan sido recabados para fines policiales sin consentimiento de las personas afectadas"*, según la redacción vigente al momento de los hechos; y el artículo 7 establecía en su párrafo tercero, que se consideraban *"datos especialmente protegidos"*, entre otros, aquellos que afectase a la *"vida sexual"*, que *"sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente"*. Y como quiera que la Administración sancionadora estimaba que la publicación de la parte dispositiva de la sentencia del Orden Penal afectaba a la vida sexual del denunciante, consideró procedente la calificación de los hechos conforme a dicho precepto sancionador.

La polémica sobre la existencia de un fichero debe estimarse que surge ante la modificación de la tipificación que se hace en la sentencia de instancia que, al considerar la Sala que no era apreciable esa circunstancia del dato publicado, que se considera que no afectaba a la vida sexual del interesado perdiendo la naturaleza de dato especialmente protegido el reflejado en el fallo de la sentencia; degrada los hechos a la infracción grave del artículo 44.3º. g) de la Ley Orgánica, es decir, se consideraba como infracción grave *"la vulneración del deber de guardar secreto sobre los datos de carácter personal incorporados a ficheros que contengan datos relativos a la comisión de infracciones administrativas o penales, Hacienda Pública, servicios financieros, prestación de servicios de solvencia patrimonial y crédito, así como aquellos otros ficheros que contengan un conjunto de datos de carácter personal suficientes para*

obtener una evaluación de la personalidad del individuo". Y es en relación con ello con lo que se suscita, ya en esta vía casacional y en el motivo que examinamos, el debate sobre si realmente el expediente del procedimiento sancionador puede considerarse como fichero, a los efectos de la apreciación de la conducta sancionada en la sentencia de instancia.

A la vista de esa argumentación no puede negarse que, en efecto, el expediente de un procedimiento sancionador no puede considerarse como fichero, conforme al concepto que del mismo se hace en la Ley Orgánica, porque conforme a la definición que del mismo se da en el artículo 3.c), no se trata de *"conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso"*. Es decir, así como ninguna dificultad existía en considerar el procedimiento sancionador como un medio a través del cual pudiera vulnerarse el deber de secreto de datos especialmente protegido, en el actuar de la Agencia Española de Protección de Datos; la nueva tipificación acogida en la sentencia no sólo exige la existencia de un fichero, en la definición legal ya examinada, sino que, además, es presupuesto y requisito de la infracción apreciada que ese fichero lo fuese en relación a determinados datos, en concreto a aquellos que contengan los referidos a la *"comisión de infracciones administrativas o penales, Hacienda Pública, servicios financieros, prestación de servicios de solvencia patrimonial y crédito, así como aquellos otros ficheros que contengan un conjunto de datos de carácter personal suficientes para obtener una evaluación de la personalidad del individuo."*

No podemos aceptar el presupuesto sobre el que se articula la fundamentación de este motivo de casación, porque si bien es cierto que el procedimiento sancionador no podría, en sí mismo considerado, constituir un fichero, no es menos cierto que el dato de la condena penal no surge en el mencionado procedimiento, sino que se aporta al mismo y esa aportación del dato específicamente constitutivo de núcleo de la conducta sancionada sí que fue aportado por la misma Administración competente para la tramitación del procedimiento y precisamente de los datos que a la misma le constaban, que ha de considerarse, ahora sí, como fichero en el sentido legal de conjunto organizado de datos, en este caso, del mismo interesado en aquel procedimiento. Es decir, en última instancia, el dato aparecía reflejado en el procedimiento del fichero existente en la Administración y de este al Boletín y, mediante él, de la vulneración del deber de guardar el secreto sobre ese concreto dato de carácter personal, que es la conducta que se considera infringida en la tipificación que se acoge en la sentencia de instancia.

Y no cabe oponer a esa actuación la objeción que ahora se reitera en el motivo del recurso, de que por tratarse de un fichero creado por la misma Administración, la Disposición Adicional Segunda del Real Decreto 1332/1994 - aún vigente al momento de autos- lo excluía del ámbito de protección de la Legislación sobre la protección de datos, porque ya se razonó por la Sala de instancia que esa circunstancia sobre la creación y titularidad del fichero no exime al titular de los deberes que dicha normativa impone y, por tanto, del ámbito sancionador que lo protege, sin perjuicio de las especialidades que comporta, en ese sentido sí, la sancionabilidad de la conducta".

Ficheros de titularidad privada. Ficheros de solvencia patrimonial. Existencia de deuda aunque inexacta para determinar la solvencia económica de los interesados.

STS de 24 de febrero de 2009, Rec. casación 489/2006

“**TERCERO.-** Entrando ya en esa única cuestión planteada por este recurso de casación, es preciso tener presente que los recurrentes no niegan que, cuando se produjo la segunda inclusión de datos en los ficheros de solvencia patrimonial, existía una deuda pendiente por los intereses. Sólo discuten que su cuantía no era de 2.870,87 euros, como quedaba reflejado en los mencionados ficheros, sino sólo de 218,89 euros. Pues bien, así las cosas, no ha habido vulneración alguna del art. 29 LOPD ni de la norma primera de la Instrucción 1/1995, ya que existía efectivamente una deuda que podía ser determinante “para enjuiciar la solvencia económica de los interesados”, como exige el primero de dichos preceptos. Y en cuanto a la inexactitud de la cuantía de la deuda reflejada en los ficheros, habría podido ciertamente servir de base para reclamar su rectificación, pero no para sostener la ilegalidad la inclusión misma en los ficheros del dato referente a la deuda pendiente por intereses. No hay tampoco, así, vulneración del art. 4 LOPD”.

Ficheros judiciales. Falta de competencia de la AEPD. La LOPJ atribuye al CGPJ la función tutelar en materia de protección de datos en relación con ficheros judiciales.

STS de 2 de diciembre de 2011, Rec. casación 2706/2008

“...La Ley Orgánica del Poder Judicial dedica fundamentalmente un precepto a la protección de datos de carácter personal. Se trata del art. 230, ubicado en el Título III (*“De las actuaciones judiciales”*) del Libro III, que habilita en su apartado primero a Juzgados y Tribunales a utilizar cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus funciones, con sujeción a la normativa de protección de datos. En dicho precepto se establece además el deber de salvaguardar en todo momento la confidencialidad, privacidad y seguridad de los datos de carácter personal contenidos en los ficheros judiciales. Estos deberes jurídicos, cuyos principales destinatarios son los propios Jueces y Magistrados, resultan obligados desde el reconocimiento de la protección de datos personales como derecho fundamental de la persona en la STC 292/2000 e inciden en la actuación de los Tribunales de muy diversas maneras, máxime si se tiene en cuenta que la legislación española y europea en general contiene una amplísima definición de lo que se entiende por dato personal (cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables). En definitiva, los datos de carácter personal forman parte consustancial de la actividad jurisdiccional, sirven de base para el funcionamiento de determinados ficheros judiciales y otros registros públicos de uso judicial y permiten llevar a cabo diligencias fundamentales para la investigación criminal, lo que plantea situaciones especialmente complejas, dado que pueden verse afectados otros derechos fundamentales, como sucede por ejemplo, en el acceso a los datos de tráfico en las comunicaciones electrónicas, a ficheros policiales o a la historia clínica. En

todos estos supuestos, las posibilidades de actuación judicial en relación con los datos personales son ciertamente amplias, de ahí que tenga especial sentido el mandato de confidencialidad, privacidad y seguridad contenido en el art. 230 LOPJ.

Pero este precepto orgánico no se limita a ser simple recordatorio de los principios que deben regir la actividad de Jueces y Magistrados en virtud del derecho fundamental a la protección de datos. Hace algo más, apodera al Consejo General del Poder Judicial para dictar un Reglamento en el que se determinarán los requisitos y demás condiciones que afectan al establecimiento y gestión de los ficheros automatizados que se encuentren bajo responsabilidad de los órganos judiciales de forma que se asegure el cumplimiento de las garantías y derechos establecidos en la legislación de protección de datos de carácter personal. Este apoderamiento aparece además reiterado en el art. 107.10, inciso segundo, de la LOPJ, con la finalidad de asegurar también el cumplimiento de la legislación en materia de protección de datos personales en la elaboración de libros electrónicos de sentencias, recopilación de las mismas, su tratamiento, difusión y certificación, para velar por su integridad, autenticidad y acceso. Serán estas normas jurídicas reglamentarias dictadas por el CGPJ en virtud de los apoderamientos contenidos en el art. 230 y 107.10 de la LOPJ las que modularán y adaptarán el sistema de protección al ámbito judicial, introduciendo mecanismos de garantía específicos y fijando la extensión y límites de los derechos propios de este sistema jurídico -acceso, rectificación, cancelación, etc...- que la legislación general (LOPD) reconoce a los afectados, es decir a todas aquellas persona físicas que sean titulares de los datos que sean objeto de tratamiento en el ámbito de la Administración de Justicia. Es pues el Consejo General del Poder Judicial al que la LOPJ encarga de la función tuitiva en esta materia no solo por razón del apoderamiento reglamentario al que el art. 230 hace referencia, sino también por tener atribuidas con carácter exclusivo las potestades precisas para el necesario control de la observancia de derechos y garantías, pues solo al órgano de gobierno judicial corresponde la inspección de Juzgados y Tribunales (art. 107.3 LOPJ).(...)

El propio Consejo General del Poder Judicial, con posterioridad a la LOPD, ha ratificado su competencia en esta materia en virtud del apoderamiento del art. 230 LOPJ al aprobar el Reglamento 1/2005, de 15 de septiembre, de los Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales. Este Reglamento dedica su Título V, en desarrollo del art. 230 de la LOPJ, a regular el establecimiento y gestión de los ficheros automatizados bajo responsabilidad de los órganos judiciales, comprendiendo tanto los ficheros de datos automatizados de carácter personal dependientes de los Juzgados y Tribunales como los del Consejo General del Poder Judicial, e incluyendo también en su ámbito tanto los ficheros jurisdiccionales (aquellos que incorporan datos de carácter personal que deriven de actuaciones jurisdiccionales), como los ficheros no jurisdiccionales o gubernativos (aquellos que incorporan datos de carácter personal que deriven de los procedimientos gubernativos así como los que, con arreglo a las normas administrativas aplicables, sean definatorios de la relación funcional o laboral de las personas destinadas en tales órganos y de las situaciones e incidencias que en ella acontezcan) y a todos ellos sitúa bajo el control del Consejo General del Poder Judicial con sujeción a un régimen específico de tutela ante los órganos de gobierno interno, mediante la articulación del correspondiente sistema de reclamaciones y recursos, en cuanto al ejercicio de los derechos de acceso,

rectificación y cancelación. Régimen de protección del que es ajeno la Agencia Española de Protección de Datos, a la que no se reconoce facultades de intervención, correspondiendo éstas a los órganos de gobierno judicial.

Como quiera que en el caso que juzgamos las funciones desarrolladas por la Agencia en relación con el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de los de La Coruña han sobrepasado los límites establecidos en la Ley Orgánica del Poder Judicial para garantizar la inmunidad judicial y asegurar su independencia, la conclusión de nuestro razonamiento no puede ser otra que la Agencia Española de Protección de Datos carecía de competencia para hacer la declaración de infracción”.

8.3.8 MOVIMIENTO INTERNACIONAL DE DATOS

Infracción del artículo 33 LOPD. Utilización de servidor situado en los EEUU para la gestión de una página web.

STS de 28 de abril de 2009, Rec. casación 9427/2004

“**SEXTO.-** El segundo motivo gira en torno al movimiento internacional de datos, en relación con el hecho de que la recurrente utilizó un servidor situado en los Estados Unidos para la gestión de la página web. Sostiene la recurrente que no hubo movimiento internacional de datos a efectos del art. 33 LOPD, porque quienes depositaban sus datos lo hacían directamente en la citada página web, dependiente de un servidor estadounidense. Ello significaría, siempre según la recurrente, que, más que transferencia de datos de España a Estados Unidos, habría habido transferencia de datos de Estados Unidos a España cuando periódicamente enviaba los datos recogidos en la página web a Ascí Direct S.A.L.; lo que quedaría fuera del ámbito de aplicación del art. 33 LOPD, que se refiere sólo a la salida de datos de España, no a su entrada. Pues bien, este argumento es especioso: como señala el Abogado del Estado, aparte de que los particulares no podían saber dónde se hallaba el servidor, el hecho de valerse de un servidor situado en Estados Unidos para recoger datos solicitados en España y para una campaña publicitaria a desarrollar en España mal puede calificarse como mera transferencia de Estados Unidos a España. Esto es puro formalismo. La verdad es que los datos –recabados por la recurrente al posible público español interesado- viajaban primero a los Estados Unidos, donde quedaban depositados en la página web, y regresaban luego a España mediante los envíos periódicos a Ascí Direct S.A.L. Dicho de otra manera, incluso si se acepta el dato formal de que eran los propios interesados quienes transferían sus datos a los Estados Unidos al depositarlos en la página web, no cabe pasar por alto que no sabían dónde se hallaba el servidor de ésta y, sobre todo, que lo hacían en España, inducidos por una empresa española y para una campaña publicitaria a desarrollar en España; cúmulo de circunstancias que impide considerar a los interesados como los verdaderos responsables de que sus datos viajaran a los Estados Unidos. La responsabilidad de ello era, sin duda alguna, de la recurrente, que no puede así decirse fuera del ámbito de aplicación del art. 33 LOPD.

La recurrente no puede excusarse de ello diciendo que, en todo caso, los datos estuvieron siempre bajo su control, sin ser cedidos a terceros. Incluso si esto fuera cierto, sería irrelevante, pues el art. 33 LOPD regula el movimiento

internacional de datos con independencia de que éstos sean o no objeto de comunicación.

Tampoco puede la recurrente, por lo demás, sostener que, aun cuando hubiese habido movimiento internacional de datos, éste habría quedado amparado por la excepción del art. 34.k) LOPD. Esta norma permite la libre transferencia de datos que “tenga como destino un Estado miembro de la Unión Europea, o un Estado respecto del cual la Comisión de las Comunidades Europeas, en el ejercicio de sus competencias, haya declarado que garantiza un nivel de protección adecuado”. Pues bien, la propia recurrente reconoce, en su escrito de interposición del recurso de casación, que su servidor estadounidense no estaba formalmente acogido a los llamados “principios de puerto seguro”, en los que la Comisión Europea cifra el “nivel de protección adecuado” para los Estados Unidos”.

8.3.9 CUESTIONES DIVERSAS

8.3.9.1 IMPUGNACION DEL RD 1720/2007, DE 22 DE DICIEMBRE, POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO DE DESARROLLO DE LA LO 15/1999, DE 13 DE DICIEMBRE, DE PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL.

Naturaleza del Reglamento. Procedencia e improcedencia del planteamiento de cuestión prejudicial.

STS de 15 de julio de 2010, Rec. casación 23/2008

“...Cuarta.- El Reglamento impugnado es un Reglamento de desarrollo o ejecución que viene a dar respuesta a la habilitación genérica prevista en la disposición final primera de la Ley 15/1999, en la que se dice, bajo el epígrafe *"Habilitación para el desarrollo reglamentario"*, que *"El Gobierno aprobará o modificará las disposiciones reglamentarias necesarias para la aplicación y desarrollo de la presente Ley"*. Pero también responde a concretas remisiones o habilitaciones legales específicas, como son las de los artículos 4,5, párrafo tercero, 9.3, 20.1, 26.2, 37.2, párrafo segundo, 38, 39.3, 45.7, 48.1 y las de la disposición transitoria segunda.

Quinta.- La obligación de someter una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia, prevista en el párrafo 3º del artículo 234 del Tratado de la Comunidad Europea *"se inscribe"*, como se dice en la sentencia de 12 de junio de 2008 de dicho Tribunal (asunto 458/2006, Skatteverket), *"en el marco de la colaboración entre los órganos jurisdiccionales nacionales, en su condición de ... encargados de aplicar el Derecho comunitario y el Tribunal de Justicia, establecida a fin de garantizar la aplicación correcta y la interpretación uniforme del Derecho comunitario en todos los Estados miembros. Esta obligación tiene por objetivo principal impedir que se consolide en un Estado miembro cualquiera una jurisprudencia nacional que no se ajuste a las normas del derecho comunitario"*. La decisión de plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional que conoce del litigio y está en función de la necesidad de contar con

una interpretación del Derecho comunitario que se presenta como esencial para que el órgano jurisdiccional nacional pueda resolver con absoluto respeto de ese derecho, la cuestión jurídica sometida a su decisión.

Haciendo uso de esa facultad, por auto de esta fecha referenciado en el antecedente de hecho sexto, se plantea cuestión prejudicial con respecto al artículo 10.2.b) del Reglamento impugnado”.

Vicios de elaboración del Reglamento. Memoria Económica e informe previo del Ministerio de Administraciones Públicas.

STS de 15 de julio de 2010, Rec. casación 25/2008

“**CUARTO.-** El artículo 24.1 de la Ley 50/1997 exige que con la iniciación del procedimiento de elaboración de un reglamento se acompañe una memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar.

Conforme señala entre otras muchas sentencias la de 27 de noviembre de 2006 (recurso 51/2005), tanto la memoria económica como la justificativa pueden ser sucintas, como dice el artículo 24.1.f) de la Ley del Gobierno, pero deben cumplir la finalidad a que responden, la cual no es otra que proporcionar al Gobierno una información sobre los costes que las medidas adoptadas pueden suponer a fin de que, contraponiendo éstas con las ventajas que aquellas hayan de representar, evidenciadas en la memoria justificativa, la decisión se adopte con conocimiento de todos los aspectos, tanto negativos como positivos, que la aprobación del reglamento puede significar.

En la sentencia ya citada de 12 de mayo de 2009 se concretan aquellos extremos que la memoria económica debe contener, a saber: 1.- Si va a suponer incremento de los gastos ya presupuestados por el Estado. 2.- Si es ejecución de una partida presupuestaria aprobada. 3.- Si tiene incidencia económica en la sociedad o en sus destinatarios.

Sin duda la memoria económica es un documento de relevancia singular en el procedimiento de elaboración reglamentaria. Los conceptos de buena administración y de calidad de la actividad administrativa, cobran todo su protagonismo en el momento de concretar los costes económicos y financieros que la aplicación de una norma reglamentaria puede suponer. El deber de buena administración, de un buen hacer administrativo en el ejercicio de la potestad reglamentaria, exige un especial cuidado a la hora de estudiar las consecuencias económicas que la implantación de la nueva normativa conlleva(...)

No exigiéndose más que una memoria sucinta (artículo 24.1.f) Ley 50/1997), no puede pretenderse que la elaborada para el Reglamento que nos ocupa contenga cifras económicas. Tal pretensión excede del carácter conciso que previene el citado artículo 24.1.f)...

La afirmación en la memoria económica de que la disposición proyectada no implica incremento de gasto ni disminución de ingreso alguno para la Hacienda Pública y que solo desde la perspectiva económica que le corresponde merecen especial atención las medidas de seguridad exigibles para los tratamientos de datos, con la advertencia de que los automatizados no tienen costes económicos, dado que la mayor parte de las medidas ya fueron implantadas con la anterior normativa, y con la precisión de que las de los no automatizados inciden esencialmente en cuestiones de tipo organizativo y en la adquisición de mobiliario de seguridad (armarios cerrados, puertas, llaves,), ciertamente no

hay razón para dudar de la suficiencia de la memoria, máxime cuando, pese a las consideraciones precedentes, con apoyo en un muestreo de 893.568 ficheros, se realiza un estudio de los costes de la aplicación de las medidas a lo largo de ocho páginas que además se acompaña de un anexo de otras 25 páginas en el que se refleja, con marcado detalle, la incidencia económica que esa aplicación puede suponer.(...)

Aunque el expuesto se trata de un argumento que contrapone el interés general representado por el mantenimiento de la norma frente al concepto de buena administración, relegando la nulidad del procedimiento a los supuestos de extrema gravedad, y que obviamente ha de ser aplicado con cautela, en atención al caso concreto, ningún inconveniente hay para su aplicación en el caso de autos en que las deficiencias de la memoria económica, incluso con independencia de las dificultades en su elaboración, no alcanzan un grado de importancia tal que permitan considerarla como inútil o insuficiente. Así lo entendió también el informe del Consejo de Estado cuando concluye que entiende suficientemente atendidas las prescripciones normativas que para la elaboración de las disposiciones reglamentarias previene el ordenamiento jurídico. Ciertamente es que el informe de dicho órgano consultivo es crítico cuando expresa que *"... la memoria económica proporciona estimaciones aproximadas del número y porcentaje de ficheros que se verán potencialmente afectados por el nuevo Reglamento, ofreciendo cifras estimativas de los costes que la implantación de las medidas de seguridad representarán para los responsables de ficheros privados automatizados y no automatizados, y los que habrán de asumir los titulares de los ficheros que hayan de implantar, en virtud de la nueva regulación, un nivel mayor de seguridad"* y cuando advierte que la conclusión de la memoria relativa a la ausencia de impacto económico en la Hacienda Pública contrasta con el informe del Ministerio del Interior que expresa que la adaptación de las medidas de seguridad afecta a los ficheros de utilidad pública; pero aún cuando se aceptara o se diera por buena dicha crítica, aún así las carencias apuntadas no determinan la nulidad pretendida.

QUINTO.- El artículo 24.3 de la tantas veces citada Ley 50/1997 exige el informe previo del Ministerio de Administraciones Públicas cuando la norma reglamentaria pudiera afectar a la distribución de las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas...

Circunscrito así el tema de debate, la tarea que incumbe a este Tribunal debe limitarse, con absoluto respeto al principio de congruencia, a observar si, tal como sostiene el Abogado del Estado, se ha emitido el informe de referencia.

La respuesta necesariamente debe ser positiva. Lo relevante es si el informe se emitió y no si el emitido responde o se confeccionó en cumplimiento de la exigencia del artículo 67.4 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, que previene que en cualquier caso, antes de ser sometidos al órgano competente para promulgarlos, los proyectos de disposiciones de carácter general que afectan a las materias a que se refiere el apartado 1 del artículo anterior, requerirán la aprobación previa del Ministro de Administraciones Públicas.

Lo realmente trascendente es si el informe emitido y que obra unido al expediente como documento nº 6 (folios 905 y siguientes) cumple por su contenido la finalidad que persigue el artículo 24.3 de la Ley 50/1997, esto es, si contempla la incidencia que la norma reglamentaria puede tener en la

distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, y al respecto, también a ese interrogante debemos contestar positivamente. Así resulta de la lectura de las páginas 907 a 909 del informe, en las que bajo el epígrafe "*Materia competencial*" analiza la incidencia de la normativa proyectada en esferas competenciales propias de las Comunidades Autónomas. Tan es así que incluso en el informe se apunta el riesgo de que determinadas Comunidades Autónomas puedan promover controversias competenciales alegando un exceso en la actividad reguladora estatal.(...)"

Interpretación de normas. Los Estados Miembros pueden prever en su normativa interna situaciones no contempladas en la Directiva, salvo que exista norma comunitaria que se oponga a ello. Falta de ampliación de personas responsables. Art. 5.1a) del Reglamento.

STS de 15 de julio de 2010, Rec. casación 23/2008

“CUARTO.- (...)

Pero olvida quien así argumenta que tanto en la definición que del responsable del tratamiento ofrece el artículo 2.d) de la Directiva, como la que de éste dan los artículos 3.d) de la Ley y el artículo 5.1.a) del Reglamento, la circunstancia esencial que caracteriza al responsable del tratamiento no es la de que realice de manera directa las operaciones de tratamiento y sí el que "*determine los fines y los medios de tratamiento*" (en palabras del art. 2.d) de la Directiva), o que "*decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento*" (según el texto del artículo 3.d) de la Ley y 5.1.a) del Reglamento).

Y no repara quien así argumenta en que quien realiza de forma material el tratamiento de datos es el "*encargado del tratamiento*", definido de manera exactamente igual en el art. 2.f) de la Directiva y 3.g) de la Ley como "*la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que, solo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento*", y sustancialmente, idéntica en el art. 5.1.a) del Reglamento, como "*La persona física o jurídica, pública o privada, u organismo administrativo que, sólo o conjuntamente con otros trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento o del responsable del fichero, como consecuencia de la existencia de una relación jurídica que le vincula con el mismo y delimita el ámbito de su actuación para la prestación de un servicio*".

Si hemos de estar a la definición aislada que de tercero ofrece el artículo 2.f) de la Directiva, y de forma sustancialmente igual el art. 5.1.r) del Reglamento - no se define en la Ley-, diciendo aquella que es <<tercero>>: "*la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo distinto del interesado, del responsable del tratamiento, del encargado del tratamiento y de las personas autorizadas para tratar los datos bajo la autoridad directa del responsable del tratamiento o del encargado del tratamiento*", es claro que no puede considerarse como tercero a aquellas personas físicas o jurídicas que sí tienen un poder de decisión sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento, característica definitoria, como ya dijimos, del responsable del tratamiento o del fichero en los términos del citado artículo 3.c) de la Ley y 5.1 a) del Reglamento, o, en palabras del artículo 2.d), aquellas personas que tienen capacidad de determinación sobre los fines y los medios del tratamiento(...)

Pues bien, en atención a lo expuesto, mal puede sostenerse que la frase del artículo 5.1.a) del Reglamento "*aunque no lo realizase materialmente*" suponga una ampliación de las personas responsables. Ni la tesis que en tal sentido propugna la recurrente es defendible en una interpretación de los artículos 2. d), e) y f) de la Directiva y 3.d) y g) de la Ley a la luz del precepto constitucional, en cuanto excluye de toda responsabilidad, con independencia de que lo considere o no como tercero, a quien con sus decisiones marca las directrices a seguir en el tratamiento de los datos personales, con la consiguiente desprotección de las personas físicas que el precepto constitucional quiere defender, ni lo es tampoco en atención a las definiciones que ofrecen dichos preceptos, de cuyos textos se infiere, sin margen de duda, que el concepto de persona responsable se anuda al poder de determinación o de decisión sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento.

La Ley, concretamente el artículo 43.1, contempla como sujetos activos de las infracciones que en ella se tipifican, a los responsables de los ficheros y a los encargados de los tratamientos.

En consecuencia con lo expuesto, ni hay razón para el planteamiento de cuestión prejudicial, ni para apreciar la nulidad del precepto reglamentario objeto de análisis”.

Exceso de la norma reglamentaria en relación a la Directiva 95/48/CE. Tratamiento o cesión de datos personales. Excepciones al consentimiento del interesado. Art. 10.2a) y b) del Reglamento.

STS de 8 de febrero de 2012, Rec. casación 25/2008

“**QUINTO.-** Resueltas las cuestiones prejudiciales por Sentencia de 24 de noviembre de 2011 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al declarar que el artículo 7, letra f) de la Directiva "*... debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que, para permitir el tratamiento de datos personales necesarios para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos, exige, en el caso de que no exista el consentimiento del interesado, no sólo que se respeten los derechos y libertades fundamentales de éste, sino además que dichos datos figuren en fuentes accesibles al público, excluyendo así, de forma categórica y generalizada, todo tratamiento de datos que no figuren en tales fuentes*" y que dicho artículo "*... tiene efecto directo*", procede que ahora nos pronunciemos sobre la impugnación de los apartados 2 a), supuesto primero, y b) del artículo 10 del Reglamento, impregunados en la sentencia de 15 de julio de 2010.

SEXTO.- En cuanto a la impugnación del artículo 10.2 a), supuesto primero, en el que se prevé como excepción al consentimiento del interesado para el tratamiento o la cesión de datos de carácter personal el que lo autorice una norma con rango de ley o una norma de derecho comunitario, advierte el Abogado del Estado y está en lo cierto, que en efecto este Tribunal no incluyó tal extremo en las cuestiones prejudiciales planteadas.

La razón para ello es que no se observó entonces, ni se observa ahora, confrontación entre la norma reglamentaria y la comunitaria. El que la reglamentaria establezca como excepción a la necesidad del consentimiento del

interesado aquellos supuestos en que el tratamiento o la cesión están autorizados con una norma con rango de ley o una norma de derecho comunitario, ninguna adición limitativa supone con respecto a la regulación comunitaria como parece entender la recurrente.(...)

SEPTIMO.- Mayores dificultades ofrece el pronunciamiento que se nos pide sobre la conformidad o no a derecho del artículo 10.2 b) del Reglamento.

No cuestionándose la primacía del derecho comunitario, fundamentada en su naturaleza específica original (Sentencia Costa c. Enol), ni el que la declaración que de efecto directo del artículo 7, letra f) de la Directiva realiza el Tribunal de Justicia supone que produce efectos jurídicos inmediatos sin necesidad de normas nacionales para su aplicación, y que por ello puede hacerse valer ante las autoridades administrativas y judiciales cuando se observe su trasgresión, es claro que la conformidad a derecho de la norma reglamentaria que examinamos no puede defenderse, como hace la Abogacía del Estado, con apoyo en que su texto es mero desarrollo armónico del artículo 6.2 de la Ley Orgánica 15/1999 que excepciona de la necesidad del consentimiento del interesado, previsto en el apartado 1, como regla general, para el tratamiento de datos de carácter personal, entre otros supuestos, cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el tercero a quien se le comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos fundamentales del interesado.

Tampoco ofrece duda que la redacción del artículo 10.2 b) del Reglamento difiere de la del artículo 7.f) de la Directiva. Mientras que en este último artículo, siguiendo un sistema de lista, se establecen aquellos supuestos que los Estados miembros han de tener en cuenta para autorizar el tratamiento de datos personales, refiriéndose en el apartado f) a aquel en el que tratamiento es necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos, sin otro condicionamiento que el de la prevalencia del interés o de los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieren protección con arreglo al apartado 1 del artículo 1 de la Directiva, en el artículo 10.2b) del Reglamento se contempla, como excepción a la regla general que contiene el apartado 1, a saber, la necesidad del consentimiento previo del interesado para el tratamiento o cesión de los datos de carácter personal, que los datos figuren en fuentes accesibles al público y el responsable del fichero, o el tercero a quien se comuniquen los datos, tenga un interés legítimo para su tratamiento o conocimiento, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado.

Con independencia de la distinta técnica normativa seguida en el artículo 7 de la Directiva y en el artículo 10 del Reglamento, circunstancia a la que la recurrente, en el recurso 23/08, en el que también se impugnan los apartados a) y b) del artículo 10.1, concede un valor decisorio al considerarla como suficiente para el acogimiento de la impugnación del precepto reglamentario, bajo el entendimiento de que las excepciones deben ser tratadas de forma restrictiva, esto es, en atención a una interpretación futura por los Tribunales y por la Agencia Española de Protección de Datos que, obviamente, debe realizarse a la luz del artículo 7 de la Directiva, sí procede resaltar que la mención en el apartado 2 b) del reglamentario a que los datos objeto de tratamiento o cesión

figuren en fuentes accesibles al público, no se contiene en el apartado f) de la norma comunitaria.(...)

Lo que expresa el Tribunal es que con la exigencia de que los datos figuren en fuentes accesibles al público se excluye de forma categórica y generalizada todo tratamiento de datos que no figuren en tales fuentes, y declara tal proceder contrario al artículo 7 f) de la Directiva.

No otra es la interpretación que permite la literalidad del pronunciamiento del Tribunal de Justicia, conclusión sin duda reforzada cuando tras expresar en el fundamento 38 que *"Dicho artículo 7, letra f), establece dos requisitos acumulativos para que un tratamiento de datos personales sea lícito, a saber, por una parte, que ese tratamiento de datos personales sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos, y, por otra parte, que no prevalezcan los derechos y libertades fundamentales del interesado"*, dice en el 39 que *"De ello se sigue que, en lo que respecta al tratamiento de datos personales, el artículo 7, letra f), de la Directiva 95/46 se opone a toda normativa nacional que, en el caso de que no exista consentimiento del interesado, imponga exigencias adicionales que se sumen a los dos requisitos acumulativos mencionados en el apartado anterior"*. (...)

La circunstancia de que los datos figuren en fuentes accesibles al público, referenciada en el artículo 10.2 b) del Reglamento, no actúa como elemento de ponderación. Ninguna dificultad de redacción habría para darle ese carácter. Actúa, y a ello se refiere la sentencia en su fundamento 47, como requisito habilitante que, por adicionarse a la previsión del artículo 7 f) de la Directiva, debe declararse nulo. Es de observar el uso de la conjunción copulativa "y" entre la exigencia de que los datos figuren en fuentes accesibles al público y la del interés legítimo del responsable del tratamiento o del tercero o terceros a quienes se les comuniquen los datos".

Deber de información al interesado. Principio de libertad de forma. Contravención de la Ley y consiguiente anulación. Artículo 18 del Reglamento.

STS de 15 de julio de 2010, Rec. casación 23/2008.

“NOVENO.- (...)

Ubicado en la Sección Segunda del Capítulo II, del Título II, cuya rúbrica es la de *"Deber de información al interesado"*, contrariamente a lo que sostiene el Abogado del Estado, no se limita dicho precepto a poner de manifiesto que la carga de probar el efectivo cumplimiento del deber de informar corre a cargo del responsable del fichero o tratamiento. Lo que en realidad establece es la obligación de que la prueba de ese efectivo cumplimiento conste documentalmente o por medios informáticos o telemáticos. Y aunque no es posible inferir, como con error sostiene la recurrente, que la norma reduce el derecho a probar por cualquier medio de los admitidos en derecho, sí tiene razón cuando aduce que establece <<ex novo>>, al margen de la Ley, una obligación adicional. Es más, con la obligación impuesta en el precepto reglamentario puede originar que se aprecie con un cierto grado de desconfianza la conducta de quienes pudiendo preconstituir, sin grandes dificultades apreciables, un medio probatorio exigido por el Reglamento, hace caso omiso a la exigencia.

La Ley reconoce en el artículo 5 el derecho a la información en la recogida de datos, concreta el contenido de la información, y advierte de que el deber de informar ha de ser previo a la recogida, pero salvo la indicación de que la información ha de ser expresa, precisa e inequívoca, ninguna referencia contiene a la forma, abriendo así múltiples posibilidades (escrita, verbal, telemática, etc.) Solo en el apartado 2 del artículo de mención prevé la posibilidad de que se utilicen cuestionarios u otros impresos para la recogida de datos para advertir, pensando sin duda en medios estandarizados, que se han de contener y de forma claramente legible las advertencias expresadas en el apartado 1.

En consecuencia, debe considerarse que el legislador ha optado por la libertad de forma.

Pues bien, siendo ello así, cabe concluir que la disposición reglamentaria que examinamos contraviene la Ley y que por ello debe ser anulada.

Solución distinta se alcanzaría si la letra del precepto impugnado pudiera interpretarse en el sentido de que el medio que previene para cumplir el deber de información se realiza como una mera recomendación, <<ad cautelam>> de una dificultad probatoria futura, pero los términos categóricos e imperativos utilizados ("*deberá llevarse a cabo*", "*deberá conservar el soporte*"), impiden esa valoración".

Ilegalidad de la norma. Subcontratación de servicios. Derecho de la Competencia. Art. 21.2 a) del Reglamento.

STS de 15 de julio de 2010, Rec. casación 23/2008

‘**DECIMO.-** También dirige su impugnación la recurrente al apartado 2.a) el artículo 21.(...)

La norma responde al concepto que de responsable del fichero o tratamiento ofrece el artículo 3.d) de la Ley Orgánica. Si conforme a dicho artículo el responsable del fichero o tratamiento es la persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u organismo administrativo, que decide sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento, es del todo lógico y está implícito en la norma legal de mención que el encargado del tratamiento comunique al responsable la necesidad de subcontratar y con quién pretende hacerlo, máxime cuando el responsable del tratamiento debe velar, como expresa el artículo 20.2 del Reglamento, precepto no impugnado, para que el encargado del tratamiento reúna las garantías para el cumplimiento de lo en él dispuesto.

Dicho lo anterior es obligado indicar, contrariamente a lo que sostiene el Abogado del Estado, que aunque el artículo 21 no contiene una previsión específica sobre la facultad del responsable del tratamiento en orden a la comunicación de subcontratación, es claro que esa comunicación del encargado del tratamiento constituye en realidad una propuesta que puede ser rechazada por aquel, bien por entender improcedente la subcontratación, bien por considerar inidónea la empresa con la que se pretende subcontratar. Así se infiere de la capacidad de decisión del responsable del tratamiento y de la responsabilidad que le corresponde.

Si el responsable del tratamiento, de conformidad con el artículo 17.2 de la Directiva, debe elegir un encargado del tratamiento que ofrezca garantías suficientes en relación con las medidas de seguridad técnica y de organización de los tratamientos que deben efectuarse, y asegurarse que se cumplen dichas

medidas, y si de conformidad con el apartado 3 del indicado artículo el encargado del tratamiento solo actúa siguiendo instrucciones del responsable del tratamiento, negar capacidad de disposición a éste en supuestos de subcontratación es una conclusión reñida con los más elementales criterios de la lógica.

La posibilidad, mera probabilidad, de que el responsable del tratamiento pueda controlar el mercado de servicios de tratamiento, bien mediante el veto de una o varias empresas, bien mediante la manifestación de preferencia por alguna o algunas, por constituir una mera hipótesis, necesariamente debe ceder ante una previsión reglamentaria específica pero con cobertura, conforme resulta de la Directiva y de la Ley Orgánica. Otra cosa es que ya en el terreno de la realidad deban corregirse por quien corresponda prácticas restrictivas de la competencia”.

Derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición. Derechos de carácter personalísimo pueden ejercerse a través de un representante voluntario. Necesidad de apoderamiento expreso. Art. 23.2 a) del Reglamento.

STS de 15 de julio de 2010, Rec. casación 23/2008

“**DECIMOPRIMERO.-** Tampoco puede tener acogida la impugnación del apartado 2.a) del artículo 23.(...)”

Entiende la recurrente, limitando así su impugnación del artículo a su apartado 2.c), que por ser los derechos que contempla el precepto derechos personalísimos, queda reservado su ejercicio en exclusiva a los interesados, por lo que no es conforme a derecho que en el apartado 2.c), párrafo primero, se admita que puedan ejercitarse a través de representante voluntario.

Parte la recurrente de un error, cual es el considerar que un derecho de carácter personalísimo no puede ejercitarse por medio de un representante voluntario.

No repara en que cuando una persona actúa en nombre y por cuenta de otra se considera que la actuación se realiza por el propio interesado, y en que la consideración expuesta no sufre variación aún cuando la actuación se refiera a un acto personalísimo. Un acto personalísimo es, y sirva solo a título de ejemplo, el de contraer matrimonio, y el artículo 55 del Código Civil contempla la posibilidad de contraerlo por medio de apoderado.

Cuestión distinta es que se requiera un apoderamiento expreso que comprenda los concretos actos personalísimos a realizar por el apoderado, circunstancia que ya prevé la norma impugnada al hacer mención a la designación expresa para el ejercicio del derecho, añadiendo, en garantía del representado, la acreditación fidedigna de la representación conferida”.

Ficheros de información sobre solvencia patrimonial y de crédito. Imposibilidad de impugnación del epígrafe o rúbrica de la Sección al carecer de efectos normativos. Omisión reglamentaria. Ficheros positivos.

STS de 15 de julio de 2010, Rec. casación 26/2008

“**TERCERO.-** Hechas las consideraciones precedentes procede entrar a examinar las concretas disposiciones que del Reglamento son objeto de impugnación por la recurrente, comenzando por la rúbrica de la Sección Segunda

del Capítulo I, del Título IV, que, relativa a los ficheros de información sobre solvencia patrimonial y crédito, dice así: *"Tratamiento de datos relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés"*.

Sostiene la recurrente que interpretada la rúbrica literalmente y en conjunción con el resto de la norma, hace imposible el tratamiento en un fichero de insolvencia privado de datos positivos sin consentimiento del interesado, cuando a su juicio es evidente que la Ley Orgánica permite dicho tratamiento sin necesidad del consentimiento.

La impugnación está abocada al fracaso con solo tener en consideración que el epígrafe o rúbrica de la Sección, al carecer de efectos normativos, no puede ser impugnada.

