

Anuario Jurídico de La Rioja

16

2011
2012

CRÓNICA:

Crónica de Tribunales

Alfonso Melón Muñoz



UNIVERSIDAD
DE LA RIOJA

CRÓNICA DE TRIBUNALES (2011-2012)

ALFONSO MELÓN MUÑOZ

INTRODUCCIÓN

En las páginas siguientes se recogen, con brevedad o extensión variable, reseñas y comentarios de diversas resoluciones judiciales relevantes dictadas bien en la jurisdicción y partidos judiciales de la Comunidad Autónoma de La Rioja o de relevancia y ámbito generales y, por tanto, con incidencia en aquellos, producidas, notificadas, publicadas o conocidas en el periodo al que se contrae el presente número del **Anuario**. Se incorporan asimismo, de acuerdo con un criterio de actualidad, algunas sentencias dictadas con posterioridad, atendida su conexión con otras temporáneas que efectivamente se analizan; o en función de su relevancia en el contexto presente, aun ajenas al periodo objeto de consideración, por su especial interés, como es el caso de la primera y de la última analizadas.¹

1. Cláusulas abusivas y ejecución hipotecaria (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 14-3-2013 Asunto C-415/11)

Ha de partirse del Real Decreto Legislativo 1/2007 –texto refundido de la ley de protección de consumidores y usuarios– arts. 82 y ss., conforme al que se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que este dependa.

¹ Buena parte de las resoluciones seleccionadas son objeto de referencia y estudio en *Memento Práctico Francis Lefebvre Procesal Civil 2013*. A. MELÓN (Dir.). Madrid. 2013; *Memento Práctico Francis Lefebvre Procesal Penal 2013*. A. MELÓN (Dir.). Madrid. 2013; *Memento Práctico Francis Lefebvre Procesal Contencioso-Administrativo 2013*. A. MELÓN (Dir.). Madrid 2013; y *Memento Práctico Francis Lefebvre Administrativo 2013*. A. MELÓN (Dir.). Madrid. 2013. Se ha seguido en la exposición de su análisis, en la mayoría de los casos, el criterio expositivo de dichas obras.

No obstante lo expuesto en todo caso son abusivas las cláusulas que

- a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario,
- b) limiten los derechos del consumidor y usuario,
- c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato,
- d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba.

En lo que respecta al procedimiento de requerimiento de pago y ejecución forzosa, la normativa aplicable es la Ley de Enjuiciamiento Civil arts. 681 a 698, regulatorios del procedimiento de ejecución hipotecaria. También, la Ley Hipotecaria arts.131 y 153 bis.

Los datos del supuesto enjuiciado en el proceso principal, a partir del que se plantea la cuestión prejudicial son los siguientes:

- Contrato de préstamo con garantía hipotecaria; siendo el inmueble sobre el que se constituía dicha garantía la vivienda familiar del deudor ejecutado.
- Intereses de demora anuales del 18,75 % automáticamente devengables respecto de las cantidades no satisfechas a su vencimiento, sin necesidad de realizar ningún tipo de reclamación por la entidad de crédito acreedora hipotecaria.
- Facultad para la entidad de crédito de declarar exigible la totalidad del préstamo en el caso de que alguno de los plazos pactados venciera sin que el deudor hubiese cumplido su obligación de pago de una parte del capital o de los intereses del préstamo.
- Pacto de liquidez, que preveía no solo la posibilidad de que la entidad de crédito recurriera a la ejecución hipotecaria para cobrar una posible deuda, sino también de que pudiera presentar directamente a esos efectos la liquidación mediante el certificado oportuno que recogiese la cantidad exigida.

El deudor hipotecario fue objeto de ejecución y lanzamiento de su vivienda. Posteriormente, presentó demanda declarativa de nulidad, por abusiva, de la cláusula relativa al pacto de liquidez, solicitando dejar sin efecto el resultado del procedimiento de ejecución hipotecaria.

El juzgado ante el que se sustanció dicha acción, manifestó dudas en cuanto a la conformidad del Derecho español con el marco jurídico comunitario, planteando cuestión prejudicial. En particular, señalando que si, a efectos de la ejecución forzosa, el acreedor opta por el procedimiento de ejecución hipotecaria, las posibilidades de alegar el carácter abusivo de alguna de las cláusulas del contrato de préstamo son muy limitadas, ya que quedan postergadas a un procedimiento declarativo posterior, que no tiene efecto suspensivo. El órgano jurisdiccional remitente consideró que, por este motivo, resulta muy complicado para un juez español garantizar una protección eficaz al consumidor en dicho procedimiento de ejecución hipotecaria y en el correspondiente proceso declarativo. Por tanto plantea la cuestión de si el sistema de ejecución de títulos judiciales sobre bienes hipotecados o pignorados establecido en LEC art.695 s, con sus limitaciones en cuanto a los motivos de oposición, supone una limitación evidente de la tutela del consumidor por cuanto representa formal y materialmente una clara obstaculización a aquél para el ejercicio de acciones o recursos judiciales que garanticen una tutela efectiva de sus derechos.

Al tiempo, se requiere al TJUE para que pueda dar contenido al concepto de desproporción de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, 5-4-93, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en orden:

- a) A la posibilidad de vencimiento anticipado en contratos proyectados en un largo lapso de tiempo por incumplimientos en un período muy limitado y concreto.
- b) La fijación de unos intereses de demora que no coinciden con los criterios de determinación de los intereses moratorios en otros contratos que afectan a consumidores (créditos al consumo) y que en otros ámbitos de la contratación de consumidores se podrían entender abusivos y que, sin embargo, en la contratación inmobiliaria no disponen de un límite legal claro, aun en los casos en los que hayan de aplicarse no solo a las cuotas vencidas, sino a la totalidad de las debidas por el vencimiento anticipado.
- c) La fijación de mecanismos de liquidación y fijación de los intereses variables –tanto ordinarios como moratorios– realizados unilateralmente por el prestamista vinculados a la posibilidad de ejecución hipotecaria y que no permiten al deudor ejecutado que articule su oposición a la cuantificación de la deuda en el propio procedimiento ejecutivo, remitiéndole a un procedimiento declarativo en el que cuando haya

obtenido pronunciamiento definitivo la ejecución habrá concluido o, cuando menos, el deudor habrá perdido el bien hipotecado o dado en garantía, cuestión de especial relevancia cuando el préstamo se solicita para adquirir una vivienda y la ejecución determina el desalojo del inmueble.

En cuanto a la primera cuestión, en el sistema procesal español vigente al tiempo de plantearse y resolverse la cuestión prejudicial, la adjudicación final a un tercero de un bien hipotecado adquiere siempre carácter irreversible, aunque el carácter abusivo de la cláusula impugnada por el consumidor ante el juez que conozca del proceso declarativo entrañe la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria, salvo en el supuesto de que el consumidor realice una anotación preventiva de la demanda de nulidad de la hipoteca con anterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas. No obstante, existe un riesgo no desdeñable de que el consumidor afectado no practique esa anotación preventiva en los plazos fijados para ello, ya debido al carácter sumamente rápido del procedimiento de ejecución en cuestión, ya porque ignora o no percibe la amplitud de sus derechos.

