



EL DERECHO

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

GRUPO EDITORIAL EL DERECHO Y QUANTOR, S.L., EDIFICIO EL DERECHO, Lagasca, 45. 28001 Madrid. Teléf.: 914 23 29 00

Director: EVARISTO MOLINE

Año XVII. Número 2828

Madrid, lunes 10 de mayo de 2010



TC TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2010/21495

TC, Sección 1, Sentencia 17 marzo 2010. Ponente: D. María Emilia Casas Baamonde

Derecho a no padecer indefensión

Especial rigor en determinadas formas válidas de comunicación procesal

El TC no ha lugar al recurso de amparo interpuesto, denunciando la vulneración del art. 24.1 -a no padecer indefensión-, contra sentencia de instancia que, en el trámite de ejecución de sentencia y al efecto de determinar la cuantía de la responsabilidad civil, declaró la firmeza de la pericial propuesta por el perjudicado tras haber dado traslado de la misma. Sostiene el recurrente que la procuradora nunca recibió efectivamente la notificación, como prueba el hecho de que no conste su firma en la diligencia devuelta al Juzgado, lo que le privó de la posibilidad de impugnar la prueba pericial en cuestión, causándole indefensión. El Tribunal considera que, se consideran constitucionalmente válidas las formas de comunicación procesal realizadas con personas distintas de los destinatarios del acto o resolución judicial, pues así lo exige el aseguramiento del desarrollo normal del proceso y la necesidad de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva de la contraparte, si bien exigiendo en estos casos un especial rigor en la práctica del acto procesal de comunicación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se denuncia en el presente recurso de amparo la vulneración del derecho a no padecer indefensión, reconocido en el art. 24.1 CE, en relación con la decisión adoptada por el Juzgado de Instrucción núm. 39 de Madrid que, en el trámite de ejecución de sentencia y al efecto de determinar la cuantía de la responsabilidad civil, declaró la firmeza de la pericial propuesta por el perjudicado tras haber dado traslado de la misma, al amparo del art. 272 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), a través del servicio organizado a tal efecto por el Colegio de Procuradores, constando en las actuaciones el sello del Colegio como prueba de la recepción. Sostiene el recurrente que la Procuradora nunca recibió efectivamente la noti-

ficación, como prueba el hecho de que no conste su firma en la diligencia devuelta al Juzgado, lo que le privó de la posibilidad de impugnar la prueba pericial en cuestión, causándole indefensión. El Ministerio Fiscal interesa la estimación del recurso, al considerar que, en las circunstancias del presente caso, el órgano judicial no debió presumir que la notificación formalmente realizada a través del Colegio de Procuradores había llegado a conocimiento de la parte interesada y que al hacerlo vulneró las exigencias derivadas del art. 24.1 CE. A esta cuestión se limitará nuestro análisis, pues las denunciadas vulneraciones del derecho a la presunción de inocencia y del derecho a la prueba (art. 24.2 CE), al margen de no haber sido invocadas previamente ante la jurisdicción ordinaria, aparecen completamente

desprovistas del imprescindible desarrollo argumental en la demanda, por lo que no pueden ser objeto de nuestro enjuiciamiento, como pone de relieve el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones (por todas, SSTC 177/2007, de 23 de julio, FJ 1; 77/2008, de 7 de julio, FJ 4; 163/2008, de 15 de diciembre, FJ 2; 34/2009, de 9 de febrero, FJ 2; 109/2009, de 11 de mayo, FJ 2; 160/2009, de 29 de junio, FJ 3).

SEGUNDO.- Este Tribunal ha declarado reiteradamente que los actos de notificación, como en general todos los actos de comunicación de los órganos judiciales con quienes son o deben ser parte en el proceso cumplen una función relevante en cuanto garantías del derecho de defensa, cuya plena efectividad se posibilita a través de la correcta notificación que, al dar noticia de la correspondiente resolución judicial, permite al afectado adoptar la conducta procesal que estime conveniente a la defensa de sus intereses, singularmente la interposición de los recursos procedentes.

En consecuencia, a fin de posibilitar un juicio contradictorio y evitar la indefensión constitucionalmente proscrita por el art. 24.1 CE, los órganos judiciales han de observar un especial deber de diligencia en la realización de los actos de comunicación procesal, debiendo adoptar todas las cautelas y garantías que resulten razonablemente adecuadas para asegurar el conocimiento personal de la comunicación por el destinatario de la misma, garantizando de este modo que pueda comparecer en el proceso y defender sus posiciones (por todas, SSTC 9/1981, de 31 de marzo, FJ 6; 58/1998, de 16 de marzo, FJ 3; 145/2000, de 29 de mayo, FJ 2; 199/2002, de 28 de octubre, FJ 2).

No obstante, hemos considerado constitucionalmente válidas las formas de comunicación procesal realizadas con personas distintas de los destinatarios del acto o resolución judicial, pues así lo exige el aseguramiento del desarrollo normal del proceso y la necesidad de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva de la contraparte, si bien exigiendo en estos casos un especial rigor en la práctica del acto procesal de comunicación, al no quedar igual-

SUMARIO

TC

CONSTITUCIONAL

Especial rigor en determinadas formas válidas de comunicación procesal **1**

TS

CIVIL

Ejercicio del derecho de retracto y subrogación del arrendatario **3**

Inexistencia de concurrencia de culpas en accidente de circulación **4**

PENAL

Prohibición de acercamiento a la familia de la víctima **5**

Inexistencia de prueba de cargo en delitos de falsedad documental y apropiación indebida **8**

Delitos de maltrato físico, lesiones, maltrato habitual en el ámbito familiar e inducción al suicidio **9**

ADMINISTRATIVO

Acceso restringido a los medios de comunicación durante el periodo de elecciones locales **11**

SOCIAL

Retribución como complemento de atención continuada de las guardias de presencia **12**

Competencia del orden social para conocer de litigios intrasindicales **13**

RS

RESEÑA DE SENTENCIAS

16

mente garantizado su conocimiento por el afectado, así como que el órgano judicial no se conforme con el mero cumplimiento formal de los requisitos exigidos por la ley procesal, sino que se asegure, en la medida de lo posible, de su efectividad real (por todas, SSTC 59/1998, 16 de marzo, FJ 3; 199/2002, de 28 de octubre, FJ 2).

