

Procedimiento Ordinario 197/2008 Sala
de lo Contencioso-Administrativa
Sección Tercera

A LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA
AUDIENCIA NACIONAL

DON JUAN ANTONIO GARCÍA SAN MIGUEL Y ORUETA, Procurador de los Tribunales, Colegiado núm. 21, en nombre y representación de la "ASOCIACION DE NOTARIOS ESPAÑOLES MUTUALISTAS" (A.N.E.M.), según tengo acreditado en autos del procedimiento ordinario núm. 197/2008 (Sección Tercera), por mi interpuesto contra el acto presunto de desestimación por silencio administrativo de la solicitud de 29 de mayo de 2007, dirigida por mi representada al Sr. Ministro de Justicia, al que se solicitaba la convocatoria de una asamblea general de los mutualistas de la Mutualidad Notarial con el objeto de decidir sobre el modo de aplicar el remanente del patrimonio de la Mutualidad al fin de previsión social complementaria, adoptando los medios para su ejecución, ante la Sala comparezco y, como mejor proceda en Derecho, DIGO:

Que por presente escrito, dentro del plazo que me ha sido concedido por la Diligencia de Ordenación de 3 de abril de 2009 -notificada en 14 de abril siguiente-, formalizo la demanda comenzando para ello por sentar los siguientes

1

HECHOS

PRELIMINAR.- CONSIDERACIÓN DE CARÁCTER GENERAL

En aras de la mayor claridad, en la exposición de los antecedentes relevantes para la decisión del recurso, esta parte seguirá el siguiente orden expositivo:

- en primer término, hará referencia al régimen de la Mutualidad Notarial vigente hasta la entrada en vigor del RD 1505/2003, de 28 de noviembre, por el que se establece la inclusión de los miembros del Cuerpo Único de Notarios en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos (Hecho Primero, págs. 2 a 4);

- en segundo lugar, se expondrá la incidencia del citado R.D. 1505/2003 en el Régimen de la Mutualidad Notarial (Hecho Segundo, págs. 4 a 8);

- seguidamente, se hará referencia a la situación de la Mutualidad Notarial con posterioridad al RD 1505/2003 (Hecho Tercero, págs. 8 a 18);

- por último, se expondrá la solicitud presentada por mi representada, la tramitación que se ha dado a la misma y la interposición del presente recurso (Hecho Cuarto, págs. 18 a 22).

PRIMERO.- EL RÉGIMEN DE LA MUTUALIDAD NOTARIAL VIGENTE HASTA LA ENTRADA EN VIGOR DEL RD 1505/2003 DE 28 DE NOVIEMBRE, POR EL QUE SE ESTABLECE LA INCLUSIÓN DE LOS MIEMBROS DEL CUERPO ÚNICO DE NOTARIOS EN EL RÉGIMEN ESPECIAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES POR CUENTA PROPIA O AUTÓNOMOS

La Mutualidad Notarial (en lo sucesivo Mutualidad) nació en 1921 y fue regulada por primera vez mediante Real Decreto de 7 de noviembre de 1921. En el preámbulo de esta norma se indicaba que "el Notario es tal vez el único funcionario público que no recibe del Estado (...) pensión alguna que recompense sus meritorios servicios y le sostenga en los últimos años de su vida".

El régimen de la Mutualidad vigente con anterioridad a la incorporación de los Notarios en el Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos (R.E.T.A.) era establecido por el Decreto 2178/1973, de 19 de octubre. De dicho régimen deben destacarse los siguientes rasgos:

- En cuanto a su función, la Mutualidad era una entidad dirigida a gestionar el régimen de previsión social del Notariado, configurado como alternativo al de la Seguridad Social, y que se complementaba con otras prestaciones complementarias. De ello resulta que cumplía una función atribuida, con carácter general, al sistema de seguridad social.

- En cuanto a su organización, la Mutualidad carece de una asamblea o junta en la que participen todos los mutualistas; y segundo, está sometida no ya a la tutela, sino a la potestad decisoria del Ministerio de Justicia. Se trata, por ende, de un régimen heterónimo.

Además, interesa destacar de dicha norma los siguientes aspectos:

a.- La Mutualidad Notarial se define como "institución de carácter éticobenéfico investida de personalidad jurídica plena" (art. 1).

b.- La incorporación a la Mutualidad era obligatoria para todos los Notarios, de conformidad con el artículo 2.

c.- La Mutualidad se configura como una entidad dirigida a gestionar el régimen de previsión social del Notariado -configurado como alternativo al de la Seguridad Social-, contemplándose, además, otras prestaciones complementarias. Para ello se hace cargo de los auxilios, pensiones y complementos establecidos en el artículo 3.

d.- La Mutualidad se basaba en el régimen de reparto, de tal forma que las aportaciones de los mutualistas no servían para capitalizar una determinada pensión personal. En concreto, las aportaciones de los notarios se fijaban en función de las actuaciones realizadas (rendimientos de trabajo), y las prestaciones se vinculaban al número de años como mutualista (y no al importe de las aportaciones realizadas).

e.- El régimen de organización y funcionamiento de la Mutualidad es heterónimo. En particular, hay dos rasgos sobresalientes: primero, carece de una asamblea

o junta en la que participen todos los mutualistas; y segundo, está sometido no ya a la tutela, sino a la potestad decisoria de la Administración.

La Mutualidad está regida por una Junta de Patronato (art. 9.1). Esta Junta está compuesta por un Presidente honorario (que es el Director General de Registros y del Notariado) y otro efectivo, que es el Presidente de la Junta de Decanos; los vocales son elegidos por la Junta de Decanos de los Colegios notariales. Ello significa que los órganos que rigen la Mutualidad no son elegidos por los mutualistas, sino por los notarios colegiados, lo cual, con anterioridad al RD 1505/2003 no tenía una significación jurídica relevante, dado que todos los notarios eran, al mismo tiempo, mutualistas.

En cuanto a sus competencias, la Junta de Patronato las tiene en relación con la administración ordinaria de la Mutualidad y de sus fondos; así, por ejemplo, tiene atribuciones para "intensificar" las pensiones y auxilios. En cambio, en relación con determinados aspectos de más relevancia, las atribuciones se le dan al Ministerio de Justicia.

En efecto, el Ministerio de Justicia, a través de la Dirección General de Registros y del Notariado retiene las competencias más importantes, como es la decisión sobre la elevación de los recursos que han de abonar los mutualistas (art. 5), la resolución de los recursos de alzada contra las decisiones de la Junta de Patronato (art. 11.6), o diversas decisiones en relación con las prestaciones (como la creación de nuevos auxilios, a propuesta de la Junta, o la designación de las Notarias subvencionadas -art. 15.2-). Pero sin duda, la competencia más relevante que tiene la Administración es la de acordar la reforma de la Mutualidad, en relación con lo cual, las funciones de la Junta son meramente de propuesta (art. 10.7°).

SEGUNDO.- EL R.D. 1505/2003 Y SU INCIDENCIA EN EL RÉGIMEN DE LA MUTUALIDAD NOTARIAL

1.- Consideración de carácter general

La D.A. 24^a de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, estableció la integración de los Cuerpos de Notarios y de

Corredores de Comercio en un cuerpo único y que el régimen de protección social -que, hasta la fecha, se llevaba a cabo por las respectivas Mutualidades- sería único, remitiendo la efectividad de la unificación a las normas reglamentarias que se aprobasen.

Posteriormente, la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (art. 41) autorizó al Gobierno a incorporar en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos a los miembros del Cuerpo Único de Notarios.

Dicha integración se produjo mediante el Real Decreto 1505/2003, de 28 de noviembre, que entró en vigor en 1 de enero de 2004 según su D.F. 2^a; cuyo artículo 1 dispuso que "los miembros del Cuerpo único de Notarios quedan comprendidos en el sistema de la Seguridad Social e incluidos en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos en los términos y condiciones que regula este Real Decreto".

A partir de dicha norma, pues, se diferencian dos tipos de protección.

La protección propia del sistema de Seguridad Social pasa a ser de cuenta de la Seguridad Social, que asume la obligación del abono de las prestaciones obligatorias, propias de dicho Régimen Especial; para ello:

- los Notarios tienen la obligación de alta y cotización en dicho régimen (art. 2);
- se integran los períodos de cotización a la Mutualidad (art. 3);
- a las pensiones se le aplican las limitaciones establecidas en el Ordenamiento jurídico (art. 6), lo que supone en muchos casos una pensión inferior a la que se percibía con anterioridad de la Mutualidad;
- la Mutualidad Notarial debía ingresar una compensación económica a la Seguridad Social, por las cargas y obligaciones que ésta asumía, y que antes correspondían a dicha Mutualidad (art. 10).

En lo que hace a las prestaciones complementarias -esto es, las que exceden del sistema de Seguridad Social-, el RD sólo contiene una previsión en su D.A. Primera, que dice así:

Disposición adicional primera. Prestaciones complementarias

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 los que procedan por aplicación de las normas establecidas en este Real Decreto no serán asumidos ni reconocidos 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 aquéllos, de acuerdo con lo que establezcan sus respectivas normas de aplicación.

Debe señalarse que, a pesar de que esta norma supone una modificación sustancial de las funciones de la Mutualidad, no se incluye una modificación normativa del Estatuto de la Mutualidad aprobado por Decreto de 1973, por lo que se iniciará con posterioridad un período "transitorio" al que luego se hará referencia.

2.- Incidencia del R.D. en la Mutualidad Notarial

La inclusión de los miembros del Cuerpo único de Notarios en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos (en lo que sigue, R.E.T.A), afecta al régimen de la Mutualidad establecido en el Decreto de 1973 como ya resulta de la exposición de carácter general. En relación con ello, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

a.- En primer lugar, el carácter de las prestaciones que realiza la Mutualidad cambia radicalmente, dado que, tras la integración de los Notarios en el R.E.T.A., corresponde a la Seguridad Social la gestión de las prestaciones comprendidas en dicho Régimen Especial, conceptuándose como prestaciones complementarias aquellas diferentes de las previstas en el R.E.T.A., que no son asumidas por éste. De este modo, las prestaciones que realiza la Mutualidad no son ya las propias del sistema de Seguridad Social, sino las que tengan el carácter de complementarias, entendiendo por tales las

prestaciones (auxilios, complementos, etc.) que excedan de las recogidas en el Régimen Especial de la Seguridad Social aplicable.