Por consiguiente, procede declarar que un régimen procesal de este tipo, al no permitir que el juez que conozca del proceso declarativo, ante el que el consumidor haya presentado una demanda alegando el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, adopte medidas cautelares que puedan suspender o entorpecer el procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas resulte necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final, puede menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva (TJUE 13-3-2007 Asunto Unibet, C-432/05). Por ello, la normativa española controvertida en el litigio principal (antes citada) no se ajusta al principio de efectividad, en la medida en que hace imposible o excesivamente difícil, en los procedimientos de ejecución hipotecaria iniciados a instancia de los profesionales y en los que los consumidores son parte demandada, aplicar la protección que la Directiva pretende conferir a estos últimos.

De donde resulta que es contraria a la Directiva la normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que, al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adopte medidas

cautelares, como la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final.

Respecto de la segunda cuestión prejudicial, se declara que:

- Corresponde al juez comprobar si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate; si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo; si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo.
- En cuanto a la cláusula relativa a la fijación de los intereses de demora, procede recordar que el juez remitente debe comprobar, por un lado, las normas nacionales aplicables entre las partes en el supuesto de que no se hubiera estipulado ningún acuerdo en el contrato controvertido o en diferentes contratos de ese tipo celebrados con los consumidores y, por otro lado, el tipo de interés de demora fijado con respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que este persigue en el Estado miembro de que se trate y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos.
- Por último, en lo que atañe a la cláusula relativa a la liquidación unilateral por el prestamista del importe de la deuda impagada, vinculada a la posibilidad de iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria, procede señalar que el juez remitente deberá determinar si –y, en su caso, en qué medida– la cláusula de que se trata supone una excepción a las normas aplicables a falta de acuerdo entre las partes, de manera que, a la vista de los medios procesales de que dispone, dificulta el acceso del consumidor a la justicia y el ejercicio de su derecho de defensa.

Todo ello, teniendo en cuenta que el concepto de «desequilibrio importante» en detrimento del consumidor resultante de la Directiva (y del Real Decreto Legislativo 1/2007), debe apreciarse mediante un análisis de las normas nacionales aplicables a falta de acuerdo entre las partes. Y que para

determinar si se cusa el desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe», debe comprobarse si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía estimar razonablemente que este aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual.

Como consecuencia de la doctrina contenida en esta sentencia, por medio de la L 1/2013 art.3 y concordantes, se modifica LH art.129, incorporando en la venta extrajudicial la posibilidad de suspensión por el notario cuando las partes acrediten haber solicitado ante el órgano jurisdiccional competente la declaración de existencia de cláusulas abusivas en el contrato de préstamo hipotecario, con la declaración de improcedencia de la ejecución y venta derivada de ella, o la continuación del contrato sin tales cláusulas, permitiendo igualmente al notario advertir a las partes de que alguna de las cláusulas de contrato pueda ser abusiva. Esta regla se aplica a las ventas extrajudiciales iniciadas con posterioridad a la fecha de entrada en vigor de la L 1/2013 (15-5-2013), cualquiera que sea la fecha de la escritura de hipoteca. En los procedimientos de venta extrajudicial iniciados con anterioridad, en los que a tal fecha no se haya producido adjudicación del bien hipotecado, el notario ha de acordar su suspensión cuando, en el plazo preclusivo de un mes desde dicha fecha, cualquiera de las partes acredite haber planteado ante el juez competente demanda sobre el carácter abusivo de alguna cláusula del contrato de préstamo hipotecario que constituya el fundamento de la venta extrajudicial o que determine la cantidad exigible (L 1/2013 disp.trans.5^a). Se ha modificado igualmente la Ley de Enjuiciamiento Civil, en sede de ejecución hipotecaria.

2. Cónyuges extranjeros. Embargo de bienes y anotación registral (Dirección General de los Registros y del Notariado, Resoluciones de 21-1-11; 22-7-11)

Se ha planteado en los últimos años el problema de si, inscrito un bien a nombre de unos cónyuges de nacionalidad extranjera «para su comunidad de bienes, con sujeción a su régimen económico matrimonial» (o de forma semejante), puede anotarse un embargo a favor del actor (en sede procesal, o en sede de apremio administrativo, en este caso a favor de la Administración correspondiente) por deudas contraídas por el marido, habiendo sido notificado el embargo a su esposa cotitular o viceversa. Ordinariamente, en estos supuestos, el registrador ha venido suspendiendo la práctica del asiento por no haberse acreditado la posibilidad de que los bienes comunes puedan embargarse por deudas de un cónyuge y notificación al otro con arreglo al régimen económico matrimonial de los esposos.

Se trata, frecuentemente, del embargo de mitad indivisa de vivienda inscrita a favor de los dos cónyuges, ambos extranjeros, sin asignación de cuotas, cuando no se acredite la legislación aplicable. Y el tratamiento de la cuestión ha variado por efecto de la Ley 13/2012.

De acuerdo con el principio de especialidad, se exige que esté claramente determinada la extensión de los derechos inscritos en el Registro de la Propiedad (Reglamento Hipotecario art.51.6). Esta regla se flexibiliza para los supuestos de inscripción de bienes a favor de adquirentes casados de nacionalidad extranjera, donde no se precisa la acreditación a priori del régimen económico matrimonial, bastando que la inscripción se practique a favor del adquirente o adquirentes casados, haciéndose constar en la inscripción que se verificará con sujeción a su régimen matrimonial, con indicación de este si constare (Reglamento Hipotecario art. 92). Lo cierto es que la legitimación registral no se extiende a cuál sea el régimen matrimonial aplicable. Esto obliga a una acreditación a posteriori del Derecho extranjero, y en particular de la capacidad de los cónyuges de nacionalidad extranjera para realizar los actos dispositivos sobre los bienes o derechos inscritos, a menos que el notario o el registrador sea conocedor, bajo su responsabilidad, de dicho Derecho extranjero (Ley de Enjuiciamiento Civil art. 281.2; Reglamento Hipotecario art. 36).

Alternativamente, puede dirigirse la **demanda contra ambos cónyuges**, de acuerdo con doctrina reiterada de la DGRN conforme a la que en el caso de que no se acrediten las normas aplicables del Derecho competente, puede solucionarse el problema de esta manera, único supuesto en el que se podría anotar el embargo sobre la totalidad del bien, no siendo suficiente la mera notificación o comunicación a efectos de tracto sucesivo por desconocerse si con arreglo al Derecho extranjero relevante al caso rige un sistema similar al de gananciales que permitiera la aplicación de lo dispuesto en RH art.144.1. La demanda a ambos cónyuges, además, permitiría que si la anotación concluyera con la venta forzosa de la finca, el funcionario correspondiente podría actuar en representación de ambos titulares en caso de rebeldía (DGRN Resol 21-1-11; 22-7-11; 22-1-08; 1-2-07; 9-8-06; 10-4-07).

En el supuesto en el que, de conformidad con la ley aplicable al régimen económico-matrimonial de los cónyuges, sea de aplicación un sistema equivalente al derivado del Derecho español, no se suscita problema alguno, siendo de aplicación el régimen de LEC art.541.2 y RH art.144.1.