Igualmente, este Tribunal ha afirmado que los órganos judiciales no pueden presumir, sin lesionar el derecho consagrado en el art. 24.1 CE, que las notificaciones realizadas a través de terceras personas (conserje de la finca, vecino, Procurador) hayan llegado al conocimiento de la parte interesada, cuando la misma cuestiona fundamentalmente la recepción del acto de comunicación procesal o la fecha en que le fue entregada la cédula por el tercero, supuesto en el cual, a la vista de las circunstancias del caso, de las alegaciones formuladas y de la prueba que pudiera eventualmente practicarse están obligados a emitir un pronunciamiento expreso sobre la posibilidad o no de que el tercero haya cumplido con su deber de hacer llegar en tiempo el acto de comunicación procesal a su destinatario (SSTC 275/1993, de 20 de septiembre, FJ 4; 59/1998, de 16 de marzo, FJ 3; 78/1999, de 26 de abril, FJ 2; 199/2002, de 28 de octubre, FJ 2; 116/2004, de 12 de julio, FJ 5).

TERCERO.- En aplicación de esa doctrina, y como sostiene el Ministerio Fiscal, en la STC 59/1998, de 16 de marzo, FJ 3, hemos afirmado que el órgano judicial que otorgó plena validez y eficacia a la notificación efectuada a través del servicio constituido al efecto por el Colegio de Procuradores, prescindiendo de cualquier enjuiciamiento de los motivos alegados por la parte sobre la no recepción de la resolución en cuestión, lesionó el art. 24.1 CE, a la vista de que en aquel caso concurría una circunstancia excepcional impositiva, como era el fallecimiento del Procurador el mismo día en que se practicó la notificación.

Por ello, “y aunque la recepción de la notificación en el referido servicio debe producir plenos efectos, como el propio precepto legal establece,... en este caso se dio una circunstancia impositiva, como fue el fallecimiento del Procurador el mismo día en que se recibió. Por lo tanto, dadas las excepcionales circunstancias del supuesto, que excluyen toda negligencia por parte del Procurador o del recurrente, el Tribunal, a la vista de la

prueba aportada y la trascendencia que suponía para la parte la firmeza de la resolución notificada, debió haberse pronunciado expresamente sobre si estimaba que la notificación había podido llegar efectivamente a conocimiento de la parte, confirmando en consecuencia las resoluciones impugnadas o, en otro caso, accediendo a la petición de nulidad con retroacción de las actuaciones al momento de notificar la sentencia de apelación”.

Ahora bien, como destaca la STC 116/2004, de 12 de julio, FJ 5, el presupuesto para exigir a los órganos judiciales que emitan un pronunciamiento expreso sobre la alegada no recepción de una notificación efectuada a terceros es que la persona interesada efectúe tal cuestionamiento fundamentado.

Por ello, en muchos otros supuestos de notificación a terceros cuestionada por el destinatario hemos sostenido que las meras alegaciones al respecto, carentes de razonamiento o base probatoria alguna no constituyen un cuestionamiento fundado de la efectividad real de la comunicación. Así, en la STC 78/1999, de 26 de abril, FJ 3, señalamos que “a la vista de las actuaciones, queda aquí de manifiesto que la demandante tuvo la posibilidad, no aprovechada, de formular algo más que afirmaciones carentes de base probatoria”.

Y en la STC 199/2002, de 28 de octubre, FJ 4, en un supuesto de notificación de las cédulas de citación para un juicio y de la sentencia a dos vecinos de la demandada concluimos que, aunque no se observaron todos los requisitos formales, “el acto de comunicación procesal se realizó con la idoneidad suficiente para que los vecinos que recibieron las cédulas de citación (para el juicio) y de notificación (de la sentencia), pudieran entregárselas a la demandada si ésta hubiera estado en su vivienda o hubiera dispuesto lo procedente para su localización, lo que impide imputar la indefensión que se alega a la actuación de los órganos judiciales, o a la eventual conducta de los terceros que recibieron las cédulas de citación y de notificación, excluyéndose, de este modo, la vulneración del art. 24 CE”, añadiendo que “no se ha acreditado que concurriera ninguna causa o circunstancia, ajena a la propia conducta de la demandada, que impidiese a los vecinos con los que se practicaron los actos de comunicación procesal hacer llegar las respectivas cédulas de citación y de notificación a su destinataria”.

También en la STC 116/2004, de 12 de julio, FJ 5, afirmamos lo siguiente:

“En el escrito de solicitud de nulidad de actuaciones la ahora demandante de amparo alegó que la conserje al que se le había entregado la cédula de notificación no le había dado traslado de la misma. Mas tal aseveración, meramente apodíctica, no se acompañó de razonamiento ni argumentación alguna, ni, en fin, de ninguna solicitud probatoria que pretendiera acreditarla, por lo que dicho alegato, de acuerdo con una reiterada doctrina constitucional, no puede llegar a alterar en esta sede la conclusión alcanzada sobre la queja de indefensión de la recurrente en amparo”.

CUARTO.- En el presente caso, y como se expuso con más detalle en los antecedentes, el Juzgado de Instrucción dio traslado de la resolución cuya efectiva recepción se cuestiona a través del servicio de notificaciones del Colegio de Procuradores, constando en la diligencia de notificación el sello del Colegio como prueba de la recepción. Es cierto, como sostiene el recurrente, que en esa notificación no aparece la firma de la Procuradora y que del examen de las actuaciones se desprende, como también destaca el Ministerio Fiscal, que no existe constancia de la devolución al Juzgado del ejemplar que la Procuradora debió firmar, de acuerdo con lo previsto en el art. 154.2 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC). Ahora bien, en relación con esta cuestión hemos de hacer una primera precisión.

Como apunta el propio Ministerio Fiscal, a este Tribunal no le corresponde decidir si en el presente caso resultaba de aplicación el art. 272 LOPJ o el art. 154.2 LEC, ni cómo han de interpretarse y armonizarse tales preceptos, pues ésta es una operación de selección de la norma aplicable que, según hemos afirmado en numerosas ocasiones, corresponde en exclusiva a la jurisdicción ordinaria de acuerdo con el art. 117.3 CE, de suerte que el control por parte de este Tribunal sólo podrá producirse, en términos generales, si se ha tratado de una decisión arbitraria, manifiestamente irrazonable o si ha sido fruto de un error patente (por todas, SSTC 82/2009, de 23 de marzo, FJ 6; 172/2009, de 9 de julio, FJ 3), lo que no se aprecia en el presente caso.