Este cambio es de radical importancia, como fácilmente se comprende, pues como ha establecido el Tribunal Constitucional en reiteradas Sentencias, la Seguridad Social se ha convertido en una función de Estado; así lo indica la STC 65/1987, de 21 de mayo, relativa precisamente a una mutua previsión social, que cita otras anteriores, y dice en su F.J. 17:

"Para resolver la cuestión planteada por los recurrentes es necesario tener en cuenta la configuración del sistema de Seguridad Social, y la naturaleza de sus prestaciones. A este respecto hay que recordar que, como ya se ha señalado este Tribunal -STC 103/1983, de 22 de noviembre (RTC 1983\103)-, la Seguridad Social se ha convertido en una función del Estado (fundamento jurídico 3.^o). Efectivamente, el mandato contenido en el arto 41 de la Constitución dirigido a los poderes públicos de mantener un régimen público de Seguridad Social que garantice la asistencia y las prestaciones sociales suficientes en situaciones de necesidad supone apartarse de concepciones anteriores de la Seguridad Social en que primaba el principio contributivo y la cobertura de riesgos o contingencias (fundamento jurídico 4.^o). Si bien, en el sistema español actual, se mantienen características del modelo contributivo, no es menos cierto que, a tenor del mandato constitucional citado, el carácter de régimen público de la Seguridad Social, su configuración como función del Estado, y la referencia a la cobertura de situaciones de necesidad -que habrán de ser precisadas en cada caso- implica que las prestaciones de la Seguridad Social, y entre ellas las pensiones de jubilación, no se presenten ya -y aun teniendo en cuenta la pervivencia de notas contributivas- como prestaciones correspondientes y proporcionales en todo caso a las contribuciones y cotizaciones de los afiliados, y resultantes de un acuerdo contractual. El carácter público y la finalidad constitucionalmente reconocida del sistema de la Seguridad Social supone que éste se consigue como un régimen legal, en que tanto las aportaciones de los afiliados, como las prestaciones a dispensar, sus niveles y condiciones, vienen determinados, no por un acuerdo de voluntades, sino por reglas que se integran en el ordenamiento jurídico y que están sujetas a las modificaciones que el legislador introduzca."

b.- En segundo término, en lo que se refiere a las cotizaciones y mutualistas, se produce un cambio a partir de 31 de diciembre de 2003 de no menor importancia, dado que ni se produce la incorporación de nuevos mutualistas -pues los Notarios han quedado incluidos dentro del RETA- ni se abonan nuevas cuotas por parte de los mutualistas, según decisión adoptada por la Junta de Patronato. Lo anterior implica que sólo tienen la condición de mutualistas aquellos que tuvieran esta condición a 31 de diciembre de 2003, y que el remanente del patrimonio de la mutua no se incrementa más que con los rendimientos de las propiedades mobiliarias e inmobiliarias.

c.- Sin embargo, y esto es relevante, en cuanto a la **organización de la Mutualidad no se produce ninguna modificación expresa** y, sorprendentemente, se sigue aplicando del Decreto de 1973 como si nada hubiera sucedido. En efecto:

- el funcionamiento de la Mutualidad sigue siendo formalmente el recogido en el Decreto de 1973, esto es, sin una asamblea de mutualistas, dado que la Junta del Patronato no responde a criterios representativos; además, dado que la condición de colegiado y de mutualista no coincide -como ya se ha visto- puede haber una diversidad de intereses entre los mutualistas y los miembros de la Junta de Patronato que acentúa más el carácter heterónimo.

- no se ha suprimido el régimen no ya de tutela, sino de decisión -régimen heterónimo- del Ministerio de Justicia, que sigue pudiendo adoptar aparentemente las decisiones más importantes sin intervención de los Mutualistas, aun cuando la Mutualidad no ejerce ya atribuciones relativas al régimen de seguridad social; y ello cobra ahora especial importancia, dado que los cambios introducidos por el RD 1505/2003, como indica su Exposición de Motivos, plantea el problema de considerar la naturaleza y régimen de la Mutualidad en atención a los cambios producidos, mencionándose de forma expresa la posibilidad de subsistir adoptándose a los caracteres de complementariedad del sistema y voluntariedad establecidos en la Ley 30/1995 de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.

- como consecuencia de ello, pues, y a pesar de que la Mutualidad ya no tiene atribuido el pago de las prestaciones correspondientes al régimen obligatorio de la seguridad social, las decisiones más relevantes sobre el patrimonio, las contribuciones de los mutualistas y las prestaciones complementarias que se van a satisfacer no son aprobadas ni decididas con la intervención de los mutualistas.

TERCERO.- LA SITUACIÓN DE LA MUTUALIDAD POSTERIOR AL RD 1505/2003: PROVISIONALIDAD DE LA SITUACIÓN DE LA MUTUALIDAD, FALTA DE RECONOCIMIENTO DE LAS FACULTADES DE LOS MUTUALISTAS DE DECIDIR EL DESTINO Y GESTIONAR EL PATRIMONIO MUTUALIDAD Y SOBRE LAS PRESTACIONES Y COTIZACIONES, Y AUSENCIA DE ADAPTACIÓN DE SU RÉGIMEN POR EL GOBIERNO

1.- Situación de la Mutualidad Notarial con posterioridad al RD 1505/2003

Como consecuencia de la integración de los notarios en el régimen de la Seguridad Social, la Mutualidad, de conformidad con el arto 9 del RD 1505/2003, abonó como coste de integración la cantidad de 293.099.501 euros, de acuerdo con la resolución de la Dirección General de Ordenación Económica de la Seguridad Social de 23 de diciembre de 2003. El pago del coste total de integración se acredita por la resolución del Subdirector General de Ordenación de las Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social de 23 de abril de 2008, que se adjunta como documento núm. 1.

Tras el pago de dicha cantidad ha quedado un importante remanente que integra un patrimonio cuyo destino debe ser, de conformidad con el dictamen del Consejo de Estado núm.730/2005 -al que luego se hará más extensa referencia- el de continuar afecto a la finalidad de previsión social en beneficio de quienes formaron el patrimonio con sus aportaciones -esto es, aquellos Mutualistas que lo eran en 31 de diciembre de 2004-.

Sin embargo, la decisión sobre las cotizaciones y prestaciones no han sido adoptadas por los mutualistas, sino por la Junta de Patronato, órgano designado de conformidad con el Estatuto aprobado por el Decreto de 1973 -y sobre el que se trata en los FF.DD. del presente escrito-o En particular, la Junta de Patronato ha adoptado diversos acuerdos:

a.- De conformidad con el punto undécimo del Acuerdo adoptado por la Junta del Patronato de la Mutualidad en sesión de 19 de diciembre de 2003 quedó "suspendido" el devengo de aportaciones a la Mutualidad Notarial, de lo que resulta que sólo

tienen la condición de mutualistas los que lo fueran con anterioridad a 31 de diciembre de 2003, y que, a partir de dicha fecha, por decisión de la Junta de Patronato, no se abonan nuevas cotizaciones.

b.- Por acuerdo adoptado en 19 de diciembre de 2003, la Junta de Patronato de la Mutualidad tomó asimismo una decisión sobre las prestaciones que se abonarían por la Mutualidad.

c.- Por acuerdo de la Junta de Patronato de 18 de mayo de 2004, la Mutualidad a partir de 30 de junio de 2004 se dejó de hacer cargo de la póliza del seguro médico.

2.- El intento de regular la disolución de la Mutualidad y el dictamen contrario del Consejo de Estado

A.- El Proyecto de Real Decreto, no aprobado

Por la Administración se tramitó un Proyecto de Real Decreto por el que se ordenaba la disolución, liquidación y extinción de la Mutualidad que finalmente no fue aprobado y que, consultado al Consejo de Estado, dio lugar al dictamen núm. 730/2005, de 28 de julio de 2005. Se adjunta copia de este dictamen como documento núm. 2.

En lo que hace al contenido de dicho proyecto, y tal y como se desprende con toda claridad del indicado dictamen, cabe reseñar lo siguiente:

- primero, el proyecto preveía la disolución de la Mutualidad Notarial;

- segundo, se preveía la subrogación del Consejo General del Notariado en la situación jurídica de la Mutualidad mediante la cesión global del activo y del pasivo que ésta tuviera a la entrada en vigor del Real Decreto 1505/2003;

- se establecía que no se reconocerá prestación a cargo de la Mutualidad derivada de hecho causante producido con posterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto que se proyectaba;

- además, se preveía que en caso de que el activo sea superior al pasivo, el remanente sería destinado a la consecución de los fines y funciones propias del Consejo General del Notariado, previstos en los artículos 336 y 344 del Reglamento Notarial.

B.- El parecer del Consejo de Estado: dictamen 730/2005, de 28 de julio

El Proyecto de Decreto fue objeto de Dictamen del Consejo de Estado (dictamen 730/2005, de 28 de julio) cuyo parecer -como lo había sido antes el del Ministerio de Economía- **fue muy crítico con dicha** solución. Así frente al criterio recogido en el proyecto de que el remanente del patrimonio de la Mutualidad que quede tras hacer el pago del coste de integración en el sistema de la Seguridad Social y el pago de las deudas debía destinarse a los fines y funciones propios del Consejo General del Notariado, el dictamen se hace eco de la opinión contraria de la Subsecretaría del Ministerio de Economía de que dicho remanente, para respetar los derechos de los mutualistas, debe redundar en su beneficio; el dictamen dice al respecto, con toda claridad:

"En el criterio de este Consejo de Estado, si después de sufragar por completo dicho coste y de satisfacer a los acreedores de la Mutualidad por exigencias de su disolución, hubiera un remanente positivo, éste debe continuar afecto a la finalidad de previsión social del Notariado a la que sirve desde su origen (...).

Sobre la base de las anteriores consideraciones, el Consejo de Estado entiende que la regla que el artículo 7.2 de la proyectada reglamentación contiene en cuanto al destino del aludido remanente excede del ámbito que le es propio al establecer un nuevo destino para el patrimonio mutual y apartarse del criterio invariablemente mantenido, ya expresa, ya implícitamente, por las disposiciones legales en las que encuentra su cobertura.

Por tanto, no se comparte la solución consistente en que el remanente positivo se destine en exclusiva, y sin ulteriores precisiones, al Consejo General del notariado para el mejor cumplimiento de sus fines y funciones (artículos 336 y 344 del Reglamento Notarial), pues, primero, la base estructural de la Mutualidad y del Consejo General del Notariado son distintas, y segundo, los fines y funciones de éste son ajenos a la finalidad de previsión social propia del patrimonio mutual -salvo lo previsto en las letras A)6 y E del citado artículo 344-.

Según se desprende de la jurisprudencia constitucional, una vez sufragado el coste de integración a la Seguridad Social, lo usual ha sido la subsistencia de la Mutualidad respectiva para la dispensación, con sus propios fondos, de las denominadas prestaciones complementarias que exceden de aquellas objeto del Régimen de la Seguridad Social de que se trate eSTC 6511987). Así, el respeto de los derechos de los mutualistas exige que los recursos específicamente asignados a la satisfacción de las prestaciones complementarias y voluntarias queden efectivamente en el patrimonio de la Mutualidad, para responder de sus obligaciones. Es decir, que el remanente del patrimonio mutual tras el pago del coste de integración debe redundar en beneficio de quienes lo formaron a través de sus aportaciones, esto es, los mutualistas.

Entiende el Consejo de Estado que, aun cuando se carece de datos suficientes para saber si finalmente existirá remanente tras la extinción de la Mutualidad, la proyectada reglamentación, al alterar el fin específico del patrimonio generado por las aportaciones de los mutualistas para esa concreta hipótesis, sin la necesaria y suficiente cobertura legal, desliga al patrimonio mutual de su finalidad y destinatarios" .