En el ámbito del apremio administrativo, y en el régimen anterior a la L 13/2012, la conclusión que se deriva de la doctrina de la DGRN en materia

de embargo de inmuebles propiedad de un matrimonio extranjero es que no cabe practicar la anotación preventiva de embargo del bien inscrito en el Registro de la Propiedad a nombre del deudor tributario (o a nombre de la Seguridad Social o de una Administración pública, en general) y su cónyuge, sin que se acredite, con carácter previo, el régimen jurídico matrimonial a que se hallan sujetos los bienes de acuerdo con el Derecho extranjero que resulte de aplicación, y siempre y cuando que tales normas lo permitan, sin que se demande conjuntamente a ambos cónyuges. Ello trae causa del criterio sustentado por la DGRN en relación con el RH art.51.9 que, en su apartado a) exige, en relación con las personas a cuyo favor se practique la inscripción, que tratándose de personas físicas y caso de estar casados, se habrá de indicar su régimen económico matrimonial; sin embargo, frente a ello, la DGRN viene sosteniendo que, cuando se trata de adquisiciones realizadas por cónyuges extranjeros, no es exigible la determinación del régimen económico matrimonial, pues resulta más eficaz diferir tal determinación para el momento de la enajenación (DGRN Resol 7-7-06; 10-1-04; 19-12-03; 29-10-02). Por ello, el RH art.92 establece que, en este caso, la inscripción se hará a favor de los adquirentes «con sujeción a su régimen matrimonial». El mismo precepto permite que se practique la inscripción, pues solo exige que se exprese el régimen en el Registro de la Propiedad si el mismo constara.

La aplicación de esta doctrina genera, sin embargo, una situación de indefensión hacia la Administración actuante al impedir que puedan acceder al Registro de la Propiedad las anotaciones preventivas de embargo en estos supuestos. Será preciso, primero, acreditar el Derecho extranjero por parte de la Administración actuante (de acuerdo con el Reglamento Notarial art. 168.4 y la doctrina de la DGRN, la prueba del Derecho extranjero se podrá efectuar mediante certificación del cónsul general o, en su defecto, del representante diplomático de su país en España) o requerir en el procedimiento al interesado, con notificación al otro cónyuge, para que declare cuál sea el régimen económico de su matrimonio).

Además de lo anterior, las normas que regulan el régimen jurídico patrimonial del matrimonio extranjero deben permitir que a través del procedimiento de apremio se puedan ejecutar los bienes que integran la sociedad conyugal. De todo ello se deriva que únicamente cabría embargar bienes inscritos a nombre de cónyuges extranjeros en el seno del procedimiento administrativo de apremio para el cobro de deudas tributarias (o de Seguridad Social, u otras deudas de índole pública) de uno de ellos, si, previa determinación del régimen económico-matrimonial de los esposos según su ley personal, resulta que este es de separación, en cuyo caso se limitará el embar-

go (y la correspondiente anotación preventiva) a la mitad indivisa del bien; o si, siendo el régimen económico matrimonial de comunidad, se establece en el ordenamiento extranjero la responsabilidad de los bienes comunes por deudas tributarias contraídas por uno solo de los cónyuges, ante la insuficiencia de bienes de su titularidad, en cuyo caso cabría el embargo de la totalidad del bien. No obstante, aun en dicho supuesto, solo cabrá practicar anotación preventiva si el ordenamiento extranjero cuenta con una regla semejante a la del Derecho español para la sociedad conyugal de gananciales, según la cual la acción ejecutiva se dirigirá únicamente frente al cónyuge deudor sin perjuicio de la necesidad de notificar al no deudor.

En caso contrario, si se exige demanda a ambos cónyuges en la normativa extranjera, aun cuando fuera válido el embargo, no se podría practicar la anotación preventiva del mismo con la simple notificación del embargo al no deudor.

Para solventar esta situación, la Ley 13/2012 -vigente desde 1-1-2013, ha añadido un precepto a RH art.144: cuando se trate de bienes inscritos conforme a RH art.92 , a favor de adquirente o adquirentes casados sometidos a legislación extranjera, con sujeción a su régimen matrimonial, se haya o no indicado dicho régimen, el embargo será anotable sobre el bien o participación indivisa del mismo inscrita en tal modo, siempre que conste que la demanda o el apremio han sido dirigidos contra los dos cónyuges, o que estando demandado o apremiado uno de los cónyuges ha sido notificado al otro el embargo (Reglamento Hipotecario art. 144.6 redacción Ley 13/2012).

3. Alcance de la calificación registral frente a actuaciones jurisdiccionales (Dirección General de los Registros y del Notariado, Resoluciones 27-4-12; 1-8-12; 28-1-13; 13-2-2013)

Relacionado directamente con la eficacia de las resoluciones judiciales y su ejecución, se plantea el espinoso problema del alcance de la calificación registral frente a actuaciones judiciales. Según doctrina reiterada de la DGRN (Resoluciones 20-11-07; 5-4-08), el respeto a la función jurisdiccional que corresponde en exclusiva a los jueces y tribunales, impone a todas las autoridades y funcionarios públicos, incluidos, por tanto, también los registradores de la Propiedad, el deber de cumplir las resoluciones judiciales que hayan ganado firmeza o sean ejecutables de acuerdo con las leyes, sin que competa, por consiguiente, al registrador de la Propiedad calificar los fundamentos ni siquiera los trámites del procedimiento que las motivan.

No obstante, el principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos y de interdicción de la indefensión procesal, que limita los efectos de la cosa juzgada a quienes hayan sido parte en el procedimiento, garantizando así el tracto sucesivo entre los asientos del Registro, que no es sino un trasunto de la proscripción de la indefensión, exige que el titular registral afectado por el acto inscribible, cuando no conste su consentimiento auténtico, haya sido parte o haya tenido, al menos, legalmente la posibilidad de intervención en el procedimiento determinante del asiento. Así se explica que, aunque no sea incumbencia del registrador calificar la personalidad de la parte actora ni la legitimación pasiva procesal apreciadas por el juzgador ni tampoco la cumplimentación de los trámites seguidos en el proceso judicial (a diferencia del control que sí le compete, en cambio, sobre los trámites e incidencias esenciales de un procedimiento o expediente administrativo, si se compara el tenor del Reglamento Hipotecario art.99 frente al su art. 100), su calificación de actuaciones judiciales sí debe alcanzar, en todo caso, al hecho de que quien aparece protegido por el Registro haya sido emplazado en el procedimiento, independientemente del modo en que se haya cumplimentado ese emplazamiento, cuya falta sí debe denunciar el registrador pero cuyo modo solo compete apreciar al juez.

El principio constitucional de la tutela judicial efectiva consagrado por el art. 24 CE tiene su traslación en el ámbito hipotecario a través de LH art.40.d), que no permite la rectificación de los asientos registrales, a menos que presten su consentimiento aquellos a quienes el asiento a rectificar conceda algún derecho o, en su defecto, exista resolución judicial firme en procedimiento entablado contra los mismos, para de este modo poder desplegar todos los medios de defensa de «los intereses» a que se refiere el precepto constitucional. Y no puede desconocerse que la inscripción de una finca a favor de una persona casada «con carácter presuntivamente ganancial» otorga parte de la titularidad de la misma al cónyuge del titular registral o, en el caso de haber muerto, a sus herederos. Por lo que no puede rectificarse una inscripción en la que una finca aparece inscrita a favor de una persona como presuntivamente ganancial mediante sentencia en la que únicamente se demanda a la titular registral.

4. Asistencia jurídica gratuita. Cauciones y depósitos (Audiencia Provincial de Las Palmas, Sentencia de 17-10-11)

El beneficiario de asistencia jurídica gratuita no está exento de prestar **caución**, prevista en numerosos preceptos legales (tanto de la Ley de Enjuiciamiento Civil como de otras leyes procesales). La jurisprudencia menor

mayoritaria entiende que la exigencia de caución prevista en el art. 41 de la Ley Hipotecaria como exigible para admitir al demandado la formulación de demanda de contradicción no supone violación del derecho a la tutela judicial efectiva, ni siquiera cuando el litigante que haya de prestarla tenga derecho a la justicia gratuita, desde que la caución se presta para responder de los daños y perjuicios que se pudieren causar al titular registral del derecho sobre la finca por la cuando menos aparente infracción de su derecho publicado por el Registro de la Propiedad, sin que el derecho a la justicia gratuita permita la exención de cauciones para responder de daños y perjuicios que se pudieren causar en el proceso o durante su curso a la parte contraria».