Pero es que además a igual solución conduce la aplicación al caso enjuiciado de la doctrina jurisprudencial delimitadora del alcance de la potestad jurisdiccional que corresponde cuando, como aquí sucede, se denuncia una omisión reglamentaria, cual es la ausencia de regulación en la Sección de los ficheros positivos.

La sentencia de este Tribunal de 28 de junio de 2004, supone una superación de aquella doctrina jurisprudencial que, en atención al carácter revisor de la Jurisdicción y en consideración a que la potestad reglamentaria es una facultad político-normativa de carácter discrecional, negaba o limitaba en gran medida el enjuiciamiento de una omisión normativa. Superada esa concepción, con fundamento en que en el ejercicio de la potestad reglamentaria son diferenciables aspectos reglados y discrecionales, debe reconocerse, y así se hace en la sentencia citada, que *"no es rechazable ad limine, sin desnaturalizar la función jurisdiccional, una pretensión de condena a la Administración a elaborar y promulgar una disposición reglamentaria o que esta tenga un determinado sentido, porque el pronunciamiento judicial, en todo caso de fondo, dependerá de la efectiva existencia de una obligación o deber legal de dictar una norma de dicho carácter en un determinado sentido"*.

Concluye la sentencia referencia que *"únicamente es apreciable una ilegalidad omisiva controlable en sede jurisdiccional cuando el silencio del Reglamento determina la implícita creación de una situación jurídica contraria a la Constitución o al ordenamiento jurídico, o, al menos, cuando siendo competente el órgano titular de la potestad reglamentaria para regular la materia de que se trata, la ausencia de la previsión reglamentaria supone el incumplimiento de una obligación legal establecida por la Ley o la Directiva que el Reglamento trata de desarrollar y ejecutar o de trasponer"*.

Y es que en efecto, en aplicación de la doctrina precedentemente expuesta, mal puede sostenerse que la omisión que se imputa al Reglamento sea controlable en sede jurisdiccional. Ni la omisión crea una situación jurídica contraria a la Constitución o a la Ley, pues ni siquiera permite afirmar que implícitamente la omisión supone la negativa a la existencia de los ficheros positivos o de solvencia, ni admitiendo la competencia del Consejo de Ministros para que por vía reglamentaria desarrollara la previsión legal, es posible observar la existencia de una norma de esta naturaleza que imponga la obligación de desarrollo normativo".

Requisitos para la obtención de datos. Ficheros de morosidad. Comisionados. Art. 38.1a) del Reglamento.

STS de 15 de julio de 2010, Rec. casación 26/2008

“**CUARTO.-** Del artículo 38 impugna la recurrente el apartado 1.a), pero única y exclusivamente la referencia que en su texto se hace a la reclamación administrativa o a la prevista en el Reglamento de los Comisionados aprobado por Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero.(...)”

Dicho lo anterior procede indicar que la exigencia al inicio del apartado 1.a) del artículo 38 de que la deuda sea <<cierta>> responde al principio de veracidad y exactitud recogido en el artículo 4.3 de la Ley 15/1999, al expresar que <<Los datos de carácter personal serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado>>.

Siendo el adjetivo <<cierto>> sinónimo de irrefutable, incontestable, indiscutible, etc., el tema de debate se circunscribe a si es posible sostener con éxito que, en aquellos casos en que se hubiera entablado con respecto a la deuda un procedimiento de los expresados en el artículo 1.a), puede hablarse de una deuda cierta antes de que recaiga resolución firme o se emita, en los supuestos previstos en el Reglamento de los Comisionados, el informe correspondiente.

Reconociéndose que la aplicación de la norma puede producir efectos adversos al permitir evitar la inclusión del dato relativo a la deuda en los ficheros de solvencia patrimonial, debe también reconocerse que esos efectos adversos es posible contemplarlos cuando se incluye en un fichero de esa naturaleza la existencia de una deuda inexistente, no vencida o inexigible.

Pero lo relevante no son esos efectos y sí el decidir si el apartado 1.a) del artículo responde a la previsión legal del artículo 4.3, y la respuesta debe ser negativa en atención a la defectuosa redacción del precepto reglamentario por una inconcreción en su texto no solo de aquellos procedimientos que justifican la no inclusión en los ficheros de las deudas a que aquellos se refieren, sino también porque esa vaguedad permite considerar que incluso cuando la reclamación se formule por el acreedor exista la imposibilidad de inclusión de los datos en el fichero.

En contra del parecer del Abogado del Estado, el concepto de <<cualquier infracción del ordenamiento jurídico>>, contemplado en el artículo 70.2 de la Ley Jurisdiccional, comprende aquellos supuestos en que las disposiciones generales, por su falta de concreción, pueden dar origen a efectos no deseados, lo que en efecto sucede con la norma reglamentaria impugnada. Pensemos, y sirva solo a título de ejemplo, en las garantías que ofrece una deuda hipotecaria. No otra cosa puede decirse si nos atenemos a lo dispuesto en el artículo 6.1.d) de la Directiva que exige que los datos sean exactos y, cuando sea necesario, actualizados, así como que se tomen todas las medidas razonables para que los datos inexactos o incompletos, con respecto a los fines para los que fueron recogidos o para los que fueron tratados posteriormente, sean suprimidos o ratificados, pues mal puede entenderse que unos datos no son exactos y no se encuentran actualizados como consecuencia de una reclamación de cualquier naturaleza en instancias judiciales, arbitrales, administrativas o ante los Comisionados.

La argumentación de la recurrente pone de manifiesto un conflicto de intereses que a la luz de la doctrina constitucional a la que hicimos mención en el fundamento de derecho segundo debe resolverse exigiendo una mayor concreción en el precepto reglamentario que pondere los intereses en presencia en atención a las circunstancias concretas".

Todo ello justifica la estimación de la impugnación del artículo 38.1.a) en el sentido de eliminar del mismo la frase "... o administrativa, o tratándose de servicios financieros, no se haya planteado una reclamación en los términos previstos en el Reglamento de los Comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros, aprobado por Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero".

Trasferencias internacionales de datos. Ausencia de regulación contraria a la LO y al marco de libre circulación de datos que proclama la Directiva. Art. 69.1b) del Reglamento.

STS de 15 de julio de 2010, Rec. casación 23/2008

“VIGESIMO.- Así mismo debe desestimarse la impugnación del artículo 69.1.b) que, ubicado en el Capítulo II, del Título VI, relativo a las transferencias internacionales de datos a aquellos estados que proporcionan un nivel adecuado de protección, prevé la posibilidad de que el Director de la Agencia Española de Protección de Datos, en uso de la potestad que le otorga el artículo 37.1.f) de la Ley Orgánica, acuerde, previa audiencia del importador, la suspensión temporal de la transferencia de datos hacia un importador ubicado en un tercer Estado del que haya declarado la existencia de un nivel adecuado de protección cuando *"existan indicios racionales de que se estén vulnerando las normas o, en su caso, los principios de protección de datos por la entidad importadora de la transferencia y que las autoridades competentes en el Estado en que se encuentre el importador no han adoptado o no van a adoptar en el futuro las modalidades oportunas para resolver el caso en cuestión, habiendo sido advertidos de la situación por la Agencia Española de Protección de Datos"*.

Hemos resaltado la frase *"o no van a adoptar en el futuro"*, pues con apoyo exclusivo en ella sostiene la recurrente su impugnación, al entender que es contraria al artículo 37.1.f) de la Ley Orgánica y al marco de la libre circulación de datos que proclama la Directiva.

El artículo 37.1.f) de la Ley Orgánica enumera como función de la Agencia la de *"Requerir a los responsables y los encargados de los tratamientos, previa audiencia de éstos, la adopción de las medidas necesarias para la adecuación del tratamiento de datos a las disposiciones de esta Ley y, en su caso, ordenar la cesación de los tratamientos y la cancelación de los ficheros, cuando no se ajuste a sus disposiciones"*.

La recurrente realiza una interpretación errónea del precepto reglamentario, en particular de la frase de mención, lo que le lleva a la formulación de una serie de interrogantes con un denominador común relativo a cómo puede saberse que una entidad competente de un Estado soberano no va a adoptar en el futuro las medidas oportunas.

A lo que se está refiriendo el precepto reglamentario es a aquellos Estados que no proporcionan un nivel de protección equiparable al que presta la Ley Orgánica y sí encuentra amparo legal en el artículo 33 de dicho Texto Legislativo cuando establece que *"1. No podrán realizarse transferencias temporales definitivas de datos de carácter personal que hayan sido objeto de tratamiento o hayan sido recogidos para someterlos a dicho tratamiento con destino a países que no proporcionen un nivel de protección equiparable al que presta la presente Ley, salvo que, además de haberse observado lo dispuesto en ésta, se obtenga autorización previa del Director de la Agencia Española de Protección de Datos, que sólo podrá otorgarla si se obtienen garantías adecuadas. 2. El carácter adecuado del nivel de protección que ofrece el país de destino se evaluará por la Agencia Española de Protección de Datos atendiendo a todas las circunstancias que concurran en la transferencia o categoría de transferencia de datos. En particular, se tomará en consideración la naturaleza de los datos, la finalidad y la duración del tratamiento o de los tratamientos previstos, el país de origen y el país de destino final, las normas de derecho, generales o sectoriales, vigentes en el país tercero de que se trate, el contenido de los informes de la Comisión de la Unión Europea, así como las normas profesionales y las medidas de seguridad en vigor en dichos países"*.

Aunque la norma legal de mención hace alusión a las transferencias, no a la suspensión temporal, y aunque encuentra su excepción en el artículo 34.k), *"cuando la transferencia tenga como destino un Estado miembro de la Unión Europea, o un Estado respecto del cual la Comisión de las Comunidades Europeas, en el ejercicio de sus competencias, haya declarado que garantiza un nivel de protección adecuado"*, es claro que habilita al precepto reglamentario, en cuanto la suspensión que en este se previene se fundamenta en la falta de garantías que el país importador proporciona y va a proporcionar.

No repara la recurrente que el artículo 33.1 de la Ley hace mención al final de su texto a *"que solo podrá otorgarla si se obtienen garantías adecuadas"* y que en armonía con esa exigencia el precepto reglamentario incluye en el suyo como requisito para la suspensión que las autoridades competentes del Estado importador afectado por la medida suspensiva hayan sido advertidas de la situación por la Agencia Española de Protección de Datos.

Conforme a lo expuesto es claro que el precepto reglamentario contempla a un Estado que por su normativa no garantiza el nivel de protección que concede la Ley Orgánica y que hay razones suficientes para creer que las autoridades competentes de dicho Estado no han adoptado o no están dispuestas a adoptar las medidas pertinentes".

Medidas de seguridad en el tratamiento de datos de carácter personal. Principio de libertad de forma. Existencia de norma habilitante. Artículo 83 del Reglamento.

STS de 15 de julio de 2010, Rec. casación 25/2008

“DECIMOCTAVO.- El artículo 83, ubicado en el Título VIII, Capítulo I, relativo a las disposiciones generales en orden a las medidas de seguridad en el

tratamiento de datos de carácter personal, con el epígrafe "*Prestaciones de servicios sin acceso a datos personales*", previene en su párrafo primero, que "*El responsable del fichero o tratamiento adoptará las medidas adecuadas para limitar el acceso del personal a datos personales, a los soportes que los contengan o a los recursos del sistema de información, para la realización de trabajos que no impliquen el tratamiento de datos personales*", y en su párrafo segundo, que "*Cuando se trate de personal ajeno, el contrato de prestación de servicios recogerá expresamente la prohibición de acceder a los datos personales y la obligación de secreto respecto a los datos que el personal hubiera podido conocer con motivo de la prestación del servicio*".

Aunque en el suplico de la demanda se insta la declaración de nulidad de pleno derecho de la totalidad del precepto, la argumentación impugnatoria se contrae exclusivamente al párrafo segundo, limitando así el ámbito de enjuiciamiento.

La argumentación de la recurrente relativa a que con la norma impugnada se vulnera el principio de libertad de forma, en cuanto que con la necesaria inclusión de la cláusula que prevé se está impidiendo la posibilidad de la contratación no escrita, con vulneración del artículo 1278 del Código Civil, sólo puede entenderse desde una errónea consideración por quien de tal manera argumenta del principio de libertad de forma contractual. La exigencia de una determinada cláusula contractual, como lo es la prohibición contemplada en el párrafo segundo del artículo 83, no es incompatible con la posibilidad de que el contrato se celebre de forma verbal, telemática, etc. No supone, contrariamente a lo que sostiene, un rechazo a la posibilidad de que la contratación no sea escrita.

En consecuencia, la impugnación debe desestimarse, pues no parece que sea otra distinta que la expuesta la argumentación de la actora.

No obstante, y dado que en el hilo argumental refiere que el precepto reglamentario carece de norma habilitante, no es ocioso indicar que el artículo 9 de la Ley, al prever en su apartado 1 que "*El responsable del fichero, y, en su caso, el encargado del tratamiento deberán adoptar las medidas de índole técnica y organizativas necesarias que garanticen la seguridad de los datos de carácter personal y eviten su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado, habida cuenta del estado de la tecnología, la naturaleza de los datos almacenados y los riesgos a que están expuestos, ya provengan de la acción humana o del medio físico o natural*", habilita, como también lo hace el artículo 17.1 de la Directiva al expresar que "*Los Estados miembros establecerán la obligación del responsable del tratamiento de aplicar las medidas técnicas y de organización adecuadas, para la protección de los datos personales contra la destrucción, accidental o ilícita, la pérdida accidental y contra la alteración, la difusión o el acceso no autorizados, en particular cuando el tratamiento incluya la transmisión de datos dentro de una red, y contra cualquier otro tratamiento ilícito de datos personales*" y que "*Dichas medidas deberán garantizar, habida cuenta de los conocimientos técnicos existentes y del coste de su aplicación, un nivel de seguridad apropiado en relación con los riesgos que presente el tratamiento y con la naturaleza de los datos que deban protegerse*", que el precepto reglamentario impugnado exija que en el contrato de prestación de servicios se incluya la prohibición y el deber de secreto que su texto contempla. Se trata de una medida organizativa dirigida a garantizar la seguridad de los datos ante la prestación de unos servicios que pueden ponerse en riesgo. Sirvan

de ejemplo los servicios de limpieza o los de mantenimiento de los medios informáticos”.

Actuaciones previas al procedimiento sancionador. Exceso reglamentario por otorgar una facultad al Director de la Agencia no contemplada en la Ley. Artículo 123.2 del Reglamento.

STS de 15 de julio de 2010, Rec. casación 23/2008

“**VIGESIMOSEGUNDO.**- Sí ha de estimarse la impugnación del artículo 123.2.(...)”

Aduce la recurrente que el apartado 2, único objeto de impugnación, es contrario a los artículos 35, 37 y 40 de la Ley Orgánica y 12,13 y 15 de la Ley 30/1992.

En efecto, ni los artículos 35, 37 y 40 de la Ley Orgánica, ni ningún otro artículo de la misma, contempla la facultad que al Director de la Agencia concede el precepto reglamentario. El artículo 35.3 hace mención a que los puestos de trabajo de los órganos y servicios que integren la Agencia serán desempeñados por personal funcionario o contratado; el artículo 36, también del Texto Legal, relativo a la naturaleza y funciones del Director de la Agencia, no incluye la designación que contempla el artículo 123.2, y lo mismo sucede con el artículo 37, en el que se enumeran las funciones de la Agencia. Tampoco el artículo 40, que, relativo a la potestad de inspección, prevé en su apartado 2 que *"Los funcionarios que ejerzan la inspección a que se refiere el apartado anterior tendrán la consideración de autoridad pública en el desempeño de sus cometidos"* y que *"Estarán obligados a guardar secreto sobre las informaciones que conozcan en el ejercicio de las mencionadas funciones, incluso después de haber cesado en las mismas"*.

A excepción de los preceptos legales referenciados ningún otro de la Ley hace mención al personal que ha de ocupar los puestos de trabajo de los órganos y servicios que integren la Agencia.

Tampoco los artículos 12,13 y 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, prevén la designación que se contempla en la norma reglamentaria impugnada, pues la habilitación que en definitiva en ella se prevé para el ejercicio de la facultad inspectora es algo distinto a una encomienda de gestión admitida en el artículo 15 de la Ley citada 30/92 por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño.

La mención en el precepto reglamentario a *"supuestos excepcionales"*, por su falta de concreción supone la apertura de un amplio campo para la designación que está reñida con el limitado y específico de la encomienda de gestión”.

Obligaciones no exigidas ni por la Ley ni por la Directiva. Disposición Adicional Única.

STS de 15 de julio de 2010, Rec. casación 23/2008

“**VIGESIMOTERCERO.**- La disposición adicional única, también objeto de impugnación por la recurrente, dice así: *"Los productos de software destinados al tratamiento automatizado de datos personales deberán incluir en su descripción"*

técnica el nivel de seguridad, básico, medio o alto, que permitan alcanzar de acuerdo con lo establecido en el título VIII de este reglamento".

Afirma la recurrente que impone a los responsables y encargados de los ficheros y tratamientos la utilización de determinados productos de software y a los fabricantes, distribuidores y vendedores de dichos productos de incluir las descripciones técnicas que exige la norma. Sostiene que la primera es una obligación no exigible por la Ley ni por la Directiva, y que la segunda crea una barrera al comercio dentro de los países de la Unión.

La impugnación debe desestimarse. Ni la disposición adicional impone a los responsables y encargados de los ficheros y tratamientos la utilización de un producto de determinadas características, en cuanto que lo único que exige es que se describan las características técnicas del producto para que el adquirente pueda conocer si el nivel de seguridad que ofrecen cumple con las medidas que de tal naturaleza se previenen en el Título VIII, relativo a las medidas de seguridad en el tratamiento de datos de carácter personal, ni implica una restricción al comercio, pues dentro del ámbito competencial que le es propio, lo único que viene a exigir, en garantía de los compradores y también de los afectados por el tratamiento de datos, es la indicación de aquellas características. En definitiva, responde a los deberes de seguridad que impone el artículo 9 de la Ley".

8.3.9.2 OTROS SUPUESTOS

Publicación de datos de carácter personal contenidos en sentencia penal. Artículo 61 LRJ-PAC. Publicación sustitutiva de la notificación no limitada a derechos e intereses legítimos de terceros.

STS de 13 de noviembre de 2012, Rec. casación 3045/2010

“**QUINTO.**- El tercero y último de los motivos del recuso de casación de la Administración Autonómica está referido, como ya dijimos antes, a la pretendida infracción de los artículos 58 y 60 de la mencionada Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que se vinculan al abuso del derecho a que se refiere en el artículo 7 del Código Civil. El reproche de la infracción que se hace a la sentencia de instancia se vincula, en el razonar de la defensa de la Administración Municipal recurrente, en la necesidad que impone el artículo 59.4º de la mencionada Ley de Procedimiento de que, ante la actuación contumaz del interesado en el procedimiento sancionador a recibir la notificación de la resolución sancionadora, la única salida admisible era la de la publicación de la resolución mediante inserción en el Diario Oficial de la Ciudad Autónoma, por lo que la actuación era legítima y, por ello, no podría ser objeto de infracción alguna. En apoyo de esa afirmación se hace referencia y se transcribe parcialmente, los razonamientos que se contienen en la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número uno de los de Melilla, que conoció de un recurso de esa naturaleza en el que el afectado por la publicación había impugnado dicha notificación, en su vertiente de infracción del derecho a la intimidad del mencionado recurrente, razonándose en la mencionada sentencia que esa notificación no puede verse afectada por las limitación que se contienen

en el artículo 61 de la Ley de Procedimiento, porque se considera que los derechos a que se refiere el precepto que pueden verse afectados han de ser de otras personas distintas del interesado en el procedimiento.(...)

Lo expuesto obliga, como ya se dijo, a la desestimación del motivo sin que pueda aceptarse, como ahora se insiste, que la referencia que se contienen en el artículo 61 de la Ley de Procedimiento Administrativo a limitar la publicación sustitutiva de las notificaciones a *"una somera indicación del contenido del acto y del lugar donde los interesados podrán comparecer, en el plazo que se establezca, para conocimiento del contenido íntegro del mencionado acto y constancia de tal conocimiento"*, deba limitarse a cuando los *"derechos e intereses legítimos"* que puedan verse afectados con dicha publicación afecten a terceras personas y no a los interesados en la notificación; porque, en primer lugar, el precepto no hace esa limitación que, en buena lógica sería contradictoria con la misma finalidad del trámite que se regula porque sería tanto como concluir que los interesados en un procedimiento administrativo, en cualquier procedimiento, carecen de protección de sus derechos e intereses legítimos, más aun de un auténtico derecho fundamental como el que ahora nos ocupa, diferente del que se cuestiona en la sentencia de referencia, como se razona por la Sala de instancia y que obliga, como ya se dijo, a la desestimación del motivo, y con él, de la totalidad del recurso de la Administración Autonómica”.

Comunicación de datos entre aseguradoras. Infracción art. 32 de la Ley del Contrato de Seguro.

STS de 25 de marzo de 2011, Rec. casación 6268/2007

“...Ciertamente, tal como se sostiene en la sentencia, el recurrente incurre en vaguedad e imprecisión a la hora de expresar qué concretos datos personales han sido revelados entre las aseguradoras de los que no se tuviera previo conocimiento por las facturas por dicha parte remitidas. En efecto, no se especifica en la demanda, tampoco en el escrito de interposición del recurso de casación, cuales de los datos que sostiene revelados son conocidos por medio distinto a las facturas por ella remitidas. Pero es que además no indica cuales de los datos que sostiene como intercambiados entre las aseguradoras y entre éstas y el médico Dr. Pousa no encuentran justificación en el incumplimiento de la obligación que le impone el artículo 32 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, precepto que implícitamente reconoce, ante una conducta contraria a la prevista en dicho precepto, una labor averiguadora por parte de las aseguradoras que evite la duplicidad de pagos por un mismo riesgo”.

Obtención de datos de subastas judiciales. Falta de la condición de parte interesada. Obtención de manera engañosa o fraudulenta.

STS de 17 de marzo de 2010, Rec. casación 3695/2006

“...En cualquier caso, la empresa sancionada obtuvo datos de procesos judiciales sin ser parte interesada en los mismos, limitándose la sentencia a afirmar que resultaba irrelevante que no se haya podido determinar la forma concreta en que la actora logró acceder a dichos datos, ya que, no siendo interesada en el proceso judicial, no podía acceder a ellos legalmente y, en cuanto accedió, tuvo que hacerlo de manera fraudulenta o engañosa, lo que, como con acierto argumenta

también el Sr. Abogado del Estado, hubiera permitido a la recurrente discutir la correcta tipificación de la infracción, mas sin que exista vulneración del principio de presunción de inocencia puesto que los hechos que motivaron la sanción quedaron identificados y demostrados y ni siquiera se cuestionan.

En el tercero de los motivos casacionales la recurrente, incurriendo en el mismo defecto de técnica procesal, alude al derecho de información, confirmando que los datos que la empresa difundía para sus fines profesionales eran públicos, dado el principio general de publicidad de las actuaciones judiciales.

En cualquier caso, el motivo carece de fundamento, ya que el derecho de información tiene el límite que le otorga la protección de datos personales, habiendo analizado ampliamente el Tribunal de instancia la falta de la condición de interesada de la recurrente en las actuaciones judiciales al objeto de captar la información que ulteriormente comercializaba. (...)

Se alega, igualmente, la aplicación incorrecta de la doctrina de la sentencia de esta Sala de 3 de marzo de 1995, cuyas consideraciones son perfectamente trasladable al caso que nos ocupa, ya que en ella se considera que no cabe reconocer la condición de interesado en un proceso judicial, a efectos de obtener datos del mismo, a una empresa cuya actividad mercantil se circunscribe a la confección de una base de datos que pone a disposición de terceros datos de personas intervinientes en el proceso, lo que se produce en el caso de la recurrente”.

8.4 AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS

8.4.1 NATURALEZA

La Agencia Española de Protección de datos es una Administración Pública inserta dentro del Poder Ejecutivo aunque actúe con plena independencia en el ejercicio de sus funciones tuitivas del sistema legal de protección de datos y sancionadoras.

STS de 2 de diciembre de 2011, Rec. casación 2706/2008

“TERCERO.- (...)

Fue el Convenio 108, de 28 de enero de 1981, del Consejo de Europa, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, el que previó que las distintas Partes designaran una autoridad para concederse ayuda mutua, siendo esta previsión el germen de la creación de las Autoridades de Control por parte de los distintos Estados europeos y también de la Agencia Española de Protección de Datos. Siguiendo estas pautas, la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de carácter personal (LORTAD), fue pionera al encomendar el control de su aplicación a una Administración independiente, la denominada Agencia de Protección de Datos, decisión que años después la Directiva 95/46/CE, del Parlamento y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, consolidó en el ámbito europeo al señalar en su Considerando 62 que la creación de una Autoridad de Control que ejerza sus funciones con plena independencia en cada uno de los Estados

miembros constituye un elemento esencial de la protección de las personas en lo que respecta al tratamiento de datos personales, Considerando que tiene su plasmación en el art. 28 de la Directiva, dedicado a la Autoridad de Control, en el que se reitera la necesidad de que debe ejercer sus competencias con total independencia y ordena que se le atribuyan poderes de investigación, de intervención y sancionadores. Más adelante, la Carta Europea de los Derechos Fundamentales, proclamada en Niza el 8 de diciembre de 2000, e incorporada a los Tratados constitutivos de la Comunidad Europea en el reciente Tratado de Lisboa, declaró en su art. 8.3 que el respeto a las normas de protección de datos quedará sujeto al control de una autoridad independiente.

En definitiva, en el sistema jurídico europeo de protección de datos de carácter personal la existencia de la denominada Autoridad de Control cumple una función esencial e indisociable al propio sistema jurídico para la plenitud del reconocimiento y tutela del derecho fundamental, función que se reitera y expresa además con claridad meridiana en el Considerando 2 del Reglamento (CE) nº 45/2001, del Parlamento y del Consejo de 18 de diciembre de 2000, por el que se crea la figura del Supervisor Europeo de Protección de Datos en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismo comunitarios, al señalar que: *"Un sistema completo de protección de datos personales no requiere únicamente establecer los derechos de las personas cuyos datos se tratan y las obligaciones de quienes tratan dichos datos personales, sino también unas sanciones apropiadas para los infractores y un organismo supervisor independiente"*.

El ordenamiento jurídico español, en gran medida tributario del Derecho Comunitario en este campo, comparte plenamente esta concepción incluso desde la LORTAD como ya hemos visto. La vigente Ley 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) se refiere en su art. 35 a la Agencia de Protección de Datos como ente de derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, que actúa con plena independencia de las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus funciones tuitivas del sistema legal de protección de datos y sancionadoras.

La singularidad de esa función tuitiva, previa a la tutela judicial, como justificante esencial de su propia existencia, ya fue destacada por el Tribunal Constitucional en la STC 290/2000, de 30 de noviembre, en el fundamento noveno:

"9. Por último, de lo que se acaba de exponer se desprende un rasgo significativo de la Agencia de Protección de Datos: el carácter básicamente preventivo de sus funciones en orden a la protección de datos personales. Un rasgo caracterizador que es común a las instituciones especializadas existentes en los países de nuestro entorno y al que ha hecho referencia la Exposición de Motivos de la LORTAD al afirmar que esta disposición está guiada <<por la idea de implantar mecanismos cautelares que prevengan las violaciones>> de los derechos fundamentales. En efecto, al dar cumplimiento al mandato contenido en el art. 18.4 CE, el legislador, sin excluir en modo alguno el recurso último a los órganos jurisdiccionales para la tutela de los derechos individuales, como se determina en los apartados 2 a 5 del art. 17 LORTAD, no ha querido sin embargo que la protección de datos personales frente al uso de la informática se lleve a cabo exclusivamente en la vía judicial, esto es, cuando ya se ha producido una lesión del derecho fundamental. Por el contrario, ha

querido que dicha protección se lleve a cabo mediante el ejercicio por la Agencia de Protección de Datos, con carácter básicamente preventivo, de las funciones de control de los ficheros tanto de titularidad pública como privada que la LORTAD le atribuye y, en su caso, a través de las reclamaciones de los afectados ante la Agencia de Protección de Datos (art. 17.1), las que provocarán la posterior actuación de este órgano. Por lo que cabe estimar que existe una correspondencia entre las funciones y potestades que la LORTAD ha atribuido a la Agencia de Protección de Datos y el carácter preventivo de sus actuaciones. Pues es este carácter tuitivo o preventivo el que, en última instancia, justifica la atribución de tales funciones y potestades a la Agencia de Protección de Datos para asegurar, mediante su ejercicio, que serán respetados tanto los límites al uso de la informática como la salvaguardia del derecho fundamental a la protección de datos personales en relación con todos los ficheros, ya sea de titularidad pública o privada".

Acción tutelar en la que se incluyen todas aquellas actividades desarrolladas por este organismo público encaminadas a garantizar los derechos reconocidos en la Ley y el buen funcionamiento de todo el sistema legal de protección de datos: amparar el ejercicio de los derechos de información, acceso, rectificación, oposición y cancelación de datos; emitir autorizaciones; atender peticiones y reclamaciones formuladas por las personas afectadas; proporcionar información a las personas acerca de sus derechos en materia de tratamientos de los datos de carácter personal; recabar de los responsables de los ficheros cuanta ayuda e información estime necesaria para el desempeño de sus funciones; velar por la publicidad de la existencia de los ficheros de datos de carácter personal, etc..., acción tutelar que se complementa con el ejercicio de potestades correctoras y sancionadoras.

No obstante, pese a esta singularidad de su función y de su estatuto de independencia, no podemos obviar también, a los efectos que luego se dirá, que la Agencia Española de Protección de Datos no deja de ser una Administración Pública que se inserta dentro del poder ejecutivo. Basta examinar el sistema de nombramiento y separación de su Director en la LOPD (por el Gobierno, a propuesta del Ministro de Justicia) y el régimen jurídico de sus actos (sujeta su actuación a la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común) para que esta afirmación no ofrezca ninguna duda.

Aceptada la importancia y singularidad de la función desarrollada por la Agencia Española de Protección de Datos en nuestro sistema jurídico de protección de este derecho, es preciso examinar el alcance de esa función en relación con las Administraciones Públicas, pues en el caso que juzgamos la Agencia Española de Protección de Datos ha identificado, en cuanto al régimen jurídico aplicable, al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de los de La Coruña con una Administración Pública, lo que tiene su importancia, pues aunque el art. 2 de la LOPD extiende el régimen jurídico de la protección de datos tanto al sector privado como al sector público, esta Ley establece particularidades para los ficheros de titularidad pública, a los que dedica los artículos 20 a 24, conteniendo mandatos específicos en cuanto a su creación, modificación y supresión, determinadas excepciones al régimen de los derechos de los afectados y un

régimen específico en materia de infracciones pues el art. 46 de la LOPD refiere que cuando las infracciones del régimen de protección de datos fuesen cometidas en ficheros de los que sean responsables las Administraciones Públicas, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos dictará una resolución estableciendo las medidas que procede adoptar para que cesen o se corrijan los efectos de la infracción, pudiendo proponer la iniciación de actuaciones disciplinarias, si procedieran, que serán las establecidas en la legislación sobre régimen disciplinario de las Administraciones Públicas, debiéndose comunicar a la Agencia las resoluciones que recaigan en relación con las medidas y actuaciones propuestas.

De este último precepto se desprende que las Administraciones Públicas quedan excluidas de la imposición de sanciones pero no de la declaración de infracción, de que se impongan correcciones o de que se promueva responsabilidad disciplinaria de los funcionarios públicos que aparezcan como responsables de la infracción, a lo que se añade como consecuencia de la propia declaración de infracción que se entablen reclamaciones de responsabilidad patrimonial en los términos expresados en el art. 19 de la LOPD. Se une a lo anterior el hecho de que la Autoridad de Control ex art 40 LOPD- a los efectos de cumplir con sus funciones puede inspeccionar los ficheros públicos y recabar cuantas informaciones precise para el cumplimiento de su cometido, pudiendo solicitar al efecto la exhibición o envío de documentos y datos o examinarlos en el lugar en que se encuentran depositados, así como inspeccionar los equipos físicos o logísticos utilizados en el tratamiento de datos, accediendo a los locales donde se hallen instalados. También puede en el ejercicio de esas funciones requerir a los responsables y los encargados del tratamiento la adopción de las medidas que estime necesarias para la adecuación de los tratamientos de datos a las disposiciones de la LOPD y, en su caso, ordenar la cesación de los tratamientos y la cancelación de los ficheros, cuando no se ajuste a sus disposiciones (art. 37.1.f) de la LOPD)...”

8.4.2 RÉGIMEN JURÍDICO

Ficheros de titularidad pública y titularidad privada. Órgano competente. Control de ficheros creados o gestionados por la CCAA y por la Administración Local de su ámbito territorial.

STS de 19 de octubre de 2011, Rec. casación 5072/2008

“**TERCERO.-** En el origen del presente recurso se encuentra la petición de la Fundación Hospital de Alcorcón de cancelación de los ficheros inscritos en el registro General de la Agencia Estatal de Protección de Datos (AEPD), por considerar la entidad que sus ficheros era de titularidad pública y no privada, lo que determina que el organismo competente sea la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid (APDCM), habiendo desestimado la AEPD la cancelación solicitada, mientras que la sentencia impugnada de la Audiencia Nacional anuló esa decisión y ordenó a la APD la cancelación de los asientos correspondientes a los ficheros de la Fundación Hospital del Alcorcón.

La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal (LOPD) establece un régimen jurídico diferente para los

ficheros de titularidad pública y titularidad privada, estableciendo en su artículo 41.1 que las funciones de la AEPD, con las excepciones que señala y que no afectan al presente recurso, serán ejercidas por los órganos correspondientes de cada Comunidad, que tendrán la consideración de autoridades de control, *“...cuando afecten a ficheros de datos de carácter personal creados o gestionados por las Comunidades Autónomas y por la Administración local de su ámbito territorial...”*

Por tanto, la LOPD adopta un criterio subjetivo para asignar a los órganos de las Comunidades Autónomas las funciones de control de los ficheros “creados o gestionados” por las Comunidades Autónomas y por la Administración local de su ámbito territorial.

Con mayor precisión, si bien empleando el mismo criterio subjetivo de delimitación de funciones, el artículo 2 de la ley 8/2001, de 13 de julio, de Protección de Datos de Carácter Personal en la Comunidad de Madrid, establece que la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid (APDCM), ejerce sus funciones de control sobre los ficheros de datos de carácter personal *“...creados o gestionados por las Instituciones de la Comunidad de Madrid y por los Órganos, Organismos, Entidades de Derecho público y demás Entes públicos integrantes de su Administración Pública, exceptuándose las sociedades mercantiles a que se refiere el artículo 2.2.c).1 de la Ley 1/1984, de 19 de enero, reguladora de la Administración Institucional de la Comunidad de Madrid...”*(...)

QUINTO.- La Sala coincide con la sentencia impugnada en que la solución de la presente controversia se encuentra en la interpretación de las dos normas jurídicas con igual rango de ley, una estatal y la otra autonómica, que delimitan el ámbito de actuación de la Agencia de Protección de Datos y del órgano administrativo homólogo de la Comunidad de Madrid, a que nos hemos referido con anterioridad, el artículo 41.1 de la LOPD y el artículo 2 de la ley 8/2001, de la Comunidad de Madrid.

Ambas normas establecen de forma coincidente un criterio subjetivo de delimitación de las funciones de los respectivos órganos administrativos de control de los ficheros de datos, que atiende al dato de la Administración Pública que creó o gestiona el fichero de que se trate.

De acuerdo con las notas que hemos expuesto sobre el régimen jurídico a que está sujeta la Fundación Hospital Alcorcón, se trata de una Institución creada por la Administración Pública, que actúa sometida a la tutela y control de la Administración Pública y financiada mediante ingresos públicos, por lo que se trata de una organización o entidad inequívocamente pública, que tras el traspaso de las funciones del protectorado, registro, tutela y control a la Comunidad de Madrid, tiene perfecto encaje entre las Administraciones de la Comunidad de Madrid a que se refiere el artículo 2 de la ley 8/2001, de Protección de Datos de Carácter Personal en la Comunidad de Madrid, cuyos ficheros por ellas creados o gestionados, están sujetos al control de la APDCM, con la única excepción de las empresas públicas con forma de sociedad mercantil.

El artículo 5 del RD 1720/2007, de 21 de diciembre, que aprobó el Reglamento de desarrollo de la LOPD, incorpora diversas definiciones de interés para la aplicación de la norma reglamentaria, entre ellas la de fichero de titularidad pública, considerando como tal los ficheros de los que sean responsables los órganos constitucionales o con relevancia constitucional del Estado o las

instituciones autonómicas con funciones análogas a los mismos, las Administraciones Públicas territoriales, así como las entidades u organismos vinculados o dependientes de las mismas y las Corporaciones de derecho público, siempre que su finalidad sea el ejercicio de potestades de derecho público.

Esta última referencia al ejercicio de potestades de derecho público que incorpora la definición de los ficheros de titularidad pública del artículo 5 del RD 1720/2007, no puede llevar a una solución contraria que la defendida por la sentencia impugnada, en primer término, porque el RD no estaba en vigor en la fecha en que se dictó por la Agencia Española de Protección de Datos la resolución impugnada, de fecha 26 de abril de 2007, de forma que no puede fundamentarse la denegación de la cancelación de los ficheros de la Fundación Hospital Alcorcón en un precepto reglamentario que no había entrado en vigor y era inexistente cuando se dictó el acto impugnado, y además de ello, porque evidentemente, la definición de fichero de titularidad pública que incorpora la norma reglamentaria habrá de ser interpretada de forma que no contradiga lo dispuesto en normas con rango de ley”.

Inexistencia de órgano autonómico de control en materia de protección de datos. Estatuto de Autonomía.

STS de 13 de noviembre de 2012, Rec. casación 3045/2010

“**CUARTO.-** El segundo motivo en que se funda el recurso de la Ciudad Autónoma, como ya se dijo, se funda en la infracción del artículo 61.1º b) de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en cuanto se considera que la resolución de la Agencia originariamente impugnada adolece de vicio de nulidad de pleno derecho, ya que se considera que la conducta sancionada, de considerarse vulneradora de la protección que garantiza la legislación sectorial, sería competencia de la propia Ciudad Autónoma, conforme a lo establecido en la ya mencionada Disposición Adicional del Real Decreto de 1994, al que antes se hizo referencia. De contrario se opone a dicha fundamentación que el artículo 37.g) de la Ley Orgánica de 1999, al fijar las competencias de la Agencia Estatal, se refiere a la potestad sancionadora, si bien el artículo 41 de dicha Ley Orgánica contempla la posibilidad de establecer autoridades de control sobre la protección por las Comunidades Autónoma.(...)

A la vista de ese razonar de la Sala de instancia no cabe sino considerar que los fundamentos que se hacen en este motivo casacional son mera reproducción de la polémica suscitada en la demanda, alterando la propia técnica casacional que no comporta, por su naturaleza de recurso extraordinario, un nuevo examen general de la polémica suscitada en la instancia, sino que ha de limitarse a la aplicación que de las normas aplicables se hacen en la sentencia de instancia; aplicación que en el caso de autos ninguna consideración merecen a la defensa de la Administración recurrente; porque la mera invocación de la existencia de Estatuto de Autonomía de Melilla, aprobado por Ley Orgánica 2/1995, de 13 de marzo, debiera haber constatado que entre las competencias asumidas por la Ciudad Autónoma no se incluye la de protección de datos de carácter personal, como se comprueba de la lectura de los artículos 21 y 22 de dicha Ley Orgánica; por lo que ninguna eficacia podría tener la posibilidad contemplada en el Real

Decreto de 1994; cuya Disposición Adicional Segunda estaba referida a la posibilidad que se contenía en la ya derogada Ley Orgánica 5/1992, que facultaba a la Comunidades Autónoma a la creación de órganos con competencia en esta materia, competencia que, como se razona en la sentencia de instancia y se refleja en el Estatuto de Autonomía, no fue asumida por la Ciudad Autónoma ni fueron creados tales órganos.