En efecto, el órgano judicial estimó correctamente cumplido el acto

de notificación de conformidad con la literalidad del precepto al que se acoge, el art. 272 LOPJ, en la redacción del mismo vigente al momento de los hechos y que establece, con carácter general y para todo tipo de procesos que en las notificaciones que se realicen en el servicio organizado al efecto por el Colegio de Procuradores, “la recepción de la notificación por este servicio producirá plenos efectos”. Lo cual no puede estimarse arbitrario, manifiestamente irrazonable o fruto de un error patente, puesto que existe constancia en las actuaciones de la recepción de la comunicación por el Salón de Procuradores del Colegio de Procuradores, acreditada mediante el sello del Colegio, y no se aprecia razón alguna para cuestionar con carácter general el sistema articulado a través de la citada previsión legal (STC 59/1998, de 16 de marzo, FJ 3; ATC 220/2009, de 16 de julio, FJ 2). La única cuestión que nos compete resolver es si en el proceso se cuestionó fundamentalmente la efectividad de la notificación, lo que -de conformidad con la jurisprudencia anteriormente expuesta y por exigencias del art. 24.1 CE- hubiera determinado la necesidad de un pronunciamiento expreso del Juzgado acerca de si la notificación llegó efectivamente a conocimiento de la parte.

Y la respuesta a esa cuestión ha de ser negativa, pues en el presente caso ni se ha acreditado la concurrencia de circunstancias excepcionales que excluyan la negligencia del Procurador, ni se aportado prueba alguna tendente a acreditar la existencia de irregularidades en el mecanismo a través del cual el Salón de Procuradores hace efectiva la entrega a los profesionales de las notificaciones recibidas.

El recurrente se limita a afirmar que la Procuradora no llegó a recibir la notificación, argumentando que no consta su firma, por lo que pudo haberse trasapelado. Pero ésta es una afirmación que carece de base probatoria alguna, pues nada se ha argumentado o intentado acreditar acerca de las razones por las que la recepción no se habría producido.

Por otra parte, dado que lo que se dilucidaba era la cuantía de la responsabilidad civil derivada de delito en un juicio de faltas, tampoco puede afirmarse la especial trascendencia de la resolución notificada para la parte. En definitiva, hemos de concluir que el acto de comunicación procesal se realizó con la idoneidad suficiente para excluir la indefensión

constitucionalmente relevante, por lo que no cabe apreciar la denunciada vulneración del art. 24.1 CE.

FALLO

Denegar el amparo solicitado por D. Javier Leonardo. Publíquese esta

Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado".

Dada en Madrid, a diecisiete de marzo de dos mil diez. María Emilia Casas Baamonde, Presidenta.- Javier Delgado Barrio.- Manuel Aragón Reyes, Magistrados.



2010/12417

TS Sala: 1ª, Sentencia 24 febrero 2010. Ponente: D. José Antonio Seijas Quintana

Transmisión de edificio en fraude de ley

Ejercicio del derecho de retracto y subrogación del arrendatario

El TS declara no haber lugar al recurso de casación confirmando la sentencia impugnada que reconoció el derecho de retracto y de adquisición preferente que corresponde al actor en cuanto arrendatario del local sito en el edificio transmitido en su totalidad, para adquirirlo en iguales condiciones en que lo hicieron los compradores del edificio, y la procedencia de la subrogación del actor en la escritura de compraventa, dado que resulta probado que no existe en la realidad la unidad física y registral de dicho edificio, pues de hecho los arrendadores del actor comparecieron en el contrato suscrito con éste como propietarios exclusivos del local litigioso. La AP, al existir también otros arrendatarios, entra a analizar si la transmisión del edificio se ha otorgado en fraude de ley, y llega a la conclusión de que así ha sido ya que se ha realizado para evitar dicho derecho por cada uno de los arrendatarios de los locales al comparecer los propietarios por cuotas de la unidad cuando en realidad tenían la propiedad exclusiva sobre los mismos y no tratarse por tanto de una verdadera venta del conjunto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte actora, hoy recurrida, D. Eladio formuló demanda de juicio de retracto arrendaticio frente a D. José y Dª Lorenza, hoy recurrentes.

La Sentencia de primera instancia desestimó la excepción de caducidad formulada por la parte demandada, y entrando a conocer el fondo del asunto desestimó también la demanda interpuesta por la representación de D. Eladio absolviendo de la misma a los demandados al entender, en esencia, que, en aplicación del art. 47 de la LAU de 1964 y de la doctrina que lo interpreta, no cabía el ejercicio de tal derecho al extenderse escritura de compra de 28 de julio de 1998 por la que se transmitió al demandado todo el edificio sito en la calle Dr. Romagosa nº 18 de Valencia y ser el actor arrendatario de un solo de los locales, el bajo izquierdo, ubicados en el mismo.

Contra dicha resolución, se formuló recurso de apelación por la parte demandante, dictando Sentencia la Audiencia Provincial de fecha 14 de octubre de 2005, que estimando el

recurso de apelación revocaba la de primera instancia y, estimando la demanda, declaraba haber lugar al ejercicio del derecho de retracto y de adquisición de preferente que corresponde al actor, D. Eladio, en cuanto arrendatario de la planta baja izquierda sita en la calle Dr. Romagosa, 18 de Valencia, para adquirirla en iguales condiciones en que lo hicieron los compradores y la procedencia de la subrogación del actor en la Escritura de Compraventa.