La caución no tiene relación alguna con otras figuras como los depósitos para recurrir o la tasas judiciales (Pérez Ureña). En este sentido la Audiencia Provincial de Barcelona, en Sentencia 21-7-11 EDJ 189813-, sostiene que el Tribunal Constitucional tiene declarado que no es inconstitucional que la ley exima de los beneficios de la justicia gratuita el pago de fianzas y cauciones (Tribunal Constitucional 45/2002). No existe afectación del derecho de justicia gratuita porque la caución establecida en Ley de Enjuiciamiento Civil art. 440,2, no es un depósito necesario para la interposición de recursos, sino una fianza que pretende asegurar la credibilidad de una postura de oposición a la acción de protección del derecho real inscrito. La prestación de la caución es una carga procesal y no un requisito para recurrir. Son los propios recurrentes los que, con su oposición ante la inscripción del derecho real inscrito, obligan a su fijación y no es la ley la que fija de forma incontrovertible un depósito para el ejercicio de un derecho.

No obstante, en la medida en que la caución ha de fijarse atendiendo a las circunstancias concurrentes, entre ellas la situación económica del obligado a prestarla, el reconocimiento de justicia gratuita determinará o moderará directamente el importe de la misma. De acuerdo con ello, se ha considerado que se produce violación del derecho a la tutela judicial efectiva en caso de fijación de una caución desproporcionada en un proceso de LH art.41, dada la dificultad extrema de prestar la caución exigida, habida cuenta de la escasez de recursos del demandado y de su condición de titular del derecho de asistencia jurídica gratuita, determinando una privación del derecho de defensa del justiciable.

5. Deducibilidad del IVA soportado por el cliente (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 21-2-13)

El cliente del abogado, que abona los servicios prestados por este, soporta el IVA que grava su prestación. Pero para que nazca el derecho a

deducir el IVA soportado es preciso que dicha actuación letrada tenga una relación inmediata y directa con la actividad profesional del cliente y se identifique subjetivamente con el mismo. De modo que las cuotas de IVA soportadas por la asistencia letrada de una persona física, titular de un órgano societario, no pueden ser deducidas por la sociedad en la que aquella ostenta el cargo.

De acuerdo con ello, el IVA correspondiente a los servicios profesionales de un abogado, desarrollados para la defensa en el seno de un proceso penal dirigido contra una persona física, que es gerente o directivo de una empresa societaria, no puede ser deducido por esta como IVA soportado devengado por tales servicios, La razón es que no hay vinculación entre la causa y el destinatario de los servicios prestados por el letrado (la defensa de una persona física) y el giro de la entidad, y ello a pesar de que una Ley nacional obligue a la empresa a sufragar los gastos de defensa penal de los titulares de sus órganos, pues el impuesto ha gravado servicios de asistencia jurídica destinados a la defensa de intereses privados ajenos a los de la compañía, sin que medie la vinculación directa imprescindible, para que nazca el derecho a la deducción, entre la operación por la que se soporta el IVA –la contratación del letrado– y las operaciones por las que se repercute el giro comercial o industrial de la empresa.

La misma conclusión ha de alcanzarse respecto de los procuradores.

6. Autorización judicial de entrada en domicilio y derribo (Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Logroño, Auto de 5-4-13)

La intervención del órgano judicial que establece LJCA art.8.6 tiene carácter accesorio y mediato respecto de la actuación administrativa que se pretende llevar a efecto. La autorización es instrumental respecto del acto de cuya ejecución se trata, que tiene carácter predominante y principal respecto de aquella: el objetivo que se persigue es ejecutar este a medio de la autorización exigida por verse afectado un domicilio o, en su caso, lugar de acceso restringido. Por ello, no hay posibilidad de que el juez enjuicie el acto en cuanto al fondo, debiendo limitarse a lo preciso para salvaguardar el derecho a la inviolabilidad de domicilio del interesado. Por ello, son especialmente problemáticas las solicitudes de autorización de entrada domiciliar para ejecutar resoluciones administrativas de derribo, pues en estos casos el domicilio desaparecerá por efecto de la ejecución y, mediatamente, de la autorización de entrada; de forma que la intervención judicial va a tener unas

consecuencias inmediatas de carácter irreversible, como es el derribo de la edificación donde se halla del domicilio protegido. El problema es que, una vez autorizada la entrada en el domicilio, dejará de existir este.

En tales supuestos, la forma de conciliar la función garantista que supone la intervención del juzgado con la necesaria eficacia de la actuación administrativa de cuya ejecución se trata pasa por respetar escrupulosamente el principio de contradicción de los intervinientes, valorando de forma rigurosa su respeto a lo largo del expediente administrativo y procurando que el juez pueda oírles antes de dictar resolución sobre la solicitud de entrada. De donde resulta que estas autorizaciones no deben, en principio, concederse inaudita parte.

Asimismo, en supuestos en los que sea un hecho indubitado que en la edificación ruinoso cuyo derribo se pretende llevar a efecto no mora persona alguna ni constituye domicilio de nadie por causa -ordinariamente- de abandono, no será precisa la autorización judicial, pues no concurre la hipótesis de base: no hay domicilio que proteger.

7. Proceso penal. Informe pericial de inspectores de Hacienda (Audiencia Provincial La Rioja, Auto de 2-12-11)

Es cuestión generadora de debate, en los procesos penales por delitos contra la Hacienda Pública (Código Penal art. 305 redacción dada por LO 7/2012) y asimilados, cuál deba ser la intervención que puedan tener en sede de prueba, ya sumarial, ya en plenario, los funcionarios técnicos de la Inspección de Hacienda que hayan levantado las actas de las que deriva, en definitiva, la causa. De manera que se ha afirmado la procedencia de intervenir como testigo, en el supuesto de que el inspector actuante en sede administrativa declare exclusivamente sobre el expediente en el que participó; como perito-testigo, supuesto en el que adicionalmente, exprese sus criterios y opiniones técnicas en relación con lo actuado; o como perito, en el caso de que, sin intervenir previamente en sede administrativa, manifieste sus conocimientos y criterios técnicos sobre el objeto del debate.

Lo esencial en relación con la función de los inspectores de Hacienda que actúan en la causa penal subsiguiente al expediente administrativo en el que han intervenido por razón de su cargo es que, si lo hacen como peritos, testigos o peritos-testigos, limiten su participación al examen de las cuestiones derivadas del expediente administrativo origen de las actuaciones penales, sin extender más allá de tal ámbito su actuación. En este sentido, AP La

Rioja Auto 3-12-02 (nº 174/2002), en el que con ocasión del examen de la intervención de los funcionarios de la Inspección de Hacienda en la causa penal subsiguiente a las actuaciones inspectoras administrativas, se afirma lo siguiente. Ha de partirse de que las diligencias de inspección tributaria, origen de las actuaciones penales, tienen eficacia y valor probatorio determinados por la doctrina mantenida por el Tribunal Constitucional en la sentencia de 26-4-90 en la que se sostiene que, con carácter general, las diligencias de inspección constituyen un primer medio de prueba, pues estos documentos contienen «[...] la constatación de unos hechos de los cuales se infiere una *notitia criminis* suficiente para la apertura de un proceso penal, dentro del cual y en la fase de juicio oral, tendrán el valor probatorio como prueba documental [...]». Pero dichos documentos deben ser objeto de contradicción mediante la citación al acto del juicio de los intervinientes, «[...] que es lo que ocurre en el presente caso, donde como prueba pericial se propone la de los inspectores que realizaron las diligencias tributarias, y todo ello, al ser una exigencia constitucional para enervar la presunción de inocencia que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de infracción penal corresponde a acusación, y la misma puede ser contradicha por la defensa del acusado y debe ser libremente apreciada por el Tribunal [...]». Concluyendo que por los técnicos de Hacienda designados como peritos en la causa, por parte del instructor, se podrá participar y actuar como peritos en relación con las diligencias de inspección practicadas, puesto que precisamente son los peritos que tienen que ratificar dichas actuaciones. Debiendo abstenerse de otros aspectos.