Como consecuencia, finalmente no se aprobó el proyecto.

C.- El sorprendente parecer de la Junta de Patronato de la Mutualidad Notarial, contrario a los derechos de los mutualistas

No cabe ignorar que el citado proyecto fue valorado positivamente por la Junta de Patronato de la Mutualidad Notarial-según refleja el indicado dictamen del Consejo de Estado en el antecedente primero punto 4- a pesar del desacuerdo manifestado por los mutualistas a través de las asociaciones, y a pesar de que ese proyecto significaba, como puso de manifiesto el Consejo de Estado, atribuir el remanente al Consejo General del Notariado ignorando el obligado respeto a los derechos de los mutualistas que exige que el remanente del patrimonio mutual redunde en beneficio de quienes lo formaron a través de sus aportaciones, es decir, de los mutualistas.

Esta valoración positiva evidencia una diversidad de intereses entre la Junta -en cuanto órgano formado por notarios designados por la Junta de Decanos- y los propios mutualistas, y la paradoja -que no es de recibo en Derecho- de que la Mutualidad está gestionada por personas distintas de los mutualistas.

3.- El Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, de modificación del Reglamento de Organización y Régimen del Notariado: dictamen previo del Consejo de Estado, contenido del Decreto, impugnación y Sentencia del Tribunal Supremo

La gestación de este Decreto, su contenido, y la Sentencia del Tribunal Supremo recaída al resolver la impugnación del mismo, tienen interés para el presente escrito, en cuanto se refiere a la Mutualidad.

A.- Tramitación del Real Decreto: dictamen del Consejo de Estado

Así, en primer término, el Consejo de Estado en su dictamen 2.466/2006, de 14 de diciembre de 2006, con ocasión de la consulta del que luego sería el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, de modificación del Reglamento de la organización y régimen del Notariado, hizo referencia a la "anómala" situación en que había quedado la Mutualidad; lo hace en los siguientes términos:

"Al la vista de tal situación, ha de recordarse que esa Mutualidad se encuentra pendiente de que se defina su destino una vez que los Notarios han quedado integrados en el Régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores Autónomos (Real Decreto 1505/2003, de 28 de noviembre), habiendo tenido ocasión este Consejo de informar un proyecto de Real Decreto por el que se ordenaba la disolución, liquidación y extinción de la mencionada Mutualidad (Dictamen de 28 de julio de 2005, relativo al expediente número 730/2005).

Estima este Consejo que no debe prolongarse esta situación y que no es una situación satisfactoria la consistente en ir suprimiendo del Reglamento Notarial todas las alusiones a la Mutualidad Notarial sin adoptar, al mismo tiempo, una solución respecto de esa institución tan singular, que, tal y como se destacó en ese dictamen de 28 de julio de 2005, ha venido formando parte de la regulación profesional y funcionarial de los Notarios".

Se adjunta como documento núm. 3 las páginas de este dictamen que se refieren a la Mutualidad Notarial y el texto completo publicado en la base de datos del B.O.E.

B.- Contenido de la modificación del Reglamento aprobado por el R.D. 45/2007 en lo referente a la Mutuality Notarial: impugnación y Sentencia del Tribunal Supremo.

La modificación del Reglamento de Organización y Régimen del Notariado contenía determinados preceptos que hacían referencia a la Mutuality Notarial, lo que dió lugar a su impugnación por la Asociación de Notarios Españoles Mutualistas (A.N.E.M.) Y por la Asociación de Notarios Españoles Jubilados.

Dicho recurso fue desestimado por Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2008 (rec. de casación 69/2007), cuyo F.D. Quinto efectúa consideraciones de interés en orden al sentido y alcance meramente reflejo de la regulación -no innovativa-, de la subsistencia de la Mutuality y del carácter residual y provisional de su régimen. Estas consideraciones son del siguiente tenor:

QUINTO

(.....)

Lo primero que conviene señalar es que los preceptos impugnados no recrean la Mutuality Notarial, en contra de lo que se sostiene por la parte recurrente, ni contemplan el régimen estatutario de la misma, regulado en el Decreto 2718/73 , Y tampoco se refieren al nuevo régimen de protección social, limitándose a mantener la atribución al Consejo General de Notariado de la designación o propuesta de los vocales de la Junta de Patronato de la MN y la instrucción de los expedientes disciplinarios promovidos contra las Juntas directivas por causa de infracciones mutualistas, ello bajo el presupuesto del funcionamiento de tal Mutuality y sus órganos de acuerdo con su Estatuto, de manera que los preceptos recurridos no suponen modificación alguna del régimen de la Mutuality, por lo que la cuestión es determinar si, como mantiene la parte recurrente, tales previsiones son incompatibles con la alteración que de dicho régimen supone el RD 1505/2003, en relación con la legislación sobre Seguros Privados.

(.....)

Se desprende de todo ello que la publicación de dicho Real Decreto 1505/03, si bien supone el paso de los miembros del Cuerpo único de Notarios al sistema público de protección social, mediante la integración en el RETA, la propia norma permite el mantenimiento del régimen mutualista, adaptado a los caracteres de complementariedad del sistema público y voluntariedad, establecidos en la legislación sobre Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, de manera que tal Real Decreto traslada las prestaciones comunes al RETA pero deja subsistente el sistema mutualista respecto de las demás prestaciones complementarias, aunque pendiente de la correspondiente adaptación

a la legislación de Seguros Privados, ..!2....que supone que el régimen mutualista pierde su contenido esencial que viene constituido por las prestaciones comunes, pero no se extingue por la entrada en vigor de dicho Real Decreto 1505/03 , que deja su destino pendiente de la correspondiente decisión sobre su extinción o adaptación a la normativa mutualista, y mientras tanto mantiene su funcionamiento con ese carácter residual, según su propio Reglamento que no resulta derogado expresamente y aunque se vea afectado en cuanto atañe al régimen de prestaciones comunes asumidas por el RETA y las consiguientes cotizaciones en detrimento de las que se venían efectuando a la Mutualidad. Que ello es así se refleja en el dictamen del Consejo de Estado de 25 de julio de 2005, emitido con ocasión del proyecto de Real Decreto por el que se ordena la disolución, liquidación y extinción de la Mutualidad Notarial, que se invoca por la parte, y que pone de manifiesto que no se ha producido la extinción y disolución a que se refiere la recurrente, que dicha extinción no se imponía tampoco por el arto 41 de la Ley 24/2001, como se dice expresamente en el dictamen y que el Real Decreto 1505/03 no suponía la derogación del Estatuto de la Mutualidad Notarial aprobado por Decreto 2718/1973, como se desprende del hecho que tal Proyecto previera su derogación en la disposición derogatoria, y ello dejando a salvo lo que resulte de la aplicación a las prestaciones complementarias a las que se refiere el arto 2.1 del Real Decreto proyectado, según se recoge en propio dictamen.

Por otra parte, la pervivencia del reglmen mutualista aunque con ese carácter residual y provisional en cuanto pendiente de la decisión sobre su extinción o adaptación a la legislación de los Seguros Privados

No resulta, por lo tanto, de aplicación directa la legislación sobre Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados,

En estas circunstancias, carecen de virtualidad las alegaciones que se fundan en la extinción de la Mutualidad Notarial, la derogación o privación de contenido de los Estatutos aprobados por Decreto 2718/1973, la desaparición de cualquier tipo de conexión orgánica con la Administración, desaparición de todas facultades de la Junta de Patronatoy con ello del propio órgano, debiéndose añadir a lo ya expuesto que, si bien con el carácter residual y provisional indicado, subsisten las funciones y atribuciones de dicho órganoy por lo tanto la necesidad de proceder al nombramiento de sus miembros, cuyo régimen se limita a mantener el arto 344.B.4 del Reglamento Notarial objeto de impugnación, en congruencia con lo dispuesto en el Estatuto de la Mutualidad, arto 9 , que atribuye la competencia para designación de los vocales de la Junta de Patronato a la Junta de Decanos, órgano antecesor del Consejo General del Notariado. Por otra parte, siendo cierto que la incorporación de los miembros del Cuerpo único de Notarios al RETA ha llevado consigo la cotización a dicho régimen especial y la desaparición de la aportaciones a la Mutualidad Notarial, no lo es menos que pueden resultar pendientes obligaciones de dicha naturaleza no satisfechas, como de hecho se prevé en la disposición transitoria cuarta del propio Real Decreto 150512003, que se refiere a la reclamación y cobro de las cantidades devengadas hasta la fecha de entrada en vigor del mismo por la Mutualidad Notarial, con arreglo a su normativa específica, además de la subsistencia de otras obligaciones de las Juntas Directivas respecto de la Mutualidad que se recogen en el arto 7 del Estatuto de 1973 , de manera que el mantenimiento en el Reglamento Notarial de la competencia del Consejo General del Notariado para la instrucción de los expediente disciplinarios promovidos contra las Juntas Directivas por causa de infracciones mutualistas, que se contempla en el arto 344.D.2 objeto de recurso, resulta

justificado y no supone infracción de norma de rango superior que disponga otra cosa al respecto.

Finalmente y también por lo ya expuesto, no pueden prosperar las alegaciones que se fundan en la infracción del principio de jerarquía normativa, en relación con la legislación sobre Seguros Privados, y los principios generales de democracia y participación, pues ya se ha razonado que dicha legislación no resulta de aplicación al caso a los efectos pretendidos por la parte ...

Para comprender y valorar la Sentencia del Tribunal Supremo, resulta necesario tener en cuenta que la Sentencia resuelve la litis -como toda Sentencia- de conformidad con el principio de congruencia en orden tanto a los motivos alegados por las partes como respecto de las pretensiones (art. 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)

En concreto, y sin perjuicio de remitimos al contenido del F.D. Quinto, transcrito, interesa destacar a los efectos del presente escrito los siguientes aspectos:

a.- Carácter reflejo de la regulación -no innovativa- de la modificación del Reglamento en cuanto se refiere a la Comunidad

El Tribunal Supremo afirma expresamente en el párrafo primero de los que han quedado transcritos que la regulación introducida en la modificación del Reglamento no recrea la mutualidad ni contempla el régimen estatutario de la misma, limitándose a mantener determinadas atribuciones "bajo el presupuesto del funcionamiento de tal mutualidad y sus órganos de acuerdo con su Estatuto, de manera que los preceptos recurridos no suponen modificación alguna del régimen de la Mutualidad".

b.- La cuestión planteada

Prosigue el mismo párrafo diciendo que la cuestión es determinar si, como mantiene la parte recurrente, tales previsiones son incompatibles con la alteración que de dicho régimen -del Decreto 2718/73- supone el RD 1505/2003, en relación con la legislación sobre Seguros Privados.

c.- La solución de la cuestión planteada

La cuestión planteada se resuelve por el Tribunal Supremo en virtud del siguiente razonamiento:

- el régimen mutualista pervive después del R.D. 1505/2003, con carácter residual y provisional.

- no resulta por tanto de aplicación directa la legislación sobre Ordenación y Supervisión de Seguros Privados.