La conclusión de lo expuesto es que no procede apreciar la incompetencia manifiesta de la Agencia para dictar la resolución originariamente impugnada que se reprocha en el motivo casacional, que debe ser desestimado”.

8.4.3 FUNCIONES

Inviolabilidad de archivos. Actuación de la Agencia Española de Protección de Datos en funciones de tutela en materia de protección de datos.

STS de 10 de noviembre de 2011, Rec. casación 5960/2008

“TERCERO.- (...)

De acuerdo con el artículo 1.6 del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos (BOE 300/1979, de 15 de diciembre), *“El Estado respeta y protege la inviolabilidad de los archivos, registros y demás documentos pertenecientes a la Conferencia Episcopal Española, a las Curias episcopales, a las Curias de los superiores mayores de las Ordenes y Congregaciones Religiosas, a las Parroquias y a otras Instituciones y Entidades Eclesiásticas”*.

Además de las consideraciones de la Sala de instancia, que acabamos de reproducir, debemos tener en cuenta que el alcance de esta cláusula concordataria se ha de interpretar de acuerdo con la práctica internacional en materia de inmunidades y privilegios de los agentes extranjeros así como de sus bienes, documentos y archivos, siendo doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en relación con las inmunidades y privilegios similares reconocidas a las Organizaciones internacionales, que las mismas no pueden anular la dimensión sustantiva de los derechos fundamentales de la persona (asunto Waite y Kennedy, STEDH 7/1999, de 18 de febrero, apartados 67-68 y asunto Príncipe Hans-Adam II de Liechtenstein, STEDH 464/2001, de 12 de julio, apartados 44-48).

Igualmente ponderamos en la interpretación del artículo 1.6 de los Acuerdos entre el Estado Español y la Santa Sede, invocado por la parte recurrente, que las normas sobre inmunidades y privilegios propias de los acuerdos diplomáticos entre Estados han de interpretarse más restrictivamente, sin que puedan tener un alcance absoluto, cuando el beneficiario no sea un Estado o una Organización internacional, o sus funcionarios o agentes, sino un nacional o residente permanente en el Estado receptor, como es el caso de la Región de España de la Prelatura del Opus Dei recurrente.

Procede por tanto una interpretación del artículo 1.6 del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos acorde con el contenido de los derechos fundamentales que el artículo 18.4 CE reconoce a los ciudadanos, en relación con la protección de su intimidad personal y familiar, en el que se

integra el derecho fundamental a protección de datos personales, que garantiza a la persona un poder de control y disposición sobre los mismos.

El recurso de casación sostiene que en este caso la parte recurrente está alegando la inviolabilidad de sus registros, protegida por los Acuerdos de 1979, no frente a un particular, sino frente a la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), que es un órgano de la Administración del Estado.

No puede compartirse el anterior argumento, pues es evidente que la AEPD actúa en el presente caso en ejercicio de sus funciones de tutela en materia de protección de datos que le encomienda la LOPD. En efecto, la actuación de la AEPD viene precedida por la solicitud de Doña María Isabel Mena Arias de cancelación de los datos relativos a su persona, que fue denegada por la Entidad recurrente, y de la posterior reclamación de tutela de la interesada ante la AEPD por dicha denegación del derecho de cancelación. La actuación de la AEPD se produce, por tanto, en el marco de sus funciones de resolución de reclamaciones interpuestas por las personas afectadas, en relación con los derechos de información, acceso, rectificación, oposición y cancelación de datos, atribuidas por el artículo 37.1, letras a) y d) LOPD”.

8.5 RÉGIMEN SANCIONADOR

8.5.1 INFRACCIONES

Artículo 44 LOPD. Tipificación de infracciones. No contiene mandato a la Agencia de Protección de Datos para el inicio del procedimiento sancionador, ni sustituye a ésta en el ejercicio de la potestad sancionadora.

STS de 24 de febrero de 2009, Rec. casación 489/2006

“TERCERO.- (...)

Queda por analizar la alegada violación del art. 44 LOPD. Es verdad que este precepto tipifica como infracción el mantenimiento en los ficheros de datos inexactos, así como la cesión de datos fuera de los casos permitidos. Ahora bien, aun suponiendo, a los meros efectos de la argumentación, que la arriba descrita inexactitud de la cuantía de la deuda de intereses constituyese mantenimiento de datos inexactos o cesión de datos no permitida, es indiscutible que el art. 44 LOPD tiene por objeto sólo la tipificación de infracciones. No contiene un mandato a la Agencia de Protección de Datos de iniciar el procedimiento sancionador, ni menos aún permite a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa sustituirse en el ejercicio de la potestad sancionadora que la ley atribuye a la mencionada Agencia. No cabe, así, reprochar a la sentencia impugnada infracción alguna del art. 44 LOPD”.

Calificación de los hechos. Tratar los datos. Inexistencia. Prescripción.

STS de 21 de noviembre de 2011, Rec. casación 5981/2008

“El artículo 44.3.d) LOPD, en la redacción vigente en el momento de los hechos, tipifica como infracción grave la conducta consistente en tratar los datos de carácter personal o usarlos posteriormente con conculcación de los principios

y garantías establecidos en la LOPD o con incumplimiento de los preceptos de protección que impongan las disposiciones reglamentarias de desarrollo, cuando no constituya infracción muy grave.

No pueden acogerse los argumentos sobre la calificación de los hechos como falta grave del artículo 44.3.d), pues los hechos denunciados consistieron, según se ha indicado en el Fundamento de Derecho Primero, en la remisión por la Jefa del Servicio de Planificación y Evaluación de Recursos de la Consejería de Salud de Cádiz, de un escrito fechado el 13 de abril de 2005, al Servicio de Inspección de Centros de la Delegación Provincial, fechado el 13 de abril de 2005 (folios 4 a 6 del expediente administrativo), informando sobre las denuncias y recursos contencioso administrativos presentados por la recurrente, y la remisión de dicho escrito no supone en si misma ningún tratamiento automatizado o no de datos, en el sentido del artículo 3.c) LOPD, luego falta el requisito de “tratar los datos” exigido por el tipo infractor descrito por el artículo 44.3.d) LOPD.

Como razonan tanto la AEPD como la sentencia impugnada, la conducta denunciada podría –en su caso- calificarse como la infracción leve de incumplimiento del deber de secreto que impone el artículo 10 LOPD, si bien una vez constatado el transcurso del plazo de 1 año establecido por el artículo 47.1 LOPD para la prescripción de las infracciones leves, entre el escrito en el que se manifiestan los hechos objeto de denuncia, de 13 de abril de 2005, y la fecha de interposición de la denuncia ante la AEPD, el 19 de septiembre de 2006, fue conforme a derecho la decisión de conclusión de las actuaciones previas de averiguación y su consiguiente archivo.”

La conducta tipificada no es utilización irregular de datos sino la recogida de datos de forma engañosa o fraudulenta.

STS de 27 de mayo de 2011, Rec. casación 4487/2007

“CUARTO.-(...)

En efecto, en los hechos que se declaran probados en la resolución administrativa recurrida y que hemos transcrito en el fundamento de derecho primero siguiendo el homónimo de la sentencia de instancia, no se observa ninguna referencia a la forma de obtención por la recurrente de los datos personales de los denunciados. Con la afirmación de que fueron utilizados para rellenar contratos no autorizados de preasignación de líneas telefónicas con UNI2, expresada en la resolución y recogida en la sentencia como "causa decidendi", lo que se pone de manifiesto es una conducta irregular pero no subsumible en el artículo 44.4.2 de la Ley Orgánica de Protección de Datos en el que la conducta tipificada no es la utilización de los datos de forma irregular y sí *"la recogida de datos de forma engañosa o fraudulenta"*.”

8.5.2 PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

8.5.2.1 LEGITIMACIÓN

**Falta de legitimación del denunciante para impugnar en vía jurisdiccional.
Ausencia de la condición de interesado en el procedimiento sancionador.**

STS de 6 de octubre de 2009, Rec. casación 4712/2005

“**SEXTO.-** La anulación de la sentencia impugnada conduce, de conformidad con el art. 95.2.c) LJCA, a deber ahora resolver el litigio en los términos en que quedó planteado en la instancia. A este respecto, lo primero que debe hacerse es abordar la petición de inadmisión del recurso contencioso-administrativo hecha por el Abogado del Estado. El problema, tal como reconoció el propio tribunal *a quo* en el fundamento de derecho tercero de la sentencia impugnada y ahora casada, es si los denunciantes tienen legitimación activa para recurrir en vía jurisdiccional frente a la resolución de la Agencia que pone fin al expediente sancionador iniciado a raíz de la denuncia.

La respuesta debe ser inequívocamente negativa: quien denuncia hechos que considera constitutivos de infracción de la legislación de protección de datos carece de legitimación activa para impugnar en vía jurisdiccional lo que resuelva la Agencia. Así se desprende de las sentencias de esta Sala de 6 de noviembre de 2007 y, con mayor nitidez aún, de 10 de diciembre de 2008. La razón es, en sustancia, que el denunciante carece de la condición de interesado en el procedimiento sancionador que se puede incoar a resultas de su denuncia. Ni la Ley Orgánica de Protección de Datos ni su Reglamento de desarrollo le reconocen esa condición. Y por lo que se refiere a los principios generales del derecho administrativo sancionador, aunque en algunas ocasiones esta Sala ha dicho que el denunciante puede impugnar el archivo de la denuncia por la Administración, no se admite que el denunciante pueda impugnar la resolución administrativa final. El argumento crucial en esta materia es que el denunciante, incluso cuando se considere a sí mismo “víctima” de la infracción denunciada, no tiene un derecho subjetivo ni un interés legítimo a que el denunciado sea sancionado. El poder punitivo pertenece únicamente a la Administración que tiene encomendada la correspondiente potestad sancionadora –en este caso, la Agencia Española de Protección de Datos- y, por consiguiente, sólo la Administración tiene un interés tutelado por el ordenamiento jurídico en que el infractor sea sancionado. Es verdad que las cosas no son así en el derecho penal propiamente dicho, donde existe incluso la acción popular; pero ello es debido a que hay normas que expresamente establecen excepciones al monopolio público sobre el ejercicio del *ius puniendi*; excepciones que no aparecen en el derecho administrativo sancionador y, por lo que ahora específicamente interesa, en la legislación sobre protección de datos. Es más: aceptar la legitimación activa del denunciante no sólo conduciría a sostener que ostenta un interés que el ordenamiento jurídico no le reconoce ni protege, sino que llevaría también a transformar a los tribunales contencioso-administrativos en una especie de órganos de apelación en materia sancionadora. Esto último supondría dar por bueno que pueden imponer las sanciones administrativas que no impuso la Administración, lo que chocaría con el llamado “carácter revisor” de la jurisdicción contencioso-administrativo. En otras palabras, los tribunales contencioso-administrativos pueden y deben controlar la legalidad de los actos administrativos en materia sancionadora; pero no pueden sustituirse a la Administración en el ejercicio de las potestades sancionadoras que la ley encomienda a aquélla.

Cuanto se acaba de decir debe ser objeto de una precisión: el denunciante de una infracción de la legislación de protección de datos carece de legitimación activa para impugnar la resolución de la Agencia en lo que concierne al resultado sancionador mismo (imposición de una sanción, cuantía de la misma, exculpación, etc.); pero, llegado el caso, puede tener legitimación activa con respecto a aspectos de la resolución distintos del específicamente sancionador siempre que, por supuesto, pueda mostrar algún genuino interés digno de tutela”.

8.5.2.2 DILIGENCIAS PREVIAS

Prueba obtenida durante las actuaciones previas. Actas de Inspección.

STS de 6 de mayo de 2011, Rec. casación 5225/2007

“...En supuesto análogo al presente en el que se denunció la vulneración por inaplicación del artículo 24.2 de la Constitución, en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con el argumento de que resultaba contradictorio con el principio de defensa que la principal prueba del expediente sancionador se obtenga antes de haberse dictado el acuerdo de inicio del expediente mediante la incorporación al mismo de las actas de inspección, elaboradas durante las actuaciones previas, en sentencia de 17 de abril de 2007 - recurso de casación 3755/03- se dijo lo siguiente:

“... Como también señala la Sala de instancia, el art. 12 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, que aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora y que según su art. 1 es aplicación supletoria en defecto total o parcial de procedimientos específicos, prevé la realización de actuaciones previas a la iniciación del procedimiento, con el objeto de determinar si concurren las circunstancias que la justifiquen, actuaciones orientadas especialmente a determinar, con la mayor precisión posible, los hechos susceptibles de motivar la incoación, la identificación de las personas que pudieran resultar responsables y las circunstancias que concurren en unos y otros, debiéndose llevar a cabo por los órganos que tengan atribuidas las funciones de investigación, averiguación o inspección en la materia. A ello responden las actas a que se refiere la recurrente, levantadas por la Inspección de Datos, a la que corresponden tales facultades, según resulta del art. 28 del Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia de Protección de Datos y aplicable (DT3ª) mientras no se desarrollen las previsiones reglamentarias de la disposición final primera de la Ley 15/99 y cuyo contenido y alcance responde a la finalidad que resulta de tal previsión legal.

Por otra parte, la incorporación de tales actuaciones previas al expediente sancionador y su valor probatorio, sin que ello suponga infracción de los principios constitucionales que se invocan por la recurrente, ha sido admitida por el Tribunal Constitucional desde el principio, baste al respecto la sentencia 56/98, de 16 de marzo, que comienza recogiendo la abundante doctrina en el sentido que <<los principios esenciales reflejados en el art. 24 de la

Constitución en materia de procedimiento han de ser aplicables a la actividad sancionadora de la Administración (STC 18/1981, fundamento jurídico 2º), a que entre dichos principios se encuentra el que inspira el contenido del derecho a la presunción de inocencia (STC 76/1990, fundamento jurídico 8º: "no puede suscitar ninguna duda que la presunción de inocencia rige sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetada en la imposición de cualesquiera sanciones, sean penales, sean administrativas"), y a que aquella aplicación no tiene un alcance "literal", sino el que requiere la preservación de "los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9 de la Constitución" (STC 18/1981, fundamento jurídico 2º). En esta última pauta hemos insistido, también con otras palabras en múltiples resoluciones, postulando una aplicación de las garantías procesales al procedimiento administrativo sancionador "en línea de principio" (STC 66/1984, fundamento jurídico 1º), cautelosa (SSTC 246/1991, 197/1995) y respetuosa con la naturaleza de este procedimiento (SSTC 22/1990, 246/1991); y rechazando que dicha aplicación pueda realizarse de modo mimético, inmediato (STC 181/1990), o automático (STC 197/1995)...

...Y desde este planteamiento general señala la citada sentencia 56/98, en relación con la denominada <<información reservada>> que precedió a la apertura del expediente disciplinario y que después se incorporó a él, que <<con independencia de que la peculiar característica que domina y da nombre a esta diligencia (su carácter inicialmente "reservado") deba ser tenida en cuenta por el órgano decisor a la hora de valorar su contenido, debe señalarse que de las condiciones en las que se practicó no se infiere la necesidad de proscribir su valoración para salvaguardar el equilibrio esencial del procedimiento y para impedir un posible efecto material de indefensión (así, ATC 204/1993). Adviértase que, por una parte, dicho informe fue encargado conforme a Derecho por el Ministerio de Justicia a un funcionario concreto en el ejercicio regular de su función y en que dicho funcionario describió pormenorizadamente su actividad para realizarlo y los fundamentos fácticos de sus conclusiones. Obsérvese también que su escrito se incorporó al expediente una vez incoado éste y que, de nuevo con independencia de las oportunidades de defensa que el hoy recurrente tuviera en la fase judicial, ello le dio oportunidad de rebatir su contenido en las dos ocasiones en las que se le concedió audiencia y de solicitar un nuevo testimonio de su autor, en general, las diligencias que estimara convenientes para sustentar su contradicción.

Corroboran las afirmaciones anteriores nuestra jurisprudencia relativa a que las diligencias y actas de la Inspección de los Tributos constituyen un primer medio de prueba sobre los hechos que reflejan y que su "valor o eficacia ha de medirse a la luz del principio de la libre valoración de la prueba. A ello debe añadirse que ese valor probatorio sólo puede referirse a los hechos comprobados directamente por el funcionario, quedando fuera de su alcance las calificaciones jurídicas, los juicios de valor o las simples opiniones que los inspectores consignen en las actas y diligencias" (STC 76/1990, fundamento jurídico 8º; también, ATC 974/1986, en relación con las actas de la Inspección de Trabajo, ATC 7/1984; en general, STC 169/1994)>>.

En el presente caso tales actuaciones previas se llevaron a cabo en condiciones objetivas y subjetivas que permiten apreciar su fiabilidad, en los términos que

resulta de esa doctrina constitucional, pues, como señala la sentencia de instancia, se cumplió el principio de contradicción tanto en el momento de levantarse las correspondientes actas, en la que consta la intervención de los representantes legales de las entidades afectadas, como en un momento posterior, habiendo tenido diversas ocasiones, ejercitadas por la recurrente, para formular las alegaciones convenientes, como de hecho efectuó en varios escritos que cita en este recurso, así como intervenir en el correspondiente trámite de prueba; y, subjetivamente, como ya hemos indicado antes, las actas fueron levantadas por el órgano de inspección competente al efecto.

Ningún motivo de indefensión se advierte, por lo tanto, en la incorporación de tales actas al expediente y su valoración como elemento de prueba, que por lo demás se completó durante el desarrollo del procedimiento sin que al respecto se hayan apreciado infracciones que puedan afectar a las posibilidades de ejercicio por la recurrente de los medios de defensa que haya estimado convenientes".

8.5.2.3 INCOACIÓN

La existencia de denuncia no supone la iniciación del procedimiento, que es siempre de oficio. Diligencias previas.

STS de 15 de marzo de 2011, Rec. casación 2936/2008

“CUARTO.- (...)

Y en cuanto al cuarto motivo, tampoco puede compartirse la denuncia de infracción de los preceptos que se citan, pues el art. 69.1 de la Ley 30/92 deja claro que, en todo caso, los procedimientos sancionadores se iniciaran de oficio, ya sea por propia iniciativa, como consecuencia de orden superior, a petición razonada de otros órganos o por denuncia, de manera que la existencia de denuncia no supone la iniciación del procedimiento ni altera la forma de producirse la misma, que siempre es de oficio.

Por otra parte, el número 2 de dicho precepto establece, igualmente con carácter general, que con anterioridad al acuerdo de iniciación, podrá abrirse un periodo de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento, en congruencia con lo cual, el art. 12 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, establece en su número 1 que, en especial, las actuaciones "se orientarán a determinar, con la mayor precisión posible, los hechos susceptibles de motivar la incoación del procedimiento, la identificación de la persona o personas que pudieran resultar responsables y las circunstancias relevantes que concurran en unos y otros," es decir, se han de efectuar actuaciones de averiguación al respecto, es por ello que en número 2 de dicho precepto reglamentario determina la competencia para desarrollar tales actuaciones, señalando que "serán realizadas por los órganos que tengan atribuidas funciones de investigación, averiguación e inspección en la materia y, en defecto de éstos, por la persona u órgano administrativo que se determine por el órgano competente para la iniciación o resolución del procedimiento", de manera que con ello se garantizan los derechos procedimentales de los afectados y la posibilidad de control de tal

procedimiento. Una consecuencia de ello es que tales actuaciones, caso de acordarse el inicio del procedimiento sancionador, se acompañarán al acuerdo correspondiente y se trasladarán al instructor, como indica el art. 13.2 del referido R.D. 1398/1993, formando parte, por lo tanto, del expediente, con la consiguiente notificación al interesado, que con su intervención puede contradecir y cuestionar tales actuaciones”.

8.5.2.4 CADUCIDAD

Actuaciones previas. Normativa aplicable. Inexistencia de plazo de caducidad.

STS de 14 de noviembre de 2012, Rec. casación 4152/2010

“**TERCERO.-** En el único motivo de recurso que ha de ser objeto de examen, se alega en primer término la infracción de los artículos 69.2, 74 y 75 de la Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, así como del artículo 12 del RD 1398/1993, todos ellos en relación con el artículo 18.3 LOPD, en relación con el artículo 42.2 de la ley 30/1992 y la jurisprudencia contenida en la SAN de 17 de octubre de 2007, dado que, según el recurrente, existe un plazo preclusivo para iniciar el procedimiento, de forma que si la Administración se demora en incoar el procedimiento durante un plazo excesivo, sin llevar a cabo ninguna actuación, se debe acoger la excepción de caducidad del procedimiento. Se está refiriendo la parte a la fase de actuaciones previas, que se desarrolló entre la denuncia efectuada por D. José Jorge Fernández García, que tuvo entrada en la AEPD el 10 de noviembre de 2006, y el Acuerdo de inicio del expediente sancionador, de 7 de febrero de 2008.

Estas actuaciones previas que puede realizar la AEPD con anterioridad a la iniciación del procedimiento sancionador, tienen hoy su regulación en los artículos 122 y siguientes del Reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por RD 1720/2007, de 13 de diciembre. Su objeto no es otro que el de comprobar si concurren las circunstancias que justifiquen la incoación del procedimiento sancionador, para lo que se orientan a determinar los hechos, identificar las personas responsables y fijar las circunstancias relevantes que concurran en el caso.

En particular, y a los efectos que ahora nos interesan, el artículo 122.4 del indicado Reglamento establece que estas actuaciones previas tendrán una duración máxima de doce meses, contados desde la denuncia, con la consecuencia de la caducidad de las que actuaciones que excedan dicho plazo antes de que haya sido dictado y notificado acuerdo de inicio de procedimiento sancionador.

Sin embargo, el RD 1720/2007, que aprobó el Reglamento de la LOPD e incorporó ese plazo máximo de duración de las actuaciones previas, no es de aplicación en el presente caso, pues el RD entró en vigor a los tres meses de su íntegra publicación en el BOE (la publicación tuvo lugar el 19 de enero de 2008), mientras que las actuaciones previas a que se refiere este recurso concluyeron el 7 de febrero de 2008. Todavía más, la Disposición Transitoria Quinta del RD

establece un régimen transitorio para la entrada en vigor de las normas sobre actuaciones previas, conforme al cual las actuaciones previas iniciadas antes de la entrada en vigor del RD no les será de aplicación el mismo, sino que se regirán por la normativa anterior.

La normativa anterior, por la que se rigen las actuaciones previas que ahora examinamos, estaba constituida por la propia LOPD y por el RD 1332/1994, de 20 de junio, que no establecían plazo máximo de duración para las mismas.

Por tanto, la duración de las actuaciones previas a que se refiere la parte recurrente, entre 10 de noviembre de 2006 y febrero de 2008, no infringe norma alguna, y desde luego, no supone infracción de las normas citadas en el recurso de casación.

El artículo 18.3 de la LOPD, que se invoca como infringido, establece el plazo máximo de 6 meses para dictarse la resolución expresa de tutela de derechos, y se está por tanto refiriendo al procedimiento de tutela de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, sin que sea de aplicación al procedimiento sancionador. Tampoco existe la infracción del artículo 43.2 de la ley 30/1992, que establece que el plazo máximo para la notificación de la resolución expresa será el fijado en la norma reguladora del procedimiento, que no puede exceder de 6 meses, porque de acuerdo con el apartado 3 del mismo precepto, tal plazo se computa, en el caso de los procedimientos iniciados de oficio, como es el caso del procedimiento sancionador de la LOPD, desde la fecha del acuerdo de iniciación.

Tampoco puede tener acogida el motivo del recurso relativo a la infracción de la jurisprudencia que invoca la parte recurrente, constituida por las sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, de 17 de octubre de 2007, y 19 y 20 de noviembre de 2008, pues como ha dicho con reiteración esta Sala, así en el auto de 2 de octubre de 2006 (recurso 10737/2004) y en sentencia de 29 de octubre de 2012 (recurso 1317/07), únicamente cabe entender por "jurisprudencia", a fin de fundamentar un recurso de casación, la que procede de este Tribunal Supremo, sin que pueda considerarse idóneo para configurar este motivo de casación la doctrina que se exprese en las sentencias dictadas por la Audiencia Nacional y por los Tribunales Superiores de Justicia".

Otra sentencia con fundamentos jurídicos análogos: STS de 7 de mayo de 2012, RCA 3346/200; STS de 27 de junio de 2012, RCA 5157/2009.

Procedimiento administrativo que concluye mediante resolución expresa, no puede volver a concluir mediante declaración de caducidad. Revocación del acto administrativo.

STS de 23 de febrero de 2010, Rec. casación 5538/2006

“TERCERO.- En cuanto a los motivos cuarto y quinto, formulados al amparo de la letra d) del art. 88.1 LJCA, van ambos destinados a combatir que quepa declarar la caducidad de un procedimiento administrativo en que ya ha recaído resolución expresa. Así, en el motivo cuarto se alega infracción de los arts. 44, 62 y 102 LRJ-PAC en relación con el art. 24 CE y de la correspondiente jurisprudencia, sosteniéndose que las potestades de la Administración para la

revisión de sus propios actos deben ejercerse a través de los procedimientos legalmente previstos para ello; y en el motivo quinto se alega infracción de los arts. 57, 87 y 138 LRJ-PAC en relación con el art. 24 CE y de la correspondiente jurisprudencia, por entender que no cabe la anulación implícita de una resolución expresa mediante la declaración de caducidad del procedimiento administrativo en que aquélla fue dictada.

Pues bien, el motivo cuarto de este recurso de casación debe, sin duda alguna, ser acogido. La revisión de oficio de actos administrativos debe ajustarse a las modalidades previstas en los arts. 102 y siguientes de la LRJ-PAC y efectuarse con respeto a los trámites establecidos para cada una de ellas. Revisar un acto administrativo por otro medio no es, como afirma la sentencia impugnada, ejercicio de la autotutela de la Administración, pues ésta no tiene más potestades que las contempladas en la ley. Además, permitir la revisión de oficio de actos administrativos por otros medios no sólo abriría la puerta a posibles abusos, sino que privaría al particular de las garantías que le brindan los arts. 102 y siguientes de la LRJ-PAC. Baste pensar que, en el presente caso, la recurrente no fue oída acerca de la declaración de caducidad del procedimiento administrativo en que había recaído la resolución expresa cuya impugnación estaba *sub iudice*.

Frente a lo que se acaba de exponer no cabe argüir, como parece desprenderse de la sentencia recurrida, que la resolución expresa recurrida era un acto administrativo desfavorable al particular, por lo que la Administración podía revocarlo en cualquier momento con base en el art. 105 LRJ-PAC. Esto es contradictorio con la razón aducida por la propia sentencia recurrida para afirmar la legitimación activa de la recurrente: si ésta tiene un interés digno de protección en combatir la declaración de caducidad del procedimiento administrativo porque le impidió que el primer proceso se resolviese mediante un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, no cabe decir que la resolución administrativa recaída en el procedimiento administrativo que se dice caducado ni que pudiese ser revocada libremente por la Administración. A ello hay que añadir que, incluso si hubiera sido posible en el presente caso la libre revocación del acto administrativo, ésta no habría podido hacerse por medio de una declaración de caducidad del correspondiente procedimiento administrativo: revocar un acto es una manifestación de voluntad explícita de signo contrario a la que dio vida a aquél, mientras que declarar la caducidad de un procedimiento es una verificación de que ha expirado el plazo máximo establecido para resolver. Son decisiones distintas, cuyos efectos no son coincidentes. De aquí que, cuando un procedimiento administrativo ya ha concluido mediante resolución expresa, no cabe que vuelva a concluir mediante declaración de caducidad. Un mismo procedimiento administrativo no puede concluir dos veces, de dos modos distintos.”

Caducidad y paralización del expediente. Inicio del cómputo.

STS de 27 de enero de 2009, Rec. casación 9722/2004

“**SEGUNDO.**- Frente a dicha sentencia se interpone este recurso de casación, en cuyo primer motivo, formulado como los otros dos al amparo del art. 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción, se denuncia la infracción del art. 42.2 de la Ley 30/1992, alegando que la paralización del expediente por más de siete meses supone la caducidad de acuerdo con dicho precepto, y que la interpretación de la

Audiencia Nacional sobre la fijación del día inicial del cómputo supone dejar que la Administración determine cuando comienza correr, por lo que simplemente no existe plazo de seis meses para resolver, concluyendo que no puede favorecerse a la Administración iniciando el cómputo de dicho plazo cuando le plazca.

El motivo así planteado no puede prosperar, pues la caducidad del procedimiento no se identifica con la paralización del mismo, a la que alude la recurrente, sino con la superación del plazo legalmente establecido para su resolución, que viene determinado en relación con la iniciación del mismo, ya que mientras no se haya iniciado el procedimiento no se puede hablar propiamente de su resolución en un concreto plazo. Tratándose de procedimientos de carácter sancionador, que como establece el art. 11 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, se iniciarán siempre de oficio, por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición razonada de otros órganos o denuncia, el art. 20.6 de propia disposición general refiere el cómputo del plazo a la iniciación del procedimiento y así se establece igualmente y con carácter general para el cómputo, entre otros, del plazo establecido en el art. 42.2 invocado por la parte, en el art. 42.3 de la Ley 30/92, para los procedimientos iniciados de oficio, con referencia a la fecha del acuerdo de iniciación. No es necesario insistir en que el hecho de que haya mediado denuncia no altera el carácter de procedimiento iniciado de oficio, como resulta, con carácter general, del art. 11 antes citado y, específicamente en materia de Protección de Datos, del art. 18 del Real Decreto 1332/1994, de 20 de junio, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, según el cual, el procedimiento sancionador previsto en el art. 47 de la Ley Orgánica 5/1992, se iniciará siempre de oficio, bien por propia iniciativa o en virtud de denuncia de un afectado o afectados, por acuerdo del Director de la Agencia de Protección de Datos, a cuyo amparo se dictó el acuerdo de iniciación en este caso de 5 de septiembre de 2001, en el que expresamente se indica la vigencia de dicha norma reglamentaria en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria tercera de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

En consecuencia ha de concluirse que la sentencia de instancia aplicó adecuadamente el criterio legalmente establecido para el inicio del cómputo del plazo de caducidad del procedimiento, sin incurrir en las infracciones que se denuncian en este motivo de casación, que por lo tanto debe ser desestimado”.

8.5.2.5 DEFECTOS PROCEDIMENTALES

Trámites del procedimiento. Ausencia de infracción del principio de audiencia. Inexistencia de indefensión.

STS de 23 de enero de 2012, Rec. casación 5962/2008

“En efecto, como indica con toda corrección la Sala de instancia, no cabe apreciar que en el presente caso el defecto procedimental denunciado ocasionara indefensión material al recurrente.

Así, en primer lugar, la parte recurrente ha dispuesto de ocasión para efectuar las alegaciones que ha considerado convenientes para su derecho a lo largo del procedimiento sancionador. El procedimiento se inició por Acuerdo del Director de la AEPD, de 23 de mayo de 2006 que, además de designar Instructor y Secretario, con indicación de la posibilidad de recusar a los mismos, identificó a la entidad presuntamente responsable, informó entre otros extremos de los hechos imputados, de la calificación jurídica de tales hechos y de la posible sanción que pudiera imponerse, y concedió un trámite para formular las alegaciones y proponer las pruebas que estimara convenientes, habiendo TECNATOM, S.A. presentado escrito de alegaciones. Una vez concluido el período de prueba, se inició el trámite de audiencia facilitándose a los interesados vista y copia del expediente, y TECNATOM, S.A. presentó nuevo escrito de alegaciones. Tras dicho trámite, se formuló Propuesta de Resolución, notificada a la recurrente a fin de que presentara alegaciones, si bien la AEPD dictó la Resolución final del expediente, como ya hemos indicado el 23 de noviembre de 2006, el mismo día en que la recurrente presentó su escrito de alegaciones.

Interesa destacar, en esta sucesión de actos procedimentales, que los hechos tenidos por probados en la Propuesta de Resolución fueron los mismos que se tuvieron en cuenta en el Acuerdo de inicio del expediente sancionador, de manera que cabe mantener que el recurrente tuvo conocimiento de los hechos por los que se seguía el procedimiento desde su mismo comienzo, y ha dispuesto y utilizado la oportunidad de efectuar las alegaciones que consideró oportunas a su derecho en las dos ocasiones que hemos citado (alegaciones tras el Acuerdo de inicio del expediente y alegaciones tras el periodo de prueba), además de sus alegaciones tras la Propuesta de Resolución.

Pero además, en segundo término, la parte recurrente interpuso recurso de reposición contra la Resolución sancionadora de la AEPD, donde pudo también efectuar las alegaciones que interesaran a su derecho, que fueron examinadas por la AEPD en la Resolución expresa desestimatoria del recurso.

Por tanto, el examen del expediente administrativo sancionador muestra que, además de las alegaciones a la Propuesta de Resolución cuyo trámite considera omitido la parte recurrente porque la Resolución final es de la misma fecha de la presentación de dichas alegaciones, en otras tres ocasiones la parte recurrente presentó escrito de alegaciones, lo que permite descartar la infracción del principio de audiencia o que se haya producido indefensión”.

Trámite de audiencia. La condición de denunciante no es equiparable necesariamente a la condición de interesado.

STS de 8 de junio de 2010, Rec. casación 566/2007

“CUARTO.- (...)

Lo mismo sucede en relación con el tercer motivo de casación en el que se alega la infracción del art. 84 de la Ley 30/92, que ya obtuvo respuesta de la Sala de instancia, a la que debe añadirse que la condición de denunciante no es equiparable necesariamente a la de interesado que se refiere el citado art. 84 de la

Ley que regula el procedimiento común y que, en su condición de denunciante recibió la correspondiente notificación de la resolución archivando las actuaciones, pudiendo ejercitar frente a ella, como de hecho ha sucedido, las correspondientes impugnaciones, sin que se aprecie indefensión para sus intereses como denunciante que permita apreciar el vicio formal que se denuncia.”

Documentos nuevos no recogidos en el expediente. Falta trámite audiencia.

STS de 27 de octubre de 2009, Rec. casación 5308/2006

“...De aquí se desprenden claramente dos extremos: primero, el Director de la AEPD hizo una comparación de la relación contractual existente entre Ibercaja y Gyd Ibérica S.A. con la existente entre la Caja de Ahorros de la Inmaculada y la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre; segundo, dicha comparación no es ajena a la conclusión última de que la relación contractual entre Ibercaja y Gyd Ibérica S.A. no respeta las exigencias del art. 12 LOPD. Así las cosas, no es exacto afirmar, como hace el tribunal *a quo*, que para la resolución del recurso de reposición no se tuvieron verdaderamente en cuenta documentos nuevos. Sí se tuvo en cuenta la copia del contrato adjuntada al recurso de reposición; y, dado que no se dio audiencia a los interesados para que hicieran alegaciones al respecto, es clara la infracción del art. 112 LRJ-PAC, en cuyo apartado primero se dispone: “Cuando hayan de tenerse en cuenta nuevos hechos o documentos no recogidos en el expediente originario, se pondrán de manifiesto a los interesados para que, en un plazo no inferior a diez días ni superior a quince, formulen las alegaciones y presenten los documentos y justificantes que estimen procedentes.” Es innegable, por lo demás, que dicho defecto procedimental ocasionó indefensión al recurrente, por lo que se trata de un vicio invalidante con arreglo al art. 63 LRJ-PAC. Este recurso de casación debe, por ello, prosperar.

CUARTO.- La anulación de la sentencia impugnada conduce, de conformidad con el art. 95.2.d) LJCA, a deber resolver el fondo del litigio en los términos en que quedó planteado en la instancia. A la vista de cuanto se ha expuesto más arriba, es claro que la resolución de Director de la AEPD de 9 de septiembre de 2004 se dictó sin haber respetado el trámite de audiencia previsto en el art. 112 LRJ-PAC, por lo que debe ser anulada”.

Falta de inicio del procedimiento sancionador. No necesidad de trámite de audiencia. Archivo en virtud de diligencias previas incoadas.

STS de 22 de febrero de 2012, Rec. casación 2034/2009

“...Al respecto, dando ya respuesta al motivo tercero, relativo a la nulidad del procedimiento por la omisión del trámite de audiencia, concretamente, por la infracción que se denuncia de los artículo 84.1 de la Ley 39/1992 y 19 del Real Decreto 1398/93, es de indicar que no habiéndose iniciado el procedimiento sancionador mal puede sostenerse la infracción que de los preceptos de mención aducen los recurrentes. Esta y no otra es la respuesta implícita que se observa en la sentencia recurrida.

El archivo se produce en el seno de las diligencias previas incoadas en virtud de la denuncia formulada por los recurrentes y, por su naturaleza y finalidad,

esencialmente determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen la incoación del procedimiento sancionador (artículo 12.1 del Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto), no requieren trámite de audiencia. La única exigible es que se notifique al denunciante el acuerdo de iniciación o no del procedimiento sancionador cuando la denuncia va acompañada de una solicitud de iniciación (artículo 11.2 del Real Decreto citado).

Y no se diga que la omisión del trámite de referencia produce indefensión, cuando precisamente cabe contra la resolución de archivo recurso contencioso administrativo, con conocimiento, dada su notificación, de las razones expresadas por el órgano administrativo, en el caso enjuiciado por la Agencia Española de Protección de Datos, para llegar a la solución adoptada”.

Recogida de datos de forma engañosa o fraudulenta. Insuficiente motivación del engaño.

STS de 5 de octubre de 2010, Rec. casación 3132/2007

“**SÉPTIMO.-** El motivo tercero reprocha a la sentencia impugnada haber conculcado el art. 138 LRJ-PAC, en lo relativo al deber de motivación del acto administrativo sancionador. En concreto, sostiene la recurrente que la resolución de la AEPD de 24 de agosto de 2005 no explica en qué sentido la recogida de datos aquí examinada se habría llevado a cabo "en forma engañosa y fraudulenta".

Conviene comenzar destacando que ese inciso es el elemento clave para poder subsumir una conducta en la infracción muy grave tipificada en el art. 44.4.a) LOPD. De aquí se sigue que, si hubiera una insuficiente motivación al respecto, no sólo habría una vulneración formal del deber de motivación del art. 138 LRJ-PAC, sino que desde un punto de vista sustantivo también se produciría una merma de las posibilidades de defensa. La razón de ser del mandato específico de motivación del acto administrativo sancionador radica precisamente en eso: en permitir la defensa. Resulta imposible defenderse adecuadamente si no se conoce con exactitud qué se le imputa a uno. En palabras del art. 24.2 CE, todos tienen derecho "a ser informados de la acusación formulada contra ellos", no siendo ocioso recordar que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, las garantías procedimentales proclamadas por el citado precepto constitucional son, en principio, plenamente aplicables en materia de sanciones administrativas. Véanse en este sentido, entre muchas otras, las sentencias del Tribunal Constitucional 205/2003 y 54/2004.

Así centrado, el problema estriba en determinar si la AEPD explicó suficientemente a Sykes por qué la conducta de ésta merecía la calificación de "engañosa" o "fraudulenta". (...)

Hay dos extremos, cuanto menos, que distan de quedar claros tras la lectura de este pasaje. En primer lugar, no acaba de saberse si los denunciantes fueron dados de alta en el servicio de telefonía directamente por Sykes o si más bien, una vez que Sykes suministró sus datos a Uni2, fueron dados de alta por ésta última. Ambas versiones son afirmadas en momentos distintos del pasaje transcrito. En segundo lugar, tampoco se dice de manera inequívoca que la razón por la que la conducta de Sykes resulta subsumible en el art. 44.4.a) LOPD es que, cuando se recogen datos, sea preciso informar al titular de dichos datos

acerca del fin que se persigue. Todo esto es sumamente importante en el presente caso, porque esas dos zonas oscuras de la resolución de la AEPD de 24 de agosto de 2005 afectan a la frontera entre la recogida de datos en forma engañosa y fraudulenta, por un lado, y la falta de consentimiento del afectado a la recogida de datos o a la comunicación de los mismos a un tercero, por otro lado. La ambigüedad de la AEPD es aquí excesiva: ciertamente no afirma que Sykes incurriera en la infracción de recogida de datos sin consentimiento del afectado (art. 44.3.c) LOPD), ni en la de comunicación de datos fuera de los casos legalmente permitidos (art. 44.4.b) LOPD); pero no deja claro si el fraude o engaño se produjo en uno de esos dos momentos y, de ser así, en cuál de ellos y por qué precisa razón.