Por otra parte, Audiencia Provincial La Rioja, Auto de 2-12-11, sostiene que la admisión como perito de un inspector de Hacienda en un delito fiscal no vulnera derechos fundamentales del acusado, atendiendo precisamente a que como funcionario público debe servir con objetividad a los intereses generales, sin perjuicio, obviamente, del derecho de la parte de proponer una prueba pericial alternativa a la propuesta por la acusación. Se sostiene la aptitud de estos profesionales para actuar en sede criminal como peritos, no obstante su relación o vinculación con el Estado que ejerce el «*ius puniendi*». Todo ello, obviamente, sin perjuicio de la necesidad de que dictamen se someta al procedente debate contradictorio y a la debida valoración judicial conforme a las reglas de la sana crítica, pudiendo en todo caso la parte acusada proponer los dictámenes alternativos que estime procedentes, los cuales, a su vez, han de ser valorados por el Tribunal.

En definitiva, la cuestión es clara: las actuaciones administrativas son medio de prueba suficiente e inculpatario, siempre que se sometan a poten-

cial contradicción en sede judicial, siendo la intervención de los inspectores o técnicos de Hacienda actuantes en sede administrativa, posible y procedente en sede criminal, bien que limitándose a la valoración, ratificación o discusión relativa a sus actuaciones; al margen y junto a su aptitud e idoneidad, para actuar como peritos en sede penal.

Por fin, se dice que si hay funcionarios públicos especializados en el asesoramiento de Juzgados, Tribunales y Ministerio Fiscal en materias económicas y financieras son precisamente los Inspectores de Hacienda. Ello es así hasta el punto de que en la Ley 66/97, la disposición adicional 56ª reforma la Ley 31/1990, y se constituye a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria en órgano de auxilio de la Administración de Justicia en la función de la «investigación, enjuiciamiento y represión de los delitos públicos». Era la lógica consecuencia de una función de colaboración específica de dichos funcionarios explicitada en el artículo 7.4 en relación con el artículo 66.4 del Real Decreto 939/86, de 25 de abril, en concordancia con lo previsto en los artículos 14, 15.2y 48.1.b) del Reglamento General de la Inspección de Tributos (actualmente derogado y sustituido por el Real Decreto 1065/2007). Y resulta, por tanto, evidente que la competencia, la capacidad y el servicio a los intereses generales son atributos de quienes cumplen esa función en el marco normativo descrito. Así lo han reconocido numerosas sentencias de Audiencias Provinciales y del Tribunal Supremo al reconocer la calificación de estos funcionarios públicos en el desarrollo de las funciones periciales (Sentencias del Tribunal Supremo de 24-10-2000, 5-10 y 30-4-1999 y 12-2-1997, y Sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias de 13-4-2000 y de la Audiencia Provincial de Madrid de 25-9-1999, entre otras). La cuestión ha sido repetidamente estudiada por el T.S.. Y en todos los casos se ha considerado que la intervención de un inspector de Hacienda en las causas por presunto delito fiscal (con más razón quizá es esto aplicable en relación con otras figuras delictivas) no vulnera las garantías del proceso y el principio de igualdad de armas. Básicamente, se alude a la imparcialidad de dichos peritos por su condición de funcionarios públicos; y se considera que las garantías de contradicción quedan suficientemente salvaguardadas con la posibilidad de recusación del perito nombrado, con la posibilidad de intervención en la pericial según lo previsto en los art. 471, 472, 480, 483y 723 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y con las propias posibilidades de la defensa de proposición de prueba y en particular de proponer una prueba pericial alternativa (Sentencia Audiencia Provincial Castellón de 27-9-00; Auto Audiencia Provincial La Rioja de 12-2-13).

8. Proceso penal. «Reproducción» de prueba en el plenario (Sentencia Tribunal Supremo de 5-12-2012 Recurso de casación 2216/2011)

La extendida costumbre de dar por reproducidas las actuaciones sumariales que las partes suelen utilizar a la hora de proponer la actividad probatoria, pretendiendo de esta manera convertir en «documentos» todas las actuaciones anteriores y posibilitar así que el órgano jurisdiccional, a través de la Ley de Enjuiciamiento Criminal art.726 (conforme al que el tribunal examinará de oficio libros, papeles, documentos y demás piezas de convicción que puedan contribuir al esclarecimiento de los hechos), pudiera emplearlas para formar su convicción, es poco respetuosa con el derecho de defensa.

Pero la invalidación de tal fórmula se refiere propiamente a un indebido tratamiento como documento de lo que no lo es; por ejemplo, una declaración de imputado o testifical (TEDH 6-12-88 Asunto Barberá, Messegué y Jabardo). Al respecto, es doctrina del Tribunal Constitucional que la lectura de las declaraciones, que no es prueba documental sino documentada o con «reflejo documental» (TC 303/93) debe hacerse no como una fórmula retórica y de estilo, sino en condiciones que permitan a las partes someterlas a contradicción; evitando formulismos de frecuente uso forense (Tribunal Constitucional, Sentencias 80/86, 149/87, 22/88, 137/88, 10/92), aunque no es infrecuente que se dé por reproducida en el juicio oral (Tribunal Constitucional, Sentencias 31/81, 145/85, 150/87, 80/91, 51/95 y 49/98). Por ello cuando se trate de verdadera prueba documental –propuesta y admitida como prueba– la fórmula habitual de «dar por reproducida», no puede entenderse, por sí misma, causante de indefensión alguna (Tribunal Constitucional, Sentencias 233/2005 y 258/2007), siempre que el material probatorio haya sido plenamente accesible para la parte, argumento de mayor importancia que el hecho de que se consintiera omitir la lectura con esa fórmula.

En este sentido, «el hecho de dar por reproducida en el acto del juicio oral la prueba documental sin darse lectura de cada uno de los documentos que la integran tampoco vulnera el derecho constitucional alegado, no solo porque la propia representación procesal del recurrente no se opuso a ello, sino, además, porque, dado que tuvo acceso a todos y a cada uno de los documentos y la oportunidad de impugnarlos» no se aprecia qué indefensión material ha podido provocar que no se diera lectura a los distintos documentos aportados en la causa» (Tribunal Constitucional, Sentencias 233/2005; 12/2004; 130/2002).