Señala la Audiencia que de las pruebas practicadas se desprende que el contrato de arrendamiento por el que se acciona es de 27 de enero de 1988 y, en él comparecen, como únicos propietarios del local comercial del bajo izquierdo de la finca sita en la calle Dr. Romagosa nº 18 de esta Ciudad Dª Casilda, D. Alejo y D. Alonso, Dª Delfina, Dª Gema, D. Constantino y D. Daniel y Doña. Laura, local que ha venido abonando la Contribución Urbana como tal. Igualmente, hay otro contrato de arrendamiento en la misma finca sobre el bajo derecha de la Calle Dr. Romagosa nº 18 de esta Ciudad de 1 de diciembre de 1959 concertado por Dª Mónica como propietaria y Dª

Elisabeth como arrendataria en el que se subrogó su hija, que fue demandada de desahucio por falta de pago por D. Daniel en su calidad de heredero por terceras partes iguales e indivisas, junto a sus hermanos Dª Gema y D. Constantino, de su madre y ésta de su abuela y arrendadora, según escritura de 21 de septiembre de 1979 de adjudicación de herencia de una cuarta parte de tal finca urbana pendiente de inscripción. Que esta finca, registral 2741, se describe en el último documento como urbana, que consta de dos puertas, dos casas bajas, tres pisos altos y desván, con una habitación en cada uno de los pisos altos, sito en la calle Empeдрado de las Barcas nº 2 (hoy Dr. Romagosa 18), y sobre ella en fecha 28 de julio de 1998 el demandado adquirió para su sociedad de gananciales, un edificio que constituido por tal finca y con su igual descripción, según escritura pública en la que figuran 30 vendedores, incluidos los citados arrendadores, manifestando que todos ellos son titulares conjuntamente del mismo. En la misma escritura se hace constar que dicha finca nº 2471 está parcialmente arrendada a varios arrendatarios, ocupantes cada uno de ellos de una entidad, sin que en consecuencia proceda el derecho arrendaticio de adquisición preferente.

La Audiencia entra a analizar si la transmisión litigiosa se ha otorgado en fraude de Ley y con abuso de derecho para obviar el derecho de retracto por ser contraria a la realidad esa declaración de que, el edificio sobre el que recae, pertenece pro indiviso a sus otorgantes, en coherencia a su inscripción registral como un todo y sin división horizontal de los locales y pisos que lo integran.

Señalando que ello es lo se aprecia en el caso enjuiciado con destrucción, en base a las pruebas referenciadas, de las citadas presunciones, es decir, se entiende que, esta propiedad conjunta e indivisa entre las distintas ramas familiares que comparecen en la venta como herederas de un causante común y de toda la unidad física y registral, no existe en la realidad ni se da esta unidad pues, de hecho, los arrendadores del actor comparecieron en el contrato suscrito con éste como propietarios exclusivos del local litigioso, al igual que lo hicieron los del bajo derecho respecto a él, considerando indiscutido que ambos tienen individualidad y funcionalidad propia, abonando su propia Contribución Urbana y que en la escritura de venta, se admite que, el mismo y otros arrendatarios de igual inmueble, son ocupantes, cada uno de ellos, de una entidad.

Y a estos actos propios de atribución del carácter de propietarios sobre cada local suman el hecho de haber realizado contratos como tales, como los de arrendamiento, e incluso han instado procesos, le es aplicable la doctrina que, con sustento legal en el artículo 7.1 del Código

Civil, refiere la protección que objetivamente requiere la confianza depositada en el comportamiento, de ahí que no sea lícito hacer valer un derecho en contradicción con la conducta observada.

La conclusión de lo expuesto, a juicio de la Audiencia, es que, las declaraciones en la escritura de que todos los que comparecen son propietarios por cuotas de la unidad que como tal transmiten, al realizarse en contra de esa propiedad exclusiva que tienen en realidad los transmitentes sobre cada uno de los componentes del edificio, que está dividido y no constituye la unidad jurídica ni patrimonial, se han realizado para evitar el ejercicio del retracto por cada uno de los arrendatarios de aquellos.

SEGUNDO.- Frente a la anterior Sentencia los demandados formalizaron recurso de casación al amparo del ordinal 3º del art. 477.2 de la LEC alegando la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y por la existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales.

El recurso se articula en torno a tres motivos, de los cuales únicamente va analizarse el primero por cuanto el segundo, bajo la denominación "de la infracción de la doctrina jurisprudencial unánime aplicable al caso", únicamente cita una sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 9 de diciembre de 1970, que consiste en que formando el objeto arrendado parte integrante de una unidad superior originaria, no creada por agrupación de otras unidades perfectamente independientes y diferenciadas, se ha transmitido todo como una sola finca, lo que resulta contrario a lo que esta Sala viene exigiendo de que, cuando se alegue la infracción de la jurisprudencia, se citen al menos dos sentencias de esta Sala de lo Civil que sean contestes, en cuanto expresivas de un criterio uniformemente reiterado, y se señale cuál es la doctrina que de ellas emana y sentido en que ha sido vulnerada por haber recaído en supuestos fáctico-jurídicos idénticos, análogos o muy similares al enjuiciado (SSTS 22 noviembre de 2006; 27 marzo 2007; 15 de octubre 2008); mientras que el tercero alega la existencia de jurisprudencia contradictoria entra Audiencias, citando diversas sentencias procedentes de distintas Secciones, con las que el recurrente no acredita el interés casacional, si bien el hecho de que uno y otro versen sobre la misma infracción normativa, incidiendo en lo expuesto, supone en la práctica que no obstante su indebida formulación con la respuesta al primero de ellos se da respuesta a los demás.

El motivo que se analiza denuncia la infracción del artículo 47.1 del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1.964, según

reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Señala el recurrente, en primer lugar, que no nos encontramos ante el supuesto, erróneamente aplicado por la sentencia recurrida, de agrupación de pisos y/o locales ya que, como es doctrina jurisprudencial reiterada, cuando se trata de la venta de un inmueble en su totalidad, como en el presente caso en que la descripción registral, procedente de escritura pública de compraventa del año 1.919, es:

“Urbana con dos puertas y dos casas bajas, tres pisos altos y desván o porche con una habitación en cada uno de los pisos altos, situado en Valencia...”, es decir una unidad física, integrada y suficientemente constatada, por constituir la diversa dependencias y edificaciones, dentro de una linde registrada y que se corrobora con la constancia de revestir también unidad registral, no procede el derecho de retracto del arrendatario de uno de los locales, citando en este sentido las Sentencias de 16 de junio de 1962; de 6 de marzo de 1.971; de 30 de abril de 1.985; 31 de enero de 1.992 y 6 de abril de 1.995.

En segundo lugar se infringe el citado artículo, al entender que se ha producido una agrupación y que el local ocupado por el retrayente es un entidad independiente, contraviniendo en ambos casos la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, de la que procede señalar las sentencias de 16 de junio de 1.962; de 22 de abril de 1.969; de 6 de marzo de 1.971; de 5 de enero de 1.981; de 25 de abril de 1.994 y de 8 de octubre de 1.998, ya que los contratantes al otorgar la escritura de compraventa no realizaron ningún acto positivo de agrupación de los pisos que integraban la finca por haberse transmitido una finca que constituye una unidad originaria superior al objeto del arrendamiento y que comprende al mismo.