Así las cosas, es forzoso concluir que la resolución de la AEPD de 24 de agosto de 2005 adolece de una insuficiente motivación, que ha dificultado las posibilidades de defensa de la recurrente. Y en la medida en que la sentencia impugnada no lo ha reconocido así, incurre en aplicación incorrecta del art. 138 LRJ-PAC, relativo al deber de motivación del acto administrativo sancionador. Puede ser útil, llegados a este punto, hacer una observación adicional: no deja de ser sorprendente que, en el presente caso, la AEPD dedicara casi todo su esfuerzo probatorio y argumentativo a la conducta de Uni2, a quien acaba imponiendo dos multas de sesenta mil euros, mientras que despacha con el pasaje arriba transcrito, mucho más conciso, su análisis de la conducta de Sykes, a quien impone una multa de trescientos mil euros. La imposición de sanciones administrativas de esta envergadura exige, en la más elemental lógica garantista, una actividad de prueba y motivación equiparable a la requerida en el proceso penal”.

8.5.2.6 PRUEBA

Solicitud de prueba respecto a datos sensibles en procedimiento de responsabilidad patrimonial.

STS de 22 de febrero de 2012, Rec. casación 2034/2009

“...Resaltar que el estado en que se encontraba el recurrente al ingresar en el Hospital Santa María del Puerto, por constituir, sin ningún género de duda, una circunstancia de gran relevancia para resolver el expediente de responsabilidad patrimonial, justificaba, sin necesidad de su consentimiento, solicitud de informe de las pruebas de alcoholemia y/o psicotrópicos a él practicadas, o, en su defecto, de las analíticas realizadas.

Entender otra cosa supondría, como refiere la sentencia, desconocer los principios más elementales en materia de proposición de prueba, en conexión con el principio de tutela judicial efectiva.

Pero es que además, es el propio recurrente quien al solicitar como medio de prueba que se oficiara al Hospital recabando *"copia de toda la documentación de la que disponga dicho centro sanitario en relación a la fractura sufrida en fecha 23/06/2004 (nº historial)"*, el que en definitiva autoriza por escrito la comunicación de los datos solicitados, en cuanto con la expresión *"toda la*

documentación" se alude a las pruebas practicadas a su ingreso, incluidas las de alcoholemia, psicotrópicos u otras analíticas".

Cesión de datos y transferencia internacional de datos. Valoración irracional, ilógica o arbitraria.

STS de 30 de octubre de 2012, Rec. casación 964/2010

"...La parte recurrente impugna la comisión de la infracción del artículo 11 LOPD, que establece que "los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado", oponiendo: a) la inexistencia de cesión de datos puesto que la parte nunca estuvo en posesión de los mismos, b) en todo caso, se informaba al usuario del tratamiento de datos que iba a efectuar click2cash, 3) de todas formas acontecería el supuesto previsto en el artículo 11.2.c) LOPD, y 4) existencia de un contrato que regula la relación entre Invertred y click2 cash.

La sentencia impugnada considera como hecho probado que la recurrente cedía los datos de los usuarios de sus páginas web de video chat a la empresa Click2cash, para que esta realizara el cobro por la utilización de esas páginas web, y que dicha cesión se efectuaba sin consentimiento de los afectados. (...)

Este Tribunal de casación tiene vedada la rectificación de la valoración probatoria de la Sala de instancia y de sus resultados. Es doctrina reiterada de esta Sala, que por todas se recoge en la sentencia de de 24 septiembre de 2008 (recurso 2114/2006) que la formación de la convicción sobre los hechos para resolver las cuestiones objeto del debate procesal "*...está atribuida al órgano judicial que, con inmediación, se encuentra en condiciones de examinar los medios probatorios, sin que pueda ser sustituido en tal cometido por este Tribunal de casación, puesto que la errónea valoración no ha sido incluida como motivo de casación en el orden Contencioso-Administrativo en la LJCA, lo cual se cohonesto con la naturaleza de la casación como recurso especial, cuya finalidad es la de corregir errores en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, y no someter a revisión la valoración de la prueba realizada por el Tribunal de instancia*", sin que en este caso se haya alegado por la parte recurrente que la Sala de instancia hubiera incurrido en una valoración de la prueba irrazonable, arbitraria o ilógica que, excepcionalmente, nos hubieran permitido adentrarnos en tal actuación procesal de instancia.

En el presente caso la parte actora muestra su disconformidad con las conclusiones fácticas sobre las que se asienta la sentencia impugnada sin atacar en debida forma la valoración de la prueba efectuada por la Sala de instancia.

Además de lo anterior, que es suficiente para desestimar el presente motivo, cabe añadir que no incurre la Sala de instancia en apreciación arbitraria o irrazonable de la prueba cuando afirma que existe la cesión de datos por la empresa recurrente, pues dicha cesión fue admitida por la propia parte en su escrito de alegaciones posteriores al trámite de prueba, de fecha de entrada en la APD de 5 de febrero de 2007 (folios 237 a 245 del expediente), que explica que la recurrente ofrecía un servicio de video chat para adultos por internet, si bien,

como no disponía de medios de pago propios, contrató los mismos con otras empresas, y en el caso del pago con tarjetas de crédito, contrató los servicios de E-ocio, que era el nombre comercial del sistema de Click2cash, detallando seguidamente el procedimiento, que en síntesis consistía en que la página web de la empresa recurrente mostraba un formulario al usuario de las salas de video chat para que introdujera sus datos y proceder así a la compra de bonos de acceso por tiempo limitado a esas salas de video chat, añadiendo la recurrente que "*...en el momento en que el cliente enviaba el formulario, los datos se mandaban directamente a un servidor de E-ocio, cuya dirección url era...*"

Tampoco incurren la Sala en valoración irrazonable o arbitraria de la prueba, que se insiste ni siquiera es alegada, ni menos aún demostrada por la parte recurrente, cuando niega el consentimiento previo de los usuarios a la cesión de datos, pues no puede equipararse con dicho consentimiento la advertencia a la que se refiere la parte recurrente. Expone en concreto la parte recurrente que en las páginas web se advertía a los usuarios que sus datos iban a ser procesados por Click2cash, si bien no puede considerarse, como pretende la parte recurrente, que la advertencia a los usuarios que se muestra en los folios 87 y 108 del expediente, sea equiparable al previo consentimiento exigido por el artículo 11 LOPD, pues este supone la concurrencia de una manifestación de voluntad expresa o tácita, mientras la advertencia a los usuarios contenida en los folios del expediente citados por la parte recurrente se refiere, en un caso, a una cláusula de las condiciones generales de acceso y utilización del sitio web, que no ofrece ninguna constancia ni de su conocimiento por los usuarios, ni de su aceptación, y en otro caso ni siquiera se expresan los datos que se ceden ni la empresa a la que se comunican los datos.”.

8.5.2.7 PRESCRIPCIÓN

Cesión indebida de datos personales en virtud de contrato. Cómputo del plazo de prescripción.

STS de 14 de noviembre de 2012, Rec. casación 4152/2010

“**CUARTO.-** En el segundo submotivo defiende la parte recurrente la vulneración del artículo 47.2 LOPD, por entender que se ha producido la prescripción de la infracción, si se empieza a computar el plazo desde la fecha en que la infracción se ha cometido. Añade la parte recurrente que la fecha inicial para el cómputo del plazo de prescripción debe ser la fecha desde la que dispone de los datos del denunciante.

Obviamente, al haber sido inadmitido el recurso de casación en relación con la sanción por la infracción grave, omitimos el examen de las alegaciones del recurrente en este motivo relacionadas con la prescripción de dicha infracción, y nos limitaremos a examinar esas alegaciones en relación con la prescripción de la infracción muy grave, respecto de la cual fue declarado admisible el recurso.

Son aplicables las reglas del artículo 47 LOP, apartados 1, 2 y 3, que establecen que las infracciones muy graves prescriben a los tres años, el cómputo de este plazo comenzará el día en que la infracción se hubiera cometido y la iniciación del procedimiento sancionador, con conocimiento del interesado, interrumpe la prescripción.

Sin embargo, y como señala la sentencia impugnada, la infracción muy grave que se imputa en este caso consiste en la cesión indebida de datos personales, en virtud de un contrato entre la parte recurrente y otra empresa, realizada el día 30 de enero de 2007, dato que se recoge en la Sentencia impugnada, sin que la parte recurrente haya mostrado -ni siquiera alegado- la equivocación de la Sala de instancia en este punto, por lo que debe reconocerse que entre esa fecha y la notificación de la incoación del procedimiento sancionador que se produjo el día 30 de julio de 2008 (folio 50 del expediente administrativo), no se ha llegado a completar el plazo de 3 años de prescripción”.

Otras sentencias con fundamentos jurídicos análogos: STS de 7 de mayo de 2012, RCA 3346/2009.

Recogida de datos. No existe una infracción de carácter permanente.

STS de 8 de junio de 2010, Rec. casación 566/2007

“...Tampoco pueden acogerse las alegaciones que formulan en el mismo motivo frente a la apreciación de prescripción de la eventual infracción, pues es claro que la recogida de datos es un hecho que se agota en sí mismo cuando se produce la obtención ilícita de los datos, por lo que no se puede hablar de infracción de carácter permanente, y es el caso que tales datos ya se habían obtenido al menos cuando se presentó el pliego de posiciones en el año 1998, de manera que en cuando se presentó la denuncia en abril de 2003 la infracción había prescrito al haber transcurrido en exceso el plazo de tres años establecido en el art. 47 de la LOPD, plazo que no se interrumpe por la presentación de resolución de diversos procesos civiles, que no atañen a la persecución de dicha infracción ni a la reiteración de la misma, que viene tipificada por la obtención de los datos no por su utilización.”

Resolución administrativa sancionadora pendiente de recurso contencioso administrativo. Existencia de firmeza en vía administrativa a efectos del inicio del cómputo del plazo de prescripción. Ejecutividad de la sanción.

STS de 6 de junio de 2012, Rec. casación 4365/2009

“...Centrada en consecuencia la litis, tras el auto de la Sección Primera de esta Sala que inadmitió el recurso con la única excepción del deducido contra una de las multas, la impuesta en el expediente 833/99, por ser la única cuya cuantía supera la "summa gravaminis", en si en efecto, y tal como se sostiene en la sentencia, se ha producido la prescripción de la sanción de mención, es de significar que la Abogacía del Estado da por buena la relación fáctica expresada en la sentencia que sustancialmente hemos recogido en el fundamento de derecho primero de nuestra sentencia, y que su discrepancia se circunscribe, como en definitiva se infiere de los preceptos que denuncia como vulnerados, a una cuestión jurídica, en concreto a si el término firmeza utilizado en el artículo 47.5 de la Ley Orgánica de Protección de Datos y 132.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, permite sostener que las resoluciones administrativas sancionadoras

pendientes de recurso contencioso administrativo no son firmes y por ello el plazo de prescripción de la sanción no corre durante la tramitación de dicho recurso.

La respuesta a tal planteamiento debe ser contraria a la tesis de la recurrente. Debe serlo porque la mención a la "firmeza" en los artículos 47.5 de la Ley Orgánica de Protección de Datos y 132.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuando expresan que *"El plazo de prescripción de las sanciones comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en que adquiriera firmeza la resolución por la que se impone la sanción"*, está referida a la firmeza en vía administrativa. Aunque no le falta razón al Abogado del Estado cuando puntualiza que los artículos 108 y 118 de la Ley 30/1992 hacen referencia expresa a la firmeza administrativa, a "actos firmes en vía administrativa", y que los artículos 47.5 y 132.3, ya citados, hacen referencia, conforme ya vimos, a la firmeza sin más, es de significar que de ello no es posible inferir, con base en la distinción de los conceptos de firmeza y ejecutividad, que con las resoluciones de la Agencia Española de Protección de Datos las sanciones no hubieran adquirido firmeza y por ello no fueran ejecutivas, y es que con independencia de que la negación de la firmeza en vía administrativa y, en definitiva, de la ejecutividad, contradice el posicionamiento adoptado en el procedimiento cautelar seguido, en cuanto si las sanciones no eran ejecutivas carecía de todo sentido su suspensión, una interpretación lógica y sistemática de los artículos 47.5 de la Ley Orgánica de Protección de Datos y 132.3, 108 y 118 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, conduce a afirmar que la sola mención a la firmeza en los dos primeros preceptos, a diferencia de la mención a la firmeza administrativa en los dos segundos, no habilita para sostener que las sanciones solo son ejecutivas desde que su imposición adquiere firmeza en vía jurisdiccional".

8.5.3 PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

8.5.3.1 PRINCIPIO DE IGUALDAD

Ausencia de infracción del principio de igualdad. Guías telefónicas.

STS de 15 de marzo de 2011, Rec. casación 2936/2008

“**CUARTO.-** Al mismo resultado conduce el examen de los motivos tercero y cuarto, en los que se denuncia, respectivamente, la vulneración del principio de igualdad establecido en el art. 14 de la Constitución y los principios que rigen el procedimiento sancionador, establecidos en los arts. 12 del R.D. 1398/1993, de 4 de agosto y el art. 69.2 de la Ley 30/1992, pues, en cuanto al tercero, no pueden acogerse las apreciaciones de la parte, que no distingue adecuadamente entre el supuesto contemplado en este caso, que supone una cesión sin consentimiento de datos para su inclusión en la correspondiente guía, con los supuestos a que se refieren las resoluciones que invoca, en los que, como dice la sentencia recurrida, "es Telefónica, y directamente Telefónica, la que contrata con los respectivos denunciados cuyos datos aparecen sin su consentimiento en

las guías impresas", sin que medie, por lo tanto, cesión de los mismos, como se deduce de las propias manifestaciones de la parte en este recurso, cuando señala que en aquel momento no existía el procedimiento de elaboración de las guías que aquí se ha expuesto sino que era Telefónica quien publicaba en las guías los datos que ella misma decidía”.

8.5.3.2 PRINCIPIO DE TIPICIDAD

Falta de desviación del principio de tipicidad en materia sancionadora. Fuga de datos sobre paciente de Servicio de Salud.

STS de 20 de noviembre de 2012, Rec. casación 2212/2010

“**TERCERO.-** Estos dos motivos, a la vista de su contenido, pueden ser examinados conjuntamente. Es cierto que ni la resolución objeto del proceso ni la sentencia impugnada determinan con precisión cómo se produjo la fuga de los datos recogidos en los ficheros dependientes del Servicio Cántabro de Salud. Esto tal vez habría podido tener relevancia si la sanción se hubiese impuesto por vulneración del deber de adoptar, tal como ordena el art. 9 LOPD, las medidas necesarias para la protección de los datos. Pero, aun cuando se ha estimado infringido este precepto, es lo cierto que la sanción se impone únicamente por la inobservancia del deber de salvaguardar el secreto sobre los datos relativos a la salud; y, en estas circunstancias, no cabe sino dar la razón a la sentencia impugnada cuando afirma que no es relevante saber cómo se produjo exactamente la fuga de los datos, pues en todo caso es incuestionable que dicha fuga muestra que el Servicio Cántabro de Salud no cumplió su deber de salvaguardia del secreto cuya custodia tenía encomendada. De aquí que los hechos sancionados sean perfectamente subsumibles en el art. 10 LOPD y, por consiguiente, que no haya ninguna desviación del principio de tipicidad en materia sancionadora”.

Recogida de datos por medios fraudulentos o desleales: debe probarse el fraude o la deslealtad. Exigencia de tipicidad en el derecho administrativo sancionador. Testimonio del coencausado.

STS de 22 de febrero de 2011, Rec. casación 4790/2007

“**TERCERO.-** El motivo único de este recurso de casación debe ser, sin ninguna duda, rechazado. La sentencia impugnada es, según el sentir de esta Sala, absolutamente irreprochable y modélica no sólo por su interpretación del art. 44.4.a) LOPD, sino más en general por la límpida aplicación que hace de los principios rectores del derecho administrativo sancionador. Tiene razón la sentencia impugnada cuando observa que la recogida de datos por medios fraudulentos, desleales o ilícitos es un tipo distinto y más grave que la simple recogida de datos sin consentimiento del afectado, de donde se sigue necesariamente que, si la Administración quiere sancionar determinada conducta como constitutiva de aquella infracción, deberá necesariamente acreditar en qué

aspecto de dicha conducta radicó el fraude o la deslealtad. La tipicidad en materia sancionadora es una garantía elemental de civilización, antes incluso que del Estado de derecho en sentido propio; y, precisamente por ello, no cabe relajar su observancia so pretexto de lograr una mayor efectividad en la protección del bien jurídico tutelado por la norma sancionadora, que en este caso es el derecho a la vida privada. Así, si la prueba del fraude o la deslealtad es muy difícil por el carácter oculto de éstos, como dice el Abogado del Estado, la única conclusión aceptable con arreglo al principio de legalidad en materia sancionadora, consagrado por el art. 25 CE, es que el art. 44.4.) LOPD resultará escasamente aplicable en la práctica y que la Administración deberá esmerarse especialmente a la hora de hacer acopio del material probatorio de cargo.

Esta Sala, en su reciente sentencia de 5 de octubre de 2010, ya ha tenido ocasión de afirmar que la aplicación del art. 44.4.a) LOPD exige ineludiblemente la prueba del fraude o la deslealtad, no sólo de la irregularidad en la recogida de datos. Y para hacer esta afirmación se apoyó en un razonamiento sustancialmente idéntico al desarrollado por la sentencia impugnada.

Por lo demás, la referencia del Abogado del Estado a un documento de Uni2 en que se dice que TGT obtuvo los datos de la denunciante de manera fraudulenta no sirve para demostrar ninguna irracionalidad en la valoración de la prueba efectuada en la sentencia impugnada. Hay que recordar que, según consta en la narración de hechos, en el mismo procedimiento administrativo también estuvo encausada Uni2, por tratamiento no consentido de datos personales. Ello significa que lo que Uni2 dijera sobre la conducta de TGT no deja de ser asimilable a lo que, en terminología procesal-penal, suele denominarse "testimonio del coimputado". Y éste, precisamente por la natural tendencia del ser humano a desplazar la propia responsabilidad sobre los demás, sólo se suele considerar atendible cuando va acompañado de otros datos externos que lo corroboren; algo que no ocurre en el presente caso".

8.5.3.3 PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Fuga de datos sobre paciente de Servicio de Salud. Deber de extremar la diligencia en el tratamiento de datos sensibles.

STS de 20 de noviembre de 2012, Rec. casación 2212/2010

“TERCERO.- (...)

Una vez sentado lo anterior, es claro que tampoco cabe apreciar ninguna vulneración de la presunción de inocencia. Sin necesidad de pronunciarse acerca de si el deber de salvaguardia del secreto establecido por el art. 10 LOPD supone, tal como afirma la sentencia impugnada, una obligación de resultado totalmente objetiva -es decir, sin margen alguno para consideraciones atinentes a la culpabilidad-, no puede discutirse que una fuga de datos de carácter personal como la aquí examinada pone de manifiesto un modo de funcionamiento lejano del óptimo por parte de la Administración sanitaria. Y ésta -no hay que

olvidarlo- trata, por definición, con datos especialmente sensibles y, por ello mismo, está obligada a extremar su diligencia”.

Infracción del deber de secreto. Posesión de documentos en poder de terceros.

STS de 23 de octubre de 2010, Rec. casación 1067/2006

“...Parece no reparar la recurrente en lo que se dice en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia recurrida para rebatir la alegación de vulneración del principio de presunción de inocencia. Su relevancia hace oportuno su transcripción: “... en el expediente administrativo consta el dato esencial de la inicial comunicación o denuncia de la citada colaboradora de la revista <<La Clave>> efectuada por fax y aportando los documentos emitidos por la Aseguradora recurrente; afirmando la periodista que los había encontrado esparcidos por la calle, concretamente cerca de donde la empresa actora tiene su domicilio social (fs. 1 a 7). Después, los inspectores de la Agencia han comprobado que el contenido de esos documentos, que eran papeles emitidos por ADESLAS, se correspondían con servicios que la misma había prestado a los clientes identificados en esos documentos, y que datos personales de estos asegurados allí existentes figuraban en el fichero automatizado de <<CLIENTES>> de esa empresa, mientras que los relativos a autorizaciones y pruebas diagnósticas y de ambulatorio constaban en el fichero <<AUTORIZACIONES Y SINIESTROS>> de la misma entidad (fs. 22 y ss). También se constató que por los facultativos de ADESLAS se hicieron esas pruebas a que se referían algunos de los documentos encontrados por la colaboradora de la revista, la cual remitió, posteriormente, los originales a la Agencia de Protección de Datos que comprobó que se correspondían con los que se habían remitido anteriormente por medio de fax (fs. 127 a 145).

Obviamente, todo este material probatorio es más que suficiente para acreditar los hechos declarados probados en la resolución originaria recurrida, sin que sea necesario su ratificación por la indicada colaboradora de la revista, puesto que la documentación que ella aportó y las actuaciones inspectoras practicadas determinaron los hechos que luego se le imputan a la actora, lo cual es independiente de si es creíble o no (que es lo que parece dar a entender la recurrente con su alegación) la versión que da esa denunciante sobre cómo obtuvo esos documentos, porque lo que se está examinando, como se razona acertadamente en el propio acto recurrido, es si la citada compañía demandante cumplió o no sus obligaciones de custodia de unos documentos que ella poseía y que aparecieron en manos de un tercero sin consentimiento de las personas cuyos datos personales se contenían en los mismos, y que pudieron, por tanto, ser conocidos por ese tercero sin que mediara tampoco el consentimiento de esos afectados; vulnerándose, presumiblemente también, el deber de secreto de los mismos por parte de quien los custodiaba, tal como exige la Ley Orgánica que aplica esa resolución recurrida. Y todo lo cual sin perjuicio de que la recurrente hubiera podido, ya sea en fase administrativa, o ahora en sede judicial, haber solicitado la declaración de esa inicial denunciante”.

Y es que tras la lectura de esa fundamentación de la sentencia resulta absolutamente claro que en la apreciación de la prueba el Tribunal de instancia

no incurre en arbitrariedad o irrazonabilidad ni ofrece conclusiones inverosímiles.

Aunque lo hasta aquí expuesto es razón suficiente para desestimar el motivo, quizá no sea superfluo añadir que lo relevante en el caso de litis es que los documentos que la recurrente estaba obligada a guardar en virtud del deber de secreto que le impone el artículo 10 de la Ley Orgánica 15/1999, llegaron a manos de un tercero. Poco importa la forma en que llegaron, si es o no cierta la manifestación de la denunciante, y que pretende rebatir la recurrente aludiendo en abstracto a múltiples explicaciones que a su juicio permiten presumir ausencia de incumplimiento por su parte, sin tener en cuenta que por incumbir a ella las obligaciones previstas en el citado artículo 10, le era obligado dar una explicación concreta y convincente sino de la aparición de documentos esparcidos por la calle y en lugar próximo a su sede social, sí de la posesión de los mismos por terceros”.

8.5.3.4 PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

Infracción del deber de guardar datos de carácter personal y adoptar las medidas necesarias para su seguridad.

STS de 23 de octubre de 2010, Rec. casación 1067/2006

“**CUARTO.-** El motivo segundo, por medio del que se cuestiona la culpabilidad, al igual que el primero y por las razones expresadas para su rechazo, no puede tener acogida. Con absoluto acierto se hace mención en la sentencia recurrida a que los hechos solo cabe imputarlos a la empresa aseguradora, en cuanto que es ella quien emitió los documentos en los que se contenían datos personales de la salud de sus clientes. Parece olvidar la recurrente que a ella incumbe el deber de guardar los datos de carácter personal (artículo 10 de la Ley 18/1999) y por ello el deber de adoptar las medidas necesarias que garanticen la seguridad de los datos de mención y eviten su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado.

Recordar, siguiendo la sentencia de 23 de enero de 1998, que *"aunque la culpabilidad de la conducta debe también ser objeto de prueba, debe considerarse en orden a la asunción de la correspondiente carga, que ordinariamente los elementos volitivos y cognoscitivos necesarios para apreciar aquélla forman parte de la conducta típica probada, y que su exclusión requiere que se acredite la ausencia de tales elementos, o en su vertiente normativa, que se ha empleado la diligencia que era exigible por quien aduce su inexistencia; no basta, en suma, para la exculpación frente a un comportamiento típicamente antijurídico la invocación de la ausencia de culpa"*.

Solo añadir que al existir en el caso de autos *" un deber específico de vigilancia la culpa se interpreta por el simple incumplimiento del deber de vigilancia, sin que sea necesaria ninguna mayor acreditación a la hora de valorar si se ha producido la trasgresión del deber de guardar silencio"* (Sentencia de 9 de octubre de 2009 -recurso de casación 5285/2005-).

Deber de vigilancia. No necesidad de prueba para valorar la trasgresión del deber de guardar secreto.

STS de 9 de octubre de 2009, Rec. casación 5285/2005

“**QUINTO.-** Con relación al segundo motivo, por el que la recurrente denuncia la vulneración del artículo 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, así como la Jurisprudencia sobre el principio de intencionalidad y voluntariedad en la comisión de la infracción, en definitiva la infracción del principio de culpabilidad, parece preciso puntualizar a la recurrente que el Tribunal de instancia en modo alguno desconoce la exigencia de dicho principio en el ejercicio de la potestad sancionadora ni que su aplicación comporte la necesidad de que para una conducta sea merecedora de sanción concurren dolo o culpa. Todo lo contrario. La cita en la recurrida de la sentencia 76/1990, de 26 de abril, del Tribunal Constitucional, y de las del Tribunal Supremo de 24 y 25 de enero y 9 de mayo de 1983, pone de manifiesto que el Tribunal de instancia es consciente de que no existe responsabilidad objetiva, que no hay sanción sin responsabilidad.

La fundamentación esencial de la sentencia de instancia para rechazar la alegación de la actora de falta de culpabilidad, descansa, como puede observarse al inicio de su fundamento de derecho sexto, siguiendo al efecto lo expresado literalmente en la sentencia dictada por este Tribunal el 23 de enero de 1998, en que *"aunque la culpabilidad de la conducta debe también ser objeto de prueba, debe considerarse en orden a la asunción de la correspondiente carga, que ordinariamente los elementos volitivos y cognoscitivos necesarios para apreciar aquélla forman parte de la conducta típica probada, y que su exclusión requiere que se acredite la ausencia de tales elementos, o en su vertiente normativa, que se ha empleado la diligencia que era exigible por quien aduce su inexistencia; no basta, en suma, para la exculpación frente a un comportamiento típicamente antijurídico la invocación de la ausencia de culpa"*. A ello se añade al final de dicho fundamento sexto que *"cuando existe un deber específico de vigilancia la culpa se interpreta por el simple incumplimiento del deber de vigilancia, sin que sea necesaria ninguna mayor acreditación a la hora de valorar si se ha producido la trasgresión del deber de guardar silencio"*.

Pues bien, nada cabe objetar al razonar que el Tribunal de instancia exterioriza en la sentencia, que además de ser acorde con la doctrina jurisprudencia de este Tribunal, realmente no se cuestiona en el desarrollo argumental del motivo. Recordemos que el artículo 10 de la Ley Orgánica 15/1999 impone el deber de secreto profesional al responsable del fichero y a quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal”.

8.5.3.5 PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA

Fuga de datos sobre paciente de Servicio de Salud. Deber de extremar la diligencia en el tratamiento de datos sensibles.

STS de 27 de enero de 2009, Rec. casación 9722/2004

“CUARTO.- En el tercer motivo de casación se alega la infracción del art. 3.1 in fine de la Ley 30/92, que proclama el principio de confianza legítima, al no haber apreciado la sentencia de instancia la relevancia a efectos sancionadores del informe del Abogado del Estado, cuyas conclusiones acató y siguió la parte, con referencia a los arts. 9 y 103.1 de la Constitución y distintas sentencias de este Tribunal Supremo, argumentando sobre su preocupación por ajustarse a la Ley, solicitando el referido informe a la Abogacía del Estado, que considera la motivación del acto administrativo dirigido a la parte y por ende sí es vinculante, reiterando que la carta se envió en diciembre de 1999, bajo la vigencia de la Ley anterior, y que la sentencia recurrida incurre en el despropósito de dar efectos retroactivos a una disposición sancionadora, que la recurrente confió en la Agencia e hizo todo lo que se le pidió, concluyendo que la actuación llevada a cabo contra ella atenta a la seguridad jurídica, interdicción de la arbitrariedad y buena fe en la versión de la confianza legítima como concepto resumen de aquellos.

Tampoco las alegaciones que se formulan en este motivo pueden compartirse, pues a lo que ya hemos indicado hasta ahora ha de añadirse: que la Sala de instancia, contrariamente a lo que sostiene la recurrente, valora el alcance del informe emitido por la Abogacía del Estado a los efectos de la sanción impuesta, en los términos que ya hemos señalado antes y que resultan del sexto fundamento de derecho de la sentencia recurrida, otra cosa es que la parte discrepe de dicha valoración; por otro lado, ya hemos señalado antes que la conducta sancionada consiste en la cesión de los datos personales de los clientes a otra empresa del grupo, lo que se produjo en febrero del año 2000, cuando ya estaba vigente la nueva Ley Orgánica 15/1999, a cuyas exigencias ha de sujetarse dicha operación, incluida la obtención del correspondiente consentimiento de los afectados que debe reunir los requisitos que resultan de la misma, como valoró la Sala de instancia, que apreció carencias que no se desvirtúan por la parte en este recurso de casación; no se ha producido, por lo tanto, una aplicación retroactiva de la Ley Orgánica 15/1999; en el mismo sentido, no se puede sostener con éxito que la parte haya seguido estrictamente las apreciaciones del informe de la Abogacía del Estado, no ya solo por las carencias apreciadas por la Sala de instancia, sino porque la propia parte era plenamente consciente de que el mismo se emitía bajo la vigencia de una Ley Orgánica (LO5/1992) sujeta a la correspondiente sustitución por una nueva normativa que incorporara al Derecho español la Directiva 95/46/CE del Parlamento y del Consejo de 24 de octubre de 1995, por lo que trató de obtener una respuesta sobre la incidencia de ello podría obtener en el escrito de consulta, recibiendo como contestación que resulta imposible una respuesta terminante y definitiva al no haber sido aprobada la norma, por lo que difícilmente puede ampararse en dicho informe la actitud de la entidad recurrente, cuando, una vez entrada en vigor esa nueva normativa, pretende eludir su aplicación y atribuir a la efectuada por la Sala de instancia un carácter retroactivo que no tiene; de la misma manera, no puede ampararse en el principio de confianza legítima la actitud de la entidad recurrente, que conociendo el contenido del informe y su limitado alcance ante la entrada en vigor de una nueva normativa, pretende excluir la aplicación de la misma al caso y justificar su actuación en dicho informe, que le previene de la imposibilidad de responder sobre la adecuación del escrito de consulta a la nueva Ley Orgánica, siendo que lo que caracteriza

dicho principio es el desarrollo por la Administración de una actividad de tal naturaleza que pueda inducir razonablemente a los ciudadanos a esperar determinada conducta por su parte, de manera que su ulterior decisión adversa supondría quebrantar la buena fe en que ha de inspirarse la actuación de la misma y defraudar las legítimas expectativas de los mismos (ss. 15-4-2008, que cita las de 20-5-2004 y 24-11-2004, entre otras), lo que no es predicable del referido informe, según venimos indicando, ni de la actitud de la recurrente que pretende eludir la aplicación de la nueva normativa de cuya posible entra en vigor era consciente desde el momento inicial en el que solicitó el informe de la Abogacía del Estado”.

8.5.3.6 PREJUDICIALIDAD PENAL

Ausencia de identidad de fundamento.

STS de 29 de junio de 2010, Rec. casación 4600/2007

“**CUARTO.-** En los motivos quinto y sexto, se alega la prejudicialidad penal, con cita de los arts. 24 y 117 de la Constitución. No pueden correr mejor suerte estos motivos quinto y sexto. Como bien dice la sentencia impugnada, para que haya prejudicialidad penal debe existir, en palabras del art. 7 del Real Decreto 1398/1993, "identidad de sujeto, hecho y fundamento entre la infracción administrativa y la infracción penal". Y es claro que en el presente caso no hay identidad de fundamento, desde el momento en que el posible delito cometido era de falsedad documental, mientras que el ilícito administrativo consiste en recogida fraudulenta de datos personales. Así, los bienes jurídicos protegidos en las esferas penal (veracidad de los documentos) y administrativa (intimidad de las personas) eran claramente distintos y, en consecuencia, no resultaba aplicable la prohibición constitucional de doble incriminación”.

8.5.3.7 PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Sanción proporcionada

STS de 23 de octubre de 2010, Rec. casación 1067/2006

“**SEXTO.-** No mejor suerte que los motivos anteriores debe correr el cuarto, por el que se denuncia la infracción del artículo 45 de la Ley Orgánica 15/1998. Con independencia de que es facultad exclusiva del Tribunal de instancia valorar la proporcionalidad de la sanción impuesta y de que no es viable que en el recurso de casación se pretenda, como de una segunda instancia se tratara, una nueva valoración de la prueba, salvo en los supuestos a los que nos hemos referido en el fundamento de derecho tercero, es de significar que la cuantía de la multa impuesta (300.506,05 euros) es la mínima de las previstas legalmente, por lo que mal se puede minorar. En su caso, y al amparo del artículo 45.5, podría aplicarse la sanción prevista para una infracción leve, pero tampoco ello es viable en el caso enjuiciado en el que las circunstancias concurrentes no permiten

apreciar una *"cualificada disminución de la culpabilidad del imputado o de la antijuridicidad del hecho"*, que es lo que literalmente exige el indicado apartado 5, y que acertadamente la sentencia de instancia no aprecia.

El que no hubiera mediado denuncia por parte de los titulares de los datos, y el que no se hubieran detectado otras irregularidades por los servicios de inspección que las determinantes de la sanción impuesta, unido al elevado número de asegurados que la recurrente tiene, así como el que no hubiera obrado voluntariamente o a cambio de precio, circunstancias todas ellas alegadas en el motivo, en modo alguno pueden ser consideradas como reveladoras de una cualificada disminución de la culpabilidad, máxime cuando los documentos afectan a nada menos que 17 personas y los datos obrantes en los mismos son esencialmente sensibles. Innecesario es decir que si la conducta sancionadora respondiera a la voluntad de la recurrente o por mediar precio, la desproporcionalidad de la sanción por su imposición en la cuantía mínima sería incuestionable”.

Criterios de necesidad y adecuación al fin perseguido.

STS de 2 de junio de 2010, Rec. casación 1008/2007

“SEGUNDO.- (...)

Las cuestiones planteadas en este motivo casacional han sido, como todas las anteriores, objeto de detenida consideración por el Tribunal de instancia, que no apreció la quiebra del principio de proporcionalidad en el caso, dado que la sanción fue aplicada en su cuantía mínima valorando todas las circunstancias del caso, añadiendo que cualquier actuación de la Administración limitadora de derechos, como es la actividad sancionadora, responde a los criterios de necesidad y adecuación al fin perseguido y, en este caso, concurre dicha correspondencia. Aprecia una debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y de la sanción aplicada; y si lo que se pretende con la invocación del principio de proporcionalidad es la aplicación del artículo 45.5º de la Ley Orgánica 15/99, dicha consideración ha de excluirse, pues entre los criterios a que liga su aplicación el citado precepto no se encuentra el de proporcionalidad y, por otro lado, la aplicación de dicho precepto, ha de excluirse, como hizo el Tribunal de instancia expresamente con una valoración que a él le correspondía y que no ha sido cuestionada, al no entender existente una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado o de la antijuridicidad del hecho, conforme se señala en el fundamento de derecho sexto, a propósito de la culpabilidad, en la sentencia recurrida.”

Artículo 45.5 LOPD. Razonamiento suficiente para su aplicación al caso. Acceso a información médica.

STS de 23 de febrero de 2011, Rec. casación 1933/2008

“SEGUNDO.- (...)

Pues bien, en relación con la aplicabilidad del art. 45.5 de la Ley Orgánica 15/99, de 13 de diciembre, según el cual "si, en razón de las circunstancias concurrentes, se apreciara una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado o de la antijuridicidad del hecho, el órgano sancionador establecerá la

cuantía de la sanción aplicando la escala relativa a la clase de infracciones que preceda inmediatamente en gravedad a aquella en que se integra la considerada en el caso de que se trate", la propia redacción del precepto remite a una valoración de las circunstancias del caso en cuanto pongan de manifiesto esa disminución de la culpabilidad o de la antijuridicidad, con relevancia para moderar la cuantía de la sanción, en adecuada proporcionalidad a la entidad de los hechos sancionados. La naturaleza de tales apreciaciones supone que su fijación o determinación corresponde a la Sala de instancia lo que obliga a atenerse a sus valoraciones, salvo que se ataquen las mismas por alguna de las vías que permiten su revisión en casación, como arbitrariedad, irrazonabilidad, infracción de las normas o falta de la adecuada lógica jurídica, que no es el caso en el que la parte recurrente pretende sustituir la valoración de la Sala por la suya, sin que se acredite que el Tribunal a quo haya incurrido en arbitrariedad u otra infracción que justifique su revisión.

Por el contrario, en la sentencia de instancia se razona suficientemente la aplicabilidad al caso de las referidas previsiones legales, al considerar que la actuación se produjo *"en la creencia de que estaba amparada por una norma legal, al incluir no solo a los médicos encargados de la salud del trabajadores, sino también al personal de prevención de riesgos, cuando, además, mediaba una relación contractual entre la recurrente y el Ministerio de Defensa, al entender que tal acuerdo prestaba cobertura a su actuación"*, creencia que la propia entidad trata de justificar en conclusiones y en el escrito de oposición a este recurso de casación por referencia al art. 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, en cuanto permite el acceso a la información médica de carácter personal al personal médico y a las autoridades sanitarias que lleven a cabo la vigilancia de la salud de los trabajadores, entre las que la entidad consideraba incluidos los servicios médicos que asumen la vigilancia de la Salud en el Ministerio de Defensa, para los que prestaba los servicios contratados".

8.5.3.8 PRINCIPIO NON BIS IN IDEM

Distintas conductas tipificadas por el legislador como infracciones administrativas diferenciadas.

STS de 5 de octubre de 2010, Rec. casación 2235/2007

“En tercer lugar y en cuanto a la alegada infracción del principio non bis in idem, como en el caso anterior, se funda por la parte en una consideración de los hechos distinta a la fijada en la instancia y no desvirtuada mediante un motivo en el que se cuestione adecuadamente, lo que es suficiente para su desestimación. Pero en todo caso, las sanciones impuestas a la recurrente responden a distintas conductas tipificadas por el legislador como infracciones administrativas diferenciadas, como son la comunicación o cesión de datos de carácter personal y el tratamiento de tales datos, como pone de relieve la Sala de instancia, conductas que aparecen expresamente definidas en el art. 3 de la LOPD, considerando como tratamiento de datos en la letra c), las "operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación,..." y describiendo en la letra i) la cesión o comunicación de datos como "toda revelación de datos realizada a

una persona distinta del interesado", lo que justifica la distinta tipificación de infracciones y la sanción de las conductas correspondientes sin que ello suponga infracción del principio *ne bis in idem*".

Hechos distintos con el mismo modus operando.

STS de 14 de octubre de 2009, Rec. casación 5336/2005

"...En el segundo de los motivos casacionales se alega simplemente vulneración del principio "non bis in idem" como parte integrante del derecho fundamental al principio de legalidad en materia penal y sancionadora, invocando doctrina del Tribunal Constitucional.

La sentencia recurrida enjuicia adecuadamente la cuestión que la recurrente introduce en este motivo casacional, entendiendo que no se produce tal infracción de la interdicción de la doble sanción por unos mismos hechos ya que la sanción aplicada a la actora en otro procedimiento tramitado con el número 155/2003 por el Tribunal de instancia se refería al concreto hecho de una campaña de divulgación telefónica en promoción de los servicios de telefonía de RETEVISION, mientras que, en el presente caso, la campaña efectuada por la recurrente, como sucesora de la sancionada, y que requirió el tratamiento previo de los datos personales de los clientes, era para la realización de contratos de seguro a cargo de aseguradoras terceras. Por tanto, la sanción impuesta en el presente expediente viene referida a hechos distintos, aunque también nos encontremos, como afirma la sentencia recurrida, con el mismo modus operandi de tratamiento de datos que en los otros hechos por los que, igualmente, se le impuso a esa entidad una sanción con base al mismo precepto en el expediente. En consecuencia el principio *non bis in idem* que no ha sido vulnerado por la resolución recurrida ni naturalmente por la sentencia de instancia".