Ahora bien, LECr art.726 no significa que el tribunal haya de leer por sí mismo «todos» los documentos incorporados al proceso sino que solo debe hacerlo y considerar aquellos documentos propuestos como prueba documental por las partes. Por consiguiente, ha de supeditarse a las concretas peticiones de las partes en materia de prueba documental y ha de estar tan solo a los documentos indicados por las partes como integrantes de su respectiva prueba documental. Señalándose como único supuesto en que el tribunal sentenciador puede examinar de oficio otros documentos diversos de los presentados o designados por las partes como integrantes de su respectiva prueba documental, aquél en que ha hecho uso de la facultad prevista en la Ley de Enjuiciamiento Criminal art.729.2, pero este precepto debe ser interpretado adecuadamente, cuidando de no valorar de oficio documentos que puedan tener una significación incriminatoria y con la que se puede ocasionar alguna indefensión.

En todo caso el citado precepto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no autoriza formula alguna de examen privado por el juez de «prueba» no propuesta y de alguna manera sometida a contradicción, ni a la conclusión entre prueba documental y otro tipo de prueba documentada. No caben conceptos intermedios en cuanto a lo que puede o no puede ser valorado en sentencia: o es prueba y debe ser introducido por las partes y no por quien juzga, so pena de parcialidad o no puede ser valorado, por más que se considere fecte a la llamada «verdad material».

9. Proceso penal. Documentos digitales. Consideración a efectos procesales (Sentencia Tribunal Supremo 25-4-12)

La extensión de la categoría de documento a los digitales no ofrece duda a partir de la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente. Su art.135.5 establece que cuando los tribunales y los sujetos intervinientes en un proceso dispongan de medios técnicos se pueden utilizar siempre que quede garantizada la autenticidad. Ley Orgánica del Poder Judicial art. 230, ratifica esta tendencia al establecer que los documentos emitidos por los medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, cualquiera que sea su soporte, gozaran de la validez y eficacia de un documento original, cualquiera que sea su soporte. Y añade que gozarán de validez y eficacia de un documento original, siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales.

El soporte papel ha sido superado por las nuevas tecnologías de la documentación e información. Cualquier sistema que permita incorporar

ideas, declaraciones, informes o datos susceptibles de ser reproducidos en su momento, suple con ventajas al tradicional documento escrito, siempre que existan instrumentos técnicos que permitan acreditar la fiabilidad y seguridad de los impresos en el soporte magnético.

Se trata de una realidad social que el Derecho no puede desconocer. El documento electrónico imprime en las «neuronas tecnológicas», de forma indeleble, aquello que se ha querido transmitir por el que maneja los hilos que transmiten las ideas, pensamientos o realidades de los que se quiere que quede constancia. Su autenticidad es tan firme que supera la realidad que puede reflejarse en un documento escrito. El documento electrónico puede adquirir las categorías tradicionales de documentos privados, oficiales o públicos, según los elementos técnicos que se incorporen para su uso y materialización. La Ley 34/2002 –servicios de la sociedad de la información– consagra la validez del contacto electrónico lo que dota a los resortes informáticos de la misma validez que los soportes tradicionales.

10. Revocación de sentencias penales absolutorias en sede de recurso (Sentencia Tribunal Supremo de 5-12-2012 Recurso de casación 2216/2011)

La Sentencia de referencia recoge ampliamente la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Europeo de Derecho Humanos sobre la revocación de las sentencias penales absolutorias en el caso de nueva valoración de pruebas.

Con arreglo a aquella, se ha consolidado una doctrina (Tribunal Constitucional, Sentencias 126/2012; 2212013; 43/2011), según la cual resulta contrario a un proceso con todas las garantías que un órgano judicial, conociendo a través de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación como consecuencia de una nueva fijación de los hechos probados que encuentre su origen en la reconsideración de pruebas cuya correcta y adecuada apreciación exija necesariamente que se practiquen en presencia del órgano judicial que las valora –como es el caso de las declaraciones de testigos, peritos y acusados (Tribunal Constitucional, Sentencias 197/2002; 1/2010)–, sin haber celebrado una vista pública en que se haya desarrollado con todas las garantías dicha actividad probatoria. Por el contrario, en aplicación de esta doctrina constitucional también se ha destacado que no cabe efectuar ese reproche constitucional cuando la condena pronunciada en apelación o la agravación de la situación, a pesar de no haberse celebrado vista pública, tenga origen en una alteración fáctica que no resulta del análisis de medios probatorios que exijan presenciar su práctica para su valo-

ración –como es el caso de pruebas documentales (Tribunal Constitucional, Sentencias 272/2005;153/2010), pruebas periciales documentadas (Tribunal Constitucional, Sentencias 143/2005; 42/2011)–; o, también, cuando dicha alteración fáctica se derive de discrepancias con la valoración de pruebas indiciarias. de modo que el órgano judicial revisor se limite a rectificar la inferencia realizada por el de instancia, a partir de unos hechos que resultan acreditados en esta, argumentando que este proceso deductivo. en la medida en que se basa en reglas de experiencia no dependientes de la inmediatez, es plenamente fiscalizable por los órganos que conocen del recurso sin merma de garantías constitucionales (Tribunal Constitucional, Sentencias 43/2007; 91/2009). Por último, también se descarta una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías cuando la condena o agravación en vía de recurso, aun no habiéndose celebrado vista pública, no derive de una alteración del sustrato fáctico sobre el que se asienta la sentencia de instancia sino sobre cuestiones estrictamente jurídicas –Tribunal Constitucional, Sentencias 143/2005;2/2013– (Tribunal Constitucional, Sentencia 88/2013).

Asimismo, se ha concretado que la exigencia de presencia del acusado en el juicio de segunda instancia se produce en los supuestos en que se debaten cuestiones de hecho que afectan a su declaración de inocencia o culpabilidad, habida cuenta de que su objeto es posibilitar que quien ha sido absuelto en primera instancia pueda exponer, ante el tribunal llamado a revisar la decisión impugnada, su versión personal sobre su participación en los hechos que se le imputan. Por tanto, solo si el debate planteado en segunda instancia versa exclusivamente sobre estrictas cuestiones jurídicas no resulta necesario oír personalmente al acusado en un juicio público, pues dicha audiencia ninguna incidencia podría tener en la decisión que pudiera adoptarse, y en la medida en que el debate sea estrictamente jurídico, la posición de la parte puede entenderse debidamente garantizada por la presencia de su abogado, que haría efectivo el derecho de defensa frente a los argumentos esgrimidos por la otra parte (Tribunal Constitucional, Sentencias 45/2011; 153/2010; Audiencia Provincial Valencia Sentencia 29-5-13 rollo apelación 125/2013).

11. Desviación procesal en sede contencioso-administrativa. Modificación de la pretensión (Juzgado de lo Contencioso- Administrativo número 1 Logroño, Sentencias de 28-12-12 y de 18-12-12)

La desviación procesal es una situación procesal de naturaleza alegatoria que se produce cuando se plantean por la parte recurrente en sede jurisdiccional –ya en interposición, ya en demanda– cuestiones (que no motivos)

nuevas, respecto de las que la Administración no tuvo ocasión de pronunciarse y sin que, por tanto, proceda hacer pronunciamiento alguno sobre tales peticiones o pretensiones que no fueron objeto de tratamiento en las resoluciones administrativas impugnadas al no haber sido planteadas por los interesados; y ello en la inteligencia de no alterar la función esencialmente revisora de la jurisdicción contenciosa respecto de lo actuado previamente en sede administrativa (JCA Logroño núm. 1 28-12-12).