En tercer lugar, considera que se opone igualmente a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo respecto de lo que debe entenderse por finca independiente a los efectos de retracto arrendatario cita diversas sentencias cuyos supuestos fácticos son diferentes al presente, así, las de 23 de noviembre de 1.956; la de 17 de junio de 1.958; la de 21 de marzo de 1.962; la de 6 de marzo de 1.965 y de 25 de abril de 1.994.

Se desestima.

Dice la sentencia de 15 de octubre de 2008, “que la jurisprudencia de esta Sala, atendiendo a la casuística plural que dichas situaciones comporta, se ha manifestado en diversas ocasiones en el sentido de la no procedencia del retracto cuando lo enajenado no coincide con el objeto del arrendamiento, singularmente en los casos de venta de edificios en su to-

talidad que sólo en parte estaban arrendados”, entre los que se encuentran aquellas que se refieren a la “existencia de un local arrendado perfectamente diferenciado y creación de una unidad registral “ad hoc” que contiene diversas unidades susceptibles de utilización diferenciada”.

La misma sentencia recuerda reiteradas resoluciones anteriores en las que se exige que, cuando se alegue la infracción de la jurisprudencia, se citen al menos dos sentencias de esta Sala de lo Civil que sean contestes, en cuanto expresivas de un criterio uniformemente reiterado, y se señale cuál es la doctrina que de ellas emana y sentido en que ha sido vulnerada por haber recaído en supuestos fáctico-jurídicos idénticos, análogos o muy similares al enjuiciado, para concluir, en un supuesto análogo al enjuiciado, la falta de correspondencia entre el supuesto fáctico presente en los autos y el contemplado por las sentencias que se citan, lo que impide apreciar la referida vulneración.

En efecto, el recurrente centra no solo su primer motivo sino todo su recurso de casación, en afirmar que estamos ante un supuesto de venta de un inmueble en su totalidad y no ante la venta de concretos departamentos o locales y que en tales supuestos de venta de inmueble en su totalidad, la jurisprudencia del Tribunal Supremo tiene declarado que no procede el derecho de retracto de uno de los locales, de tal forma que la Audiencia Provincial de Valencia infringe el artículo 47.1 de la LAU de 1964 y la jurisprudencia del Tribunal Supremo que lo interpreta al no desestimar el derecho de retracto ejercitado.

Ahora bien, nada de ello resulta de la sentencia, antes al contrario, lo que se trasmite en el caso no es un inmueble en su totalidad, sino cada uno de los departamentos que componen el edificio, por cuanto los mismos tienen individualidad y funcionalidad propia, de tal forma que existe plena identidad y coincidencia entre lo que realmente se vendió por los arrendadores y lo que llevan en arriendo los retrayentes; razón por la cual es posible el derecho de adquisición preferente por vía de retracto, puesto que no se infringe el artículo 47.1 de la LAU.

Lo contrario supone no respetar la base fáctica de la sentencia recurrida, atribuyendo a la sentencia impugnada la infracción de una norma, que nada tiene que ver con la doctrina reiterada de esta Sala, dictada para supuestos de hecho diferentes a los constatados por la Sentencia recurrida.

La misma solución contraria se extrae de otras resoluciones de esta Sala, como la que cita la sentencia recurrida de 25 abril 1994, cuya doc-

trina recoge la posterior de 15 de octubre de 2008, en el sentido siguiente:

“El otro argumento de que se trata de una unidad registral originaria, no sobrevenida con posterioridad, nada tiene que ver con el criterio que se viene manteniendo, y la jurisprudencia es muy reiterada en el sentido de que no obstará al retracto el hecho de que las fincas formen por voluntaria agrupación una unidad registral, si en realidad son independientes físicamente, pronunciándose así las Sentencias de 18 diciembre 1954, 23 noviembre 1956, 17 junio 1958, 7 mayo 1962, 6 marzo 1965 y 31 marzo 1967, siendo de resaltar la de 6 marzo 1965, al condensar la doctrina jurisprudencial sobre el tema, estableciendo que la unidad registral carece de eficacia para impedir el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, si se acredita que la finca que en el Registro aparece como una sola, en la realidad está formada por varias ya que dar valor decisivo a la inscripción, equivaldría en muchos casos a hacer ilusorios los derechos de tanteo y retracto, dada la voluntariedad de aquella y la posibilidad de las agrupaciones”.

TERCERO.- En consecuencia, procede la desestimación del recurso de casación, con expresa imposición de las costas a los recurrentes (artículos 394.1 y 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO

Declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Procuradora D^a Paula García Vives, en la representación que acredita de D. José y D^a Lorenza, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia en fecha de catorce de octubre de dos mil cinco, con expresa condena en costas a los recurrentes.

Comuníquese esta sentencia a la referida Audiencia con devolución de los autos y rollo en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Antonio Xiol Ríos. José Antonio Seijas Quintana.- Encarnación Roca Trias.- Firmado y Rubricado. Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. José Antonio Seijas Quintana, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

2009/271305

TS Sala: 1^a, Sentencia 20 noviembre 2009.
Ponente: D. José Antonio Seijas Quintana

Pese a las irregularidades en la conducción del otro vehículo Inexistencia de concurrencia de culpas en accidente de circulación

Casa el TS la sentencia dictada por la AP confirmatoria de la estimatoria de instancia, que condenó a la aseguradora recurrente por entender el juzgador la existencia de concurrencia de culpas en el acaecimiento del accidente viario. Indica el Tribunal que el hecho de circular el conductor del autobús asegurado en la compañía recurrente, a una velocidad superior a la autorizada y no ir ceñido a su derecha al tomar la curva, son factores irrelevantes en la producción del siniestro, por cuanto el accidente se causó por haber invadido el conductor contrario el carril por el que circulaba el autobús, por lo que no procede la concurrencia de culpas fallada, debiendo absolverse a la demandada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Compañía de Seguros Multinacional Aseguradora Grupo Catalana de Occidente, aseguraba al camión matrícula SG-5856-F, que el día 6 de julio de 2000 colisionó con el autobús Man Hocl, matrícula B-6441-WF, que aseguraba la ahora recurrente, AIG Europe, cuando circulaban ambos en tramo en curva de la carretera N-122, a la altura del kilómetro 159,500, en Soria, a resultas del cual veintiocho personas fallecieron y doce más resultaron heridas.