- no al ser aplicable esta legislación, no puede pretenderse, con amparo en la misma, que se aplique a la Mutualidad Notarial el régimen de las mutualidades regidas por la legislación de seguros privados, con referencia a los órganos de tales mutualidades como es la Asamblea de Mutualistas.

4.- Informe emitido por la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones

En un informe emitido por la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones de 29 de enero de 2007, en respuesta a un escrito presentado por la Asociación de Notarios Españoles Mutualistas en ejercicio del derecho de petición, se señala:

- que desde la entrada en vigor del RD 1505/2003, para la parte del patrimonio no integrada, la Mutualidad puede satisfacer las prestaciones que no se integraron en la acción protectora de la Seguridad Social, en la medida en que exista patrimonio y hasta que se determine el destino de éste;

- que la Mutualidad no ha estado sometida en ningún momento a la normativa de seguros privados;

- la Mutualidad no es propiamente una mutualidad de previsión social, por carecer de todos los elementos formales y sustantivos, de forma que su destino deberá fijarse por la Administración de la que depende, en la disposición que se dicte al respecto.

Se adjunta copia de este informe como **documento núm. 4**.

5.- La situación de provisionalidad de la Mutualidad: la necesidad de adecuar su régimen jurídico

De este modo, tras la integración de los notarios en el sistema de la seguridad social el régimen de la Mutualidad deja de ajustarse a su nueva realidad, pues no asume ya la función de dar prestaciones alternativas al sistema de Seguridad Social; pero sin embargo, carece de órganos de autogobierno como una asamblea de mutualistas y sigue manteniendo un régimen heterónomo en el que la gestión se encomienda a la Junta de Patronato -cuyos miembros son designados en su mayor parte por la Junta de Decanos del Colegio Notarial, a pesar de que no existe una correspondencia entre la condición de mutualista y notario- y con poder de decisión de la Administración en los asuntos más importantes.

Ante esta nueva situación, son diversos los órganos de la Administración que han puesto de manifiesto la necesidad de adecuar su régimen, y entre ellos, el Consejo de Estado como ya se ha indicado, que ha señalado esta necesidad en su dictamen 2.466/2006, de 14 de diciembre, al que ya se ha hecho referencia.

CUARTO.- LA SOLICITUD PRESENTADA ANTE EL MINISTRO DE JUSTICIA EN 4 DE JUNIO DE 2007, TRAMITACIÓN DE LA MISMA Y DESESTIMACIÓN PRESUNTA POR SILENCIO. INTERPOSICIÓN DEL PRESENTE RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

1.- Solicitud presentada por la Asociación de Notarios Españoles Mutualistas en 4 de junio de 2007

Don Antonio Pérez Sanz, en representación de la Asociación de Notarios Españoles Mutualistas, en solicitud de 29 de mayo de 2007 dirigida al Sr. Ministro de Justicia, presentada en 4 de junio de 2007, solicitaba que acordara:

"Primero. Convocar una asamblea general permanente de los mutualistas de la Mutuality Notarial, con capacidad de autoorganización, con el objeto de decidir, de acuerdo con la legalidad constitucional vigente, sobre el modo de aplicar el remanente del patrimonio de la Mutuality al fin de previsión social complementaria, adoptando los medios para su ejecución.

Segundo. En defecto de lo anterior, dictar la norma que permita la constitución de tal asamblea.

Tercero. Subsidiariamente, declarar que el Ministerio de Justicia ha perdido todas las competencias que le correspondían sobre la Mutuality Notarial".

Adjuntaba a dicho escrito Escritura de Constitución de la Asociación de Notarios Españoles Mutualistas.

2.- Tramitación dada a dicha solicitud

Según resulta del expediente remitido por la Administración, la única actuación seguida por ésta en relación con la solicitud presentada consistió en un informe emitido en 30 de julio de 2007 por la Directora General de Registros y del Notariado.

Dicho informe recoge las siguientes conclusiones:

IV.- Conclusiones

De lo anteriormente indicado se concluye:

1º._ La no posibilidad de realizar una convocatoria de Asamblea General por la propia Mutuality.

2º._ En cuanto a la norma que posibilita ello, en todo caso competencia del Gobierno, deben analizarse todo el conjunto de variables que existen en la actualidad en torno a la Mutuality Notarial, sobre todo el relativo al destino de la misma.

3°._ Por todo lo expuesto en este informe se deduce claramente la competencia de este Ministerio de Justicia y de la Dirección General sobre al Mutuality Notarial.

El informe contiene tres apartados. Conviene dar cuenta sintéticamente de su contenido, dada la relevancia de las afirmaciones que se contienen en el mismo.

a.- El apartado 1 ("Introducción) se refiere a la situación general de la Mutuality Notarial. En particular, en dicho apartado se señala lo siguiente:

"Es más, el mismo régimen heterónimo de la MN, esto es, la evidencia de que la MN carece de Asamblea o Junta General, o que determinadas decisiones deban ser comunicadas a este Ministerio, así como que, incluso, la MN no pueda tomar por sí misma determinadas decisiones -por ejemplo, su disolución- encuentra su origen en esas dos notas: el carácter funcional del notario y el hecho de que la MN era la entidad llamada a gestionar el régimen de previsión social del notario que se configuraba, de ese modo, como un régimen alternativo al de Seguridad Social. Así lo hemos sostenido en nuestra Resolución de 8 de julio de 2005" (págs. 1-2 del informe).

"Pues bien, conforme a su régimen jurídico especial y atípico, de marcado carácter público, la Mutuality Notarial no ha estado sometida en ningún momento desde su creación a la normativa de seguros privados" (pág. 5).

" ... una vez culminado el proceso e integración en la Seguridad Social previsto en la normativa aplicable, el patrimonio de la Mutuality Notarial, excedente después de haber satisfecho las obligaciones derivadas de la integración en la Seguridad Social, no constituye por sí una mutuality de previsión social, por carecer de todos los elementos formales y sustantivos, de forma que su destino deberá fijarse por la Administración de la que depende la Mutuality Notarial en la disposición que se dicte al respecto" (pág. 6).

b.- El apartado 11 versa sobre la "Naturaleza de la Mutuality desde la integración de sus miembros en el RETA hasta la actualidad"; en particular, se señala lo siguiente:

"Tras la integración en el RETA se produce un cambio importante en la configuración jurídica de la Mutuality. Deja de ser una asociación obligatoria de miembros de la carrera notarial, desaparece su función alternativa al régimen de Seguridad Social y queda reducida a complementar al mismo, aunque se mantiene la fuerte intervención tutelar administrativa por parte del Ministerio de Justicia pero no el auxilio en la gestión por parte de la organización notarial. El régimen mutualista, además, pasa a ser único para Corredores y Notarios, ahora integrados en el Cuerpo único de Notarios. La consecuencia de todo ello es que desaparecen las

notas configuradas de la Mutualidad como Administración Corporativa" (pág. 6, subrayados en el original; en la misma idea se insiste en las págs. 8 y siguientes).

"La Mutualidad Notarial se ha convertido en una asociación voluntaria y de protección complementaria del RETA" (pág. 7, subrayado en el original).

"Como se ha indicado, la previsión social de carácter voluntario complementaria al sistema de Seguridad Social obligatoria, tiene carácter libre, de conformidad con lo previsto en el artículo 41 de la Constitución" (pág. 11).

c.- El apartado III se refiere a la "posibilidad y/o necesidad de constituir y convocar una asamblea general de mutualistas como órgano soberano de expresión de la voluntad de estos"; básicamente, se sostiene lo siguiente:

- en el punto 1 de este apartado se dice que no existe en la actualidad una previsión de convocatoria de la asamblea en los Estatutos;

- seguidamente (punto 2) se pasa revista a la organización de otras figuras análogas (mutualidades de previsión social, MUF ACE, colegios profesionales, Colegio Notarial, Colegio de Corredores Colegiados de Comercio, asociaciones, sociedades mercantiles, sociedades personalistas puras, sociedades anónimas, sociedades de responsabilidad limitada, Mutualidad de Previsión);

- el punto 3 hace referencia a las posibles razones por las que los Estatutos no prevén la existencia de la Asamblea General. Se señala, en primer lugar, que la Mutualidad Notarial era una Corporación de Derecho Público o entidad integrante de la denominada "Administración corporativa"; sin embargo, tras la integración de los notarios en el RETA, pierde las notas características de su condición de corporación de derecho público. Por ello, se dice:

"Pues bien, tanto antes como después de la integración en el RETA, la Mutualidad ha estado sometida a una intensa tutela administrativa por parte de la Dirección General de los Registros y del Notariado. La intensidad de la tutela es tal que puede afirmarse que la Mutualidad carece de autonomía regulatoria y debe sujetarse a la voluntad del Gobierno en orden a la configuración de su régimen jurídico y de ahí que no fuera necesaria ni útil la creación de un órgano soberano de formación de voluntad como sería la Asamblea General en el escenario en el que las decisiones más relevantes sobre la Mutualidad trascienden a ésta y se encomiendan al Ministerio de Justicia, a través de la Dirección General de los Registros y del Notariado. (...)

En los supuestos de descentralización funcional (como ocurre con la Mutualidad Notarial) la tutela es mucho más intensa, al no tropezar con la necesidad de respetar el principio de autonomía institucional y al configurarse los entes corporativos e institucionales como verdaderos instrumentos de gestión en manos de las Administraciones territoriales."

En suma, el informe justifica la inexistencia de la asamblea de mutualistas por la tutela ejercida sobre la Mutualidad por el Ministerio de Justicia; se dice a este respecto lo siguiente en la pág. 36:

"De todo lo dicho se deduce, pues, la importante intervención y tutela ejercida sobre la Mutualidad por el Ministerio de Justicia, lo que puede llevar a justificar la inexistencia estatutaria de una Asamblea General. Si las decisiones más importantes de la vida de la Mutualidad no competen a ésta sino al Ministerio de Justicia, de nada serviría crear una Asamblea General desprovista de facultades decisorias.

y es que entre las funciones que ordinariamente suelen atribuirse a las Asambleas Generales destacan las de adopción de acuerdos, nombramiento y ratificación de cargos o miembros de la entidad, aprobación de cuentas y aplicación del resultado, modificación de los Estatutos, fusión, escisión, liquidación y extinción, nombramiento de auditores, etc. En definitiva, una Asamblea General, y citando la definición consagrada en la Ley Orgánica 1/2002, de Asociaciones es "el órgano supremo de gobierno" y, por tanto, a él corresponden las decisiones de mayor trascendencia para la entidad u órgano de que se trate.

Sin embargo, en el caso de la Mutualidad Notarial, estas decisiones han de ser adoptadas por el Ministerio de Justicia, a través de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por lo que, además de no estar previsto el órgano objeto de estudio en los Estatutos, aún en el caso de existir, estaría vacío de competencias, pues todas las que típicamente le corresponderían son ejercidas por el Ministerio, como consecuencia de la intensísima tutela que le ha sido atribuida."