8.5.3.9 PRINCIPIO DE RETROACTIVIDAD

Nuevo régimen sancionador de la LOPD.

STS de 4 de febrero de 2011, Rec. casación 425/2007

“QUINTO.- La resolución sancionadora de la APD calificó los hechos como infracción muy grave del artículo 44.4.b) LOPD, en la redacción vigente en el momento de los hechos y, de conformidad con el artículo 45.2 del mismo texto legal, le impuso la sanción de multa en la cuantía mínima de 300.506,05 euros.

El artículo 44.4.b) LOPD aplicado por la resolución sancionadora establecía que era infracción muy grave: “...*la comunicación o cesión de los datos de carácter personal, fuera de los casos en que estén permitidas.*”

Sin embargo, con posterioridad a la fecha de la sentencia impugnada, y en el curso de la tramitación del presente recurso de casación, la disposición final 56^a de la ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, modificó entre otros el artículo 44.4.b) LOPD, que en su nueva redacción califica de infracción muy grave:

Tratar o ceder los datos de carácter personal a los que se refieren los apartados 2, 3 y 5 del artículo 7 de esta Ley salvo en los supuestos en que la misma lo autoriza o violentar la prohibición contenida en el apartado 4 del artículo 7.

De esta manera, tras la entrada en vigor de la reforma operada en la LOPD por la ley 2/2011, sólo está tipificado como infracción muy grave el tratamiento o cesión que afecte a los datos especialmente protegidos que se identifican en los apartados 2, 3 y 5 del artículo 7 LOPD.

En el presente caso, la Resolución de la AEPD indica, en relación con TECNATOM, que se le imputa una vulneración del artículo 11 LOPD porque comunicó a MLI los datos de algunos trabajadores, sin contar con su consentimiento, añadiendo que desde este punto de vista, la cuestión relativa a la naturaleza de los datos cedidos no modifica la tipificación de la infracción, por lo que no incorpora como dato acreditado, en relación con dicha empresa, que hubiera cedido datos de salud.

Acabamos de indicar que, en la nueva tipificación de las infracciones que resulta de la ley 2/2011, la cesión o tratamiento de datos sólo es infracción muy grave cuando afecte a datos especialmente privilegiados, como es el caso de los datos de salud, mientras que las demás cesiones que no tenga por objeto esta clase de datos se tipifican como falta grave en el artículo 44.3.k) LOPD, que se refiere a:

La comunicación o cesión de los datos de carácter personal sin contar con legitimación para ello en los términos previstos en esta Ley y sus disposiciones reglamentarias de desarrollo, salvo que la misma sea constitutiva de infracción muy grave.

De acuerdo con el artículo 128.2 de la ley 30/1992, de 28 de noviembre, las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor.

Esta Sala ha señalado en sentencias de 24 de enero de 2006 (recurso 419/2002), 31 de enero de 2007 (recurso 8873/2003) y 13 de febrero de 2008 (recurso 2110/2004), que el principio de retroactividad de las normas administrativas sancionadoras obliga a aplicar retroactivamente dichas normas en todo aquello que pudiera ser más beneficioso para el presunto infractor, y “...tal aplicación debe llevarse a cabo en cualquier instancia administrativa o judicial donde se encuentre pendiente de enjuiciamiento o ejecución una resolución sancionadora, ya que no tendría sentido confirmar judicialmente la legalidad de una resolución administrativa, según la normativa vigente cuando fue dictada, para que la Administración proceda a dictar seguidamente otra que aplique retroactivamente la nueva norma sancionadora más favorable, resolución esta última que podría ser objeto de un nuevo recurso judicial.”

En aplicación del anterior criterio jurisprudencial procede que, no obstante la desestimación de los motivos del recurso de casación, apliquemos de forma retroactiva el nuevo régimen sancionador de la LOPD, más favorable para el recurrente al tipificar los hechos como falta grave, declarando procedente la sanción establecida por el artículo 45.2 LOPD para dichas faltas, en su cuantía mínima de 40.001 euros al no haber apreciado la resolución sancionadora la concurrencia de ningún criterio de graduación”.

Otras sentencias con fundamentos jurídicos análogos: STS de 27 de junio de 2012, RCA 5157/2009; STS de 14 de febrero de 2012, RCA 462/2008; STS de 30 de enero de 2012, RCA 6116/2008.

9. REGISTROS Y NOTARIAS

9.1 DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO.

9.1.1 CERTIFICACIÓN ACTOS DE ÚLTIMA VOLUNTAD

Personas legitimadas para solicitarlos. Falta de legitimación del tutor respecto a su pupila.

STS de 30 de mayo de 2012, Rec. casación 4250/2009

“**SEGUNDO.-** Disconforme la Administración demandada con la solución alcanzada en la sentencia, interpone el recurso de casación que ahora nos ocupa con apoyo en un único motivo aducido al amparo del artículo 88.1.d) del Anexo II del Decreto de 2 de junio de 1944, del Reglamento Notarial, del artículo 8 del Convenio de Basilea de 16 de mayo de 1972, en relación con el artículo 96.1 de la Constitución, y del artículo 270 del Código Civil.

La cuestión litigiosa que se nos plantea se contrae a si el tutor de una persona declarada incapaz y no fallecida está facultada para solicitar el certificado de últimas voluntades de su pupila.

El carácter secreto de las inscripciones de las disposiciones de última voluntad, expresamente reconocido en el artículo 8.1 del Convenio de Basilea de 16 de mayo de 1972, ratificado por España el 3 de junio de 1985, al expresar que *"La inscripción tendrá carácter secreto mientras viva el testador"*, exige, obviamente, una interpretación restrictiva de aquellos órganos o personas que el artículo 5 del Anexo del Decreto de 2 de junio de 1944 contempla como legitimados para instar la expedición de las certificaciones de actos de última voluntad, entre las que no se encuentran los tutores de los incapaces.

Limitada la legitimación en el apartado 1 del artículo 5 a los Jueces o Tribunales u otras autoridades para asuntos del servicio, con expresión de cual sea, y en el apartado 2 a los otorgantes, con acreditación de su personalidad, o a los mandatarios con poder especial otorgado ante Notario, mal puede extenderse la legitimación a los tutores, aún cuando se admitiera la alegación de la parte aquí recurrida, no suficiente explicada, de que se requiere el conocimiento del otorgamiento de testamento por la tutelada a los efectos de la administración de su patrimonio, función de administración correspondiente al tutor (artículo 270 del Código Civil), y aún cuando se comparta la tesis de la incapacidad del tutelado para instar personalmente la certificación o para otorgar al efecto poder especial a mandatario. Y es que precisamente la normativa restrictiva de la legitimación para solicitar la certificación de las disposiciones de última voluntad deriva de la circunstancia de que tales disposiciones son actos de carácter personalísimo que, por no tener acomodo evidentemente en el concepto de actos de administración, no permiten extender la legitimación al tutor, máxime cuando nada impide a éste solicitar la certificación por conducto judicial.”

9.2 NOTARIOS

9.2.1 ESCALAFÓN NOTARIAL

Facultad de revisión de oficio. Competencia indelegable del Ministro. Artículo 12 LOFAGE.

STS de 5 de mayo de 2010, Rec. casación 4323/2006

“**CUARTO.-** (...)Por tanto, si, como afirma el Abogado del Estado “nada dice la Disposición Adicional Decimosexta, que haga pensar que la facultad de revisión de oficio que atribuye, según los casos, a los Ministros o a los Secretarios de Estado, sea indelegable“ es porque dicha Disposición es anterior a la modificación introducida en el artículo 12 de la LOFAGE para contemplar la revisión de oficio como una de las competencias del Ministro que este debe ejercer “en todo caso“ y, por tanto, como una de sus competencias indelegables, precepto que, al ser introducido por una Ley posterior en el tiempo, deroga al anterior con el que sea incompatible y por tanto , en este caso a la Disposición Adicional Decimosexta cuya infracción denuncia la parte recurrente .

Decae, así, el argumento del Abogado del Estado en cuanto a que “no es posible estar sin mas, como hace la sentencia recurrida, a la interpretación literal del art.12.2 (i) y a su interpretación sistemática con el artículo 13.11 puesto que ello supondría vulnerar la Disposición Adicional Decimosexta” ya que difícilmente puede esta Sala apreciar una infracción, por la sentencia recurrida, de una Disposición Adicional que debe entenderse tácitamente derogada.”

Otra sentencia con fundamentos jurídicos análogos: STS de 28 de abril de 2010, RCA 4319/2006; STS de 11 de mayo de 2010, RCA 4311/2006.

Nulidad del acto por falta de competencia manifiesta. Supuesto de incompetencia jerárquica.

STS de 5 de mayo de 2010, Rec. casación 4323/2006

“**QUINTO.-** En el tercer motivo de casación, deducido también al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, se denuncia que la Sentencia recurrida, en cuanto declara que la Resolución impugnada incurre en la causa de nulidad de plano Derecho del artículo 62.1.b) LRJAPPAC, vulnera frontalmente este precepto en relación con los artículos. 63 (anulabilidad) y 67 (convalidación) del mismo texto legal, ya que el artículo 62.1.b) solo es aplicable a los actos dictados por Órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio y, en el caso concreto, la incompetencia no es manifiesta, como lo demuestran los esfuerzos efectuados por la Sala de instancia para justificar el carácter indelegable de la competencia del Ministro para la revisión de oficio. Razona el Abogado del Estado que si la incompetencia no es manifiesta, no cabe hablar de nulidad absoluta sino de simple anulabilidad, lo que determina que el vicio de incompetencia es convalidable por el ministro .

Esta Sala no puede compartir el criterio del Abogado del Estado acerca de que en el caso examinado la incompetencia del Secretario de Estado de Justicia no es manifiesta por tratarse de un supuesto de incompetencia jerárquica, pues si bien es verdad que la jurisprudencia de esta Sala ha venido limitando la apreciación de la incompetencia manifiesta a los casos de incompetencia por razón de la materia o del territorio también lo es que dicha jurisprudencia se ha venido formando en relación con supuestos en los que existían dudas acerca de dicha competencia, dudas que no se ofrecen en un supuesto, como el presente en el que la competencia viene atribuida por un precepto legal, con carácter expreso y de forma exclusiva e indelegable al Ministro, lo que determina que cualquier órgano ajeno al propio Ministro que ejercite dicha competencia deba ser considerado, en todo caso, como un órgano manifiestamente incompetente. En cualquier caso, el motivo debe ser desestimado pues, aunque se llegara a la conclusión de que la resolución del Secretario de Estado no era nula sino anulable y por tanto convalidable, lo cierto es que el vicio de incompetencia jerárquica no ha sido subsanado y no se ha convalidado y, en consecuencia, el acto debe ser expulsado del ordenamiento jurídico.

Además este argumento no afectaría a la nulidad de la Orden JUS 1825/2003 que la sentencia declara, no por incompetencia, sino por ser radicalmente contraria a lo que dispone la Ley acerca del carácter indelegable de la competencia del Ministro para la revisión de oficio es decir por ser manifiestamente ilegal.”

Otras sentencias con fundamentos jurídicos análogos: STS de 28 de abril de 2010, RCA 4319/2006; STS de 11 de mayo de 2010, RCA 4311/2006.

9.2.2 REGLAMENTO NOTARIAL

Jurisdicción notarial.

STS de 10 de marzo de 2009, Rec. casación 87/2007

“**NOVENO.-** Impugnación de la rúbrica del Capítulo I del Título III, que pasa a titularse "De la jurisdicción notarial".

Entiende la recurrente que va contra la Constitución y la Ley Orgánica del Poder Judicial, que reservan el concepto de jurisdicción a la actuación de los Tribunales, razonando que la función notarial no tiene carácter jurisdiccional.

La impugnación no puede compartirse, pues, aun cuando el término jurisdicción resulta equívoco en cuanto puede entenderse o interpretarse en varios sentidos, siendo incluso el más técnico el de facultad que tienen los jueces y tribunales para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, no es menos cierto que en este caso, como se deduce claramente de la regulación contenida en los preceptos de dicho Capítulo, se utiliza en su acepción de delimitación espacial, para establecer el ámbito territorial en el que el Notario ejerce su función pública, de manera que no se alude con dicha expresión a la función notarial ni supone la caracterización de misma como potestad jurisdiccional, constituyendo una expresión limitada al territorio, distrito o demarcación en que el Notario puede desarrollar su función.”

Planteamiento de cuestión prejudicial. Sistema de conexión telemática Notaria-Registro.

STS de 10 de marzo de 2009, Rec. casación 87/2007

“**DECIMO.-** En el segundo otrosí de la demanda la parte solicita el planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sobre la interpretación de los siguientes preceptos comunitarios: art. 3.2, en relación con el 3.8 de la I Directiva de sociedades de 9 de marzo de 1998, reformada por la Directiva 2003/58/CE, de 15 de julio de 2003; art. 3 de la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000 (Comercio electrónico); el art. 1, párrafo segundo, de la Directiva 1999/93, de 13 de diciembre de 1999 (firma electrónica); el art. 49 del Tratado CE (libre prestación de servicios y eficacia título de un Notario de la Unión ente un registro público español); y art. 86 del Tratado CE (libre prestación de servicios y libertad de establecimiento).

Entiende la recurrente que se trata de dilucidar el sentido de los indicados preceptos al objeto de precisar la conformidad o disconformidad con el Derecho comunitario del sistema de conexión telemática notaría-registro, reflejado singularmente en los arts. 175, 196, 224 y 249 del Reglamento Notarial, que desarrolla el régimen de firma electrónica y transmisión electrónica de documentos notariales al registro que establecen las Leyes 24/2001, de 27 de diciembre y 24/2005, de 18 de noviembre.

Para ello señala las limitaciones para el usuario y notarios extranjeros que presenta el sistema y argumenta sobre las infracciones del derecho comunitario, libertad de servicios en el marco de la Sociedad de la Información, empleo por el usuario de tecnologías electrónicas para entenderse con el Registro Mercantil, que la prestación de servicios para la inscripción de los documentos se preste en régimen de monopolio por el Notario no se justifica por razones de orden público o interés general y constituye una medida desproporcionada y de resultados contrarios a los previstos en la armonización comunitaria, que se ha producido un reconocimiento puramente formal del empleo de nuevas tecnologías en relación con las oficinas registrales, pues aunque el administrado puede acudir a las mismas, se establecen requisitos que desnaturalizan el derecho de libre acceso electrónico, estableciendo un verdadero monopolio en favor del Notario autorizante de los documentos y de la profesión notarial en su conjunto.

Concluye que la aplicación conjunta, entre otros, de los artículos 175, 196, 224 y 249 del Reglamento Notarial y demás concordantes, a menos que dichos preceptos sean objeto de una interpretación conforme con el Derecho de la Unión, haría imposible el ejercicio de los derechos y libertades comunitario en sectores relevantes de la actividad económica en favor exclusivo de una profesión doméstica.

Los términos en que se solicita el planteamiento de cuestión prejudicial llevan necesariamente a declarar su improcedencia, pues el primer requisito y fundamento de tal institución es la relevancia de la interpretación de la norma comunitaria para la resolución del proceso, es decir, que la decisión judicial venga determinada por el sentido e interpretación de la norma comunitaria comprometida en el reconocimiento de la pretensión ejercitada. Y es el caso que en este recurso ni siquiera se impugnan todos los artículos del Reglamento

Notarial cuyo contenido se considera contradictorio con las normas comunitarias invocadas, caso de los arts. 196 y 249, y en cuanto a los preceptos impugnados, arts. 175 y 224, la parte no funda el recurso en esa posible contradicción con el Derecho comunitario, por lo que difícilmente puede ser relevante para la resolución del litigio la interpretación que de las normas invocadas efectúe el Tribunal de Justicia, como lo demuestra el hecho de que en los fundamentos de derecho anteriores y al examinar las concretas impugnaciones formuladas en ningún momento ha sido preciso acudir a la aplicación e interpretación de tales normas.

Cabe añadir, que la parte ni siquiera plantea la cuestión a efectos de la impugnación de concretos preceptos del Reglamento Notarial, aunque cite alguno de ellos, entre otros, sino genéricamente del sistema de conexión telemática notaría-registro, según expresión literal, e incluso va más allá y cuestiona la efectiva implantación en nuestro país del empleo de las nuevas tecnologías en relación con las oficinas registrales, contemplando aspectos que exceden del ámbito propio del Reglamento Notarial y que ninguna incidencia tienen en la resolución de las concretas impugnaciones que aquí se han examinado. Y todo ello dejando a salvo una "interpretación conforme al Derecho de la Unión", que da a entender que ni siquiera la parte considera la existencia de una contradicción frontal con las normas comunitarias invocadas, en la medida que admite la posibilidad de una interpretación conforme a las mismas."

Juicio de suficiencia del Notario en la representación conferida. El Reglamento reitera y precisa la obligación impuesta por Ley.

STS de 10 de marzo de 2009, Rec. casación 87/2007

“CUARTO.- (...)Esta impugnación, de semejante contenido, ha sido desestimada en nuestra sentencia de 20 de mayo de 2008, al entender que el examen del invocado art. 98 de la Ley 24/2001 permite apreciar que el precepto reglamentario recurrido, rectamente interpretado, no es contrario a sus previsiones y no introduce obligaciones o modificaciones que supongan la infracción denunciada. La previsión reglamentaria según la cual "el notario no deberá insertar ni transcribir, como medio de juicio de suficiencia o en sustitución de éste, facultad alguna del documento auténtico del que nace la representación", ha de entenderse que no establece otra cosa que la necesidad de que el Notario lleve a cabo un verdadero juicio de suficiencia de la representación invocada, sin que el mismo pueda sustituirse o limitarse a la mera inclusión o transcripción de facultades establecidas en el documento auténtico en el que consta la representación, lo que no impide que en la realización efectiva del juicio de suficiencia y su motivación puedan incluirse y transcribirse cláusulas o estipulaciones del documento como fundamento del mismo, en otras palabras, lo que persigue el precepto es impedir que se eluda la realización del juicio personal del Notario sobre la suficiencia de la representación mediante la impersonal fórmula de transcribir las facultades según se reflejan en el documento presentado.

Ello no es más que una consecuencia de lo establecido en dicho artículo 98 de la Ley, que además de imponer el juicio de suficiencia al Notario, establece que

"La reseña por el notario de los datos identificativos del documento auténtico y su valoración de la suficiencia de las facultades representativas harán fe suficiente, por sí solas, de la representación acreditada, bajo responsabilidad del notario. El registrador limitará su calificación a la existencia de la reseña identificativa del documento, del juicio notarial de suficiencia y a la congruencia de éste con el contenido del título presentado, sin que el registrador pueda solicitar que se le transcriba o acompañe el documento del que nace la representación".

El Reglamento, con lo dispuesto en dicho párrafo impugnado, viene a reiterar y precisar la obligación impuesta por la Ley al Notario de efectuar un juicio de suficiencia de la representación alegada, que es el elemento fundamental en el que se sustenta la fe pública de tal representación, por lo que no puede sustituirse por la mera transcripción de las facultades que se establezcan en el documento auténtico presentado.

Por otra parte, la valoración al respecto del Registrador se limitará, según expresión del citado art. 98 de la Ley 24/2001, a "la existencia de la reseña identificativa del documento, del juicio notarial de suficiencia y a la congruencia de éste con el contenido del título presentado", es decir, la correspondencia del juicio de suficiencia de la representación con el documento presentado al Registro, lo que en modo alguno supone una calificación del poder conferido que parecen invocar los recurrentes cuando indican que el Registrador para calificar la congruencia habrá de conocer, no sólo el contenido del documento otorgado por el apoderado, que expresa la pretensión de éste, sino el del poder conferido. Finalmente, carece de justificación invocar la reserva de Ley en materia de procedimiento en relación con lo que constituye la emisión y constancia de un juicio de suficiencia por el Notario en el documento autorizado."

Infracción del principio de jerarquía normativa.

STS de 10 de marzo de 2009, Rec. Casación 87/2007

“SEXTO.- (...)

Que la regulación reglamentaria no tenga carácter general y se circunscriba al ámbito notarial no se configura como motivo de nulidad en el ordenamiento jurídico, respondiendo a un criterio de oportunidad o técnica normativa que queda fuera del control de legalidad reglamentaria.

La incorporación a la matriz mediante testimonio del contenido del acceso telemático forma parte de la regulación de la función notarial y, por lo tanto, no cabe invocar al respecto la falta de previsión en la Ley o un desarrollo reglamentario conjunto de los apartados 6,10 y 11 del art. 222, como motivo de nulidad, ya que ha de examinarse en el ámbito propio de la normativa notarial, sin que al respecto se concrete vulneración legal en la que haya podido incurrir el precepto.

La previsión de un plazo para el otorgamiento de la escritura desde la recepción de la información registral, solicitada por telefax u otro medio escrito, se justifica por la propia efectividad de la comprobación realizada mediante el empleo de telefax o cualquier otro medio escrito, que viene afectada por el tiempo en cuanto

pueden producirse alteraciones en la situación registral del inmueble, y es la forma en que se ha efectuado la comprobación la que justifica, igualmente, la advertencia notarial sobre la posible discordancia entre la información obtenida y los Libros del Registro, "al no producirse el acceso telemático a estos en el momento de la autorización", a diferencia de la comprobación por medios telemáticos que habrá de producirse "en el momento inmediato más próximo a la autorización de la escritura pública", lo que no excluye o impide que también en este supuesto de acceso telemático se produzca la advertencia sobre la prevalencia de la situación registral en caso de discordancia con la información recibida, información que en ningún caso supone el cierre registral.

Finalmente la alegada infracción de la legislación sobre protección de datos de carácter personal puede justificar la exigencia de que tal acceso al Registro de la Propiedad se sujete a sus requisitos, pero no que deba excluirse en aplicación de la misma y en todo caso dicho acceso. Por lo tanto habrá de valorarse en cada caso los datos obtenidos, el carácter de los mismos y la intervención de sus titulares o afectados para apreciar la concurrencia de los requisitos legalmente establecidos, lo que no supone una prohibición de acceso que haya sido vulnerada por el artículo reglamentario cuestionado, que tampoco resulta de las genéricas alegaciones de los recurrentes, en las que no se distingue entre el control que el Registrador efectúa mediante la calificación en relación con la incorporación de los datos al Registro y la accesibilidad a dichos datos una vez registrados, incluido el carácter público del Registro.”

Acceso a archivos y registros públicos. Principio de legalidad y reserva de ley. Falta de infracción del derecho comunitario.

STS de 19 de mayo de 2009, Rec. Casación 62/2007

“CUARTO.- (...)

Desde estas consideraciones no se advierten las infracciones de las normas internas y de Derecho comunitario que se denuncian por la parte recurrente, que no tiene en cuenta el ámbito específico de la actividad negocial, mediando la intervención del notario en el ejercicio de sus funciones públicas, en que se producen las normas impugnadas, la habilitación que las propias normas comunitarias atribuyen a los Estados miembros al efecto y la necesidad de tomar en consideración el resto del ordenamiento jurídico para valorar la aplicación al caso de una norma, en este caso Directiva, concreta. Así, desde estas consideraciones, no se advierte la infracción de las previsiones de los arts. 3.2 y 3.8 de la Primera Directiva de sociedades, modificada por la Directiva 2003/58/CE, en relación con actuaciones en las que media la intervención del notario en el ejercicio de sus funciones, como es el caso de la presentación de cuentas anuales al Registro Mercantil que invoca la parte recurrente en relación con el planteamiento de cuestión prejudicial, en que la remisión por vía telemática desde la Notaría no responde a una imposición en virtud de un monopolio en la presentación de documentos por vía telemática al Registro sino por la necesidad legalmente establecida de legitimación por el notario de las firmas electrónicas de los firmantes del certificado del acuerdo social conteniendo la aprobación de las cuentas, de manera que efectuada tal actuación notarial, las propias previsiones de la Directiva, que se refieren a un acceso

directo o "desde la fuente", justifican la remisión directa por el notario de la documentación así conformada con su intervención; no tiene sentido ni respondería a la finalidad de las normas desandar el camino e incrementar las remisiones telemáticas para llegar al mismo resultado, en contra de los intereses del titular del negocio o actividad. Por otra parte, la remisión notarial no es consecuencia de que la firma electrónica empleada por el notario se considere de mejor condición que la de los demás sino de que la actividad comercial de que se trate, se sujeta a la intervención del notario en su función de dación de fe pública. Ya hemos señalado antes el ámbito en el que se producen los preceptos impugnados, en relación con las previsiones de la Ley 34/2002, que incorpora al derecho interno la Directiva 2000/31/CE, en contra de las alegaciones de la recurrente sobre la infracción de esta última. Tampoco se comparte la invocación de las previsiones de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, con el carácter de norma de aplicación general y exclusiva que se deduce de las manifestaciones del recurrente, que de nuevo no tiene en cuenta una valoración sistemática del ordenamiento jurídico en la elección de la norma aplicable, que en este caso sigue siendo aquella que de forma específica regula la aplicación de las nuevas técnicas informáticas y telemáticas a la función notarial y a la registral, en el ámbito de la sociedad de la información, en los términos que ya hemos indicado al principio de este fundamento de derecho, normativa que no resulta derogada ni sustituida por la Ley 11/2007, sin perjuicio de las manifestaciones que la aplicación de esta Ley pueda añadir en las relaciones de los ciudadanos con el sistema notarial y registral. Cabe recordar aquí, a propósito de que esta Ley, que según recoge en su exposición de motivos, incorpora parcialmente (arts. 6,7 y 8) a nuestro derecho la Directiva 123/2006, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior, que esta norma comunitaria en su art. 2.2.1) excluye de su ámbito de aplicación "los servicios prestados por notarios y agentes judiciales designados mediante un acto oficial de la Administración".(...)

Finalmente ha de indicarse que los preceptos impugnados son fiel reflejo de las previsiones legales de las que traen causa, concretamente los arts. 110 y 112 de la Ley 24/2001, en la redacción dada por la Ley 24/2005 y el art. 17.bis de la Ley del Notariado, en el marco de las demás normas legales citadas, por lo que la norma reglamentaria resulta perfectamente legal en cuanto respeta el principio de jerarquía normativa y no incurre por sí misma en infracción que pueda determinar su nulidad, de manera que la cuestión se traslada a dichos preceptos con rango de Ley, que no pueden ser enjuiciados en este recurso sino a los efectos de un eventual planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que en este caso se descarta por cuanto, dados los términos en que se invoca la aplicación de las normas comunitarias por la parte recurrente, no se suscita cuestión sobre el alcance y sentido de las mismas que justifique el planteamiento de una cuestión prejudicial, pues la controversia no se resuelve en razón de su interpretación sino de la elección de la norma aplicable, rechazándose las posiciones de la parte al no haber valorado adecuadamente la aplicación al caso de tales normas en relación con el resto del ordenamiento jurídico.”

Otra sentencias con fundamentos jurídicos análogos: STS de 10 de marzo de 2009, RCA 64/2007.

Derecho de sufragio activo y pasivo en relación con la organización corporativa colegial a los notarios jubilados y honorarios. Ausencia de vulneración de normas de rango legal.

STS de 10 de marzo de 2009, Rec. Casación 75/2007

“TERCERO.- (...)Desde estas consideraciones generales hay que comenzar indicando que los aspectos aquí cuestionados, sufragio activo y pasivo para órganos colegiados, son cuestiones cuya regulación es propia de los correspondientes Estatutos generales, según resulta del art. 6.3.a), b) y e) de la Ley 2/1974, normas de carácter reglamentario, en relación con los principios y criterios establecidos en la propia Ley y en las leyes que regulen cada profesión, de manera que no puede negarse cobertura legal de tales previsiones reglamentarias en cuanto la Ley remite a las mismas, a salvo la infracción o contradicción con las previsiones legales. No ha de olvidarse que, como ya se ha indicado antes, el Reglamento Notarial constituye el Estatuto General de la Profesión (art. 314).(...)

Pues bien, el art. 314 del Reglamento Notarial, tanto en la redacción actual como en la anterior, tras definir los Colegios Notariales como Corporaciones de Derecho público, amparadas por la Ley y reconocidas por el Estado, refiere la integración de cada uno de los notarios, con carácter exclusivo, en el Colegio a cuyo territorio pertenezca la población donde tenga su residencia reglamentaria, con lo que se está haciendo referencia al notario que tiene asignado destino en una demarcación notarial, que es el que asume una obligación de residencia impuesta reglamentariamente (arts. 4 y 42 RN), que se confirma con la previsión del art. 315, que a efectos de la asistencia con voz y voto a la Junta general, reconoce el derecho a todos los notarios "procurando que no quede desatendido el servicio público", en clara referencia a quienes lo están prestando, añadiendo en el párrafo siguiente que, para que se considere legalmente constituida la Junta general hará falta la concurrencia, en primera convocatoria de la mitad, al menos, de los colegiados en ejercicio, anudando tanto la asistencia con voz y voto como el quorum necesario para la constitución de la Junta general a la prestación del servicio y a la condición de colegiado en ejercicio, no refiriéndose a posibles colegiados jubilados. Por lo tanto, la previsión del actual art. 58, que de manera expresa señala los efectos de la jubilación voluntaria o forzosa (arts. 1 y 2 Ley 29/1983) en cuanto al cese de la relación funcional y pérdida de la condición de funcionario y de la posibilidad de ser elector o elegible para órganos colegiados de la organización corporativa notarial, no difiere sustancialmente del régimen establecido en la redacción anterior, en el que no figura reconocimiento expreso de tales derechos a los notarios jubilados y, en todo caso, tal previsión no resulta contraria a previsiones legales concretas, incluso en relación con el sufragio pasivo, la propia parte reconoce que el art. 7.1 de la Ley 2/74 lo excluye, en cuanto exige para desempeñar determinados cargos encontrarse en el ejercicio de la profesión y, para los demás, remite a los Estatutos la decisión de reservar alguno de ellos a los no ejercientes.

En lo que se refiere a los notarios honorarios, el art. 68 en la redacción anterior establecía la posibilidad de que el Notario que se inutilizare en el ejercicio de la función, se jubilara o renunciara al mismo, en estos dos últimos casos con 35 años de servicios, obtuviera de la Dirección General el título de Notario

honorario, que le facultaba para tomar parte voluntariamente en la elección de cargos de las Juntas directivas y para poder ser designado, a su vez, para estos organismos, previsión que, de una parte, confirma que el jubilado que no hubiera obtenido esa condición de Notario honorario no tenía tales facultades de elección y ser elegido y, de otra, pone de manifiesto que se trata de un régimen específico de carácter reglamentario no impuesto por norma de rango legal, de manera que tampoco en este caso la modificación operada por el Real Decreto 45/2007, al limitar la participación del Notario honorífico a la asistencia con voz pero sin voto a las Juntas Generales, resulta contraria o vulnera norma de rango legal que determine su nulidad. Por el contrario y como señala la Abogacía del Estado, tal modificación resulta suficientemente fundada en la Memoria Justificativa del Real Decreto en cuestión, al entender que en ningún caso el nombramiento de notario honorario puede habilitar a que un notario ya jubilado, que ha perdido la condición de funcionario, se integre en una Junta directiva que ejerce funciones públicas respecto del notario colegiado que, además, depende jerárquicamente de ese Colegio Notarial, es decir, que pueda ordenar la función pública del notario en activo (arts. 314, 327 y 328).(...)"

Sistema de provisión de vacantes en los concursos. Criterios de oportunidad.

STS de 10 de marzo de 2009, Rec. Casación 75/2007

“CUARTO.- (...)Ciertamente esta impugnación se efectúa en razón de las apreciaciones de la parte sobre la conveniencia de suprimir los turnos de provisión de vacantes por antigüedad en la carrera y en la clase de notaría y que se atienda exclusivamente a la antigüedad en la carrera, es decir, de la valoración que le merece el sistema de provisión de vacantes en los concursos, reconociendo incluso que el mismo responde a las previsiones legales (DA 24^a de la Ley 55/99) y que el Reglamento tiene un campo muy limitado en la materia, y bajo estas consideraciones entiende que el apartado b) del precepto impugnado no resulta aceptable, porque permite que un notario que haya obtenido por concurso una notaría de 2^a ó 1^a clase, no adquiera tal categoría si no tiene una determinada antigüedad en la carrera, planteamiento que en cuanto responde a apreciaciones de oportunidad o conveniencia del sistema de provisión de vacantes legalmente establecido, sin que se invoque y menos justifique la existencia de una concreta vulneración legal, no puede servir de fundamento para obtener la anulación del precepto, como ya indicamos ampliamente en el segundo fundamento de derecho, pues se trata de valoraciones que pertenecen al ámbito de la discrecionalidad y consiguiente decisión del contenido y sentido de la norma, que corresponde al titular de la potestad reglamentaria que se ejercita, sin que la impugnación de una disposición general pueda fundarse en los criterios de oportunidad o conveniencia subjetivos de quien la impugna, como señala la sentencia de 5 de diciembre de 2007, consideraciones de oportunidad que, como indica la sentencia de 13 de junio de 2007, no suponen en modo alguno que la regulación sea contraria a derecho.

En este caso, además, la Memoria Justificativa razona la reforma operada en el art. 79.b), señalando su objetivo de recuperar la carrera administrativa propia de cualquier funcionario público, exigiendo que el notario que accede a plaza de clase que no se corresponde con su antigüedad en la carrera, permanezca en dicha plaza el tiempo que le reste hasta alcanzar esa antigüedad de nueve o cinco

años y así obtener la clase correspondiente a la plaza a la que concursó, finalidad que en forma alguna se alega por la parte y menos se justifica que resulte contraria a las previsiones establecidas en normas de rango superior.”

Alcance de la fe pública notarial. Ausencia de previsión innovadora en el Reglamento. Actuación de Jueces y Tribunales, administraciones y funcionarios públicos.

STS de 10 de marzo de 2009, Rec. Casación 75/2007

“**SEPTIMO.-** (...)Lo primero que debe señalarse, como ya se ha indicado en el anterior fundamento de derecho, que el párrafo impugnado no incorpora ninguna previsión innovadora sobre los efectos de la fe pública notarial, limitándose en tal aspecto a la remisión al ordenamiento jurídico, siendo el párrafo tercero el que se refiere a la fe pública de que gozan los documentos públicos autorizados o intervenidos por notario, presumiéndose su contenido veraz e íntegro de acuerdo con lo dispuesto en la Ley, previsión que resulta conforme con lo establecido en el art. 17.bis. 2.b) de la Ley del Notariado. Por lo tanto, las alegaciones que se formulan sobre el alcance de la fe pública notarial podrían plantearse en relación con el contenido y alcance de las normas a las que se remite el párrafo impugnado, que no son objeto de examen en este precepto, pero carecen de relevancia a efectos de examinar la legalidad del párrafo cuarto del art. 143 que no contiene una regulación al efecto sino que se remite a la contemplada en el ordenamiento jurídico. Lo que no significa compartir el planteamiento de la parte sobre el alcance de la fe pública en la interpretación que hace de los arts. 17.bis de la Ley del Notariado, 1.218 del Código Civil y 319 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como resulta de lo que indicamos en la sentencia de 20 de mayo de 2008, en relación con la impugnación del art. 145 del Reglamento Notarial, en el sentido de que "cuando dicho artículo establece que "con independencia del soporte electrónico, informático o digital en que se contenga el documento público notarial, el notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes", se está refiriendo a la equiparación de la dación de fe por el Notario en el documento público con independencia del soporte electrónico, informático o digital en que se contenga, como expresión de que el documento público electrónico ha de estar sujeto a las mismas garantías y requisitos que todo documento público notarial, según establece en el párrafo inmediatamente anterior, sin que se aluda a modificación alguna de tales garantías, de manera que el precepto no introduce un control de legalidad ex novo sino que se limita a señalar, entre tales garantías, el examen de la adecuación a la legalidad del otorgamiento, es decir, la dación de fe por el Notario de que el otorgamiento ha tenido lugar en las circunstancias que expresa el art. 193, hechas las reservas y advertencias legales a que se refiere el art. 194 y firmada la escritura en la forma dispuesta en el art. 195, tras lo cual el Notario autoriza el documento.

El propio art. 17.2.b) dispone esa equiparación de los documentos autorizados en soporte electrónico y sobre papel en cuanto a la fe pública de la que gozan y la presunción de veracidad e integridad de su contenido, que ni en la Ley (art. 1) ni el Reglamento (art. 2, en la esfera del Derecho se refiere a la autenticidad y

fuerza probatoria de las declaraciones de las declaraciones de voluntad de las partes) se extienden a la legalidad sustantiva del acto o negocio jurídico, en congruencia con lo dispuesto en el art. 1.218 del Código Civil en el sentido de que los documentos públicos hacen prueba del hecho que motiva su otorgamiento y la fecha de éste y, contra los contratantes y causahabientes en cuanto a las declaraciones que hubieran hecho los primeros".

Por otra parte y como también hemos señalado en el anterior fundamento de derecho, tampoco el párrafo cuarto del art. 143 innova el régimen de negación o desvirtuación de la fe pública notarial, remitiéndose a la actuación de los Jueces y Tribunales y de las administraciones y funcionarios públicos "en el ejercicio de sus competencias", por lo que podrá cuestionarse el alcance de las normas de remisión en virtud de las cuales se atribuyen tales facultades, pero no la legalidad del precepto impugnado que no contiene regulación sustantiva de las mismas. El párrafo impugnado no afecta al contenido y alcance de la fe pública ni a las facultades que en relación con la denegación o desvirtuación de los efectos de la misma corresponden a los Jueces y Tribunales y las administraciones y funcionarios públicos, pues se limita a efectuar una remisión al ejercicio de sus competencias, contempladas en las normas correspondientes, sin ninguna incidencia o modificación del contenido de las mismas, al que habrá de estarse en cuanto al régimen y limitaciones de tales facultades. Por lo demás, esta situación no se desconoce por la parte recurrente, que no cuestiona la negación de los efectos de la fe pública por Jueces y Tribunales en el ejercicio de su potestad jurisdiccional, admitiendo las facultades que la Ley atribuye específicamente a la Administración Tributaria (arts. 13, 57 y 16 de la Ley General Tributaria) y a los Registradores (art. 18 LH), sustentando la impugnación en la consideración de que el precepto impugnado viene a abrir genéricamente a las administraciones y funcionarios públicos la posibilidad de negar o desvirtuar la fe pública notarial, interpretación que según se ha expuesto no es la que se mantiene por esta Sala, en cuanto las administraciones y funcionarios no tienen atribuida una potestad en tal sentido de carácter general sino únicamente y en la medida que se les reconozca una disposición de adecuado rango o cobertura legal. Lo que conduce a la desestimación de las alegaciones de carácter sustantivo que se formulan por el recurrente.”

Otra sentencia con fundamentos jurídicos análogos: STS de 10 de marzo de 2009, RCA 67/2007.

Organización colegial del Notariado.

STS de 10 de marzo de 2009, Rec. Casación 75/2007

“NOVENO.- (...)

Desde estas consideraciones y por lo que se refiere a la impugnación del inciso final del art. 307, ha de entenderse que tal previsión, considerada en el contexto del precepto, no es sino manifestación de la integración de la organización colegial del Notariado en la estructura jerárquica de la Administración establecida para el ejercicio de la función pública notarial, y en la medida que esta función pública se ordena a través de los Colegios Notariales y del Consejo General del Notariado, precisando el precepto la relación del colegiado con el Consejo General del Notariado, como organización de segundo grado, a través del correspondiente Colegio Notarial, recogiendo el precepto la dependencia

jerárquica de los notarios de los distintos órganos administrativos y corporativos, Ministerio de Justicia, Dirección General de los Registros y del Notariado, Juntas Directivas de los Colegios Notariales y Consejo General del Notariado, en cuanto tienen atribuidas funciones de ordenación y desarrollo de la función pública notarial, y es en tal sentido que se justifica la inclusión en esa cadena jerárquica del eslabón que supone el Consejo General del Notariado en cuanto partícipe del desarrollo y ejercicio de la función pública notarial. Estructura jerárquica que deriva de la propia organización administrativa (Departamento ministerial y organización colegial), de las que trae causa el precepto reglamentario que se limita a reflejarlas.