Como quiera que aquella primera entidad abonó todas las indemnizaciones por los fallecidos y heridos a consecuencia del suceso, repite contra la segunda por el 30% de las cantidades satisfechas teniendo en cuenta que en un procedimiento ejecutivo previo, la Audiencia Provincial de Soria declaró una responsabilidad compartida, imputando al conductor del camión un 70% de la misma; responsabilidad que se mantiene en las sentencias de la 1^a y 2^a instancia y que ha dado lugar al recurso de casación formulado por AIG Europe. La causa eficiente del accidente, señala la sentencia, “ fue la distracción del camión que invadió el sentido contrario”, sin embargo existen “dos circunstancias mas a tener en cuenta, no porque sean las que materialmente y en exclusiva hubieran producido el accidente sino porque si no se hu-

bieran dado... hubieran podido aliviar las consecuencias del accidente e incluso tal vez evitarlo, y son la excesiva velocidad a la que circulaba el autobús y el hecho de que lo hiciera pegado a la mediana de la carretera cuando debía hacerlo ceñido a la línea del arcén”.

SEGUNDO.- Recurre en casación la aseguradora del autobús, articulando su recurso en un único motivo, a través del cual, y sin alterar los hechos, denuncia la infracción del artículo 1902 del Código Civil, así como la doctrina de esta Sala que establece los criterios jurisprudenciales de interpretación de dicho precepto en los casos de accidentes de circulación por invasión por un conductor del carril de sentido contrario, y según los cuales se eximiría de responsabilidad al conductor que se ve sorprendido por la invasión de otro vehículo, incluso cuando circulase con exceso de velocidad. Discute de esa forma la proporción de culpa que se atribuye al conductor del autobús, por considerar que resulta excesiva al equiparar prácticamente la responsabilidad de ambos conductores, en contra de los criterios jurisprudenciales expuestos.

El motivo se estima.

Se discute la responsabilidad en el accidente de tráfico a partir de los hechos que la sentencia declara probados, por considerar la recurrente que este se produjo por la culpa exclusiva del conductor del camión, sin concurrencia, por lo tanto, de la propia del conductor del autobús, lo que constituye materia propia del control casacional, que alcanza, desde luego, a la comprobación de la concurrencia del elemento generador de la responsabilidad y a la incidencia causal del autobús en la producción del resultado lesivo, en tanto constituyen cuestiones de derecho respecto de las cuales cabe realizar un examen de la aplicación del derecho efectuada por el tribunal sentenciador, a partir de infracción del artículo 1902 del Código Civil y de la jurisprudencia que se cita en el motivo.

Estos hechos ponen en evidencia que la causa directa y eficiente del accidente “fue la distracción del conductor del camión que invadió el sentido contrario”, y que el del autocar circulaba a excesiva velocidad (“dentro de un tramo entre los 94 y 106 Km./h, el tacógrafo marcaba 100 Km./h, cuando su límite de velocidad era de 90 Km./h”) haciéndolo “pegado a la mediana de la carretera cuando debía hacerlo ceñido a la línea del arcén”.

En su vista entiende que un vehículo que se sale de su carril, para invadir el del contrario, solo debe soportar un 70% porque el accidente se produjo en un tramo en curva “donde el autobús de manera necesaria debió reducir la velocidad”, coadyuvando “en la agravación de las consecuencias y en su materialización”.

En lo que aquí interesa supone que un vehículo que invade en una curva la calzada opuesta por donde circula otro, colisionando ambos, supone que solo responde de un porcentaje porque el otro circulaba por su carril a velocidad excesiva, dando por supuesto que haciéndolo a la velocidad reglamentaria exigida el accidente se hubiera evitado, lo que representa una valoración jurídica inadecuada de los elementos de hecho concurrentes y una incorrecta atribución de las consecuencias derivadas de la misma, como en un supuesto similar tuvo ocasión de declarar la Sentencia de esta Sala de 26 de mayo de 1997.

El único factor objetivo a atribuir al conductor del autobús es el circular a velocidad superior a la autorizada y no hacerlo ceñido a su derecha, pero tales factores son irrelevantes en el plano de la imputación objetiva por cuanto no han supuesto ningún incremento del riesgo circulatorio ni han tenido influencia en el nexo causal del accidente o ha contribuido, de algún modo, en el resultado dañoso producido, pues no es posible olvidar que la colisión se produjo por una distracción del conductor del camión que invadió la calzada contraria en el sentido de su marcha, con lo cual, no es posible poner una parte del daño a cargo de la aseguradora demandada mediante la imputación a su asegurado de algún reproche culpabilístico en la producción del siniestro, ni siquiera por vía de concurrencia de culpas, porque lo impide el grado de comportamiento imprudente o negligente del conductor del camión, puesto que, dadas las características del supuesto de hecho, el accidente se hubiera producido a pesar del exceso de velocidad, salvo que el camión hubiera seguido su trayectoria correctamente por su carril.

TERCERO.- La estimación del recurso supone la revocación de la sentencia y consiguiente desestimación de la demanda; todo ello con expresa imposición a la actora de las costas causadas en la primera instancia y sin hacer especial declaración de las demás, incluidas las de este recurso.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO

Que debemos acordar lo siguiente:

1º.- Estimar el recurso de casación formulado por la Procuradora Dª María Nieves Alcalde Ruiz, en la representación que acredita de Aig Europe, frente a la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Soria, de fecha 15 de julio de 2005.

2º.- Casar y anular de la misma forma dicha sentencia, en el sentido de desestimar la demanda formulada por la Cía. de Seguros Catalana Occidente, con absolución de la misma a la demandada.

3º.- Todo ello condenando a la parte actora al pago de las costas causadas en la primera instancia por dicha parte y sin hacer especial declaración de las demás, incluidas las de este recurso.

Expídase la correspondiente certificación a la referida Audiencia Provincial, con remisión de los autos y rollo de Sala en su día enviados.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias

necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Román García Varela.- Francisco Marín Castán.- José Antonio Seijas Quintana.- Encarnación Roca Trías.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.