En definitiva, se sostiene en el informe que la Mutualidad Notarial era una corporación pública que gestionaba un fin público (el régimen alternativo al de la seguridad social) y que tras la integración de los notarios en el RETA la Mutualidad ha pasado a ser una asociación voluntaria. Sin embargo, no se saca conclusión alguna de la circunstancia de que sea una asociación, y, en particular, de la aplicación del derecho fundamental de asociación recogido en el artº 22 de la Constitución y en la jurisprudencia constitucional. De este modo, se trata de justificar lo injustificable -dicho sea en respetuosos términos de defensa-: que, a pesar de tratarse de una asociación, no debe disponer de una asamblea de sus miembros, ni decidir acerca de su organización, debiendo quedar todas las atribuciones en manos de la Administración tutelante.

3.- Interposición del presente recurso

Por escrito presentado en 19 de febrero de 2008, esta parte interpuso el presente recurso contencioso-administrativo.

Por la Sala se requirió hasta tres veces a la Administración para que remitiese el expediente administrativo, habiendo cumplimentado el último requerimiento. De dicho expediente se desprende que la única actuación seguida por la Administración a consecuencia de la solicitud consistió en el informe ya aludido de la Directora General de Registros y del Notariado.

11

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- ADMISIBILIDAD DEL PRESENTE RECURSO

Ninguna duda cabe acerca de la admisibilidad del presente recurso que se ha interpuesto por persona interesada y dentro de plazo.

Que ha sido interpuesta **dentro de plazo** se desprende, en efecto, de las siguientes consideraciones:

- el art. 46 de la LJ determina que si el acto impugnado no fuera expreso, el plazo para la interposición del recurso será de seis meses, contados a partir del día siguiente en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto;

- la solicitud de mi representada en vía administrativa se presentó en 4 de junio de 2007;

- el recurso se interpuso en 19 de febrero de 2008, esto es, cuando aun no habían pasado seis meses desde que se produjo el acto presunto;

- por lo demás, no cabe ignorar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en virtud de la cual es contrario al artículo 24 de la Constitución entender que es extemporáneo un recurso interpuesto contra una desestimación por silencio negativo, que vendría a primar injustificadamente la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido con su deber de dictar y notificar la correspondiente resolución expresa (en este sentido, Sentencia del T.C. 72/2008, de 23 de junio, F.J. 3).

Por otra parte, la competencia para conocer del recurso corresponde a la Audiencia Nacional, conforme a lo establecido en el arto 11.1.a) de la Ley de la Jurisdicción.

y en lo que hace a la legitimación debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 19 .1.b) de la Ley de la Jurisdicción, así como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en cuanto a la legitimación de las asociaciones en los recursos contenciosoadministrativos. En particular, cabe citar aquí la reciente STC 28/2009, de 26 de enero, que reitera lo ya dicho por el Tribunal en otras Sentencias anteriores (en particular, en la STC 252/2000, de 30 de octubre):

STC núm. 28/2009 (Sala Primera), de 26 enero

4 No se discute que la decisión judicial carezca de sustento legal o que sea consecuente a un error patente. Tampoco puede tildarse desde luego de fruto de una interpretación manifiestamente irrazonable de la norma procesal aplicable y, en concreto, del concepto de interés legítimo. Sí que resulta en cambio restrictiva en exceso del ámbito de tal interés y con ello del acceso a la justicia, por lo que procede el otorgamiento del amparo.

A tal conclusión se llega, en primer lugar, si se observa la finalidad estatutaria de la asociación, en cuanto delimitación propia de sus intereses (STe 252/2000, de 30 de octubre, F. 6). En el arto 3 de sus estatutos se dice expresamente que «[l]a existencia de esta asociación tiene como fin exclusivamente la defensa de los intereses profesionales de sus asociados y no del interés general y en concreto de los derechos de los socios que aspiren a ocupar puestos de trabajo de cualquier naturaleza en las Administraciones Públicas, incluida la Administración de Justicia, así como de las entidades de Derecho Público vinculadas o dependientes de cualquiera de las anteriores, para que en los procesos selectivos que celebren se respeten los principios de igualdad, mérito y capacidad constitucionalmente establecidos y los derechos que como opositores les corresponden, así como contribuir a la afirmación y

actualización del personal al serVICIO de las mismas entidades». Constituyen actividades destinadas a garantizar el cumplimiento de esos fines, entre otras, según el arto 4.a) de los estatutos, «la impugnación, en vía administrativa y contenciosoadministrativa de todos aquellos procesos selectivos o cualquier forma de contratación de personal en los que cualquier socio tenga interés directo en participar y que, vulnerando los principios de igualdad, mérito y capacidad así como el de publicidad, contravengan la normativa sobre selección de personal en la Administración Pública».

Es notoria la concordancia de estos fines estatutarios con el objeto del litigio. Y así, «existiendo una relación directa entre los fines de la asociación y el concreto motivo en que se fundamentaba la impugnación del acto administrativo, no cabe negar que para la asociación recurrente, en atención a sus fines estatutarios, no es neutral o indiferente el mantenimiento de la norma recurrida»(STC 282/2006, de 9 de octubre, F. 3). Ciertamente tales fines se refieren a los intereses de los socios y no, sin más, al interés general. Pero cabe observar al respecto tanto que el éxito de la acción impugnatoria comportaba una ampliación de las posibilidades de acceso al empleo público para los asociados, como el hecho de que uno de los mismos había expresado su voluntad de concurrir a la plaza cuya convocatoria se impugnaba por su carácter restringido. Y si bien es cierto que «la ventaja o utilidad que se obtendría en caso de prosperar el amparo» lo sería para los individuos que, suprimida la restricción que lo impedía, desearan optar a la plaza convocada, asimismo lo es que dicha utilidad «está derechamente conectada con los fines u objetivos estatutarios» de la asociación, y que, en esa medida, tal hipotético logro supondría también para la misma «una utilidad actual y real» (STC 252/2000, de 30 de octubre, F. 8). En estas circunstancias no resulta desde luego manifiestamente irrazonable la negación del interés de la asociación en el pleito que promovía, pero no es desde luego reflejo de la amplitud que desde la perspectiva constitucional debe guiar las reglas de atribución de legitimación objetiva, y sí comporta, por el contrario, una restricción desproporcionada del acceso a la jurisdicción, lesiva por ello del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

En definitiva, conforme a la jurisprudencia constitucional (no sólo la STC 28/2009, de 26 de enero, citada, sino también las SSTC 252/2000 y 282/2006 que en ella se citan), no cabe negar la legitimación activa de una asociación cuando existe una relación directa entre los fines de la asociación y el concreto fin o motivo que guía la impugnación.

Pues bien, en el presente caso es patente dicha vinculación. En efecto, conforme al artículo 3 de los Estatutos de la Asociación (folios 16 y siguientes del expediente) tiene como fines primordiales "amparar los derechos y los intereses de los miembros de la Mutualidad Notarial" y "promover las iniciativas precisas para garantizar el cumplimiento de los fines de previsión social que corresponden a la Mutualidad Notarial, defendiendo los derechos e intereses de los mutualistas". Debe tenerse en cuenta, además,

que para tener la condición de socio se exige tener la condición de Notario ingresado en el cuerpo con anterioridad al 1 de enero de 2004 y haber cotizado a la Mutualidad Notarial.

En definitiva, concurre en este caso la legitimación de la Asociación, dado que existe una relación directa entre los fines de la misma y la de la impugnación del el acto presunto de desestimación por silencio administrativo de la solicitud de 29 de mayo de 2007, de que se convocara una asamblea general de los mutualistas de la Mutualidad Notarial con el objeto de decidir sobre el modo de aplicar el remanente del patrimonio de la Mutualidad al fin de previsión social complementaria.

SEGUNDO.- PROCEDENCIA DE ESTIMAR EL PRESENTE

RECURSO

De los antecedentes expuestos resulta con toda claridad las siguientes conclusiones:

a.- La Mutualidad Notarial se encuentra sometida a un régimen jurídico provisional y transitorio.

b.- La existencia de este régimen provisional y transitorio resulta del cambio de naturaleza que se ha producido en la Mutualidad; pues, en efecto, dicha Mutualidad ha dejado de cumplir desde el año 2003 (R.D. 1505/2003), la función pública para la que fue constituida, que hoy cumple la seguridad social, por lo que resulta la inadecuado -en Derecho- que siga sometida al mismo régimen jurídico establecido por el Decreto 2718/1973 de 19 de octubre.

Estas conclusiones, demostradas hasta la evidencia en los HECHOS PRIMERO a TERCERO han quedado ratificadas en el informe de la Dirección General de Registros y del Notariado de 30 de julio de 2007, del que se da cuenta en el HECHO CUARTO, punto 2.

A partir de estas conclusiones, en los presentes Fundamentos de Derecho vamos a demostrar:

a.- Que este régimen provisional y transitorio solo ha podido aplicarse por la Administración con una limitación temporal estricta -ya superada- porque el régimen que se está aplicando vulnera el derecho fundamental de asociación, como vamos a demostrar de forma acabada (F.D. Segundo).

b.- En consecuencia el Ministro de Justicia está obligado a poner fin de forma inmediata y diligente a la continuada vulneración del derecho de asociación de los mutualistas, absolutamente inexplicable en Derecho dado el tiempo transcurrido. y a adoptar las medidas y llevar a cabo las actuaciones que se indican en el presente escrito y se concretan en el SUPPLICO (F.D. Tercero).

TERCERO.- EL RÉGIMEN TEMPORAL Y TRANSITORIO VULNERA EL DERECHO DE ASOCIACIÓN DE LOS MUTUALISTAS

1.- Introducción

Para demostrar que el régimen temporal y transitorio vulnera el derecho de asociación de los mutualistas es necesario determinar qué naturaleza tenía la Mutualidad en el Decreto de 1973 y cuál tiene en el momento actual, después del Decreto del 2003, y, como consecuencia, cuál es el régimen aplicable a la misma.

2.- La naturaleza de la Mutualidad con anterioridad al Decreto de 2003, como Corporación de Derecho Público

A.- La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la denominada Administración Corporativa

El Tribunal Constitucional, en una reiterada jurisprudencia, ha puesto de manifiesto la admisión excepcional por la Constitución de la genéricamente denominada Administración Corporativa, es decir -en expresión del Tribunal- de "corporaciones no territoriales" "corporaciones sectoriales de base privada" o "entes públicos asociativos", y

también la tensión que producía la existencia de estos entes bifrontes en relación con el derecho de asociación.

De conformidad con la jurisprudencia constitucional, la creación de estos entes por voluntad de la Ley, de afiliación obligatoria, y a los que se atribuyen determinadas funciones públicas, no altera el que esencialmente sigan siendo formaciones sociales. Todo ello genera cierto grado de tensión interpretativa en el interior de la Constitución, cuyos polos se sitúan en el principio general de libertad y en la libertad negativa de asociación (arts. 1.1 y 22), tensión que sólo puede ser resuelta a partir de una interpretación sistemática y global de los principios constitucionales implicados o, dicho de otro modo, desde el principio de unidad de la Constitución.