En consecuencia la impugnación debe ser desestimada.

DECIMO.- Por lo que atañe a la impugnación del art. 336 en relación con el art. 344.A.4, en cuanto se refiere a la facultad del Consejo General del Notariado de "dictar Circulares de orden interno de obligado cumplimiento para los Colegios y los notarios en las materias a que se refiere el artículo 344 de este Reglamento", que no son otras que las correspondientes al "ámbito de las disposiciones que rigen la función pública notarial", la parte funda el recurso en dos consideraciones: que tal atribución se configura como una verdadera potestad reglamentaria, que corresponde al Gobierno y no se contiene en norma con rango de ley, y que aun entendiendo que se trata de circulares de carácter no propiamente normativo, plantean un problema competencial con las facultades propias de los Colegios.

Para desvirtuar la primera alegación basta acudir al propio art. 336 impugnado, que de manera expresa alude al alcance de orden interno de tales Circulares y al elemento del obligado cumplimiento en ese ámbito interno de los Colegios y notarios a que se dirigen, que es característico de este tipo de disposiciones, a las que se refiere el 21 de la Ley 30/92, dirigidas a los órganos jerárquicamente dependientes y destinadas a ordenar las actividades del servicio en virtud de las facultades de dirección, que producen efectos "ad intra" y cuya obligatoriedad para los subordinados no derivan de un carácter normativo que no tienen sino de los deberes impuestos en virtud del principio de jerarquía al que responden. Como señala la sentencia de 21 de junio de 2006, son notas características de las Circulares: que no son disposiciones de carácter general porque no tienen carácter normativo; solo proyectan sus efectos en el ámbito propio de la organización administrativa y lo que hacen es exteriorizar el principio de jerarquía que rige en esa organización; y su contenido es fijar criterios y directrices para la actuación de los órganos subordinados. El propio art. 344.A.4 confirma el alcance de tales Circulares, cuando señala que se dictan a los efectos de "velar por el exacto cumplimiento de las disposiciones vigentes por parte de los Colegios y de los notarios" y ello, como ya hemos indicado, en el ámbito de las disposiciones que rigen la función pública notarial, al que hemos referido ya antes la organización jerárquica administrativa en el que se desenvuelve esta función del Consejo General. Resulta significativo al respecto, que el ejercicio de tales facultades se realiza con la intervención de la Dirección General de los Registros y del Notariado, centro superior directivo y consultivo de todos los asuntos referentes al Notariado (art. 309 RN). Finalmente la publicación en la página web del Consejo y no en el Boletín Oficial del Estado, como correspondería en el caso de una disposición general, abunda en la naturaleza de dichas Circulares. Ello no impide que si en el ejercicio de tal facultad se advierte

extralimitación en su contenido y efectos, pueda fundarse en ello la correspondiente impugnación en cuanto la concreta Circular de que se trate no se acomode a la naturaleza de la misma.

Por lo tanto debe desestimarse la alegación que atribuye a dicha facultad el carácter de potestad reglamentaria y la consiguiente imputación de falta de previsión legal al respecto.”

Régimen electoral. Criterios de oportunidad.

STS de 10 de marzo de 2009, Rec. Casación 75/2007

“DECIMOSEPTIMO.- (...)

La impugnación así planteada no puede prosperar en la medida que el recurrente, bajo la genérica invocación del art. 36.2 de la Constitución, viene a reflejar apreciaciones sobre el acierto del sistema electoral, que constituyen valoraciones de oportunidad que corresponde efectuar al titular de la potestad reglamentaria, como ya se ha reiterado a lo largo de la sentencia, que no sirven de fundamento para declarar la nulidad de los preceptos impugnados. Así y a pesar de sus afirmaciones, las observaciones que efectúa sobre el funcionamiento del sistema electoral no se justifican por la modificación del mismo en virtud del Real Decreto 45/2007, pues como en el régimen anterior la renovación de la Junta Directiva puede ser total o parcial (art. 319 RN), también en esa regulación anterior ejercía las mismas funciones sin ninguna previsión sobre el caso de que alguno de sus miembros se presentara a la reelección, tampoco se establecía una Administración electoral independiente, lo cual debe contemplarse desde la naturaleza de la elección en el ámbito del Colegio Notarial, la formación de la mesa electoral era la misma y régimen de voto por correo también. Por otra parte, la intervención del Consejo en la resolución de las impugnaciones de las candidaturas, en lugar de la Dirección General que ahora se prevé, ya hemos señalado antes, que no es sino reflejo de la legislación general de Colegios Profesionales, que remite a los Estatutos Generales de la profesión (el Reglamento Notarial tiene ese carácter respecto del Notariado art. 314) el establecimiento del régimen que garantice la libre elección de todos los cargos de la Junta de Gobierno -art. 6.3.e)- y que incluye entre las funciones de los Consejos Generales de los Colegios, la de adoptar las medidas necesarias para completar las Juntas de Gobierno cuando se produzcan vacantes de más de la mitad de los cargos de aquellas o la de velar por que se cumplan las condiciones exigidas por las leyes y los estatutos para la presentación y proclamación de candidatos -art. 9.1.n) y ñ)- previsiones específicas en garantía de la conformación de tales órganos directivos, que se desarrollan y completan con las que en tal sentido se establezcan en los correspondientes Estatutos Generales al regular el régimen electoral, por remisión de la Ley, y que ésta no reserve o establezca como competencias propias de otro órgano colegial, que constituye el límite de ese desarrollo reglamentario.”

Principio de irretroactividad.

STS de 10 de marzo de 2009, Rec. Casación 85/2007

“QUINTO.- El punto sexto de los indicados es el único que contiene la alegación de infracción de concretos preceptos, como son el art. 2 del Código Civil y sus disposiciones transitorias primera y cuarta, al entender la parte recurrente que los preceptos impugnados suponen un efecto retroactivo, con infracción del principio general de respeto a los derechos adquiridos. Pero tampoco estas alegaciones pueden compartirse, pues no ha de perderse de vista que se trata de una situación estatutaria, a la que queda sujeto el interesado en virtud de la regulación reglamentaria que la define, sin que pueda invocarse un derecho al mantenimiento inalterado y en las mismas condiciones, que pueden resultar modificadas en el ejercicio de la potestad reglamentaria ajustado a la Ley, como puso de manifiesto desde muy temprano el Tribunal Constitucional en las numerosas sentencias dictadas en situaciones de la misma naturaleza estatutaria, como la modificación de la edad de jubilación de funcionarios públicos, jueces y magistrados o en materia de incompatibilidades (SSTC 108/86, 70/88, 178/89...), señalando que no cabe hablar de un derecho en tal sentido de mantenimiento de unas determinadas condiciones (a salvo derechos consolidados, como los económicos) sino de una expectativa, de manera que si no existe el derecho como tal no puede reprocharse a la norma el efecto de su privación. En definitiva los preceptos impugnados se limitan a acomodar en tales aspectos a la situación actual el estatuto del notariado, al que no es ajena la organización colegial, en el ejercicio de las facultades reglamentarias correspondientes, sin que pueda sostenerse la existencia de un derecho a la permanencia de la situación anterior, constituyendo una regulación general y de futuro, que por lo tanto no tiene efectos retroactivos y sin que la parte invoque derechos adquiridos distintos del mantenimiento de la misma regulación del Notariado Honorario, que como acabamos de indicar no es tal, señalando que carece de contenido económico e incluso constituye una carga, por lo que tampoco puede hablarse de derechos adquiridos de contenido económico a los que se suele anudar el respeto invocado por la parte. Todo lo cual conduce a la desestimación de esta última infracción denunciada en la demanda.”

9.2.3 CUESTIONES DIVERSAS

Legitimación notarial de firmas electrónicas.

STS de 25 de mayo de 2010, Rec. Casación 5800/2006

“SEXTO.- (...)

Tal planteamiento no puede prosperar ya que parte de dos consideraciones que no pueden compartirse: primera, la necesidad de legitimación de las firmas que suscriban la certificación del acuerdo del órgano social competente no se establece por la Instrucción impugnada sino por el art. 366 del Reglamento de Registro Mercantil y ello con independencia de que se trate de firmas manuscritas o electrónicas, de manera que las dudas que la parte pueda tener sobre la legalidad de tal exigencia ha de hacerlas valer mediante la impugnación, directa o indirecta, de dicha norma reglamentaria; y segunda, el citado art. 3.1 (como el posterior art. 3.4 de la Ley 59/2003) se limita a equiparar, en valor jurídico, la firma electrónica avanzada, en las condiciones que indica y respecto

de los datos consignados en forma electrónica, a la firma manuscrita en relación con los consignados en papel, pero en modo alguno establece ni pretende sustituir la función notarial de legitimación de firmas. Por el contrario, el art. 1.2 del propio Real Decreto Ley 14/1999 deja claro que: "Las disposiciones contenidas en este Real Decreto-ley no alteran las normas relativas a la celebración, la formalización, la validez y la eficacia de los contratos y otros actos jurídicos ni al régimen jurídico aplicable a las obligaciones.

Las normas sobre la prestación de servicios de certificación de firma electrónica que recoge este Real Decreto-ley no sustituyen ni modifican las que regulan las funciones que corresponde realizar a las personas facultadas, con arreglo a derecho, para dar fe de la firma en documentos o para intervenir en su elevación a públicos", previsiones que reproducen el art. 1.2 y la disposición adicional primera de la Ley 59/2003, señalando esta última que "lo dispuesto en esta ley no sustituye ni modifica las normas que regulan las funciones que corresponden a los funcionarios que tengan legalmente la facultad de dar fe en documentos en lo que se refiere al ámbito de sus competencias siempre que actúen con los requisitos exigidos en la ley". Sostener que con ello se está aludiendo al mantenimiento de "las normas que regulan dicha fe pública, exclusivamente, respecto de la firma manuscrita", como se hace en el cuarto motivo de casación, supone no tomar en consideración cual es el objeto de la norma, que no es otro que la regulación de la firma electrónica y es al uso y aplicación de la misma que refiere la no alteración ni sustitución de las exigencias de formalización, validez, eficacia y fe pública establecidas en la normativa correspondiente, ningún sentido tiene referir dichas previsiones respecto de una materia como la firma manuscrita que en nada viene afectada por la regulación de la Ley, es decir, lo que se viene a indicar es que la introducción de la firma electrónica, con la incidencia que pueda tener en la conformación de los documentos, no supone alteración del contenido de las funciones notariales, sin perjuicio de que se proyecten sobre esas nuevas modalidades de instrumentación, pues carecería de sentido tal previsión referida a las funciones realizadas por los fedatarios respecto de la firma manuscrita, como mantiene la recurrente, que no es objeto de regulación en dicha Ley. Tampoco puede compartirse la alegación que pone en cuestión la habilitación notarial para legitimar una certificación electrónica de cuentas, pues, aparte de que tal exigencia viene impuesta y amparada por el Reglamento del Registro Mercantil (art. 366), la legitimación de firmas no es sino un testimonio que acredita el hecho de que una firma ha sido puesta a presencia de Notario o el juicio de éste sobre su pertenencia a persona determinada (art. 256 RN), es decir, una de las formas de actuación notarial a las que se refiere el art. 17 de la Ley del Notariado, cuya aplicación a las firmas electrónicas no presenta dificultades, valoraciones o modificaciones legales sustanciales, como se refleja en la redacción dada al art. 261 del Reglamento Notarial por el Real Decreto 45/2007, que contempla tal legitimación."

Prestación de servicios de certificación en régimen de libre competencia. Concurrencia de funciones no excluyente o sustitutiva.

STS de 25 de mayo de 2010, Rec. Casación 5800/2006

“SEXTO.- (...)

Tampoco pueden acogerse las alegaciones que se formulan en el quinto motivo, relativas a la limitación del principio de prestación de servicios de certificación en régimen de libre competencia (art. 4.1 RD-L 14/99), que atribuye a la Instrucción impugnada en cuanto parte de la necesaria legitimación notarial de la firma electrónica, considerando que ello supone, además, solapar o reproducir la legitimación que se ha realizado ya por el prestador de servicios de certificación, y no se pueden compartir tales alegaciones porque, en primer lugar y como se viene indicando a lo largo de esta sentencia, no es la Instrucción impugnada la que establece la exigencia de legitimación de tales firmas electrónicas sino el Reglamento de Registro Mercantil, que no es objeto de impugnación en este proceso; en segundo lugar, porque lo que en definitiva viene a sostener es que, garantizada la autenticidad de la identidad del signatario por el prestador de servicios, la legitimación notarial supone actuar en el mismo sentido, como si se tratara de una doble legitimación, y lo cierto es que si bien en ambos casos se trata de garantizar la seguridad del tráfico jurídico con notables puntos de coincidencia, la función del prestador del servicio en garantía de la identidad del signatario se proyecta a través de los correspondientes certificados, que permiten la conformación y firma electrónica de los documentos en condiciones de control y seguridad que la Ley reguladora establece, mientras que la función de legitimación notarial supone la garantía de seguridad bajo la fe pública y se proyecta sobre el funcionamiento y materialización de tales instrumentos de actuación y firma electrónica, como se refleja en la Instrucción, que se refiere a la identificación por el Notario del signatario y vigencia del correspondiente certificado y su presencia en la firma por el signatario del archivo informático que contenga el documento. En todo caso, la concurrencia de ambas funciones de legitimación no se configura por la Ley como excluyente o sustitutiva, por el contrario y como hemos señalado antes, se dejan a salvo expresamente las funciones de dación de fe establecidas en la normativa específica; y finalmente, porque el Propio Real Decreto Ley 14/99 y la Ley 59/2003, dejan a salvo, entre otras, el ejercicio de tales funciones notariales, que hay que examinarlas en el marco de la incorporación a la seguridad jurídica preventiva de las nuevas técnicas informáticas y telemáticas por la Ley 24/2001, de 26 de diciembre y la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de impulso a la productividad, y de la normas que se refieren a la sociedad de la información, como la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, que incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), que en su art. 1.5.d) establece, entre las actividades de la sociedad de la información a las que no se aplica la Directiva, "Las actividades de los notarios o profesiones equivalentes, en la medida en que impliquen una conexión directa y específica con el ejercicio de la autoridad pública". Exclusión que se refleja en el art. 5 de la citada Ley 34/2002, de 11 de julio, que se refiere a "los servicios prestados por notarios y registradores de la propiedad y mercantiles en el ejercicio de sus respectivas funciones públicas", línea de exclusión que se refleja en la normativa más actual y adaptada a la normativa comunitaria, como es el caso de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que tiene por objeto la libertad de establecimiento de los prestadores y libre prestación de los servicios, y que en su

art. 2.2.i) mantiene la exclusión de su aplicación a "las actividades que supongan el ejercicio de la autoridad pública, en particular las de los notarios, registradores de la propiedad y mercantiles".

9.2.4 SANCIONES DISCIPLINARIAS

9.2.4.1 VICIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Irregularidades procedimentales. Nulidad

STS de 4 de diciembre de 2012, Rec. Casación 3557/2010

“(…)En tal sentido procede a reseñar la existencia de una serie de irregularidades procedimentales producidas, tanto durante la inspección previa (vulneración del art. 580 RH, falta de citación del Registrador de la Propiedad, falta de oportunidad de firmar las actas de inspección), como durante la tramitación del expediente disciplinario (recibir declaración al inculpaado como primera diligencia, vulneración del art. 577 RH por no cumplir el plazo establecido a tal efecto para la formulación del Pliego de Cargos, falta de claridad en la redacción del Pliego de Cargos, inexistencia de periodo probatorio así como falta de notificación de la realización de las pruebas acordadas de oficio, falta de determinación en la Propuesta de Resolución de la sanción a imponer y falta de motivación de la resolución sancionadora y de la desestimatoria del recurso de alzada interpuesto contra la primera).

Debe recordarse que la nulidad prevista en ese artículo 62.1.e) no la provoca cualquier irregularidad procedimental sino sólo aquéllas de gravedad extrema, constituidas por la ausencia absoluta y total de procedimiento, por haberse seguido uno totalmente diferente o por haberse omitido sus principales trámites. En tal sentido esta Sala ha mantenido en sentencia de 16 de abril de 2009, dictada en el recurso nº 328/05, entre otras, que en el caso de irregularidades y defectos de procedimiento que pudieran producirse en la tramitación de un procedimiento o en las actuaciones preliminares, únicamente poseen relevancia constitucional si tienen una incidencia material concreta, esto es, si de ellas se ha derivado finalmente una efectiva indefensión material a valorar en cada caso.

En el presente caso, todas las irregularidades procedimentales denunciadas han tenido suficiente respuesta en la sentencia impugnada (fundamentos de derecho cuarto y quinto) llegando, la misma, a la conclusión de que de dichas irregularidades no se derivó indefensión real o material alguna para el actor, sin que en el presente recurso se combata tal conclusión, procediendo únicamente a reiterar las alegaciones realizadas en la instancia, sin especificar la trascendencia que tuvo para el ahora recurrente mas allá del incumplimiento meramente formal de los mismos Tal proceder conlleva sin mas la desestimación de esta primera alegación.

No obstante, conviene resaltar, en relación a la posible caducidad del plazo para la formulación del Pliego de Cargos, que la caducidad del procedimiento, en atención al art. 44.2 de la Ley 30/92 solo tiene lugar por el vencimiento del plazo

máximo para resolver, que de acuerdo con el art. 581 del RH es de seis meses. Por tanto, el mero incumplimiento del plazo para la formulación de cargos no conlleva la caducidad del expediente sancionador, teniendo los efectos, en todo caso, derivados del art. 63.3 de la Ley 30/92. En tal sentido esta Sala ha dicho en sentencia de 15 de octubre de 2001, dictada en el recurso nº 13/2000 que *Las resoluciones administrativas dictadas fuera de plazo sólo pueden ser consideradas nulas cuando la naturaleza del término o plazo imponga este efecto. En otro caso, como es el enjuiciado, debe estimarse que se trata de plazos aceleratorios, cuyo incumplimiento constituye una irregularidad no invalidante. El artículo 63.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común dispone que «La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo».*“

Principio de culpabilidad y proporcionalidad de la sanción.

STS de 4 de diciembre de 2012, Rec. Casación 3557/2010

“**SEXTO.-** (...)”

En efecto, basando el recurrente la falta de culpabilidad en el hecho de haber aplicado el Arancel tras hacer una interpretación razonable del mismo, dicha alegación cae por su propio peso, como ha quedado acreditado en el expediente sancionador, a la vista del número de irregularidades detectadas y que las mismas son consecuencia de una vulneración de las normas arancelarias al no haberse aplicado éstas con estricta sujeción al Arancel como obliga el art. 589 del Reglamento Hipotecario, por tratarse, tal como se razona en la sentencia impugnada, de supuestos en los que no es cabalmente admisible distintos criterios interpretativos.

Por otro lado, es necesario recordar que el principio de proporcionalidad desempeña en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador un papel capital; y ello, no sólo en cuanto expresión de unos abstractos poderes de aplicación de la Ley en términos de equidad, sino por el hecho concreto de que las sanciones a imponer se encuentran definidas en nuestro ordenamiento, por lo general, de forma sumamente flexible, de tal modo que una misma conducta puede merecer la imposición de sanciones muy diversas, que se mueven en márgenes muy amplios y que, por lo mismo, pueden resultar, en la práctica, de cuantía y período extraordinariamente diversos. El principio de proporcionalidad impone que, al no ser la actividad sancionadora de la Administración una actividad discrecional, sino una actividad típicamente jurídica o de aplicación de las normas, (así lo reconoce nuestro Tribunal Supremo en Sentencias de 23 de Diciembre de 1981, 3 de Febrero de 1984 y 19 de Abril de 1985), los factores que han de presidir su aplicación estén en función de lo que disponga el Ordenamiento Jurídico en cada sector en particular y, muy especialmente, en las circunstancias concurrentes.

Es en este ámbito, en el que juega precisamente un papel extraordinariamente clarificador la motivación del concreto acto administrativo sancionador y en la medida en que la misma habrá de definir, no sólo las circunstancias modificativas de la responsabilidad apreciadas y probadas, sino, además, la

específica razón que entiende la Administración concurre para, en los márgenes otorgados por la ley, imponer una concreta sanción.

En el presente caso, la sentencia objeto del presente recurso, a la vista de las circunstancias concurrentes, procede a rebajar la sanción de suspensión de funciones a seis meses, sin que el ahora recurrente proceda a fundamentar la desproporcionalidad de la sanción impuesta, más allá de la mera alegación de que, en el fondo, se trata de una divergencia de criterios, alegación esta que no puede tener acogida por lo razonado anteriormente, por lo que, teniendo en cuenta que dicha sanción puede llegar hasta los cinco años de suspensión, no se puede considerar desproporcionada la sanción impuesta.

Por otro lado, la reducción de la sanción de suspensión de funciones de un año a seis meses viene razonada en el fundamento de derecho noveno de la sentencia en base a tener en cuenta que seis de las irregularidades que sirvieron para imponer la sanción de un año al sancionado, no merecían tal juicio de reprochabilidad, por lo que, en consecuencia y en base al principio de proporcionalidad, procedía la reducción de la sanción en los términos expresados. Sin embargo el Abogado del Estado, procede a cuestionar dicha reducción de la sanción sin realizar oposición alguna al propio fundamento que sirve para que la misma haya tenido lugar, por lo que no puede ser acogido este motivo de impugnación en tanto que no es atacada la propia motivación de la sentencia que sirve para reducir la sanción a seis meses de suspensión de funciones.”

Infracción del principio de tipicidad. Devolución de cantidades indebidamente cobradas.

STS de 4 de diciembre de 2012, Rec. Casación 3557/2010

“SÉPTIMO.- (...)

Dicho esto, poca duda cabe que la procedencia y exactitud de las cantidades que los Registradores de la Propiedad incluyen en sus minutas de honorarios pertenecen a la esfera de lo puramente administrativo. Sin necesidad de entrar ahora a analizar cuál es la precisa naturaleza jurídica de las percepciones cobradas por arancel, es incuestionable que no se trata de derechos, precios u honorarios debidos en virtud de una relación jurídico-privada. Tan es así que la regulación general de los "aranceles de funcionarios públicos" se encuentra en la disposición adicional 3ª de la Ley de Tasas y Precios Públicos de 13 de abril de 1989. De aquí se infiere que los honorarios del Registrador de la Propiedad, percibidos por arancel, surgen dentro de una relación jurídico-administrativa, como es la que une al funcionario público con la persona que hace uso del servicio. El carácter jurídico-administrativo de la relación entre el Registrador y el usuario viene ulteriormente puesta de relieve por el hecho de que, independientemente de las peculiaridades que presente la actividad profesional de los Registradores de la Propiedad, la calificación e inscripción es siempre una función pública, que no puede ser desempeñada por ningún otro. Más aún, quien tiene necesidad de que se haga un asiento registral no puede elegir a qué Registrador de la Propiedad acudir, sino que ha de ir a aquél que

geográficamente corresponda. Todo lo expuesto, en suma, muestra que la remuneración de los Registradores de la Propiedad no es una cuestión privada. Así las cosas, el Ministerio de Justicia, en cuanto departamento competente en la materia, es garante de un innegable interés general en que los Registradores de la Propiedad se ajusten escrupulosamente al arancel al elaborar las minutas de honorarios presentadas a quienes utilizan sus servicios. Minutar por honorarios indebidos o excesivos es algo que no sólo empaña la buena imagen del sistema registral, sino que supone una vulneración de las normas reguladoras de lo que la Administración y sus funcionarios y agentes pueden exigir a los particulares. La emisión de una orden de devolución de las cantidades indebidamente cobradas por un Registrador de la Propiedad es, así, genuina expresión de la jerarquía administrativa y, sobre todo, está plenamente justificada por el interés general en evitar que en las relaciones jurídico-administrativas se produzcan percepciones pecuniarias injustificadas.

Para terminar de perfilar cuanto se acaba de exponer, es conveniente hacer dos observaciones adicionales. Por un lado, que los honorarios según arancel de los Registradores de la Propiedad tengan lugar en el marco de una relación jurídico-administrativa no significa que los ingresos así obtenidos sean dinero público. La propia disposición adicional 3ª de la Ley de Tasas y Precios Públicos, arriba citada, es muy clara a este respecto cuando en su último apartado establece: "El importe de los Aranceles queda afectado a la cobertura directa de los gastos de funcionamiento y conservación de las oficinas en que se realicen las actividades o servicios de los funcionarios, así como a su retribución profesional." Ciertamente el dinero así obtenido no ingresa en la Hacienda Pública, pero queda legalmente afectado a determinados fines.

Por otro lado, dadas las circunstancias del presente caso, la validez de la orden de devolución de las cantidades indebidamente cobradas no puede verse afectada por el hecho de haber sido impartida dentro de una resolución sancionadora. Como muy atinadamente observa la sentencia impugnada, permitir que el recurrente conservase dichas cantidades implicaría admitir un enriquecimiento injustificado. “

Inexistencia de pesquisa general.

STS de 28 de febrero de 2012, Rec. Casación 2690/2009

“**TERCERO.**- En el motivo primero se alega infracción del art. 24 CE, porque el Colegio Notarial de Barcelona sometió la Notaría del recurrente a tres inspecciones en un relativamente breve período de tiempo. Entiende el recurrente que ello supone una *inquisitio generalis*, en cuanto tal incompatible con las garantías proclamadas en el apartado segundo del citado art. 24 CE.

Incluso dejando al margen que, como bien dice la sentencia impugnada, objeto del recurso contencioso-administrativo fue la resolución dictada en el procedimiento disciplinario y no las investigaciones previas que dieron lugar a su incoación, la afirmación del recurrente no puede ser acogida. En efecto, una pesquisa general es aquélla que se lleva a cabo de manera indiscriminada, sin que existan previamente indicios de la comisión de hechos ilícitos; es decir,

expresándolo de un modo gráfico, consiste en hacer una redada -cuyos destinatarios y resultados son puramente aleatorios- o cuanto menos en investigar exhaustivamente a alguien sin motivo alguno. Tal vez haya razones para sostener que este modo de proceder es contrario al art. 24 CE; algo sobre lo que esta Sala ahora no se pronuncia, pues no es eso lo ocurrido en el presente caso: no consta que el Colegio Notarial de Barcelona sometiera la Notaría del recurrente a una intensa actividad inspectora al azar o por puro capricho, sino que había indicios de práctica profesional incorrecta. Así lo demuestra, entre otros datos, la insistencia del recurrente en la instancia a fin de que se revelasen las noticias que condujeron a acordar las inspecciones. Ello impide afirmar que haya habido una pesquisa general, por lo que el motivo primero debe ser desestimado.”

Prueba indirecta o indiciaria.

STS de 28 de febrero de 2012, Rec. Casación 2690/2009

“**SEXTO.-** En el motivo cuarto se invoca como vulnerado el art. 43.Dos.2.A.d) de la Ley 14/2000, así como el art. 193 del Reglamento Notarial. En la Ley 14/2000, de acompañamiento a la de Presupuestos, se recoge el régimen disciplinario del Notariado; y, más concretamente, en su art. 42.Dos.2.A.d) -más arriba reproducido- se tipifica la infracción de autorización de instrumentos sin la presencia física del Notario. Pues bien, argumenta el recurrente que no ha habido ninguna prueba directa de su falta de presencia, sino que la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de agosto de 2005, luego confirmada por la sentencia impugnada en este extremo, se apoya en una mera prueba indirecta o indiciaria: a partir de la constatación del número de documentos autorizados determinados días y aplicando la experiencia sobre el tiempo medio que un Notario experimentado utiliza por documento, infiere la imposibilidad de que el recurrente hubiera estado presente en todos aquéllos casos. Este modo de razonar, a juicio del recurrente, no es compatible con la subsunción típica de los hechos en el art. 42.Dos.2.A.d) de la Ley 14/2000, que habría sido así conculcado. Y en cuanto al art. 193 del Reglamento Notarial, recuerda el recurrente que, tras la reforma de 19 de enero de 2009, no exige ya la lectura del documento por el Notario.

Nada de esto resulta convincente. La prueba indirecta o indiciaria está perfectamente admitida en el ordenamiento español, incluso en materia penal. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, lo exigible es que los hechos que sirven de base o premisa hayan sido inequívocamente probados de manera directa, que las inferencias hechas a partir de ellos se ajusten a las reglas de la lógica, y que el juzgador motive adecuadamente su razonamiento. Véanse en este sentido, entre otras, las sentencias del Tribunal Constitucional 85/1999 y 117/2000. (...)

Es claro, así, que partiendo de ciertos datos estadísticos cuya exactitud no es cuestionada, se infiere lógica y motivadamente que fue imposible la presencia física del recurrente en el otorgamiento de todos los documentos autorizados con su firma. El recurrente no indica con exactitud dónde radicaría la falta de lógica o la falta de motivación, sino que en realidad cuestiona la idoneidad misma de la prueba indirecta. Pero esto, como se ha visto, carece de fundamento. Más aún,

precisamente en materia de régimen disciplinario del Notariado, esta Sala ha tenido ocasión de explicar, mediante sentencia de 8 de junio de 2011 (recurso de casación nº 2285/2008), que incluso la sanción de separación del cuerpo -más grave que la aquí examinada- puede ser impuesta con apoyo en una prueba indirecta, siempre que ésta se haya desarrollado y valorado con arreglo al criterio jurisprudencial arriba expuesto”.

Infracción del principio de legalidad. Ausencia de encaje en el tipo infractor relativo a la percepción de derechos arancelarios de la conducta consistente en el pago de comisiones por un Notario para captar clientes.

STS de 14 de octubre de 2011, Rec. Casación 5324/2008

“SEXTO.- (...)

La subsunción de los hechos que resulten acreditados en los correspondientes tipos infractores ha de respetar el principio de legalidad acogido por el artículo 25.1 CE, y resultan contrarias a dicho principio, según ha dicho el Tribunal Constitucional en la sentencia 9/2006 (FJ 4º) *“aquellas aplicaciones de las normas sancionadoras que conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios”*.

Sin embargo, el pago de comisiones en general, sin especificar ni su cuantía, ni su fecha, y ya de forma más concreta, el pago de los gastos de una convención de empleados de una entidad bancaria o el pago de la nómina de una persona que trabajaba en una entidad bancaria y bajo las ordenes de la misma, no puede subsumirse de forma razonable en el tipo infractor que consiste, como se ha repetido, en la percepción de derechos arancelarios con infracción de los derechos que por aquellos se rijan. (...)

SÉPTIMO.- Esta Sala ya se ha pronunciado con anterioridad, en la sentencia de 21 de enero de 2009 (recurso 1758/2007), sobre la falta de encaje de la conducta de pago de comisiones por un Notario en el tipo infractor del artículo 43.Dos.A).g) de la ley 14/2000, consistente en la percepción de derechos arancelarios con infracción de las disposiciones por las que aquellos se rijan...”

9.2.5 MUTUALIDAD NOTARIAL

Integración de Notarios en el RETA. Falta de extinción de la Mutualidad Notarial. Destino del patrimonio remanente

STS de 27 de noviembre de 2012, Rec. Casación 4861/2011

“QUINTO.- (...)

En segundo lugar, como ya se señaló en la sentencia de esta Sala de 9 de diciembre de 2008, la situación en que ha quedado la Mutualidad Notarial tras la integración de los miembros del Cuerpo Único de Notarios en el RETA y la consiguiente transmisión de activos y pasivos a la Tesorería General de la Seguridad Social es seguramente provisional. Ahora bien, las modificaciones que hayan de hacerse en la Mutualidad Notarial deberán llevarse a cabo por el procedimiento previsto para la reforma de su estatuto; y ello porque, como se

dejó apuntado más arriba, no se ha producido ningún acto idóneo para acordar la extinción de la Mutualidad Notarial. Ésta sigue indudablemente existiendo y su estatuto sigue estando vigente.

En tercer lugar, si lo que se busca en definitiva es decidir sobre el destino del patrimonio remanente, el Decreto 2718/1973 -donde se regula el estatuto de la Mutualidad Notarial, tal como recuerda el Preámbulo del Real Decreto 1505/2003- brinda ocasión para ello: no sólo la Junta del Patronato está compuesta predominantemente por Decanos y Notarios designados por el Consejo General del Notariado, sino que puede celebrar sesión extraordinaria a petición de algunos de sus miembros y puede, asimismo, proponer las reformas que estime oportunas en el régimen de la Mutualidad Notarial. No hay que pensar, por tanto, que la inviabilidad de las pretensiones formuladas por la recurrente en este proceso implique la petrificación de la Mutualidad Notarial, ni que el futuro de ésta dependa del mero arbitrio de la Administración...”

Otras sentencias con fundamentos jurídicos análogos: STS de 27 de noviembre de 2012, RCA 3137/2010; STS de 12 de marzo de 2010, RCA 2889/2008; STS de 26 de febrero de 2010, RCA 724/2009.

Falta de aplicación de la Ley Orgánica del Derecho de Asociación. Artículo 22 CE.

STS de 27 de noviembre de 2012, Rec. Casación 4861/2011

“**CUARTO.-** En cuanto al motivo segundo, apoyado en la letra d) del art. 88.1 LJCA, reprocha a la sentencia impugnada haber infringido el art. 22 CE y la correspondiente jurisprudencia del Tribunal Constitucional, así como la garantía de democracia en la organización y el funcionamiento internos de las asociaciones que en diversos preceptos establece la Ley Orgánica del Derecho de Asociación. La recurrente sostiene, de este modo, que el rechazo por la sentencia impugnada de la línea argumental que ha venido sosteniendo -es decir, que la existencia de una facultad de auto-organización, junto con la garantía de funcionamiento interno democrático, conduce necesariamente al derecho a decidir el destino del patrimonio remanente de la Mutualidad Notarial- supone una vulneración del derecho fundamental de asociación.

El adecuado examen de los problemas planteados en este motivo segundo exige hacer algunas distinciones. De entrada, asiste toda la razón a la sentencia impugnada cuando afirma que la Ley Orgánica del Derecho de Asociación no es aplicable al presente caso. Y es importante subrayar que ello no se debe a que la Mutualidad Notarial sea una entidad de origen administrativo-corporativo, pues la cláusula de exclusión del ámbito de aplicación de la ley habla -como se vio más arriba- de las entidades “*que se rijan por las disposiciones relativas al contrato de sociedad, cooperativas y mutualidades*”. Es claro que lo que se excluye con esta cláusula no son las entidades de naturaleza administrativa o corporativa -cuyo carácter de auténticas asociaciones sería, en todo caso, dudoso o parcial-, sino a las mutualidades creadas voluntariamente mediante contrato entre particulares. Todo ello significa que, incluso admitiendo que la Mutualidad Notarial se hubiese transformado tras la aprobación del Real Decreto 1505/2003 en una entidad puramente privada, no le sería aplicable la Ley Orgánica del Derecho de Asociación, pues ésta no rige para aquellas entidades que, aun

teniendo un fundamento genuinamente asociativo, tienen un objeto de índole mutualista.

Esta afirmación tiene gran trascendencia en el presente caso, ya que la garantía de democracia en la organización y el funcionamiento internos de las asociaciones se encuentra establecida en diversos preceptos de la Ley Orgánica del Derecho de Asociación; pero no se halla, en cuanto tal, en el art. 22 CE. Cuando la Constitución ha querido que determinadas especies de asociaciones estén estructuradas y gobernadas democráticamente, lo ha dicho de manera expresa. Así ocurre con los partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales y colegios profesionales; pero no con las asociaciones genéricas. De aquí se sigue que, para valorar el mérito de la argumentación de la recurrente, ha de estarse únicamente al art. 22 CE y a la correspondiente jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Es cierto que ésta última, como expone la recurrente, ha venido consagrando la libertad de auto-organización como uno de los elementos básicos del derecho fundamental de asociación. Éste no existe si a las asociaciones no se les deja un amplio margen para regular su propia organización y funcionamiento, así como para gestionar sus relaciones internas. La doctrina jurisprudencial es constante a este respecto y la recurrente demuestra conocerla tan bien que sería impertinente la cita de concretas sentencias.

Pues bien, aun admitiendo a efectos puramente argumentativos que la Mutualidad Notarial se hubiese transformado en una mera asociación tras la entrada en vigor del Real Decreto 1505/2003 -algo que esta Sala no comparte-, del art. 22 CE sólo se seguiría que la Mutualidad Notarial no puede estar sometida a un régimen heterónomo y que su órgano rector debe ser suficientemente representativo de los mutualistas, así como gozar de las facultades necesarias para regir la vida asociativa. Pero en ningún caso se seguiría que, por imperativo del solo art. 22 CE, hubiese que establecer una regulación específica estableciendo la existencia de una asamblea general de todos los mutualistas y conferir a dicha asamblea y a su órgano ejecutivo, las potestades que se pretenden en la demanda originaria.

Otras sentencias con fundamentos jurídicos análogos: STS de 27 de noviembre de 2012, RCA 3137/2010.

Rectificación de frases ofensivas. Reforma de los estatutos.

STS de 29 de septiembre de 2009, Rec. Casación 273/2005

“TERCERO.- (...)

Los pronunciamientos que el recurrente pidió al tribunal *a quo* quedan fuera del ámbito de lo que puede obtenerse de la jurisdicción contencioso-administrativa. El art. 31 LJCA contempla dos clases de pretensiones: la anulación de actos y disposiciones, y el reconocimiento de una situación jurídica individualizada. La rectificación de unas pretendidas frases ofensivas en el texto de un acto administrativo no es ni lo uno ni lo otro. A lo sumo, de ser verdaderamente atentatorias contra el honor, podrían dar lugar a una demanda de protección de los derechos fundamentales o, en su caso, a una demanda de indemnización de

daños y perjuicios; pero nada de esto es lo que solicitó el recurrente. Y por lo que se refiere a la pretensión de que se condene a llevar a cabo una reforma de los Estatutos de la Mutualidad Notarial, el art. 71.2 LJCA es terminante al prohibir que los órganos de este orden jurisdiccional determinen la forma en que deben quedar redactados los preceptos de las disposiciones generales.”

9.2.6 CUESTIONES DIVERSAS

Elecciones Colegiales. Carencia sobrevenida de objeto. Artículo 22 LEC. STS de 14 de marzo de 2011, Rec. Casación 511/2009

“TERCERO.- (...)En el artículo 76 de nuestra Ley Jurisdiccional se contempla como forma de terminación del proceso la denominada satisfacción extraprocesal, situación que se produce cuando la Administración demandada reconoce totalmente en vía administrativa las pretensiones del demandante. No es este el supuesto en el que nos encontramos, ni ha sido éste tampoco el precepto en el que Sala de instancia ha fundado su decisión. En realidad, aunque no se cite expresamente, la decisión se sustenta en el art. 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que establece como forma de terminación del proceso, junto con la satisfacción extraprocesal, la carencia sobrevenida de objeto, es decir, cuando por razón de circunstancias sobrevenidas se pone de manifiesto que ha dejado de haber un interés legítimo que justifique la necesidad de obtener la tutela judicial pretendida. La pérdida sobrevenida de objeto del proceso se puede definir como aquella forma o modo de terminación del mismo que se fundamenta en la aparición de una realidad extraprocesal que priva o hace desaparecer el interés legítimo a obtener la tutela judicial pretendida. Es decir, se produce algún hecho o circunstancia que incide de forma relevante sobre la relación jurídica cuestionada y que determina que el proceso en curso ya no es necesario, en la medida en que la tutela solicitada de los tribunales ya no es susceptible de reportar la utilidad inicialmente pretendida, de suerte que no se justifica la existencia del propio proceso y éste debe concluir. En estos casos y a diferencia de lo que ocurre con la satisfacción extraprocesal de la pretensión de la parte actora, la razón de la desaparición del proceso es ajena a la voluntad de las partes y obedece a las estrictas razones de orden público que justifican la existencia misma del proceso como mecanismo de satisfacción de pretensiones sustentadas en intereses legítimos, por lo que desaparecidos estos el proceso carece de sentido.