No es admisible, desde una perspectiva de orden público procesal, la modificación de la pretensión introducida en el acto del juicio respecto de la formulada en la demanda, que opera con un claro carácter de sustancialidad. Desde un punto de vista normativo, LJCA art.65.1 dispone la imposibilidad de planteamiento de cuestiones en el acto de la vista que no hayan sido suscitadas en el escrito de demanda. Lo contrario implica, en hipótesis, el desempeño por parte de la autoridad judicial de una potestad administrativa inadmisibles en Derecho, al llevar consigo el análisis ex novo de un presupuesto normativo de carácter material. Esta jurisdicción es puramente revisora de la actividad administrativa. En consecuencia, el análisis sobre que debe proyectarse el pronunciamiento jurisdiccional deberá centrarse única y exclusivamente en la valoración de la legalidad administrativa de lo decidido en esa sede (JCA Logroño num 1 18-12-12).

12. Motivación in aliunde (Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 Logroño, Sentencia de 18-12-12)

La remisión en la sentencia a los datos del expediente en modo alguno comporta la asunción por el juzgador de cualquier juicio de valor que conste o se desprenda del mismo, operando –en caso de citarse– a mero título referencial, salvo que expresamente se diga lo contrario.

13. Aranceles de procuradores (Tribunal Supremo, Autos de 19-7-11 y Auto 15-11-11; Tribunal Constitucional, Sentencia 108/2013)

La cuantía global de los derechos devengados por un procurador de los tribunales en un mismo proceso, actuación o asunto no puede superar los 300.000 euros, salvo excepcional y justificadamente, con autorización del juez, en caso de que sea preciso para remunerar justa y adecuadamente los servicios profesionales efectivamente realizados y de carácter extraordinario.

En los procesos concursales la base para regular los derechos que se devenguen es el 60% del pasivo resultante de la lista definitiva de acreedores

presentada por la administración concursal, en caso de no superar el número de 300. Si se supera este número de acreedores, el 70%.

Estas reglas resultan de aplicación a todos los procesos en tramitación a 1-4-2010, incluidas las cantidades devengadas por actuaciones anteriores que no se hayan liquidado con carácter firme en tal fecha. Todo ello con arreglo al Real Decreto Ley 5/2010, disp..adic.única.

En relación con esta, el Tribunal Constitucional ha anulado los Autos de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 19-7-11 y Auto 15-11-11, que rebajaron, apartándose de la estricta aplicación de los aranceles, los derechos de los procuradores actuantes con base en criterios de proporcionalidad. Entiende el Tribunal que ello supone una alteración del sistema de retribución de los derechos de los procuradores, que se fijan por arancel, cuando el legislador no ha modificado la LEC, en materia de impugnación de costas, ni el Real Decreto 1373/2003. Se entiende no justificada y «*contra legem*» la aplicación de la citada disposición adicional realizada por el Tribunal Supremo, ya que en aquella no se determina un principio de proporcionalidad, sino un principio de limitación (Tribunal Constitucional, Sentencia 108/2013).

Por otra parte, el Tribunal Supremo ha desestimado una solicitud de indemnización solicitada por un procurador por el sacrificio patrimonial sufrido en sus aranceles devengados en un proceso concursal, en virtud de Real Decreto Ley 5/2010 disp. adic. única.³ que establece el límite máximo aplicable a todos los procedimientos en tramitación y a todos los derechos que, aun devengados, no se hayan liquidado con carácter firme. La reclamación se rechaza con el argumento de que el sacrificio económico no es antijurídico, pues los honorarios por arancel del recurrente se patrimonializan después de la entrada en vigor de la norma que limita su cuantía, lo que implica que no exista una privación singular o un sacrificio individual que por sí sola dé derecho a una indemnización compensatoria. Efectivamente, la reclamación de los honorarios de procurador se formuló en noviembre de 2009, con anterioridad a la fecha del Real Decreto Ley 5/2010, refiriéndose a la fase común del concurso, por el que el actor entendía haber patrimonializado ya el importe de los honorarios sin sujeción al nuevo límite, en la fase común del concurso. Sin embargo, el importe de sus honorarios de acuerdo con el arancel, se fija tras un procedimiento incidental, que termina con la sentencia que otorga al recurrente la cantidad correspondiente por su ejercicio profesional. Es tras dicha sentencia cuando puede afirmarse, efectivamente, que surge un derecho de contenido económico para el actor, si esta deviniera firme (Tribunal Supremo, Sentencia de 12-12-12 EDJ 303137).

14. Ejecución de avales por la Administración tributaria en garantía de créditos contra el concursado (Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, Sentencia de 30-10-12 Conflicto 2/12)

La ejecución por parte de la Administración tributaria de un aval bancario prestado en garantía de créditos tributarios del concursado es una cuestión entre dos sujetos ajenos a la entidad concursada (entidad bancaria y AEAT) sobre la que el juez del concurso no debe pronunciarse; no obstante, en caso de hacerlo, una vez emitido el pronunciamiento sobre la vigencia del aval, el mismo debe entenderse limitado a sus justos términos, como una cuestión prejudicial adoptada en el seno del concurso conforme a la Ley 22/2003 –concursal– art.8 y 9 (al considerar que la resolución judicial debe limitarse a la voluntad del Juzgado de conformar la masa activa). Por su parte, corresponde a la Administración tributaria la competencia para ejecutar el aval, en virtud de sus potestades de autotutela, sin que la ejecución de este se vea afectada por el concurso.

15. Efectos de la declaración del concurso de acreedores sobre los procedimientos de ejecución singular. Concepto de «bien necesario» (Juzgado de Primera Instancia número 6 de Logroño, Sentencia de 17-7-12)

Una vez declarado el concurso de acreedores de un deudor determinado, en atención a la amplitud de la competencia recogida en LCon art.8.3º (que atribuye al juez del concurso toda ejecución frente a bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la ordenó), el principio general es la paralización de las ejecuciones contra el patrimonio del concursado.

En cuanto a las ejecuciones individuales, se establece que una vez declarado el concurso no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor.

Sin perjuicio de ello, hasta la aprobación del plan de liquidación podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado diligencia de embargo, y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor (Ley 22/2003 art.55.1 en su redacción por Ley

38/2011, con efecto 1-1-2012). Las actuaciones que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos.

Sobre lo que deba de entenderse como bien necesario, se han evacuado diversos criterios por los juzgados de lo mercantil y tribunales del orden civil, entre ellos el competente en La Rioja (Juzgado de Primer a Instancia num 6 de Logroño). Al respecto pueden citarse los siguientes:

- Al respecto de esta cuestión, se ha sostenido que no es posible una interpretación limitada o restringida de «bien necesario», siendo considerado como tal todo aquel que cumple con alguna función o reporta alguna utilidad a la actividad profesional o empresarial del concursado (Juzgado de Primera Instancia número 6 de Logroño, Sentencia de 17-7-12). Se entiende que lo son todos los bienes que estén destinados al servicio de la actividad profesional o empresarial del concursado (Audiencia Provincial de Barcelona Secc 11^a, Sentencia de 26-2-07).
- En contra del criterio de interpretación no restringida de la necesidad del bien, Juzgado Mercantil de La Coruña num 2 Autos de 4-2-13 y 29-4-13, que consideran que para la suspensión del procedimiento administrativo de ejecución los bienes han de ser precisos para continuar la actividad, no meramente útiles, provechosos o ventajosos.
- No existe un concepto jurídico de «bien necesario», sino que este debe fijarse en relación a la propia naturaleza del bien, atendiendo a cada caso concreto, así como a las circunstancias particulares del deudor (JM Barcelona núm. 1 18-1-2013)
- El dinero o metálico no puede ser considerado bien necesario para continuar la actividad (Juzgado Mercantil de Barcelona núm 3, Sentencia de 13-2-09; Juzgado Mercantil de Bilbao Auto 22-5-08; en contra, Audiencia Provincial de Zaragoza, Sentencia de 21-9-09; Juzgado Mercantil de San Sebastián, Sentencia 17-12-08; Juzgado de Primera Instancia número 6 de Logroño, Sentencia de 6 15-2-11). Por su parte, el Juzgado de Primera Instancia de Santander núm 10, Auto de 6-10-08 afirma que por principio el metálico no es bien necesario, depende de las circunstancias concretas: actividad desarrollada por la concursada y efectiva necesidad del bien trabado, en este caso saldo de una cuenta corriente para poder continuar aquella, lo cual dependerá del flujo de caja, volumen de gastos necesario y posibilidad de acudir a fuentes de financiación, entre

otros extremos. Parten también del análisis del caso concreto: Juzgado Mercantil de Zaragoza núm 1 Sentencia de 6-6-11, incidente 430/10; Juzgado Mercantil de Barcelona núm 7 Auto 20-7-11, concurso 342/11.