De ahí que el Tribunal Constitucional haya establecido determinados criterios a la hora de determinar si una determinada asociación de creación legal, de carácter público y adscripción obligatoria, es o no conforme con la Constitución, y, en particular, con el artículo 22 de la Constitución (derecho de asociación). En este sentido, ha señalado que el principio de adscripción obligatoria, en cuanto "tratamiento excepcional del principio de libertad" debe encontrar suficiente justificación, ya sea en disposiciones constitucionales, ya sea en las características de los fines de interés público que persigan, de las que resulte, cuando menos, la dificultad de obtener tales fines sin recurrir a la adscripción forzosa a un ente corporativo.

Todos estos principios y criterios, expresados en la **Sentencia del Tribunal Constitucional 179/1994, de 16 de junio**, se reiteran y amplían en la posterior **Sentencia 107/1996, de 12 de junio**, que se refiere es extenso, en una exposición de conjunto, a las anteriores Sentencias sobre la denominada Administración Corporativa. En esta Sentencia (F.J. 10) se trata también de la aplicación del artículo 22 de la Constitución, para afirmar que si bien cabe estimar la presencia de un cierto elemento o base asociativa sólo en términos muy amplios puede hablarse de que exista una asociación, en cuanto que este supone una agrupación libre para la obtención de fines determinados también libremente. Y añade la Sentencia:

"Como consecuencia de ello, estas agrupaciones de tipo corporativo y de creación legal no pueden incardinarse (pese a contar con una base asociativa en el sentido señalado) sin profundas modulaciones en el ámbito de los artículos 22 y 28 de la Constitución".

En definitiva, la jurisprudencia constitucional ha admitido la existencia de esta Administración Corporativa y su compatibilidad con el artículo 22 de la Constitución, siempre que exista una justificación suficiente, ya sea en disposiciones constitucionales, ya sea en las características de los fines de interés público que persigan.

B.- La naturaleza de la Mutuality Notarial con anterioridad al Decreto de 2003 como Corporación

La aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a la Mutuality Notarial -tal y como estaba configurada con anterioridad al Decreto de 2003- evidencia que se trataba de una Corporación de Derecho Público, dado que la adscripción a la misma era obligatoria y se le confiaba una función pública que, con carácter general, venía atribuida a la Seguridad Social.

3.- La naturaleza de la Mutuality con posterioridad al Decreto de 2003: pérdida de la condición de corporación

Con posterioridad al Decreto del 2003, como ya nos consta, la Seguridad Social ha extendido su función pública con relación a los Notarios y la adscripción obligatoria ha dejado de existir.

En consecuencia, ni existe el fin que justificaba la creación de la Corporación, ni ésta tiene confiada función pública alguna, ni se justifica su subsistencia formal como tal Corporación, meramente aparente, dado que las prestaciones complementarias de la Seguridad Social no se organizan en nuestro derecho a través de Corporaciones, sino de mutualidades, que son en la actualidad de constitución voluntaria, y en régimen de autogestión por los mutualistas (sin perjuicio de la inspección y control de la Administración en garantía de los mutualistas).

Esta realidad sobrevenida al Decreto de 1973 -que se reconoce en el informe de la Dirección General de Registros y del Notariado que se extracta en el Hecho Cuarto, punto 2- plantea una importante cuestión, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, que es la siguiente: determinar en qué medida es de aplicación el artículo 22 de la Constitución y la Ley Orgánica 1/2002, reguladora del Derecho de Asociación a esta realidad sobrevenida, de forma inmediata, sin esperar a la solución que en definitiva se adopte respecto de la Mutuality.

4.- Contenido del derecho fundamental de asociación: el artículo 22 de la Constitución y la Ley Orgánica del Derecho de Asociación de 1/2002, de 22 de marzo

El artículo 22 de la Constitución que regula el derecho de asociación ha dado lugar a una muy numerosa jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que no vamos a exponer ahora, dado que el problema que vamos a considerar ha quedado delimitado en la jurisprudencia expuesta con anterioridad; en definitiva, se trata de determinar en qué medida es aplicable a la Mutuality Notarial, dada la realidad sobrevenida, el artículo 22 de la Constitución y la Ley Orgánica que lo desarrolla, de conformidad con el artículo 81 de la Constitución, que es la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de mayo, reguladora del Derecho de Asociación.

Desde esta perspectiva, nos interesa considerar en qué medida procede aplicar estos preceptos en cuanto se refieren a la organización. Y a tal efecto debe recordarse, con carácter general, que a partir del artículo 22 de la Constitución el Tribunal Constitucional en su Sentencia 173/1998 (Pleno) de 23 de julio, ha establecido como contenido fundamental del derecho de asociación (F.J. 8) "la libertad de organización y funcionamiento internos sin injerencias públicas".

y por su parte la Ley Orgánica reguladora del derecho de asociación establece en su artículo 2.5, que "la organización interna y el funcionamiento de las asociaciones debe ser democrático, con respeto al pluralismo".

y en su artículo 11 al tratar del "régimen de las asociaciones" regula la Asamblea General y el órgano de representación en los siguientes términos:

"3. La Asamblea General es el órgano supremo de gobierno de la asociación, integrado por los asociados, que adopta sus acuerdos por el principio mayoritario o de democracia interna y deberá reunirse por lo menos una vez al año.

4. Existirá un órgano de representación que gestione y represente los intereses de la asociación, de acuerdo con las disposiciones y directivas de la Asamblea General. Solo podrán formar parte del órgano de representación los asociados".

5.- Sobre la aplicación del artículo 22 de la Constitución y de la Ley Orgánica Reguladora del Derecho de Asociación a la Mutualidad Notarial

Pues bien, en el momento actual, dada la realidad sobrevenida, no existe ninguna razón que pueda justificar que la Administración y gestión de la Mutualidad no sea llevada por los propios mutualistas, dado que la Mutualidad no tiene atribuida en la actualidad función pública alguna, que la adscripción de los Notarios no es obligatoria y que se dedica a gestionar su patrimonio remanente -en cuanto excedía de la aportación a la Seguridad Social establecida por el Decreto de 2003- y prestaciones complementarias, si bien con el carácter de provisionalidad que ha quedado indicado.

Por ello carece de toda justificación que la gestión sea llevada a cabo por un Patronato no designado por los mutualistas, en el que los intereses de las instituciones que los han designado no tienen por qué coincidir - dicho sea en términos objetivos- con los de los mutualistas. Baste al efecto recordar el Proyecto de Decreto, finalmente no aprobado, al que se refiere las págs. 10 a 12 de este escrito, pese a que no respetaba los derechos de los mutualistas como puso de relieve el Consejo de Estado, ¡fue valorado positivamente por la Junta de Patronato de la Mutualidad Notarial!; derechos, recordémoslo que exigen que el remanente del patrimonio mutual redunde en beneficio de quienes lo formaron a través de su aportaciones, es decir, de los mutualistas.

En definitiva, la aplicación del régimen de organización previsto en el Decreto de 1973, una vez que la Mutualidad Notarial no tiene ya la función pública que ha sido asumida por el sistema de Seguridad Social, vulnera el derecho constitucional de asociación. Entre las numerosas Sentencias recaídas en relación con este aspecto (entre las cuales cabe citar, sin ánimo exhaustivo, la STC 67/1985, STC 132/1989 y 139/1989),

cabe citar en particular la Sentencia 113/1994, en la que el Tribunal Constitucional, precisamente sobre la base a la ausencia de fines públicos que justifiquen su régimen, afirma la inconstitucionalidad sobrevenida del régimen legal de las Cámaras de la Propiedad Urbana previsto en el RD 1649/1977; dice así dicha Sentencia:

STC 113/1994, de 14 de abril

12. De esta doctrina constitucional, reproducida in extenso, cabe extraer inicialmente tres criterios mínimos y fundamentales a la hora de determinar si una determinada asociación de creación legal, de carácter público y adscripción obligatoria, puede superar un adecuado control de constitucionalidad:

En primer lugar, no puede quedar afectada la libertad de asociación en su sentido originario, o positivo [lo que en la STC 132/1989 hemos llamado «límite externo», recogido anteriormente en el punto b) de la STC 67/1985, fundamento jurídico 3, B)]. La adscripción obligatoria a una entidad corporativa no puede ir acompañada de una prohibición o impedimento de asociarse libremente.

En segundo lugar, el recurso a esta forma de actuación administrativa que es, al propio tiempo y antes que nada, una forma de agrupación social creada ex lege, incluida la previsión de adscripción forzosa, no puede ser convertida en la regla sin alterar el sentido de un Estado social y democrático de Derecho basado en el valor superior de libertad (art. 1.1 CE) y que encuentra en el libre desarrollo de la personalidad el fundamento de su orden político (art. 10.1 CE).

En tercer lugar, la adscripción obligatoria a estas Corporaciones Públicas, en cuanto «tratamiento excepcional respecto del principio de libertad», debe encontrar suficiente justificación, ya sea en disposiciones constitucionales, ya sea en las características de los fines de interés público que persigan, de las que resulte, cuando menos, la dificultad de obtener tales fines sin recurrir a la adscripción forzosa a un ente corporativo. Ciertamente, este Tribunal Constitucional no puede erigirse en juez absoluto de dicha «dificultad», en cuya apreciación, por la propia naturaleza de la cosa, ha de corresponder al legislador un amplio margen de apreciación, pero sí podrá identificar legítimamente aquellos supuestos en los que, prima facie, tal imposibilidad o dificultad no se presente.

17.- (...) Como puede verse, y por lo que hace a los tres primeros apartados, en ningún caso puede hablarse de intereses que quepa calificar como públicos o, tan siquiera, generales; se trata, por el contrario, de intereses «sectoriales» de lo que, en abstracto, se califica como «la propiedad urbana». (...)

En conclusión, el régimen legal de las Cámaras de la Propiedad Urbana previsto en el RD 1649/1977, Y aplicado al supuesto que dio lugar al presente recurso de amparo, quedó derogado en virtud de la Disposición derogatoria, apartado 3, de la Constitución, como contrario a la libertad fundamental de asociación reconocida en el art. 22.1 CE, en conexión con los arts. 1.1 y 10.1 CE.

En análogos términos cabe citar la STC 132/1989, en la que el Tribunal Constitucional declaró lo siguiente:

Sentencia 132/1989

"7.- (...) En términos de nuestra ya citada STC 67/1985 -cuyo tenor esencial se reitera en la reciente STC 89/1989-, referente a la adscripción obligatoria en Colegios Profesionales, las excepciones al principio general de libertad de asociación han de justificarse en cada caso porque respondan a medidas necesarias para la consecución de fines públicos, y con los límites precisos «para que ello no suponga una asunción (ni incidencia contraria a la Constitución), de los derechos fundamentales de los ciudadanos» (fundamento jurídico 3.º). En consecuencia, tal limitación de la libertad del individuo afectado consistente en su integración forzosa en una agrupación de base (en términos amplios) «asociativa», sólo será admisible cuando venga determinada tanto por la relevancia del fin público que se persigue, como por la imposibilidad, o al menos dificultad, de obtener tal fin, sin recurrir a la adscripción forzada a un ente corporativo."