TS Sala: 2ª, Sentencia 19 enero 2010. Ponente: D. Miguel Colmenero Menéndez de Lurca

Impuesta a condenado por homicidio y robo

Prohibición de acercamiento a la familia de la víctima

Desestimando el recurso de casación interpuesto por el acusado, la Sala acoge en parte el formulado por la acusación particular, ambos contra sentencia que condenó al primero por un delito de homicidio y otro de robo. El Alto Tribunal dicta segunda sentencia por la que viene a imponer al acusado la prohibición de acudir al municipio donde vive la familia de la víctima por tiempo superior en un año a la duración de la pena privativa de libertad impuesta por el delito de homicidio, pues es claro que durante el cumplimiento de la condena impuesta por delitos de esta clase resulta evidente la conveniencia de evitar la presencia del penado en el lugar de comisión de los hechos, que podría producirse durante los permisos penitenciarios o como consecuencia de un régimen de cumplimiento de semilibertad o de libertad condicional.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Luis Andrés.

PRIMERO.- El recurrente ha sido condenado en la sentencia de instancia, contra la que ahora interpone recurso de casación, como autor de un delito de homicidio consumado, otro de homicidio intentado y otro de robo con violencia. En el primer motivo del recurso, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim, denuncia la inaplicación indebida del artículo 20.2 del Código Penal, pues entiende que debió apreciarse la eximente completa o, al menos debió reconocerse una afectación de sus capacidades, debido a que, según se ha declarado probado, había estado consumiendo sustancias estupefacientes de diverso signo y de alto potencial tóxico el día anterior en compañía de la finada desde las dos de la tarde hasta las 4 del día siguiente, yendo a casa de aquella después de las 9,30 horas y una vez en el domicilio, nuevamente las consumió en compañía de ésta.

1. Como hemos señalado en numerosas ocasiones, este motivo de casación está orientado a verificar la correcta aplicación de la ley al caso, de modo que permite comprobar si el Tribunal de instancia ha interpretado y aplicado correctamente los preceptos procedentes a los hechos que previamente ha declarado probados, sin prescindir de ninguno de ellos y sin añadir otros diferentes. A través de este motivo no es legítimo pretender una alteración del relato de hechos probados.

De otro lado, en cuanto al fondo de la cuestión, la jurisprudencia ha afirmado que el consumo de drogas o estupefacientes, sobre todo cuando tienen un alto poder tóxico, puede causar una disminución en las capacidades del sujeto, debiendo ser precisada en cada caso su intensidad concreta. Tales efectos pueden tener su origen en el consumo de las sustancias antes o incluso durante la ejecución de la conducta; en el síndrome de abstinencia a causa de la carencia de la sustancia en el adicto;

o bien en el deterioro psíquico causado por un consumo intenso y prolongado o especialmente intenso aunque de menor duración temporal, que puede venir unido a otra clase de padecimientos relevantes.

2. Como pone de relieve el Ministerio Fiscal, la descripción fáctica contenida en la sentencia no permite establecer el tipo de sustancia ni la cuantía consumida ni tampoco si produjo alguna clase de efectos relevantes en el sujeto. Efectivamente, se limita a declarar que el recurrente estuvo consumiendo drogas junto con la finada desde las dos de la tarde hasta las 3,30 o 4,00 horas del día antes de los hechos y que incluso, poco antes de la ejecución de éstos, nuevamente consumió droga. Pero no se describe ningún efecto relevante presente en el momento de la ejecución de los hechos, ni tampoco puede desprenderse de los hechos probados que el consumo necesariamente tuviera que causarlos, pues solo se menciona su existencia durante un periodo de tiempo, sin precisar la sustancia consumida ni su cuantía, ni siquiera el intervalo temporal entre uno y otro acto de consumo.

Así pues, en atención a los hechos que el Tribunal declara probados no puede afirmarse que haya incurrido en infracción de ley por inaplicación de la exigente postulada. Por lo tanto, el motivo se desestima.

SEGUNDO.- En el segundo motivo, con el mismo apoyo procesal, denuncia la indebida inaplicación de la atenuante analógica por dilaciones indebidas, que interesa se valore como exigente incompleta. Señala que los hechos tuvieron lugar en noviembre de 2005 y fueron juzgados en febrero de 2009, lo que considera excesivo.

1. La jurisprudencia ha admitido que las dilaciones en el proceso, cuando son indebidas, pueden dar lugar a una disminución de la pena por la vía de una atenuación analógica, que solo en casos muy excepcionales podrá ser valorada como muy calificada. En numerosas sentencias se ha vinculado la atenuación en estos casos a la necesidad de pena, debilitada más o menos intensamente si el transcurso del tiempo es relevante y si las particularidades del caso lo autorizan. (En este sentido la STS núm. 1432/2002, de 28 de octubre; la STS núm. 835/2003, de 10 de junio y la STS núm. 892/2004, de 5 de julio). Asimismo, se ha relacionado con el perjuicio concreto que para el acusado haya podido suponer el retraso en el pronunciamiento judicial (STS núm. 1583/2005, de 20 de diciembre; STS núm. 258/2006, de 8 de marzo; STS núm. 802/2007, de 16 de octubre; STS núm. 875/2007, de 7 de noviembre, y STS núm. 929/2007, de 14 de noviembre, entre otras). Ambos aspectos deben ser tenidos en cuenta al determinar las consecuencias que en la pena debe

tener la existencia de un retraso en el proceso que no aparezca como debidamente justificado. En cualquier caso, las dilaciones deben presentar el carácter de indebidas, a cuyo efecto debe procederse en cada caso al examen de las actuaciones, a fin de comprobar si efectivamente ha existido un retraso debido a paralizaciones sin explicación o a la práctica de diligencias de evidente inutilidad, o, en definitiva, que no aparezca suficientemente justificado, bien por la complejidad del asunto o por otras razones; que sea imputable al órgano jurisdiccional y que no haya sido provocado por la actuación del propio acusado.

En particular, como ha señalado la doctrina del TEDH debe valorarse la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes (STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso González Doria Durán de Quiroga c. España y STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso López Sole y Martín de Vargas c. España, y las que en ellas se citan).

2. En el caso, además de que el recurrente no alegó la cuestión en la instancia, lo que impidió el debate y el examen detenido de las actuaciones en orden a determinar el posible carácter indebido del retraso que, según dice se ha producido, lo cierto es que no señala ninguna actuación procesal que pudiera considerarse inútil y retardataria, ni ningún periodo de paralización de las actuaciones que pudiera carecer de suficiente justificación, y de los que pudiera derivarse una debilitación relevante en la necesidad de pena o la causación de un indebido perjuicio, por lo que su alegación, ya en el recurso de casación, no puede ser atendida.