- La vivienda del concursado no es un bien necesario, aunque figurase gravada a favor de crédito de su actividad profesional Juzgado de Primera Instancia de Santander núm 10 Auto 13-11-08.
- En todo caso, la cuestión del carácter de los bienes o derechos a embargar, ha de ser acreditada por la administración concursal –Audiencia Provincial de Zaragoza, Sentencia de 9-5-08–, fijando cada juzgado criterio propio vinculado al caso concreto y de difícil extrapolación.
- Por fin, la declaración de no necesidad es igualmente necesaria para la práctica de la anotación registral de conversión de la medida cautelar de embargo preventivo en definitiva. Efectivamente, esta medida cautelar atribuye efectividad a dicho embargo desde la adopción de aquella, pero tal retroactividad a la fecha de anotación del embargo preventivo, que permitiría entender que la ejecución se inició antes de la declaración de concurso, no excluye –tratándose de concurrencia con un procedimiento universal de ejecución como es el concurso del segundo de los requisitos exigidos por LCon para permitir la ejecución separada ya iniciada y no concluida, cual es la resolución del juez de lo mercantil de que los bienes ejecutados no están afectos ni son necesarios para la actividad del deudor concursado. De esta forma, para entender que los efectos del embargo ejecutivo se retrotraen a la fecha del embargo cautelar, y lograr la conversión de la anotación preventiva en definitiva, es preciso solicitar del juez del concurso la declaración de bien no necesario (Dirección General de los Registros y del Notariado, Resolución de 8-9-12).

16. Reapertura de causa penal tras ganar firmeza el auto de sobreseimiento provisional (Sentencias Tribunal Supremo de 10-10-12 número 740/2012 y de 21-3-12 número 189/2012)

Sobre la cuestión de si es viable y cómo ha de producirse, en su caso, la reapertura de las actuaciones cuando existe previamente un auto de sobreseimiento provisional y archivo de la causa que ha ganado firmeza, son muy relevantes las dos sentencias del Tribunal Supremo mencionadas, citadas ambas en el muy reciente Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 19-6-2013 Rollo 138/13

La Sentencia Tribunal Supremo de 10-10-12 núm. 740/2012, considera que los motivos posibles del sobreseimiento provisional son dos: ausencia de justificación suficiente de la perpetración del delito, relativo a la ausencia de prueba bastante de la existencia del hecho delictivo (que se debe diferenciar de los supuestos generadores del sobreseimiento libre -absoluta ausencia de indicios o prueba y atipicidad-); y ausencia de acreditación de la vinculación del imputado o procesado con los hechos. En ambos casos, el proceso puede ser reabierto por el mismo órgano, pues no hay efecto preclusivo de cosa juzgada (Tribunal Supremo, Sentencia 20-3-00).

No obstante, la reapertura del procedimiento una vez firme el auto de sobreseimiento provisional depende de que se aporten nuevos elementos de prueba no obrantes en las actuaciones. De esta forma, el provisional sobreseimiento se caracteriza por dos aspectos (Sentencia Tribunal Supremo de 21-3-12 núm. 189/2012):

- Uno, que no resulta modificable sin más cuando ha adquirido firmeza el auto.
- Otro, que puede procederse a su modificación cuando se dan ciertas condiciones: la aportación de nuevos elementos de comprobación.

De esta manera, el auto cierra la causa pero puede ser dejado sin efecto si se cumplen ciertas condiciones, con la finalidad de garantizar al imputado o procesado su derecho procesal a que la causa solo se reabra si se dan aquellas: la aportación de nuevos elementos de prueba. Lo contrario es dar una segunda oportunidad a la acusación sin nuevo fundamento, que lesiona el principio de interdicción de someter al acusado al doble juicio penal («*double jeopardy*»). De este modo, retrotraer la situación procesal a un momento precluido del proceso lesiona el derecho de defensa y a la tutela judicial efectiva.

De acuerdo con ello, se considera improcedente la reapertura de una causa cuando:

- desde el inicio de las actuaciones resultó claro para el instructor que no mediaba soporte acreditativo de los hechos denunciados objeto de la investigación criminal y no se aportan elementos nuevos;
- determinados elementos probatorios que se toman en consideración en el auto de reapertura ya obraban en las actuaciones antes del archivo provisional;

- la razón que sustenta la reapertura de las actuaciones es la interposición de otra querrela, generadora de otro proceso penal, cuyo testimonio no se aporta o reclama y de cuya conexidad con el proceso reabierto no obran datos ciertos, pues no cabe derivar o presuponer tal conexidad con base en «noticias de prensa, de pasillo, conocimientos extrajudiciales o sospechas;»
- la argumentación relativa al nuevo soporte indiciario que justificaría la reapertura y el hecho denunciado son extraños, de modo que la desconexión y desproporción entre lo argumentado por el instructor y el objeto del proceso es patente.

En consecuencia, la reapertura de una causa cuyo objeto fue la concesión de un crédito por elevado importe por una entidad bancaria a un consejero de la misma, con base en la crisis económica sufrida en los Estados Unidos de América y la Eurozona, y en la consideración como «nefasta» de la gestión de la entidad prestamista, es manifiestamente improcedente y puede convertir el proceso, «en el que lo de menos es el hecho denunciado» en una investigación o causa general en busca «de los responsables de la crisis económica que atravesamos y su castigo» (Audiencia Provincial de Madrid, Auto 19-6-2013 Rollo 138/13).

SUMARIO

ESTUDIO

JUAN MANUEL CRIADO GÁMEZ ANTONIO FANLO LORAS IGNACIO GRANADO HIJELMO AMELIA PASCUAL MEDRANO PEDRO SAMANIEGO RIAÑO El Estatuto de Autonomía de La Rioja visto por cinco juristas	11
--	----

NOTAS

JAVIER GÓMEZ GARRIDO Patentabilidad del material genético de origen humano en la Directiva 98/44/CE	109
JUAN ANDRÉS MUÑOZ ARNAU Los procesos electorales riojanos de 2011 tras la reforma de la LOREG	141

CRÓNICAS

ANTONIO FANLO LORAS Crónica legislativa	181
IGNACIO GRANADO HIJELMO Doctrina del Consejo Consultivo	197
ALFONSO MELÓN MUÑOZ Crónica de Tribunales	401

INFORMACIÓN PARLAMENTARIA

PARLAMENTO DE LA RIOJA	431
------------------------	-----



UNIVERSIDAD
DE LA RIOJA