Es decir, que la organización actual, dada la realidad sobrevenida, vulnera el derecho de asociación mediante una injerencia pública absolutamente injustificada y contraria a la reiterada jurisprudencia constitucional que ha establecido que cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales ha de cumplir tres requisitos o condiciones: idoneidad, necesidad y proporcionalidad (en sentido estricto). En este sentido es aquí de cita obligada la Sentencia del Tribunal Constitucional 89/2006 de 27 de marzo, cuyo F.D. 3, último párrafo, dice así:

«Según doctrina reiterada de este Tribunal, una exigencia común y constante para la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales (por todas, STC 56/1996), ... viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. En este sentido, hemos destacado (SSTC 66/1995 y 55/1996) que, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: "si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)"» (STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4.e).

Precisamente por ello es de aplicación la Ley Reguladora del Derecho de Asociación en cuanto a la organización de la Mutualidad, de tal forma que la Asamblea General se constituya y tenga las funciones que le corresponden según la Ley y que designe un órgano de representación que gestione y represente los intereses de la Mutualidad; ello,

con la precisión que se efectúa seguidamente en orden a las competencias del Ministerio de Justicia.

Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse en cuenta que en la medida que en el momento actual la Mutualidad gestiona prestaciones complementarias de las de la Seguridad Social, y no se ha constituido ni le es de aplicación la Legislación de Mutualidades de Previsión Social -que atribuye funciones de control e inspección al Ministerio de Trabajo- la Mutualidad ha de seguir dependiendo del Ministerio de Justicia al menos hasta tanto se adopte la solución procedente, Ministerio que conserva por tanto las competencias de control que le corresponden de conformidad con el Estatuto de 1973.

Por cierto que esta solución debe ser considerada y propuesta por la Asamblea de Mutualistas, como una consecuencia obligada del derecho de todos los mutualistas-puesto de manifiesto por el Consejo de Estado y "olvidado" por la Junta de Patronato- de que el remanente del patrimonio mutual una vez entregada la cantidad correspondiente a la Seguridad Social redunde en beneficio de quienes lo formaron a través de sus aportaciones, es decir, de los mutualistas; y es que, en definitiva, si levantamos el velo de la persona jurídica -mutualidad- los mutualistas son en realidad los propietarios -en sentido material- de dicho patrimonio. Pretender ignorados, y aun más, pretender desconocer sus derechos, no es de recibo en un Estado de Derecho, es contrario al artículo 33 de la Constitución y puede dar lugar a la correspondiente indemnización de conformidad con el núm. 3 de dicho precepto, según el cual "Nadie puede ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o de interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes".

6.- Conclusión: vulneración del artículo 22 de la Constitución y de la Ley Orgánica Reguladora del Derecho de Asociación

La aplicación del sistema de organización establecido en los Estatutos aprobados por el Decreto de 1973, según los cuales la Mutualidad estará regida por una Junta de Patronato, sin que exista la Asamblea de los Mutualistas ni tal Patronato sea designado por la misma, vulnera el artículo 22 de la Constitución, y la Ley Orgánica Reguladora del Derecho de Asociación según ha quedado demostrado.

Por ello, conforme a lo ya demostrado, debe aplicarse el régimen del derecho de asociación, contenido en el arto 22 de la Constitución y en la Ley Orgánica Reguladora del Derecho de Asociación, conforme a lo que se precisará en el F.D. Quinto.

**CUARTO.- IMPROCEDENCIA DE ATENDER LAS RAZONES
EXPUESTAS EN EL INFORME DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTROS Y
DEL NOTARIADO RESEÑADO EN EL HECHO CUARTO, PUNTO 2**

1.- Consideración general

En el F.D. Anterior se ha demostrado que en el caso de la Mutualidad Notarial no resultan aplicables aquellas disposiciones del Decreto de 1973 relativas a la organización que excluyen la convocatoria de una asamblea general, dado que ello implicaría una vulneración del derecho de asociación reconocido en el arto 22 de la Constitución. Por ello, y no siendo aplicables las disposiciones de organización del citado Decreto, han de aplicarse las disposiciones de la Ley Orgánica Reguladora del Derecho de Asociación y, consecuentemente, debe convocarse una asamblea de mutualistas.

Dicha conclusión es sin embargo discutida en el informe de la Dirección General de Registros y del Notariado de 30 de julio de 2007, única actuación seguida por la Administración. Procede, por ello, detenerse en el contenido de dicho informe.

**2.- El informe reconoce que la Mutualidad Notarial tiene el carácter de
asociación tras la integración de los Notarios en el RETA**

En el informe de la Dirección General de Registros y del Notariado se vienen a reconocer diversas circunstancias que resultan decisivas en orden a sostener la conclusión ya demostrada en el F.D. Tercero. En efecto, en dicho informe se señala:

- que la circunstancia de que la Mutualidad Notarial carezca de asamblea encuentra su origen en "el hecho de que la Mutualidad Notarial era la entidad llamada a

gestionar el régimen de previsión social del notario que se configuraba, de ese modo, como un régimen alternativo al de Seguridad Social" (págs. 1-2 del informe);

- que tras la integración de los Notarios en el Régimen Especial de la Seguridad Social, "se produce un cambio importante en la configuración jurídica Mutuality", que "deja de ser una asociación obligatoria de miembros de la carrera notarial, desaparece su función alternativa al régimen de Seguridad Social y queda reducida a complementar al mismo"; en definitiva, que "desaparecen las notas configuradas de la Mutuality como Administración Corporativa" (pág. 6, subrayados en el original; en la misma idea se insiste en las págs. 8 y siguientes);

- que como consecuencia de lo anterior, "la Mutuality Notarial se ha convertido en una asociación voluntaria y de protección complementaria del RETA" (pág. 7, subrayado en el original).

- que el fin que ahora cumple la Mutuality Notarial, consistente en la previsión social de carácter voluntario complementaria al sistema de Seguridad Social obligatoria, no tiene carácter público, sino que "tiene carácter libre, de conformidad con lo previsto en el artículo 41 de la Constitución" (pág. 11).

En definitiva, se viene a reconocer en el citado informe que la Mutuality Notarial ya no cumple un fin público, por lo que ha desaparecido la circunstancia que, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, podía justificar que la Mutuality Notarial no quedara sometida a las exigencias del derecho fundamental de asociación. Y es más, se reconoce en el informe que en la actualidad la Mutuality Notarial es una "asociación voluntaria" que cumple con fines no públicos, de lo que resulta, igualmente, que privar a los mutualistas de la adopción de las decisiones sobre la gestión y el futuro de la Mutuality Notarial contraviene el derecho fundamental de asociación reconocido en el art. 22 de la Constitución.

3.- Falta de justificación de las razones que se dan en el informe sobre la improcedencia de convocar la asamblea de mutualistas

No obstante, a pesar de todo ello, se afirma en el informe que no resulta posible convocar la asamblea dada la inexistencia de una previsión en los Estatutos de la Mutualidad Notarial, aprobados por el Decreto de 1973, y que la inexistencia de la asamblea está justificada por la tutela que corresponde ejercer al Ministerio de Justicia (pág. 36 del informe), puesto que las decisiones que corresponderían a la asamblea se atribuyen al Ministerio de Justicia, a través de la propia Dirección General de Registros y del Notariado. Sin embargo, como a continuación se demostrará, estos argumentos carecen de fundamento.

Así, en efecto, carece de fundamento que no se pueda convocar la asamblea por la inexistencia de una previsión al respecto en los Estatutos de la Mutualidad Notarial, aprobados por el Decreto de 1973. En efecto la aplicación del citado Decreto de 1973, en lo que hace a las disposiciones sobre organización, implica una vulneración del derecho de asociación constitucionalmente reconocido (art. 22), por lo que no pueden aplicarse, debiendo aplicarse de forma preferente las propias disposiciones constitucionales y la jurisprudencia constitucional que ha interpretado dicho derecho. Y resulta que, como ya se ha señalado, la Sentencia del Tribunal Constitucional 173/1998 (Pleno) de 23 de julio, ha establecido como contenido fundamental del derecho de asociación (F.1. 8) "la libertad de organización y funcionamiento internos sin injerencias públicas". Por lo demás, la propia Dirección General de Registros y del Notariado ha reconocido que la Mutualidad Notarial es una asociación voluntaria tras la integración del notariado en el RETA.

Por ello, no pudiendo aplicarse las disposiciones del citado Decreto de 1973, son de aplicación las previsiones contenidas en la Ley Orgánica Reguladora del Derecho de Asociación. Resulta, además, que la aplicación de dicha Ley orgánica reguladora del derecho de asociación resulta del propio tenor de la misma. En efecto, su artículo 1, al delimitar su ámbito de aplicación, dice así:

Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación

(...)

2. El derecho de asociación se regirá con carácter general por lo dispuesto en la presente Ley Orgánica, dentro de cuyo ámbito de aplicación se incluyen todas las asociaciones que no tengan fin de lucro y que no estén sometidas a un régimen asociativo específico.

3. Se registrarán por su legislación específica los partidos políticos; los sindicatos y las organizaciones empresariales; las iglesias, confesiones y comunidades religiosas; las federaciones deportivas; las asociaciones de consumidores y usuarios; así como cualesquiera otras reguladas por Leyes especiales.

Las asociaciones constituidas para fines exclusivamente religiosos por las iglesias, confesiones y comunidades religiosas se registrarán por lo dispuesto en los tratados internacionales y en las leyes específicas, sin perjuicio de la aplicación supletoria de las disposiciones de la presente Ley Orgánica.

4. Quedan excluidas del ámbito de aplicación de la presente Ley las comunidades de bienes y propietarios y las entidades que se rijan por las disposiciones relativas al contrato de sociedad, cooperativas y mutualidades, así como las uniones temporales de empresas y las agrupaciones de interés económico.

Es claro que, conforme a la delimitación positiva del ámbito de aplicación establecida en el apartado 2 de este artículo, resulta de aplicación dicha Ley, pues, tras el RD de 2003 la Mutualidad Notarial es, como reconoce la Dirección General de Registros y del Notariado, una asociación voluntaria y por cuanto, además, en lo que hace al régimen de organización no está sometido a un régimen específico, dado que el contenido en el Decreto de 1973 debe reputarse, conforme a lo ya demostrado, contrario al derecho constitucional de asociación.

Por otra parte, no es de aplicación la condición negativa o de exclusión del ámbito de aplicación establecida en el apartado 4, pues, como bien se dice en el informe de la Dirección General de Registros y del Notariado, la Mutualidad Notarial no está sujeta al régimen de las mutualidades (que, por lo demás, en caso de que fuera de aplicación, llevaría a la misma conclusión acerca de la necesidad de convocar una asamblea de mutualistas).