En el presente caso, la convocatoria de elecciones en el Colegio Notarial de Madrid y la constitución de una nueva Junta Directiva priva de todo sentido a la pretensión actora, sin que ésta pueda sobrevivir sobre la base de unos hipotéticos daños que carecen de toda concreción pese al tiempo transcurrido desde el cese de la Junta Directiva anterior y de su Decano.

Añadamos a lo anterior que incluso el propio recurso contencioso-administrativo carecía de objeto desde su mismo inicio, pese a haberlo admitido liminarmente la Sala de instancia, pues la Resolución del Secretario de Estado de 14 de junio de 2007 ya daba satisfacción a lo pretendido por la parte actora al dejar sin efecto lo resuelto por la Directora General de los Registros y del Notariado -ordenar la

convocatoria de unas elecciones extraordinarias-, sin que pueda constituirse como objeto del proceso contencioso-administrativo, de forma autónoma y desligado del contenido de la parte dispositiva del propio acto administrativo, el mayor o menor acierto de las consideraciones tenidas en cuenta por la Administración para adoptar una determinada decisión. La declaración de voluntad que se contiene en el acto administrativo se concreta en la parte dispositiva de la resolución y es esta declaración de voluntad la única que vincula y produce efectos en las situaciones o relaciones jurídicas concernidas por ella.”

Resolución de la DGRN en materia de calificación registral. Falta de Jurisdicción.

STS de 16 de mayo de 2012, Rec. Casación 5446/2009

“**TERCERO.-** Abordando ya el motivo primero, el punto de partida no puede ser sino el art. 328 LH, cuyo tenor literal es claro e inequívoco: el conocimiento del recurso contra la calificación negativa del Registrador de la Propiedad y, en su caso, contra la resolución del ulterior recurso gubernativo está encomendado a "los órganos del orden jurisdiccional civil, siendo de aplicación las normas del juicio verbal". Esta sola consideración bastaría para comprobar que los autos impugnados en el presente recurso de casación son perfectamente ajustados a derecho, pues el objeto del litigio es precisamente una calificación negativa del Registrador de la Propiedad de Almería nº 4, luego confirmada por la DGRN. El único modo de eludir esta conclusión sería sostener que el citado art. 328 LH es inconstitucional, planteando la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad; algo que el recurrente ni siquiera sugiere. En la medida en que el art. 328 LH es una norma legal vigente y aplicable al caso, a ella hay que estar.

Dicho esto, no es ocioso hacer dos consideraciones adicionales. Por un lado, ninguna duda cabe que la actividad relacionada con la calificación de los títulos presentados para su inscripción registral -incluida la resolución del recurso gubernativo por la DGRN, que es un órgano de la Administración del Estado- puede, en principio, ser subsumida dentro de la idea de "actuación de las Administraciones Públicas" en el sentido del art. 1.1 LJCA. Sin embargo, para que el conocimiento de una pretensión corresponda al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, no basta que verse sobre alguna actuación de las Administraciones Públicas, sino que es preciso además que dicha actuación esté "sujeta al Derecho Administrativo". Así lo exigen expresamente el citado art. 1.1 LJCA, que el recurrente invoca como infringido, y el art. 9.3 LOPJ. El problema a dilucidar, por consiguiente, es si la resolución de la DGRN que resuelve el recurso gubernativo es una actuación sujeta al Derecho Administrativo. Pues bien, la respuesta ha de ser negativa, ya que los requisitos que debe satisfacer un título para ser inscribible están regulados en la legislación civil y, más específicamente en la Ley Hipotecaria. Determinar si el Registrador de la Propiedad ha incurrido -por defecto o por exceso- en algún error en la calificación será, así, algo que habrá de examinarse a la luz del Derecho Civil, no del Derecho Administrativo. Esto es precisamente lo que sucede en el presente caso, donde se discute si la Administración Pública puede ejercer un derecho de retracto legal por vía administrativa y, por tanto, si título inscribible puede ser un acto administrativo. Y ésta es una cuestión de Derecho Civil, porque lo debatido

no es la validez del acto administrativo, sino si éste puede surtir determinado efecto civil.

Por otro lado, la tesis de la aplicabilidad supletoria de la legislación de expropiación forzosa, tendente a justificar la pretensión de ejercicio del derecho de retracto legal por vía administrativa, es insostenible y, sobre todo, internamente contradictoria. La expropiación forzosa es un modo de adquirir la propiedad peculiar de la Administración Pública, cuya justificación se halla en la utilidad pública o el interés social. Pero la expropiación forzosa debe llevarse a cabo por el procedimiento correspondiente, que implica, entre otras cosas, la fijación y el pago del justiprecio. El derecho de retracto legal también permite adquirir la propiedad, pero sus requisitos y modo de ejercicio son distintos. Si la Junta de Andalucía creía que concurrían las condiciones para expropiar la finca aquí considerada, habría debido iniciar el correspondiente procedimiento expropiatorio; algo que no hizo. Lo que no tiene sentido es pretender aplicar, sin apoyo en norma jurídica alguna, los privilegios de la Administración Pública en materia de expropiación forzosa al ejercicio de un derecho de retracto legal.”

Compatibilidad de pensiones de Notario jubilado.

STS de 13 de junio de 2012, Rec. Casación 4448/2009

“TERCERO.- (...)Dicho lo anterior procede significar en primer lugar que el artículo 17.5 del Decreto 2718/1973, en el que en efecto se establece una compatibilidad de las pensiones y auxilios de la Mutualidad Notarial *"con el cobro de todo haber activo o pasivo satisfecho con cargo a fondos del Estado, Provincia o Municipio"*, quedó sin contenido en tal extremo, en aplicación del propio Real Decreto 1505/03, de 28 de noviembre, regulador de la integración de los notarios en el RETA, concretamente de su artículo 6, al establecer un límite en la cuantía de las pensiones en términos tales que impide mantener aquella compatibilidad.

Cuando bajo el epígrafe *"Cuantía de las pensiones objeto de integración"*, expresa el citado artículo 6 que *"El Instituto Nacional de la Seguridad Social reconocerá la pensión por la cuantía correspondiente a aquella que se viniese percibiendo de la respectiva mutualidad"* (párrafo primero), que *"En el supuesto de que la cuantía así determinada supere el límite de la pensión pública establecida legalmente en la fecha de entrada en vigor de este Real Decreto, se reconocería la pensión por la cuantía comprendida hasta el citado límite"* y que *"Asimismo, en el supuesto de que el pensionista estuviera percibiendo otra u otras pensiones públicas, serán de aplicación las normas sobre limitaciones en el señalamiento inicial de las pensiones públicas"*, mal puede sostenerse la compatibilidad que el artículo 17.5 del Decreto 2718/1973 contemplaba y, en consecuencia, la infracción por la sentencia recurrida de esta norma.

No es obstáculo a la conclusión precedentemente expuesta, lejos de ello la corrobora, la disposición adicional primera del Real Decreto 1505/2003, transcrito por cierto de forma parcial por el recurrente en el escrito de interposición del recurso de casación, al omitir que la norma finaliza con la siguiente frase: *"... de acuerdo con lo que establezcan sus respectivas normas de aplicación"*.

La disposición adicional de mención, al prever que *"Las prestaciones que difieran de las establecidas en la acción protectora del Régimen Especial de la*

Seguridad Social de los Trabajadores por cuenta propia o autónomos o los importes de aquellas prestaciones susceptibles de integración, así como las cotizaciones que excedan de las que procedan por aplicación de las normas establecidas en este Real Decreto, no serán asumidas ni reconocidas por los organismos de la Seguridad Social y quedarán, en su caso, bajo la responsabilidad de las Mutualidades Notarial y de Corredores de Comercio, según la procedencia del titular de aquéllas, de acuerdo con lo que establezcan sus respectivas normas de aplicación", deja bien claro que debe estarse a las normas de aplicación y ya hemos visto que el sistema está presidido por el régimen de incompatibilidad de pensiones.

Cuestión distinta es que las prestaciones que difieran del concepto de pensiones y a las que se refiere la disposición adicional que analizamos, deban ser asumidas por la Mutualidad, pero no es a ello a lo que se refiere el recurrente cuando centra el argumento esencial del motivo y, en definitiva, su pretensión, en la no desaparición con la integración en el RETA del régimen jurídico preexistente de pensiones entre la Mutualidad Notarial y sus pensionistas, añadiendo a sus argumentos ya analizados, una referencia a derechos adquiridos, cuando conforme a la naturaleza de la Mutualidad Notarial, que con detalle describe dicha codemandada en su escrito de oposición, de lo que realmente puede hablarse es de una expectativa que impide el mantenimiento de la compatibilidad."

Empleados de Notarías. Comunicación informativa en materia de cotización. Acto inimpugnable.

STS de 17 de marzo de 2009, Rec. Casación 1430/2005

"SEGUNDO.- (...)No obstante y aun superando dicha deficiencia, no puede compartirse el planteamiento de este motivo, pues la definición del ámbito de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, establecida en el art. 1 y siguientes de la Ley reguladora de 13 de julio de 1998, no debe confundirse con la delimitación de la actividad administrativa impugnada, que se regula en el Capítulo Primero del Título III de la misma, cuyo art. 25.1, que con las modificaciones pertinentes se corresponde con el art. 37.1 de la Ley de 1956, establece que: "El recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con las disposiciones de carácter general y con los actos expresos y presuntos de la Administración pública que pongan fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos".

Se refieren en los preceptos siguientes otras actuaciones, como la vía de hecho y omisiones susceptibles de impugnación, y es respecto de todas ellas que el art. 69 determina la inadmisibilidad del recurso, cuando tenga por objeto disposiciones, actos o actuaciones no susceptibles de impugnación.

Pues bien, una jurisprudencia abundante, elaborada fundamentalmente en relación a respuestas informativas de la Administración, viene considerando que no constituye actividad administrativa susceptible de residenciar ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo, aquellas en las que "ni hay acto de voluntad, que trate de imponer una conducta, ni se prevé una sanción jurídica,

que es presupuesto de la existencia del acto administrativo" (S.1-2-2002). Que el concepto de actos no susceptibles de impugnación es "aplicable a aquellos que se consideran de naturaleza puramente informativa, y que en consecuencia no contienen una decisión que ponga fin a la vía administrativa, no vinculan a la Administración, no otorgan o deniegan concretos derechos al administrado, ni, en fin, revisten carácter imperativo o sancionador (S. 16-6-2004). Siendo significativa la sentencia de 31 de octubre de 1989, relativa a circulares y hojas informativas en el ámbito de un Colegio Profesional, en la que se razona que "no se trata ni por el contenido ni por su alcance, del ejercicio de ninguna potestad reglamentaria, ni pueden reputarse como actos administrativos impugnables, porque se constituyen expresión formal o declaración de voluntad de ningún ente, sino que son la mera interpretación (acertada o no) de una disposición legal, concretamente, de la Ley 12/86, de 1 de abril, con un alcance simplemente informativo no vinculante, es decir, ni pueden valorarse los actos recurridos como disposición general, ni como acto administrativo decisorio, porque su naturaleza y alcance (limitado a informar e interpretar dicha ley, con destino a los miembros de los respectivos Colegios), en modo alguno permite, ni con un criterio amplio, encuadrarlo en tales categorías jurídicas, debiendo notarse que entender lo contrario, supondría admitir que pudieran ser resueltos por los Tribunales temas puramente teóricos acerca de la interpretación que deba darse a las normas legales o reglamentarias, misión esta ajena a la que es específico de la función jurisdiccional, sin perjuicio, obviamente, que cuando se suscite un problema concreto pueda y deba el Tribunal decirlo conforme a derecho, o sea, que si se adoptan decisiones vinculantes (no meros criterios interpretativos), o se aplican efectivamente tales criterios, los interesados puedan impugnarlos, si estiman que dicha decisión o aplicación, es contraria al Ordenamiento jurídico, pero no ahora, ni en relación con las cuestionadas circulares u hojas informativas, que carecen de entidad vinculante y normativa para que el Tribunal pueda conocer sobre su bondad". Señalando la sentencia de 10 de octubre de 2000 "que es criterio jurisprudencial que los actos de información, en cuanto carentes de contenido decisorio, no son objeto propio de impugnación ni en la vía administrativa ni en la vía jurisdiccional, con sujeción al artículo 37.1 de la Ley Jurisdiccional de 1956, aplicable en el momento en que se producen los hechos".

De acuerdo no dicho criterio jurisprudencial pocas dudas pueden plantearse acerca de la inimpugnabilidad de lo que en las actuaciones se denomina acuerdo o circular de la Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, de 29 de febrero de 1996, y que expresamente se enuncia como "NOTA INFORMATIVA SOBRE SEGURIDAD SOCIAL", en la que se da cuenta del régimen de cotización desde el 1º de marzo de 1996, refiriendo la integración por acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de febrero de 1996 en el Régimen General de la Seguridad Social de los colectivos de activos y pasivos que, perteneciendo o habiendo pertenecido a la Mutualidad de Empleados de Notarías, vinieren percibiendo a través de ella alguna modalidad de acción protectora en sustitución de la establecida por el Sistema de la Seguridad Social...

Es claro que se trata de una comunicación meramente informativa, que viene a poner en conocimiento de los mutualistas las consecuencias, en materia de

cotizaciones, de la integración acordada por el Consejo de Ministros el 2 de febrero de 1996, sin que incorpore una declaración de voluntad administrativa, suponga una decisión o imponga un comportamiento a los destinatarios, limitándose a informar de la situación creada por la integración producida, con mayor o menor acierto, cuestión que en su caso habrá de plantearse en relación con los actos administrativos que se puedan producir a consecuencia de tal integración, sin que pueda pretenderse, mientras tanto, una valoración jurisdiccional del planteamiento teórico recogido en la nota informativa que, como se ha reflejado antes en relación con la sentencia de 31 de octubre de 1989, es una misión ajena a la función jurisdiccional.”

Instrucción de la DGRN. Asunción por el Reglamento de la disposición de la Instrucción. Declaración de conformidad a derecho.

STS de 25 de junio de 2010, Rec. Casación 5451/2006

“**SEGUNDO.-** La disposición impugnada es sustancialmente igual a la recogida en el artículo 224.4 del Reglamento de Organización y Régimen del Notariado en su redacción dada por el Real Decreto 45/2007, de 18 de enero, en el que se prevé en sus dos primeros párrafos lo siguiente: *"Las copias electrónicas, autorizadas y simples, se entenderán siempre expedidas a todos los efectos incluso el arancelario por el notario titular del protocolo del que formen parte las correspondientes matrices y no perderán su carácter, valor y efectos por el hecho de que su traslado a papel lo realice el notario al que se le hubiese enviado. Dichas copias sólo podrán expedirse para su remisión a otro notario o a un registrador o a cualquier órgano judicial o de las Administraciones Públicas, siempre en el ámbito de sus respectiva competencia y por razón de su oficio"*.

Pues bien, la asunción por el Reglamento de mención de la disposición de la Instrucción objeto de impugnación, junto con la circunstancia de que por sentencia de esta Sala de 26 de noviembre de 2008, dictada en el recurso nº 88/2007, se hubiera desestimado el interpuesto por el Consejo aquí recurrente contra el citado Reglamento, en el que cuestionaba la conformidad a derecho del citado artículo 224.4, permite apreciar, conforme aduce el Abogado del Estado en su escrito de oposición al recurso de casación, pérdida sobrevenida de la finalidad del recurso.

No obstante, no es superfluo recordar lo que se expresaba en la citada sentencia de 26 de noviembre de 2008, en cuanto las razones en ella indicadas para desestimar la impugnación del artículo 224.4 de la disposición reglamentaria, deben servir ahora para desestimar la de la Instrucción.

Se decía en el último párrafo de la sentencia de referencia que *"Por las mismas razones no puede acogerse la concreta valoración que la parte efectúa sobre la justificación del inciso del art. 224.4 según el cual, <<el notario que expida la copia autorizada electrónica será el mismo que la remita>>, que no se funda en la atribución de un monopolio de gestión al notario sino que es reflejo del sentido que el art. 17.bis de la Ley del Notariado atribuye a las copias autorizadas, que <<sólo podrán expedirse para su remisión a otro notario o a*

un registrador o a cualquier órgano de las Administraciones públicas o jurisdiccional, siempre en el ámbito de su respectiva competencia y por razón de su oficio>>, lo que justifica que el Reglamento precise que la remisión de tales copias se efectúe por el mismo notario que la expide, en cuanto es el que efectúa las valoraciones precisas al efecto, y ello en el ámbito de la remisión que el propio art. 17.bis de la LN efectúa al desarrollo reglamentario".

Notarios. Turno de reparto y régimen de compensación interna. Interpretación de normas.

STS de 27 de enero de 2009, Rec. Casación 119/2005

“**TERCERO.-** Como señala la parte recurrente, la Sala de instancia reitera en la sentencia recurrida la argumentación y pronunciamientos efectuados en su anterior sentencia de 16 de abril de 2003, dictada en el recurso 1.832/99, en el que se impugnaban los mismos actos objeto de este recurso, a salvo la resolución de la Junta Directiva del Colegio Notarial de Bilbao de 25 de junio de 1999, que viene a trasladar lo acordado en el resolución de la DGRN de 17 de mayo de 1999 y no altera el debate. Dicha sentencia fue objeto de recurso de casación por el Colegio Notarial de Bilbao, tramitado con el nº 5299/03, planteado en los mismos términos que el que estamos examinando, y que ha sido resuelto por sentencia de esta Sección de 9 de enero de 2008, cuyos criterios han de seguirse aquí al concurrir las mismas circunstancias fácticas y jurídicas y por exigencia del principio de igualdad en la aplicación de la ley.

Como decíamos en dicha sentencia, la cuestión que se plantea en este recurso es determinar el alcance de la Disposición Adicional Décima de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, según la cual: "El Instituto de Crédito Oficial, las Entidades Oficiales de Crédito, la Caja Postal de Ahorros y las Cajas de Ahorros quedan excluidos del turno de reparto establecido por el art. 4.º de la Ley de 24 de febrero de 1941 respecto a las operaciones bursátiles y mercantiles que tienen a su cargo y que requieren la intervención de Agente de Cambio y Bolsa o Corredor de Comercio colegiado.

Asimismo quedan excluidos del turno de reparto respecto de todas aquellas operaciones que exijan la intervención de Notario público, Colegio Oficial o Junta Sindical, sin perjuicio de las disposiciones internas que, sobre mecanismos compensatorios y mutualismo, establezcan los correspondientes órganos colegiales en relación con esta materia."

9.3 REGISTRADORES

9.3.1 DERECHO SANCIONADOR

Principio de legalidad material. Sanción a Registrador

STS 21 de diciembre de 2012, RCU 1636/2012

“**QUINTO.-** (...)

Y al respecto procede ya adelantar que no puede entenderse que la sentencia aquí recurrida incurra en la infracción que se denuncia, por cuanto la conducta que sanciona el artículo 313 c) de la LH y que se contempla en la sentencia impugnada, es *"el incumplimiento de los deberes y obligaciones impuestos por la legislación registral o, con base en ella, por resolución administrativa o acuerdo corporativo"*, precisando tanto la resolución que incoa el expediente sancionador como la propia resolución sancionadora, que se trata del incumplimiento de la obligación contenida en el artículo 18.4 de la LH, tras la reforma producida en la misma por la Ley 24/2005, y en desarrollo de la misma, de la Instrucción de 14 de marzo de 2007, la cual contiene la expresa previsión de que al no ser posible la remisión en formato electrónico, deberá remitirse la información requerida en soporte papel con el fin de hacer efectiva la medida impuesta. Contrariamente a lo que se sostiene en las sentencias de contraste, cuando expresan que *"... si el envío de datos electrónicos no se podía cumplir de momento a tenor de lo dispuesto en la Instrucción, definitivamente se puede cometer la infracción del artículo 313.c) de la Ley Hipotecaria"*, entendemos que la imposibilidad de mención no obstaculiza que pueda apreciarse la comisión de la infracción, siendo de significar que ya el preámbulo de la citada Instrucción, tras advertir que la imposibilidad radica en la no homologación de la firma electrónica proporcionada por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España a los Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Inmuebles, indica lo siguiente: *"Sin perjuicio de las consecuencias que tal hecho pueda tener, lo cierto es que una previsión legal, como es la contenida en la Ley Hipotecaria y en el Código de Comercio, no puede quedar pendiente del cumplimiento de los requisitos de homologación de esa firma y, por tanto, sin efectividad alguna. Tal situación dejaría sin sentido la intención del Legislador. Por ello, y hasta que no se homologue el mencionado certificado de firma electrónica reconocida empleado por los Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, deberá remitirse por los citados funcionarios la información estadística prevista en esta Instrucción en soporte papel"*.

9.4 REGISTRO MERCANTIL

9.4.1 DEMARCACIÓN REGISTRAL

9.4.1.1 IMPUGNACION PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DEL RD 172/2007, DE 9 DE FEBRERO, POR EL QUE SE MODIFICA LA DEMARCACIÓN DE REGISTROS DE LA PROPIEDAD, MERCANTILES Y DE BIENES MUEBLES.

Discrecionalidad del titular de la potestad reglamentaria. Ejercicio proporcionado de dicha potestad amparado en las previsiones legales que le sirven de cobertura. Inexistencia de arbitrariedad.
STS de 13 de mayo de 2009, Rec. Casación 131/2007

“QUINTO.- (...)”

Pues bien, en este caso, como ya hemos señalado antes, la Memoria Justificativa y el preámbulo del Real Decreto impugnado contienen una amplia fundamentación de la modificación de la demarcación registral, que se ajusta a

las previsiones del art. 275 de la Ley Hipotecaria en cuanto invoca, como criterio esencial, la debida atención al usuario del servicio público registral, y es a tal efecto, y no prescindiendo de tal criterio determinante, como parece cuestionar el recurrente en la demanda, que atiende a la modificación en el volumen y movimiento de titulación sobre bienes inmuebles y derechos reales, elementos a los que se refiere de forma expresa el precepto legal como justificación para la alteración de la demarcación registral, que no excluye otros criterios complementarios que puedan reflejarse en el expediente, como señala el último párrafo del precepto y a los que se refiere la Memoria, como el aumento de las exigencias de obtención de publicidad, modificación de la cualidad y cantidad de las obligaciones de los Registradores por lo cambios legislativos o alteraciones demográficas. De manera que en su justificación general, que tiene su plasmación en los datos recogidos en el expediente, no puede sostenerse con éxito que el Real Decreto suponga infracción de las previsiones legales que le sirven de amparo. De hecho, como ya hemos señalado antes y se recoge en el dictamen del Consejo de Estado, la necesidad de una nueva demarcación, que supone admitir la concurrencia de los requisitos legales exigidos al efecto, se acepta por todas las partes.

Las valoraciones que, en contrario y frente a tales apreciaciones de la Administración, se efectúan en la demanda, vienen a mostrar el posicionamiento de la parte desde su punto de vista, sin que respondan a estudios técnicos u otros elementos objetivamente establecidos que demuestren el error o arbitrariedad en la valoración de los hechos por parte de la Administración, reflejando apreciaciones subjetivas sobre distintos aspectos, como la relevancia del aumento y movimiento de la titulación a la hora de apreciar la bondad y eficacia del servicio, la demarcación como incentivo de la economía, acercamiento del servicio registral al ciudadano, la demarcación como adecuación del servicio registral a la expansión de numerosos núcleos de población o el cumplimiento de las obligaciones de los Registradores, especialmente las derivadas de la presentación telemática de títulos, apreciaciones que no pueden imponerse a las que se llevan a cabo por la Administración en el legítimo ejercicio de las facultades que le reconoce el ordenamiento jurídico, y menos aún para acreditar que la Administración no ha tomado en cuenta la realidad de la situación registral, o que efectúa arbitraria valoración de la misma, que es lo que se denuncia por la parte como motivo de nulidad de la actividad reglamentaria objeto de impugnación.(...)

Como conclusión, se pone de manifiesto un ejercicio proporcionado de la potestad reglamentaria y amparado en las previsiones legales que le sirven de cobertura, frente al cual no pueden imponerse las alegaciones de la parte recurrente, que no ha justificado un ejercicio arbitrario, incongruente o contradictorio con la realidad que se pretende regular y con la finalidad que persigue la norma jurídica habilitante; en este caso el art. 275 de la Ley Hipotecaria.”

Otras sentencias con fundamentos jurídicos análogos: STS de 12 de mayo de 2009, RCA 130/2007; STS de 12 de mayo de 2009, RCA 129/2007; STS de 5 de mayo de 2009, RCA 133/2007.

Discrecionalidad del titular de la potestad reglamentaria. Fijación de sede del nuevo Registro.

STS de 2 de febrero de 2010, Rec. Casación 121/2007

“**QUINTO.-** Sólo resta por analizar, llegados a este punto, si la decisión de fijar la sede del nuevo Registro en Jávea, en lugar de hacerlo en Teulada, es ajustada a derecho o no. Obsérvese que las partes no discuten que se dan las condiciones necesarias para la creación de un nuevo Registro por segregación del antiguo Registro de la Propiedad de Jávea y, en particular, que se supera el mínimo de ocho mil asientos anuales establecido por el Ministerio de Justicia como criterio para la segregación. Lo único que se discute es la sede. Es cierto que, teniendo en cuenta la información recogida en los autos, Teulada gozaba de varios informes favorables para ser sede del nuevo Registro y seguramente puede afirmarse que habría sido ajustado a derecho ubicar el nuevo Registro en dicha localidad. Esto no implica, sin embargo, que sea ilegal la decisión de fijar la sede en Jávea. A diferencia de lo que ocurre con el volumen de actividad, que es un criterio reglado al que la Administración debe ceñirse a la hora de crear un nuevo Registro, no consta la existencia de ninguna norma relativa a la sede de los nuevos Registros. De aquí se sigue que la decisión sobre la sede es discrecional, sin más límite que el genérico de no incurrir en arbitrariedad. Y situar el nuevo Registro en la misma localidad donde ya se hallaba aquél del que ha sido segregado no puede tacharse de arbitrario, desde el momento en que Jávea es un importante núcleo de población de la zona. A ello hay que añadir que la proximidad del nuevo Registro al antiguo, del que ha sido segregado, puede facilitar su funcionamiento. Por todo ello, también la petición de que se declare nula la creación del nuevo Registro de la Propiedad de Jávea nº 2 debe ser desestimada.”

Organización del servicio entre Registros de la Propiedad en caso de segregación. Traslado de asientos en caso de modificación de demarcaciones registrales. No existencia de desviación de poder.

STS de 15 de noviembre de 2010, Rec. Casación 5772/2007

“**TERCERO.-** (...)En definitiva, el sistema ordinario previsto en el Reglamento Hipotecario para el traslado de asientos es el de expedición de certificaciones si bien el Real Decreto 398/2000, de 24 de marzo, por el que se aprueba una nueva demarcación territorial de los Registros de la Propiedad, como alternativa al anterior, prevé en su Disposición Adicional Primera que los Registros en los que se realizara segregación, manteniéndose la misma capitalidad, deberían situarse en locales contiguos en el supuesto que existieran libros comunes a ambos, siendo el archivo común a todos los registradores y todos ellos archiveros, realizándose el traslado de inscripciones a los nuevos libros por el registrador que realice la inscripción y por el sistema de pases, haciéndose constar tal circunstancia mediante la oportuna diligencia a continuación de la última inscripción, anotación o cancelación. Es decir, el traslado de asientos ya no precisa en estos casos de la expedición de una certificación por parte del titular del Registro matriz sino que el nuevo registrador, en tanto que titular también del archivo, que pasa a ser común, realiza por sí dicho traslado.

CUARTO.- (...)La sentencia de instancia razonó la exclusión del sistema de pases previsto con carácter general en la Disposición Adicional Primera del Real

Decreto 398/2000, de 24 de marzo, por no darse el presupuesto de hecho contemplado en dicha norma para su aplicación, esto es que los Registros resultantes de la segregación se situaran en locales contiguos y el archivo fuera común, en la medida en que el Registro de la Propiedad núm. 2 había sido autorizado por la propia Dirección General de los Registros y del Notariado a trasladarse a otra sede, no contigua con la del Registro núm. 1, y esta decisión había devenido firme por no haber sido impugnada.

Este razonamiento lo comparte plenamente esta Sala ya que al desplazarse el nuevo Registro a sede distinta, el archivo dejó de ser compartido con la dificultad que ello conllevaba para realizar el traslado de asientos a los nuevos libros por el sistema de pases. La solución impuesta está contemplada en el Reglamento Hipotecario con carácter general, como vimos anteriormente, y es la que aparece como más razonable desde la perspectiva de un observador imparcial atendida la situación de conflicto existente entre ambos Registradores.(...)

La desviación de poder, aunque no pueda excluirse apriorísticamente en la actividad reglada, ha sido desarrollada fundamentalmente como una técnica de control de la actividad discrecional de la Administración que exige, como *prius*, que la norma proporcione a la Administración un margen de apreciación, de elección, que le permita optar entre diversas soluciones todas ellas válidas en Derecho, y posteriormente se caracteriza por la intencionalidad que persigue la opción elegida, contaminada por una motivación ajena a la que la ley quiso cuando atribuyó la potestad. Pues bien, en el caso enjuiciado ya hemos visto que la solución adoptada, de carácter reglado, es plenamente ajustada a Derecho y, además, se nos presenta como la más razonable atendida las circunstancias concurrentes, entendiéndolo así la Sala de instancia, razón por la que la prueba denegada resultaba irrelevante pues ninguna incidencia podía tener a favor de la estimación de las pretensiones del actor, como irrelevante resulta la propia alegación de desviación de poder contenida en el motivo octavo de su recurso de casación.”

Deber de optar entre varios Registros de la Propiedad. Transitoriedad e interinidad. Incompetencia de la DGRN para interpretar y ejecutar el RD 172/07 por corresponder al Ministro de Justicia.

STS de 16 de mayo de 2012, Rec. Casación 3406/2009

“**TERCERO.-** Esta Sala, en la Sentencia de 21 de febrero de de 2012 (Rec. 178/2009) ya se ha pronunciado sobre la legalidad de una Resolución del Director General de los Registros y del Notariado de idéntico contenido a la que aquí ha sido anulada en la instancia y por motivos parecidos a los ahora alegados.

Dijimos entonces: “(...)”**TERCERO.-** *Abordando ya el examen del motivo primero, es verdad que la Orden Ministerial 3132/2007 -en ningún momento, por cierto, mencionada en la sentencia impugnada- fue aprobada en virtud de una habilitación dada por la disposición final 2ª del Real Decreto 172/2007 para dictar las normas necesarias para su interpretación y aplicación. Sin embargo, no es exacto que, según sostiene el recurrente, dicho art. 3 de la*

Orden Ministerial 3132/2007 sea reproducción del apartado segundo del art. 490 del Reglamento Hipotecario. Éste, en íntima conexión con el apartado primero del mismo precepto reglamentario, trata de la designación de interinos para los Registros de la Propiedad que se encuentren vacantes; y no de la situación que se produce por la división o segregación de un Registro de la Propiedad: de esto último se ocupa el apartado tercero del art. 490 del Reglamento Hipotecario, que, como se desprende de su simple lectura, lejos de establecer una cobertura interina, prevé la continuidad del antiguo titular hasta la toma de posesión del nuevo.

A ello hay que añadir que el acto administrativo que es objeto del litigio no se ciñe a lo previsto en el art. 3 de la Orden Ministerial 3231/2007, ni por consiguiente al apartado tercero del art. 490 del Reglamento Hipotecario: mientras que la citada norma ministerial interpretativa, más arriba transcrita, dice que el Registrador afectado continuará desempeñando ambos Registros de la Propiedad "transitoriamente" hasta la toma de posesión del nuevo titular, el acto administrativo aquí examinado dice que lo hará "como Registrador interino".

Ni que decir tiene que una situación transitoria no es necesariamente lo mismo que una situación interina. Según el Diccionario de la Real Academia Española, "transitorio" significa "pasajero, temporal" o también "caduco, perecedero, fugaz". Se trata, en todo caso, de una noción puramente temporal, referida a aquello que no está llamado a permanecer. De "interino", en cambio, da la siguiente definición: "Que sirve por algún tiempo supliendo la falta de otra persona o cosa. Aplícase más comúnmente al que ejerce un cargo o empleo por ausencia o falta de otro." Si bien aquí también está presente la idea de provisionalidad, lo verdaderamente definitorio es la idea de suplencia, es decir, el ejercicio de un cargo del que no se es titular.

Pues bien, una vez sentado que el tenor del acto administrativo examinado no coincide exactamente con lo dispuesto por los preceptos reglamentarios invocados por el recurrente, conviene señalar que esa discrepancia no es irrelevante, pues dista de ser evidente que los derechos de todo tipo de un Registrador interino sean idénticos a los de un Registrador que, aun hallándose en una situación transitoria, no deja de ser titular del Registro de la Propiedad en cuestión. Y así las cosas, la llamada de atención que la sentencia impugnada hace a lo dispuesto por el apartado tercero del art. 490 del Reglamento Hipotecario es perfectamente pertinente: el Registrador afectado por una división o segregación sigue siendo titular de ambos Registros de la Propiedad hasta la toma de posesión del nuevo titular de aquél por el que no haya optado. Esto es compatible con una situación de transitoriedad, como la contemplada en el apartado anterior del mismo precepto reglamentario y en la Orden Ministerial 3132/2007; pero no lo es con una de interinidad, como la requerida por el acto administrativo examinado.

No cabe, por todo ello, apreciar ninguna vulneración de los preceptos invocados por el recurrente, de manera que el motivo primero de este recurso de casación debe ser desestimado.

CUARTO.- Los motivos segundo y tercero pueden ser analizados conjuntamente, ya que ambos se refieren a un mismo problema: la incompetencia que la sentencia impugnada achaca a la orden de desempeñar interinamente ambos Registros de la Propiedad. La verdad es que alguna razón asiste al recurrente cuando afirma que la Sala de instancia está muy lejos de haber sido clara en este punto. De la lectura de la sentencia impugnada no se infiere si la incompetencia se concibe como una simple consecuencia de haber establecido un deber que no se encuentra en los preceptos reglamentarios aplicables al caso, o si más bien responde a que la provisión de la vacante no corresponde a la Administración del Estado sino a la Junta de Andalucía. Mientras que esto último sería un supuesto de incompetencia subsumible en el art. 62.1.b) LRJ-PAC, lo otro no lo sería.

Dicho esto, forzoso es constatar la irrelevancia de esta cuestión: que el acto administrativo haya incurrido en incompetencia en nada afecta a que, como se ha comprobado más arriba, la orden de continuar ejerciendo ambos Registros de la Propiedad interinamente carecía de fundamento normativo y, por consiguiente, fue correctamente anulada por la sentencia impugnada. Y lo mismo cabe decir del reproche de incongruencia interna: la falta de claridad de la sentencia impugnada en este punto no resta validez a su argumento central, que es el dimanante del apartado tercero del art. 490 del Reglamento Hipotecario.

De aquí que los motivos segundo y tercero de este recurso de casación no puedan prosperar."

En definitiva, la Sentencia transcrita considera que la DGRN carecía de competencia para interpretar y ejecutar el Real Decreto 172/2007, por corresponder al Ministro, razón por la que confirma la Sentencia de instancia que así lo había declarado, razones que son perfectamente trasladables a nuestro caso en el que el Abogado del Estado invoca parecidos argumentos a los allí utilizados para fundar su motivo casacional que, consecuentemente, debe ser desestimado."

Otras sentencias con fundamentos jurídicos análogos: STS de 12 de junio de 2012, RCA 3852/2009; STS 23 de octubre de 2012, RCA 1177/2010.

Interpretación y ejecución del RD 172/07. Vacantes. Concurso ordinario y Concurso especial. Escalonamiento de concursos ordinarios.

STS de 20 de junio de 2012, Rec. Casación 4783/2009

“QUINTO.- Ha de reconocerse que el artículo 2 de la Orden impugnada, al prever que la Dirección General de los Registros y del Notariado proveerá en concurso ordinario, en los años 2007, 2008, 2009 y 2010, los Registros creados por el Real Decreto 172/2007, de 9 de febrero, establece una periodificación o escalonamiento de los concursos ordinarios. Claramente se observa en los anexos de la Orden, en los que se van reseñando los Registros que deben ser objeto de concurso en los indicados años.

La cuestión es si esa periodificación infringe, como en definitiva sostienen los recurrentes en el motivo, el artículo 497 del Reglamento Hipotecario y la Disposición Adicional Segunda del Real Decreto 172/2007.

Llegados a este punto la solución debe ser contraria a la sostenida por los recurrentes, quienes no reparan en que la Disposición Final Segunda del Real Decreto 172/2007, expresamente citada en el preámbulo de la Orden impugnada, al prever en su apartado 1 que *"Se autoriza al Ministro de Justicia para dictar las normas que sean necesarias para interpretar y ejecutar el presente Real Decreto y, en especial, lo relativo a fechas de funcionamiento independiente de los Registros y regulación del período de transición hasta el funcionamiento independiente"*, está contemplando un régimen transitorio hasta el funcionamiento independiente de los Registros y que precisamente a ese régimen transitorio atiende la regulación de la Orden impugnada, en concreto su artículo 2 cuando previene que *"La Dirección General de los Registros y del Notariado proveerá en concurso ordinario en los años 2007, 2008, 2009 y 2010 los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles creados por el Real Decreto 172/2007, de 9 de febrero, que se encuentran relacionados en los anexos I, II, III y IV, respectivamente, de esta Orden"*.

Pero es que además la previsión del artículo 497 del Reglamento Hipotecario relativa a que la provisión de los Registros que deba hacerse conforme al artículo 284 de la Ley -referencia a los concursos regidos por el principio de rigurosa antigüedad- se abrirá por la Dirección General, incluyendo en cada una las vacantes que resultan del anterior y las que vayan ocurriendo hasta el día precedente a la fecha del anuncio del concurso de que se trae, no contempla, no hace mención a los concursos ordinarios precedidos del derecho de opción o concurso especial, limitándose a prever que en los concursos ordinarios se incluyan todas las vacantes, los resultados del concurso ordinario anterior y las que se vayan produciendo hasta el día precedente a la convocatoria.

En línea con lo expuesto significar que tampoco la Disposición Adicional Segunda del Real Decreto 172/2007 ampara la tesis de los recurrentes cuando, con relación a las vacantes que se originen como consecuencia de las resultas de concurso especial, establece que serán objeto de provisión en el concurso ordinario correspondiente. Y es que si por *"correspondiente"* ha de entenderse el pertinente, el que corresponda, es claro que la alegación de los recurrentes no repara en que el régimen transitorio al que hicimos mención precedentemente impide hablar de vacantes, lo que se corrobora precisamente por la Orden impugnada cuando en su artículo 3, párrafo segundo, prevé, de acuerdo con el artículo 480 del Reglamento Hipotecario, que *"... el Registrador afectado, tanto en el caso de que haya optado por el Registro matriz como por el segregado, continuará con el desempeño de ambos registros transitoriamente ya que en los supuestos de creación de un registro por división o segregación de otro, su efectividad no tendrá lugar hasta que tome posesión el nombrado en propiedad"*. Tampoco con apoyo en las previsiones recogidas en las Ordenes de 1984, 1994 y 2000, y por las razones ya expresadas, pueden acogerse las pretensiones de los recurrentes, máxime cuando ni siquiera tratan de justificar que las previsiones de dichas Ordenes contemplaran el régimen de transitoriedad que aquí examinamos. Consecuentemente con lo expuesto el motivo debe desestimarse, en cuanto no encuentra amparo, contrariamente a lo que sostienen los recurrentes, en la

normativa examinada, ni tampoco en la argumentación final relativa a que el "sentido común" impone la inmediatez entre el concurso especial y el concurso ordinario, con referencias o argumentos reveladores de una improcedente prevalencia de un interés personal de los registradores frente al interés público que preside la función que están llamados a cumplir."