De otro modo, si se entendiese que la circunstancia de que el Decreto de 1973 - norma preconstitucional- no contemple la convocatoria de la asamblea constituye un impedimento para aplicar las disposiciones constitucionales y legales sobre el derecho fundamental de asociación, se estaría legitimando a la Administración a mantener una situación de vulneración del citado derecho mediante una mera inactividad normativa.

La segunda razón esgrimida en dicho informe para negar la posibilidad de convocar una asamblea general consiste en decir que "la importante intervención y tutela ejercida sobre la Mutualidad por el Ministerio de Justicia" excluye dicha

posibilidad, porque no deja ámbito de decisión a la propia asamblea. Dicho argumento es, dicho sea en términos de defensa, claramente absurdo y carece de todo fundamento, y ello por las siguientes razones:

a.- En primer lugar, por cuanto la asamblea tiene **un** importante ámbito de decisión. En efecto, como se ha dicho, las normas de organización de la Mutualidad Notarial son contrarias al derecho de asociación, en particular, en lo que hace a la atribución de las competencias de gestión a un órgano como el Patronato, no designado por los mutualistas y en el que los intereses de las instituciones que los han designado son diversos que los de los mutualistas. Por ello, de conformidad con las disposiciones de la Ley orgánica reguladora del derecho de asociación, corresponde a la asamblea, en primer término, designar al órgano encargado de la gestión ordinaria y de la representación de la Mutualidad (art. 12 de la Ley), lo que supone, ciertamente, una función importante dentro de dicha organización.

En segundo lugar, siendo la situación de la Mutualidad Notarial la de provisionalidad que ya ha sido señalada, y debiendo regularse su funcionamiento, corresponde a los propios mutualistas, a través de la asamblea como órgano que los integra, pronunciarse y proponer, en su caso, cuál pueda ser el destino de la propia Mutualidad Notarial y del patrimonio mutual.

b.- Pero, al margen de lo anterior, por lo que no resulta aceptable el razonamiento de la Dirección General de Registros y del Notariado es porque no cabe sostener que la tutela del Ministerio de Justicia tenga tal intensidad que sea susceptible de anular la voluntad de los propios mutualistas, pues ello sería, como se sigue de la jurisprudencia constitucional antes mencionada, contrario al derecho de asociación constitucionalmente reconocido. Tras la entrada en vigor del RD de 2003, la intervención que corresponde al Ministerio de Justicia no es ya una potestad de tutela -que antes se justificaba por la circunstancia de gestionar la Mutualidad Notarial un fin público, como era el sistema de previsión alternativo al de Seguridad Social-, sino por la potestad de vigilancia e intervención que, con carácter general, corresponde a la Administración en relación con las entidades que gestionan sistemas de previsión privados, por complementarios con el de la Seguridad Social. Por ello, aun manteniéndose tales potestades por parte del Ministerio de

Justicia, no cabe estimar que tienen la intensidad que pretende dar a entender el citado informe.

En definitiva, queda demostrado con ello la procedencia de convocar la asamblea general de mutualistas.

QUINTO.- PROCEDENCIA DE QUE LA ADMINISTRACIÓN ADOPTE DE FORMA INMEDIATA Y DILIGENTE LAS MEDIDAS Y ACTUACIONES NECESARIAS PARA PONER FIN A LA VULNERACIÓN CONTINUADA DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE ASOCIACIÓN

1.- Introducción

La conclusión anterior pone de manifiesto la necesidad perentoria en Derecho de que la Administración -Ministerio de Justicia- adopte de forma inmediata y diligente las medidas necesarias para la aplicación del Ordenamiento Jurídico vigente, comenzando por la Constitución =art. 22 - Y siguiendo por la Ley Orgánica Reguladora del Derecho de Asociación, que no puede quedar inaplicado en virtud de un Decreto anterior obviamente de menor rango-o

A continuación se relacionan cuáles deben ser estas actuaciones inmediatas, y las que han de diferirse en el tiempo, por las razones que se pasa a exponer.

2.- Actuaciones inmediatas que han de ser llevadas a cabo por la Administración

El Decreto 2718/1973, de 19 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto de la Mutualidad Notarial establece en su artículo segundo que "se autoriza al Ministerio de Justicia para dictar las disposiciones que considere convenientes para la ejecución de este Decreto aprobatorio del Estatuto".

Una vez producida la realidad sobrevenida que ha quedado expuesta, resulta claro que la aplicación del Decreto 2718/1973 aprobatorio del Estatuto ha de ajustarse a la

realidad sobrevenida, dado que resulta inadmisibles en Derecho que esta aplicación se efectúe desconociendo las Normas de rango superior que no pueden quedar inaplicadas en virtud de una norma de rango inferior.

En definitiva por tanto, el Ministerio de Justicia, a través de la correspondiente Orden Ministerial debe establecer, después de exponer la realidad sobrevenida y la fundamentación correspondiente, ya indicadas, debe acordar:

A.- Que de conformidad con el artículo 2.5 de la Ley Reguladora del Derecho de Asociación la organización interna y el funcionamiento de la Mutualidad ha de ser democrático, sin perjuicio de que la Administración del Estado, y en particular, el Ministerio de Justicia conserve las competencias que le corresponden.

B.- Que de conformidad con el artículo 11 de la propia Ley, la gestión de la Mutualidad corresponde a la Asamblea General y al órgano de representación designado por la Asamblea General, con las competencias que le son propios de acuerdo con dicha Ley.

C.- Que se convoca a todos los mutualistas el lugar, día y hora que se señale, en sesión que será presidida por el Director General de Registros y del Notariado -como Presidente de la Mutualidad-, y de cuya mesa formarán parte los dos mutualistas más antiguos de los que sean menores de setenta y cinco años, y los dos más modernos, con objeto de proceder en la misma sesión:

a.- A la constitución de la Asamblea General

b.- A designar al órgano de representación formado por seis miembros, elegidos de entre las candidaturas presentadas en el tiempo y forma establecidos en la convocatoria.

D.- Que una vez constituido el órgano de representación tendrá los cometidos que el Decreto de 1973 atribuía a la Junta de Patronato.

E.- Que para la efectividad de lo establecido en el número anterior, la Junta de Patronato colaborará en todo lo necesario con el órgano de representación.

F.- Que en el plazo máximo de 6 meses a contar desde la constitución de la Asamblea General y del órgano de representación, la Asamblea adoptará los Acuerdos que estime adecuados al interés de los mutualistas en orden a solucionar la situación existente de la Mutualidad, mediante alguna de estas propuestas al Sr. Ministro de Justicia:

a.- La subsistencia de la Mutualidad en su situación actual, con la finalidad de dar prestaciones complementarias de la Seguridad Social, a extinguir una vez agotado el patrimonio, y bajo la dependencia del Ministerio de Justicia.

b.- La transformación de la Mutualidad en una mutualidad laboral, en el caso de que fuera legalmente posible.

c.- La disolución de la Mutualidad.

d.- Cualquier otra solución que estime pertinente y ajustada a Derecho.

En función de la solución que se proponga, la Mutualidad deberá acompañar una Memoria justificativa en la que habrá de constar cuáles han de ser las actuaciones del Ministerio de Justicia para llevar a la práctica la solución propuesta y, en su caso, aprobar dictar la norma procedente, en relación con la cual el artículo 24 de la Ley 50/1997, del Gobierno, impone la exigencia de dar audiencia a los interesados.

Por lo expuesto,

SUPLICO A LA SALA que tenga presentado este escrito con los documentos que lo acompañan, por formulada la demanda y por devuelto el expediente administrativo que se adjunta, y, en su día, previos los trámites oportunos, dicte Sentencia plenamente estimatoria del recurso por la que dicte Sentencia plenamente estimatoria del recurso por la que declare:

1.- La nulidad del acto presunto impugnado.

2.- Que de conformidad con el artículo 2.5 de la Ley Orgánica Reguladora del Derecho de Asociación la organización interna y el funcionamiento de la Mutualidad ha de ser democrático, sin perjuicio de que la Administración del Estado, y en particular el Ministerio de Justicia, conserve las competencias que le corresponden.

3.- Que de conformidad con el artículo 11 de la propia Ley, la gestión de la Mutualidad corresponde a la Asamblea General y al órgano de representación designado por la Asamblea General, con las competencias que le son propias de acuerdo con dicha Ley.

4.- Que el Ministerio de Justicia ha de convocar a todos los mutualistas de la Mutualidad Notarial para la constitución de la Asamblea General en la forma y en el contenido indicados en el último Fundamento de Derecho -Quinto-, punto 2.C, del presente escrito, en orden a la designación del órgano de representación.

5.- Que una vez constituido el órgano de representación tendrá los cometidos que el Decreto de 1973 atribuía a la Junta de Patronato.

6.- Que para la efectividad de lo establecido en el número anterior, la Junta de Patronato colaborará en todo lo necesario con el órgano de representación.

7.- Que en el plazo máximo de 6 meses a contar desde la constitución de la Asamblea General y del órgano de representación, la Asamblea adoptará los Acuerdos que estime adecuados al interés de los mutualistas en orden a solucionar la situación existente de la Mutualidad, mediante alguna de las propuestas al Sr. Ministro de Justicia que se indican en el último Fundamento de Derecho -Quinto-, punto 2.F, del presente escrito.

Es de justicia, que pido en Madrid, a treinta de abril de dos mil nueve.

PRIMER OTROSI-DIGO.- Que el amparo de lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley de la Jurisdicción, la **cuantía** del presente recurso, aun no siendo determinable, es en todo caso superior a quinientos mil euros, dadas las prestaciones que pueden percibir los

beneficiarios de la Mutuality Notarial con una adecuada administración, según resulta de la auditoria del ejercicio 2007 que se acompaña como **documento núm. 5.**

Por lo expuesto,

SUPLICO A LA SALA que tenga por hecha la anterior manifestación y acuerde que la cuantía del presente recurso es superior a quinientos mil euros.

Es de justicia, que pido en Madrid fecha ut supra.

SEGUNDO OTROSI-DIGO.- Que al amparo del artículo 60 de la Ley de la Jurisdicción, interesa al derecho del presente proceso a **prueba**, que habrá de versar:

1.- Sobre la autenticidad y exactitud de los documentos acompañados al escrito de interposición del recurso y al presente escrito.

2.- Sobre la veracidad y exactitud de los hechos afirmados en el presente escrito si fueren negados de contrario.

Por lo expuesto,

SUPLICO A LA SALA que tenga por hecha la anterior manifestación y en su día acuerde el recibimiento del presente proceso a **prueba**, que habrá de versar sobre los hechos que se dejan enumerados.

Es de justicia que pido en Madrid, fecha ut supra.

TERCER OTROSI-DIGO.- Que al amparo del artículo 62 y conexos de la Ley de la Jurisdicción, interesa a derecho de esta parte que la Sala acuerde en su día el trámite de **conclusiones escritas.**

Por lo expuesto,

SUPLICO A LA SALA que tenga por hecha la anterior manifestación y en su día acuerde el trámite de **conclusiones escritas**.

Es de justicia que pido en Madrid, fecha ut supra

17-10-11

Ldo. Rafael Gómez-Ferrer Morant

Cdo. núm. 11.533