10. SEGURIDAD SOCIAL

10.1 ENTIDADES COLABORADORAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Compensación por asistencia sanitaria prestada a los trabajadores. Colaboración no extinguida por voluntad tácita de la Administración. Necesidad de acto expreso, debidamente notificado a la empresa colaboradora.

STS de 22 de febrero de 2011, Rec. Casación 4396/2006

“TERCERO.- Invirtiendo el orden en que han sido presentados, conviene examinar de entrada el motivo primero, a fin de verificar si, en cuanto al fondo del asunto, Banco Urquijo S.A. tiene derecho a obtener compensación por la asistencia sanitaria prestada a sus trabajadores. Pues bien, a este respecto hay que señalar que este caso es sustancialmente idéntico a varios otros que ya han sido resueltos por esta Sala en sentido favorable a las pretensiones de las entidades de crédito que reclamaban compensación por la prestación de asistencia sanitaria a sus trabajadores en idénticos ejercicios a los aquí considerados. Valga, así, la remisión a lo dicho en la sentencia de 1 de diciembre de 2009, recaída en recurso de casación nº 6076/2008:

Tercero.- El motivo no puede prosperar. Esta Sala y Sección en reiteradas ocasiones ha rechazado el recurso de casación interpuesto por el Sr. Abogado del Estado frente a Sentencias en las que se resolvían supuestos similares al aquí decidido. Así, Sentencias de 15 de diciembre de 2006 y 8 de febrero y 22 de julio de 2008, recursos de casación números 1993/2004, 2127/2005 y 6280/2004, y las dictadas con fecha de 13 de octubre de 2009, recaídas en los recursos de casación 1640/2007, 1512/2007, 93/2007 y 228/2007, y lo ha hecho de conformidad con los argumentos que ahora vamos a reiterar por evidentes razones de unidad de doctrina y seguridad jurídica. "En síntesis, poníamos de manifiesto en dichas resoluciones que no resulta aceptable que una colaboración de décadas entre la empresa demandante en instancia y la Administración de la Seguridad Social pueda quedar extinguida por voluntad tácita de la administración, sin comunicación expresa alguna, permitiendo al tiempo que la entidad colaboradora persista en la gestión de la asistencia sanitaria y de la incapacidad laboral derivadas de enfermedad común y accidente no laboral, conforme al apartado 1.b.) del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, sin recibir la contraprestación económica correspondiente, es decir la participación en la fracción de la cuota correspondiente a tales situaciones y contingencias.

Por ello no resulta admisible la invocada conculcación de la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

Tampoco se ha vulnerado el Real Decreto 1380/1999, de 27 de agosto, que establece el procedimiento para hacer efectivo el importe de la compensación económica a las empresas que colaboran en la gestión de la asistencia sanitaria, correspondiente a 1998, de acuerdo con lo establecido en la disposición transitoria sexta de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre. Cabe aceptar que el mencionado Real Decreto agotó su vigencia respecto al período considerado.

Mas la omisión de la Administración en el dictado de un nuevo procedimiento para obtener, en los años sucesivos, la compensación económica a que se refiere la disposición transitoria sexta de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, no puede significar que se hubiera producido la extinción del régimen de colaboración ya que la ausencia de término expreso de finalización en la norma legal exige, por tanto, un acto expreso debidamente notificado a la empresa colaboradora. Su falta, conlleva, "a sensu contrario" entender persistente la colaboración y, por ende, el derecho al resarcimiento económico cuyo procedimiento para hacerlo efectivo, ante la ausencia de norma reglamentaria, es el fijado por la Sala de instancia".

Lo expuesto es bastante para desconocer el argumento que esgrime el motivo de que la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 66/1997 era una norma especial o específica que no podía aplicarse a situaciones distintas de las contempladas en ella sin vulnerar el art. 4.2 del Código Civil que dispone que: "las leyes" de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas". No es posible concebir que esa norma sólo pudiera regir en el ejercicio posterior al que se promulgó por que los efectos que estaba llamada a producir para extinguir la situación que se quería remediar no cumplieron el objetivo que buscaban, y la situación que pretendía clausurar no concluyó con ella sino que continuó vigente a ciencia y paciencia de la Administración que siguió consintiéndola y beneficiándose de su existencia. Que esos fueran sus designios no podrá ponerse en duda, pero que no se hicieron efectivos es igualmente indudable, de modo que no es posible creer que fuera de aplicación el artículo del Código Civil expresado. En definitiva con esta afirmación no hacemos más que apoyar o apostillar las razones ya conocidas y expuestas en las Sentencias precedentes citadas.

En consecuencia, el primer motivo de casación debe ser desestimado."

Compensación por asistencia sanitaria prestada a los trabajadores. Silencio administrativo positivo. Falta de concurrencia de un supuesto de derecho de petición.

STS de 22 de febrero de 2011, Rec. Casación 4396/2006

“CUARTO.- Una vez sentado el derecho de Banco Urquijo S.A. a obtener compensación por la asistencia sanitaria prestada a sus trabajadores en los ejercicios 1999, 2000 y 2001, cabe ya analizar si la falta de respuesta por la Administración dentro de un plazo de tres meses surte efecto estimatorio.

Conviene aclarar, de entrada, que la alegación del Abogado del Estado en el sentido de que la reclamación de 9 de marzo de 2002 fue en realidad un acto de ejercicio del derecho de petición no puede ser acogida. Es bien sabido que el art. 29 CE faculta a los particulares a dirigir todo tipo de peticiones, incluidas sugerencias y protestas, a las autoridades; pero el rasgo verdaderamente propio de dicho derecho de petición, que lo diferencia de las instancias o solicitudes presentadas a la Administración, es que lo pedido es esencialmente graciable; es decir, algo a lo que el peticionario no tiene derecho. El art. 3 de la Ley Orgánica del Derecho de Petición de 12 de noviembre de 2001 es muy claro a este respecto, al decir que las peticiones pueden "versar sobre cualquier materia" y "con independencia de que afecten exclusivamente al peticionario o sean de interés colectivo o general". Por el contrario, cuando un particular reclama a la Administración algo a lo que cree tener derecho, ya no se está en la esfera del derecho de petición, sino en la esfera de las instancias o solicitudes, que determinan la iniciación del correspondiente procedimiento administrativo y el deber de la Administración de resolver (arts. 70 y 42 LRJ-PAC respectivamente). Y frente a esto no resulta convincente argüir, como hace el Abogado del Estado, que la reclamación de 9 de marzo de 2002 fue presentada ante un órgano incompetente, pues el art. 20 LRJ-PAC dispone inequívocamente que "el órgano que se estime incompetente para la resolución de un asunto remitirá directamente las actuaciones al órgano que considere competente, si éste pertenece a la misma Administración Pública". Si había un problema de competencia administrativa, el Ministerio de Sanidad y Consumo habría debido de oficio remitir la reclamación de 9 de marzo de 2002 al órgano de la Administración del Estado que reputase competente, sin que quepa luego en sede jurisdiccional invocar esa pretendida incompetencia administrativa para combatir la pretensión del particular. Tampoco es convincente, por lo demás, la alegación del Abogado del Estado acerca de la inaplicabilidad al presente caso de las normas procedimentales y sustantivas en que se apoyaba la citada reclamación de 9 de marzo de 2002: dado que hace referencia al fondo del asunto, ello tal vez habría podido servir como motivación de una resolución expresa desestimatoria; pero no justifica la falta de resolución expresa, ni transforma una solicitud en que -con razón o sin ella- se reclama algo a lo que se cree tener derecho en un acto de ejercicio del derecho de petición".

11. SINDICATOS

Concesión de subvenciones para actividades complementarias de formación continua. Sindicatos más representativos y otros sindicatos.

STS de 28 de septiembre de 2010, Rec. Casación 459/2009

“QUINTO.- Entrando ya en el fondo de la cuestión planteada, a la vista de la modificación del Acuerdo aprobada con fecha 27 de octubre de 2007, sólo cabe dar la razón al Abogado del Estado. En efecto, el art. 10.5 de Acuerdo en su versión modificada establece que podrán promover planes de formación "las Organizaciones Sindicales distintas de las referidas en el artículo 10.4 del presente Acuerdo, que deberán acreditar la representatividad e implantación en el ámbito correspondiente al plan a realizar, así como la capacidad organizativa y

técnica para su realización". Ello significa que -además de los sindicatos más representativos, a los que se refiere el art. 10.4 del Acuerdo- también los demás sindicatos están facultados para presentar propuestas, sin más condición que tener representatividad en el ámbito correspondiente y capacidad para llevar a cabo el plan de formación; condición que resulta perfectamente razonable y proporcionada, pues sería absurdo que la Administración subvencionase a una entidad sin experiencia en el ámbito a que se refiere el plan de formación propuesto. Por ello, hay que concluir que en ningún momento se privó a la recurrente de la posibilidad de presentar propuestas y, en consecuencia, no cabe hablar de discriminación alguna.

Por lo demás, las alegaciones de que no hubo una convocatoria oficial y que la composición de la Comisión General de Formación Continua predetermina el resultado carecen de solidez. El Acuerdo no prevé que haya convocatorias anuales para la concesión de subvenciones a planes de formación, sino que establece con carácter general que las entidades facultadas para ello presenten sus propuestas en los dos primeros meses de cada ejercicio. Existe, así, un plazo predeterminado para la presentación de propuestas, plazo cuya publicidad está asegurada por la publicación en el Boletín Oficial del Estado del texto del Acuerdo. Esto supone que cualquier entidad activa en el terreno de la formación continua en las Administraciones Públicas puede y debe conocer las condiciones y los tiempos de las subvenciones para ese fin.

Y en cuanto a que la composición de la Comisión General de Formación Continua priva de oportunidades reales de obtener subvención a las entidades no representadas en la misma, es una mera especulación, no sustentada en dato empírico alguno: la recurrente da por supuesto que ello ha de ser necesariamente así; pero no hace el menor esfuerzo por mostrar que la experiencia avale esa suposición. No muestra, por ejemplo, que en el pasado hayan sido rechazadas todas las propuestas provenientes de entidades no representadas en la Comisión General de Formación Continua, o que todas las entidades allí representadas hayan recibido siempre subvenciones; y, así las cosas, su alegato constituye un mero juicio de intenciones, inidóneo para acreditar que haya habido un trato discriminatorio.”

12. TÍTULOS NOBILIARIOS

12.1 NATURALEZA JURÍDICA. JURISDICCIÓN COMPETENTE

Acto graciable de SM el Rey. Competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, cuando se trata de actuaciones y decisiones preparatorias de la decisión real que conforman la actividad administrativa.

STS de 1 de febrero de 2012, Rec. Casación 247/2011

“PRIMERO.- (...)

Alega la recurrente como primer motivo impugnatorio que al ser los Reales Decretos de rehabilitación de dignidades nobiliarias actos graciables de S.M. el Rey, no pueden ser revisados por la Administración al carecer de naturaleza administrativa y *"no emanar ni estar regidos por la Administración"*. Niega, con

apoyo en el argumento expuesto, que el Consejo de Ministros tenga potestad para decretar la nulidad, con la cita y transcripción parcial de la sentencia de esta Sala de 24 de noviembre de 1993, dictada en el recurso contencioso administrativo nº 214/1993.

Sin duda, y así se expresa en la sentencia citada por la recurrente, la rehabilitación de un título nobiliario supone una concreta manifestación del ejercicio de la potestad graciable que, en materia de honores, corresponde en exclusiva a S.M. el Rey (artículo 62.f) de la Constitución y artículos 1 y 2 del Real Decreto 8 de julio de 1922). Corresponde al Rey "... *conceder honores y distinciones con arreglo a las leyes*", dice el citado artículo 62, y ello se corrobora en la normativa específica de aplicación, en los artículos referenciados del Real Decreto de 1922, al reconocer en el primero que "... *corresponde al Rey acordar la rehabilitación de Grandezas de España y Títulos del Reino*" y prever en el segundo que "... *la alegación y probanza (de las condiciones exigidas) no tendrá otra eficacia que la de colocar al interesado en situación de aptitud para que la rehabilitación sea decretada en favor suyo, pero sin que por ello deje de ser plenamente potestativa para la Corona la concesión o denegación de la merced solicitada*".

Ahora bien, el que la rehabilitación de dignidades nobiliarias constituya un acto graciable de S.M. el Rey y que supone, conforme hemos visto, que aquél que reúna las condiciones para ello se coloque en "situación de aptitud" para conseguirla a su favor, pero sin originar un derecho subjetivo, en cuanto la decisión final de la concesión de la merced se reserva exclusivamente a S.M. el Rey, quien en el ejercicio de la prerrogativa regia puede denegarlo, sin posibilidad de impugnación, aún cuando se cumplan aquéllas, no permite inferir, como erróneamente infiere el recurrente, que las actuaciones y decisiones preparatorias de la decisión real no sean impugnables. Lo son, y ante la jurisdicción civil, aquellas que contravienen el mejor derecho genealógico, conforme así se recoge en la sentencia de mención, y lo son también, ante la jurisdicción contencioso administrativa, aquéllas que conforman la actividad administrativa. Así resulta de la sentencia de referencia (fundamento de derecho quinto), en la que, en definitiva, se sigue una reiterada doctrina jurisprudencial de la que es claro exponente la sentencia de 5 de junio de 2001, dictada en los recursos acumulados 500/1997 y 219/1998, al expresar que no constituye excepción a la regla general de enjuiciamiento prevista en el artículo 1 y concordantes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la materia de sucesión nobiliaria, con la advertencia de que ese control judicial "*viene referido necesariamente a aquel aspecto de la actividad administrativa sujeta al derecho administrativo, en supuestos de eventuales violaciones de las normas procedimentales establecidas en el Decreto de 27 de mayo de 1912*".

Pues bien, fundamentada la resolución impugnada en que para la tramitación del título que nos ocupa se confeccionaron diferentes partidas irreales en 1983 y 1984, en los términos ya expresados, mal puede sostenerse la incompetencia de la jurisdicción contencioso administrativa"

Otra sentencia con fundamentos jurídicos análogos: STS de 25 de enero de 2012, RCA 242/2011.

Litigio entre aspirantes a la sucesión de un título nobiliario con apoyo en un mejor derecho. Competencia de la jurisdicción civil.

STS de 24 de septiembre de 2010, Rec. Casación 5831/2006

“**TERCERO.**- La naturaleza complementaria de uno y otro motivo viabiliza su tratamiento único y, al respecto, procede ya anunciar una respuesta desestimatoria de ambos, con apoyo en una reiterada Jurisprudencia que declara que el litigio entre aspirantes a la sucesión de un título nobiliario con apoyo en un mejor derecho debe ser resuelto por los Tribunales Civiles.

En el fundamento cuarto de la sentencia de 1 de junio de 2010, dictada en el recurso de casación nº 2579/2007, dijimos que: *"En cuanto al motivo segundo, está en lo cierto la sentencia impugnada cuando dice que la determinación por la jurisdicción civil de quién tiene mejor derecho a la sucesión de un título nobiliario hace perder su objeto a cualquier debate sobre la corrección del procedimiento administrativo incoado a propósito de esa misma sucesión. No hay que olvidar que la decisión en vía administrativa sobre la sucesión a un título nobiliario se produce siempre salvo el mejor derecho de tercero; y, por ello, si surge un tercero que sostiene tener mejor derecho a ese título que la persona a quien se lo ha reconocido la Administración, el litigio entre los aspirantes a la sucesión debe ser resuelto por los tribunales civiles. Ante éstos podrán las partes probar y alegar cuanto estimen pertinente, careciendo en principio de relevancia cuanto haya ocurrido en el procedimiento administrativo. Precisamente por esta razón, si hay una decisión de la jurisdicción civil, el procedimiento administrativo y sus secuelas contenciosas quedan efectivamente privados de objeto"*.

Y en la Sentencia de 13 de marzo de 1987, de la entonces Sala Cuarta, citada en la de 5 de junio de 2001, se decía que *"Como es sabido la Ley Jurisdiccional (art. 1.º y conc.) ha sometido a control jurisdiccional todo acto o disposición de la Administración sujeto al Derecho Administrativo, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican (materia hoy constitucionalizada, art. 106,1 de la C. E.) y por ello la materia de sucesión nobiliaria no es una excepción a la regla general de enjuiciamiento, si bien este control judicial viene referido necesariamente a aquel aspecto de la actividad administrativa sujeta al derecho administrativo, en supuestos de eventuales violaciones de las normas procedimentales establecidas en el D. de 27 de mayo de 1912, R. O. de 21-10-22 y demás disposiciones complementarias entre las que se encuentran las que rigen la actuación de los órganos intervinientes, como el Consejo de Estado, unido todo ello a la existencia de supuestos en que la Administración no actúa tanto por sí, como en nombre de un poder de soberanía que corresponde al Rey en ejercicio de competencias no administrativas, sino constitucionales -art. 62, f) de la C. E. y sentencias de esta Sala de 18 junio 84 (Ar. 4631), y 24-de enero-86 (Ar. 889),STC 27/1982, de 24 de enero 82, y STC 68/1985, de 27 de mayo 85-. Finalmente el ámbito de la jurisdicción contenciosa viene determinado por el campo del derecho administrativo, no alcanzando, pues, a los aspectos regidos por el derecho nobiliario material, de índole civil y respecto del cual sólo son competentes los tribunales civiles ordinarios -art. 30 de la R. O. de 21 de Octubre de 1922 y art. 12 del R. D. 8 julio del mismo año en relación con los*

arts. 51 y 483, n.º 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y art. 2,ª de la Ley Jurisdiccional-".

12.2 CUESTIONES DIVERSAS

12.2.1 NULIDAD Y ANULABILIDAD DEL ACTO.

Nulidad y anulabilidad del acto recurrido. Incompetencia jerárquica.

STS de 24 de junio de 2011, Rec. Casación 3329/2008

“TERCERO.- (...)

En el último de los motivos, también al amparo de la letra d) del art. 88.1 LJCA, el actor insiste en la nulidad de pleno derecho del acto recurrido frente a la anulabilidad declarada en la sentencia, invocando al respecto como infringidos el artículo 62.1b) de la Ley 30/1992, así como de la Disposición Adicional Decimosexta, 1 de la LOFAGE; artículos 62-f) CE; 5.1 k) y 4.1 de la Ley 50/1997 de 27 de noviembre del Gobierno, y de los artículos 11 y 13 del Real Decreto de 8 de julio de 1922, por considerar absolutamente incompetente al Ministro de Justicia para acordar la revisión de oficio de un Real Decreto acordado en Consejo de Ministros y expedido por S.M. el Rey. Olvida la parte que el art. 62.1.b) de la Ley 30/1992 reserva exclusivamente la nulidad de pleno derecho a los supuestos de incompetencia material o territorial, siendo dicho precepto de interpretación restrictiva o limitada pues en el orden jurídico administrativo, por razón de los fines que persigue la Administración que son de carácter general y público y de la presunción de validez de la que gozan sus actos, el principio general que rige en el Derecho privado de nulidad de pleno Derecho, expresado fundamentalmente en el art. 6.3 del Código Civil, se sustituye por la regla general de anulabilidad o nulidad relativa, reservándose la nulidad absoluta en este orden jurídico a los supuestos establecidos en la Ley. Por tanto, ante la falta de un mandato taxativo que estableciera este concreto supuesto de incompetencia jerárquica del Ministro respecto del Consejo de Ministros como un supuesto de nulidad de pleno derecho la consecuencia no puede ser otra que la establecida en la sentencia.”

Otra sentencia con fundamentos jurídicos análogos: STS de 22 de septiembre de 2011, RCA 232/2008.

Nulidad del acto recurrido. Actos de contenido imposible. Actos constitutivos de delito.

STS de 9 de mayo de 2012, Rec. Casación 230/2011

“SEGUNDO.- Razón asiste a la parte recurrente cuando aduce como motivo impugnatorio la inaplicación del artículo 62.1 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Por constituir las causas de nulidad contempladas en dicho precepto derecho sustantivo y no procedimental, no es invocable al amparo de la disposición transitoria segunda de la citada Ley, que solo afecta a aspectos rituarios.

En consecuencia, necesariamente ha de estarse a las causas de nulidad específicamente expresadas en el artículo 47.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, limitadas en su texto a los siguientes actos: a) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente. b) Aquellos cuyo contenido sea imposible o sean constitutivos de delito. c) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para ello o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiales.

Pues bien, al no ofrecer cuestionamiento alguno que la Orden de 26 de septiembre de 1984, por la que se acuerda la expedición del título, no resulta incardinable en los supuestos contemplados bajo las letras a) y c), el tema de debate se centra en si el caso de autos encuentra encaje en las previsiones de la letra b) de la indicada norma, lo que merece una respuesta positiva en el dictamen del Consejo de Estado, cuando tras expresar la inaplicación del artículo 62.1.d) de la Ley 30/1992 por las razones que anteriormente referimos, observa, al amparo del artículo 47.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, que considera aplicable, una doble causa de nulidad de pleno derecho: Una.- Que el contenido del acto deviene imposible por la ausencia de un presupuesto fáctico básico exigido para dictar el acto administrativo. Dos Que el acto es constitutivo de delito por haber sido determinado por un elemento en que incurre un ilícito penal, su falsificación, declarado por un órgano jurisdiccional.

En cuanto a la primera causa, en atención al criterio restrictivo con que la jurisprudencia delimita el concepto de acto imposible, la solución no puede ser otra que la de negar que la Orden de 26 de septiembre de 1984 constituya, por su contenido, un acto imposible.

Referida la imposibilidad que contempla la norma a la de carácter material o físico no puede predicarse la imposibilidad de un acto que data de 26 de septiembre de 1984 y que ha surtido todos sus efectos desde dicha fecha, circunstancia por si sola reveladora de que no nos encontramos ante una imposibilidad física o material.

Tampoco incurre el acto en contradicción interna en su términos o en indeterminación, ambigüedad o ininteligibilidad, circunstancias equiparables a la imposibilidad material por impedir el conocimiento de su alcance.

Lo que aprecia el Consejo de Estado en su dictamen es la inexistencia de un presupuesto básico para dictar el acto, esto es, la no concurrencia de un requisito necesario, lo que en puridad nos traslada a los conceptos de ilegalidad y anulabilidad, pero no al de nulidad radical o de pleno derecho.(...)

En cuanto a la segunda ha de reconocerse que las causas de nulidad radical o de pleno derecho deben ser objeto de interpretación restrictiva. Los fines que persigue la Administración, de carácter general y público, junto con la presunción de validez de que gozan los actos administrativos, hace que el principio general que rige en el derecho privado de nulidad de pleno derecho expresado fundamentalmente en el artículo 6 del Código Civil, se sustituya por la regla general de anulabilidad o nulidad relativa, reservándose la nulidad radical a los supuestos establecidos en la Ley.

Ahora bien, ese criterio restrictivo que debe presidir la interpretación de las causas legales de nulidad de pleno derecho no puede conducir a negar que concurre la causa de nulidad de tal naturaleza del apartado b) del artículo 47.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, cuando, aún no siendo el acto en sí constitutivo de delito, como no lo es evidentemente la Orden de 26 de septiembre de 1984, intervienen en su dictado elemento o elementos determinantes constitutivos de delito.

El que en el artículo 47.1.c) de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 se contemple exclusivamente como causa de nulidad de pleno derecho los actos administrativos constitutivos de delito, a diferencia del artículo 62.1.d) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, modificado por la Ley 4/1999, de 13 de enero, en el que se incluye como causa de nulidad de tal naturaleza no solo los actos "*que sean constitutivos de infracción penal*" sino también los que "*se dicten como consecuencia de ella*", no permite concluir, con apoyo en una interpretación literalista de las causas de nulidad radical, que no incurre en nulidad de pleno derecho aquel acto cuyo dictado viene determinado por un ilícito penal."

12.2.2 CADUCIDAD

Nulidad del Decreto por el que se rehabilita título nobiliario. Caducidad del procedimiento administrativo. Artículo 102.5 de la Ley 30/1992.

STS de 23 de enero de 2012, Rec. Casación 279/2011

“**SEGUNDO.-** Se alega en primer término por la recurrente, como motivo determinante de la nulidad interesada, que se han sobrepasado los tres meses de que dispone la Administración para tramitar el procedimiento, fundando tal alegación en lo dispuesto en los artículos 42.2 y 3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, entendiendo el Sr. Abogado del Estado que en todo caso la resolución está dictada dentro del plazo que determina para apreciar la caducidad el artículo 102.5 de dicha Ley.

Ante todo ha de precisarse que la resolución de 18 de febrero de 2011 no puede entenderse notificada, como pretende la recurrente, el 11 de marzo, puesto que ya con anterioridad, el 5 de marzo, había sido practicada notificación a través del BOE, e igualmente, el cómputo del plazo en ningún caso permite excluir tan sólo el período comprendido entre la suspensión acordada para interesar el dictamen del Consejo de Estado, hasta la emisión del mismo, sino hasta su recepción por parte del órgano administrativo que estaba tramitando la revisión, recepción ésta que se produjo el 18 de febrero.

En cualquier caso y como indica el Sr. Abogado del Estado, esta Sala en sentencia de 18 de marzo de 2008 ha mantenido el plazo de tres meses expresado en el artículo 102.5 de la Ley 30/1992, que regula en concreto la caducidad de este tipo de procedimientos y que, a diferencia de lo que ocurre con otros preceptos, en éste no hay referencia a la notificación sino al dictado de la propia resolución, por lo que en el presente caso y teniendo en cuenta que el expediente

se concluyó por resolución del 18 de febrero de 2011, con independencia de su notificación, el procedimiento debe tenerse por tramitado dentro de plazo y no caducado, al no haberse sobrepasado el plazo para resolver que, como expresa el Sr. Abogado del Estado, era el 4 de marzo de 2011.

Por otro lado, y en el presente caso, ha de ponerse de relieve la particular circunstancia de que el órgano administrativo que tenía a su cargo la tramitación del expediente, extremó la diligencia debida en la tramitación de la notificación, puesto que, y fundado seguramente en la falta de recepción en plazo prudente del justificante de la notificación por correo certificado, procedió incluso a su notificación por edictos, antes, desde luego, del transcurso del último día de plazo para dictar resolución.

La pretensión de la recurrente de que en el presente caso ha de entenderse exigible para el cómputo de los tres meses, el transcurso del tiempo entre la iniciación del expediente y su notificación haría del todo punto imposible la concordancia de dicho criterio con el señalado como de caducidad en el artículo 102.5 de la Ley 30/1992, ya que ello exigiría que el mismo día en que terminaba el plazo para la caducidad se procediera sin pérdida de tiempo a la notificación dentro del mismo día del correspondiente acuerdo, lo que haría irreal, por imposible, la aplicación del criterio que mantiene la recurrente.”

Otras sentencias con fundamentos jurídicos análogos: STS de 22 de mayo de 2012, RCA 281/2011; STS de 16 de mayo de 2012, RCA 278/2011; STS 8 de mayo de 2012, RCA 277/2011.

Aplicación de la DA3ª de la Ley 30/1992 al procedimiento de rehabilitación de título nobiliario. Caducidad del procedimiento. Ausencia de requerimiento de inactividad al interesado.

STS de 28 de mayo de 2012, Rec. Casación 4187/2009

“SEGUNDO.- (...)

La Disposición Adicional Tercera de la Ley 30/1992, bajo el epígrafe *"Adecuación de procedimientos"*, indica que reglamentariamente, en el plazo de dieciocho meses a partir de su entrada en vigor, se llevará a efectos la adecuación a la misma de las normas reguladoras de los distintos procedimientos administrativos, cualquiera que sea su rango, con específica mención de los efectos estimatorios o desestimatorios que la falta de resolución expresa produzca.

La finalidad de la norma no es otra que adaptar a los distintos procedimientos existentes a la entrada en vigor de la Ley 30/1992 los cambios introducidos por ella en materia de silencio administrativo.

Nada se dice sobre la exclusión de su ámbito de aplicación del procedimiento de rehabilitación de títulos nobiliarios como sostiene el señor Abogado del Estado. El art. 11 del Real Decreto de 27 de mayo de 1912, por el que se establecen las reglas para la concesión y rehabilitación de Títulos y Grandezas, señala que *los interesados que solicitaren la sucesión o rehabilitación de una dignidad nobiliaria habrán de completar la justificación de su derecho en el plazo*

máximo de un año, y obtener el correspondiente Real despacho una vez mandado expedir en el de seis meses, dejándose sin efecto la concesión o rehabilitación si así no sucediese.

Se establece aquí un supuesto de caducidad del procedimiento por inactividad del solicitante durante un plazo determinado, supuesto que se identifica con el regulado en el art. 92 de la Ley 30/1992 como acertadamente apunta la Sala de instancia. Pues bien, el precepto legal exige, cuando se produce la paralización del procedimiento iniciado a instancia del interesado, que la Administración le advierta de su inactividad antes de adoptar medida alguna y sólo cuando transcurran tres meses desde ese requerimiento podrá la Administración acordar la extinción del procedimiento por caducidad. No hay razón alguna por la que esta exigencia, presupuesto de la caducidad, no sea aplicable a los expedientes de sucesión o rehabilitación de una dignidad nobiliaria regulados en el Real Decreto de 27 de mayo de 1912 pues, según hemos visto, la Disposición Adicional Tercera de la Ley 30/1992 no establece la exclusión de aplicación que el señor Abogado del Estado le atribuye.”

Rehabilitación de título nobiliario. Plazo de caducidad establecido en el artículo 3 del RD 222/1988. Principio de jerarquía normativa. Ausencia de rango de ley del RD de 27 de mayo de 1912 y de 8 de julio de 1922.

STS de 12 de diciembre de 2012, Rec. Casación 3749/2010

“**TERCERO.-** Abordando ya el motivo primero, la idea de que la Ley de 4 de mayo de 1948 habría conferido rango de ley a la normativa anteriormente reguladora de los títulos nobiliarios carece de fundamento alguno. Sin necesidad de reiterar ahora lo ya expuesto en la sentencia de esta Sala de 10 de febrero de 2010, baste recordar lo que el artículo 1 de la Ley de 4 de mayo de 1948 dice literalmente:

Se restablecen, en cuanto no se opongan a la presente Ley y Decretos que la complementen, las disposiciones vigentes hasta el catorce de abril de mil novecientos treinta y uno sobre concesión, rehabilitación y transmisión de Grandezas y Títulos del Reino, ejercitándose por el Jefe del Estado la gracia y prerrogativa a que aquéllas se refieren.

Pues bien, nada en la letra ni en la finalidad del citado precepto permite pensar que lleve a cabo a una remisión "recepticia", es decir, que esas disposiciones anteriormente vigentes en la materia -a las que se hace la remisión- hayan adquirido la misma fuerza de la norma remitente. Lo único que cabe razonablemente leer en el art. 1 de la Ley de 4 de mayo de 1948 es una indicación de dónde debe buscarse la regulación de la concesión, rehabilitación y transmisión de los títulos nobiliarios; regulación que la propia Ley de 4 de mayo de 1948 no hace, pues se limita sustancialmente al restablecimiento del reconocimiento oficial de aquéllos. Para que una norma reglamentaria sea elevada de rango, es preciso que una ley lo establezca de manera clara e inequívoca; lo que desde luego no ocurre en el presente caso. En resumen, los títulos nobiliarios fueron restablecidos por la Ley de 4 de mayo de 1948 y la regulación de los mismos debe buscarse en la normativa anterior sobre la

materia, sin que haya mutado el rango correspondiente a cada disposición precedente.

No es ocioso, llegados a este punto, hacer una observación adicional: hablar de la Ley de 4 de mayo de 1948 como de una norma con rango de ley en el sentido actual de la expresión -esto es, con el significado y las consecuencias que a dicha noción atribuye la vigente Constitución Española- no deja de ser, cuanto menos, un abuso del lenguaje. La idea de rango de ley- al igual que, más en general, la distinción entre ley y reglamento, de la que aquélla es expresión- sólo tiene verdadero sentido allí donde hay un Parlamento representativo que aprueba la ley, a la cual quedan jerárquicamente subordinadas las normas adoptadas por el Poder Ejecutivo. En este orden de consideraciones, resulta sumamente ilustrativo que la Ley de 4 de mayo de 1948 sea promulgada con las siguientes palabras: "En su virtud, y de conformidad con la propuesta elaborada por las Cortes Española, dispongo." Incluso gramaticalmente queda claro que es producto de una única voluntad personal y, en semejante circunstancia jurídico-político, la idea de rango de ley es una fórmula hueca, sencillamente porque todo el poder residía en una sola persona. Téngase en cuenta además que la España de 1948 estaba aún lejos la "institucionalización administrativa", que tuvo lugar a partir de la segunda mitad de los años cincuenta.

CUARTO.- Aún con respecto al motivo primero, debe examinarse si con base en "el art. 9 de la Ley Presupuestaria de 26 de diciembre de 1914" cabe afirmar, como hace el recurrente, que el Real Decreto de 27 de mayo de 1912 adquirió rango de ley. A decir verdad, se trata de una afirmación no argumentada ni desarrollada, por lo que podría sin más ser ahora rechazada; máxime teniendo en cuenta que la norma alegada es de naturaleza presupuestaria y que no ha dejado traza generalmente conocida en el desarrollo del ordenamiento jurídico español. No obstante, esta Sala, haciendo honor al exigente principio *iura novit curia*, ha hecho las averiguaciones pertinentes, supliendo así la parquedad del escrito de interposición del recurso de casación en este punto. Pues bien, en la Gaceta de Madrid de 27 de diciembre de 1914 se encuentra publicada la ley, sancionada y promulgada el día anterior, por la que se aprobó el Presupuesto para el año 1915. Su art. 9 establecía, bajo determinadas condiciones, una exención de penalidades por tributos dejados de pagar a favor de quienes hiciesen la correspondiente declaración y, en este contexto, se recoge un último párrafo con el siguiente tenor:

Durante el mismo plazo, las caducidades de grandezas y títulos que hubieren sido declaradas, quedarán alzadas a favor de los descendientes por línea rigurosamente directa de los respectivos concesionarios que lo soliciten, antes del 1º de Abril, los cuales deberán satisfacer, por tanto, los impuestos que corresponderían a dichas dignidades si no hubieran sido caducadas, entendiéndose modificadas, en cuanto a estas prescripciones se opongán, las de las leyes vigentes, que en todo lo demás tendrán igual fuerza de ley, así como todo lo que se dispone en el Real decreto de 29 de Mayo de 1912 y demás disposiciones que rijan en esta materia.

A ello hay que añadir que en la Sección 1ª del Estado de Ingresos, relativa a contribuciones directas, se incluye la previsión de un millón de pesetas por el impuesto "sobre Grandezas y Títulos de Castilla".

Pues bien, de esta lectura de la ley por la que se aprobó el Presupuesto para el año 1915 cabe concluir que la cita de su art. 9 hecha por el recurrente -arriba transcrita- es incompleta y parcial. Contrariamente a lo que pretende el recurrente, ese precepto no dice que tendrá fuerza de ley todo lo que se dispone en el Real Decreto de 27 de mayo de 1912. Lo que hizo fue alzar la caducidad de ciertos títulos nobiliarios siempre que así se solicitara antes del 1 de abril de 1915 y se pagara el correspondiente impuesto; y para evitar confusiones, tras aclarar que ello implicaba una modificación singular de las leyes vigentes, añadía que éstas conservaban su propia fuerza de obligar en todo lo demás, como también la conservaba el Real Decreto de 29 de mayo de 1912 y las demás disposiciones reguladoras de la materia. En otras palabras, el inciso final del citado art. 9 aclaraba que el alzamiento de la caducidad de los títulos nobiliarios por él dispuesta operaba sólo para ese supuesto y, por tanto, no implicaba una derogación o reforma con alcance general de las normas reguladoras de la concesión, rehabilitación y transmisión de los títulos nobiliarios. En el fondo, si se analiza con atención, el art. 9 dice exactamente lo contrario de lo que pretende el recurrente, a saber: que la regulación general recogida en el Real Decreto de 27 de mayo de 1912 no se veía afectada por el alzamiento de la caducidad dispuesto para quienes solicitaran la rehabilitación en los términos previstos por el propio art. 9.”

12.2.3 OTROS SUPUESTOS

Título obtenido mediante documentación falsa y manipulada.

STS de 23 de enero de 2012, Rec. Casación 279/2011

“TERCERO.- (...)

Tampoco la alegación de la recurrente, en función del carácter absolutorio de la condena penal para la misma, puede tener eficacia anulatoria del acuerdo de revisión; basta precisar para ello que según expresa la propia sentencia de lo penal, la absolución se fundó en no existir acusación por parte del Ministerio Fiscal contra la recurrente, así como la naturaleza no sancionable, por modificación de la norma, de la utilización de nombre supuesto, sin que pueda aceptarse que la rehabilitación acordada en base a documentación falsa y manipulada, tanto de los sucesivos enlaces genealógicos a través de partidas falsificadas como de los documentos acreditativos de méritos, puedan consagrar una rehabilitación manifiestamente improcedente concedida por el Jefe del Estado, quien toma en consideración la nobleza y linaje de quien se hace merecedor de la distinción, todo ello sin perjuicio de que, y en función de documentos auténticos, los afectados puedan volver a obtener la rehabilitación interesada.

Como con razón expone el Abogado del Estado, las sentencias que declaran el fraude y la falsedad de documentos genealógicos obligan a la Administración a abordar la revisión de oficio y la declaración de nulidad absoluta de aquellas resoluciones que han sido adoptadas bajo la cobertura de aquellos documentos falsos, evitando por otra parte la errónea creencia de la correcta de tentación por

el camino de sucesión o rehabilitación de un título, confirmado a través de la correspondiente rehabilitación por el Jefe del Estado.”

Otras sentencias con fundamentos jurídicos análogos: STS de 22 de mayo de 2012, RCA 281/2011; STS de 16 de mayo de 2012, RCA 278/2011; STS de 8 de mayo de 2012, RCA 277/2011.

Límites a la facultad de revisión de la Administración. Artículo 106 de la Ley 30/1992.

STS de 9 de mayo de 2012, Rec. Casación 230/2011

“**TERCERO.-** (...)”

Parece olvidar el recurrente que nos encontramos ante el ejercicio de una potestad graciable que, en materia de honores, corresponde en exclusiva a S.M. el Rey (artículo 62, Constitución Española, y artículos 1 y 2 del Real Decreto 817/1922), y que por ser los títulos nobiliarios un mero reconocimiento honorífico, cuya finalidad no es otra que mantener vivo el recuerdo histórico al que se debe su otorgamiento, no se compagina su pervivencia cuando, como sucede en el caso enjuiciado, la rehabilitación viene determinada esencialmente por unos documentos constitutivos de delito.

Pero con independencia de la incompatibilidad precedentemente referenciada, es de advertir que ninguna de las razones esgrimidas por el recurrente, ni conjunta ni separadamente, tienen virtualidad suficiente para la finalidad pretendida.

Sin poner en duda la errática actuación de la Administración, generadora de gastos, molestias e incertidumbre; ni la buena fe del recurrente; ni su tenaz lucha en mantener el título; ni la apariencia de buen derecho sobre el hecho sucesorio; ni la encomiable labor desarrollada por la Fundación Marqués de Vivanco; lo que cuestionamos es que tales circunstancias tengan encaje en el artículo 106 y actúe como límite a la revisión, cuando precisamente lo que colisiona con la consideración que merece un título nobiliario es que se obtenga mediante la aportación de documentos falsos sancionados como delito, máxime cuando nada impide que pueda ser solicitada de nuevo la merced, con la aportación de la documentación pertinente.

Advertir que ninguna de las sentencias referenciadas por el recurrente contemplan la nulidad de pleno derecho de los actos que refieren por estar determinados esencialmente, como sucede en el caso enjuiciado, por un hecho delictivo, que sin duda no se compagina con la dignidad reconocida.

Además, no se puede dejar de tener en cuenta que en el caso de litis resulta más que cuestionable que la seguridad jurídica se vea afectada, cuando resulta que el proceso penal se inicia como mas tarde en el año 1991, seis años después de la expedición de la Real Orden, con lo que ello supone en orden a la incertidumbre de su bondad, y no finaliza hasta el 4 de diciembre de 1998, fecha en que recae la sentencia del Tribunal, y cuando terminada la vía penal, aunque con tramitaciones irregulares, se incoan los expedientes administrativos.”.