Por lo tanto, el motivo se desestima.

TERCERO.- En el tercer motivo, al amparo del artículo 849.2º de la LECrim, denuncia error en la apreciación de la prueba que se desprende de los particulares obrantes en el informe de autopsia, folios 186, 187, 324 a 326 y del informe pericial remitido por D. Florentino el 12 de mayo de 2007. Sostiene el recurrente que no queda acreditado que las heridas descritas ocasionaran a Agustina sección de laringe y arterias pulmonares que le causaran la muerte.

Afirma que no existe un informe cierto, indubitado, seguro y legalmente obtenido de la autopsia desde la que se pueda advenir de forma rotunda y segura la relación causa efecto del acuchillamiento y la muerte. Menciona asimismo la posible existencia de concausas, identificando éstas como elementos orgánicos o biológicos que pudieran contribuir al resultado.

1. Los requisitos que ha exigido la reiterada jurisprudencia de esta Sala para que este motivo de casación

pueda prosperar son los siguientes:

1) Ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa.

2) Ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones.

3) Que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal.

4) Que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

También la doctrina de esta Sala admite excepcionalmente la virtualidad de la prueba pericial como fundamentación de la pretensión de modificación del apartado fáctico de una sentencia impugnada en casación cuando el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto o contradictorio, de modo que se altere relevantemente su sentido originario o bien cuando haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar razones que lo justifiquen.

2. El recurrente plantea su queja desde dos puntos de vista. De un lado, como error en la apreciación de la prueba derivado de los informes periciales. Sin embargo, el Tribunal presenció directamente el informe pericial emitido por los peritos en el acto del juicio oral, por lo que la demostración de la existencia de un error al valorar el contenido de determinados documentos, en el caso los informes periciales escritos sobre la autopsia, no puede ignorar el contenido de la prueba practicada en el juicio oral de forma oral. Y el Tribunal señala en la fundamentación jurídica que los forenses establecieron en el plenario que Agustina falleció a causa de las cuchilladas. No se aprecia, pues, error alguno en la valoración de la prueba pericial. De otro lado, plantea el recurrente la ausencia de prueba bastante acerca de la inexistencia de elementos no imputables al acusado que hubieran podido contribuir a la muerte.

El planteamiento es erróneo. Por una parte, lo que resulta decisivo es la determinación de si la conducta imputada es adecuada para causar la muerte. Pues, en ese caso, puede afirmarse que el resultado es la concreción del riesgo creado por el autor con su conducta, de manera que aquel le resulta imputable aun cuando pudiera acreditarse la concurrencia de otros elementos. Por otra parte, la pericial demuestra que la causa de la muerte fueron las cuchilladas que recibió la víctima, sin que aparezca en ningún momento ningún indicio de cualquier otro elemento relevante que debiera ser valorado.

En consecuencia, el motivo se desestima.

Recurso de la acusación particular.

CUARTO.- En el primer motivo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim, denuncia la indebida inaplicación del artículo 139.1º del Código Penal, pues entiende que concurre la alevosía ya que la víctima no pudo defenderse al producirse el ataque de forma sorpresiva.

1. Dispone el artículo 22.1ª del Código Penal que es circunstancia agravante "ejecutar el hecho con alevosía" y que hay alevosía "cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido". De acuerdo con esta definición legal, para apreciar la alevosía, es necesario, en primer lugar, un elemento normativo consistente en que se trate de un delito contra las personas.

En segundo lugar, que el autor ejecute los hechos empleando medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurar el resultado, precisamente mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad. En tercer lugar, que el dolo del autor se proyecte no sólo sobre los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su significado tendente a asegurar la ejecución y a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél. Y en cuarto lugar, como consecuencia, que se aprecie una mayor antijuridicidad en la conducta derivada precisamente del modus operandi, conscientemente orientado a aquellas finalidades, (STS núm. 1866/2002, de 7 noviembre). De lo antes expuesto se desprende que la esencia de la alevosía se encuentra en el desarrollo de una conducta agresora que, objetivamente, puede ser valorada como orientada al aseguramiento de la ejecución en cuanto tiende a la eliminación de la defensa, y correlativamente

te a la supresión de eventuales riesgos para el actor procedentes del agredido, lo que debe ser apreciado en los medios, modos o formas empleados; y que, subjetivamente, venga caracterizada por el conocimiento por parte del autor del significado de los medios, modos o formas empleados en la ejecución, en cuanto tendientes a asegurar el resultado, impidiendo la defensa del atacado y suprimiendo los riesgos que de ella pudieran derivarse para el agresor.

La forma tradicional del ataque alevoso viene constituida por la agresión a traición, pues es claro que en esos casos la acción agresiva pretende principalmente la supresión de una posible defensa. Así, es ataque alevoso el realizado por sorpresa, de modo súbito e inopinado, imprevisto, fulgurante y repentino (STS núm. 382/2001, de 13 de marzo y las que se citan en ella), ejecutado contra quien está confiado en que tal clase de ataque no se produzca. En estos casos es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión, es decir, la acción a traición, lo que tiende a suprimir la posibilidad de defensa, pues quien, confiado, no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él, al menos en la medida de lo posible. Esta modalidad de la alevosía es apreciable en los casos en los que se ataca sin previo aviso. Pero también reviste este carácter cuando, aun habiendo mediado un enfrentamiento, se produce, imprevistamente, un cambio cualitativo en la situación (STS núm. 178/2001, de 13 de febrero, ya citada), de modo que esa última fase de la agresión, con sus propias características, no podía ser esperada por la víctima en modo alguno en función de las concretas circunstancias del hecho. (STS núm. 1031/2003, de 8 de setiembre).

2. En el caso, se declara probado que cuando el recurrente pide a Agustina que le adelante parte de la paga de la mujer en droga, ella responde que "está hasta el cuello de alimentar amamantados", momento en el que el acusado reacciona violentamente, la coge del cuello, y le pidió la droga, y le dijo "abre la caja y no grites". De forma que esa primera fase del enfrentamiento físico viene precedida de un intercambio de palabras consistente en una petición y una negativa desairada por parte de la víctima, lo que provoca ya la reacción físicamente violenta del acusado.

Por lo que, tal como aparece descrito en el hecho probado, no es posible apreciar la alevosía. Además, está claro que el ataque que en ese momento se efectúa, por sus propias características, no está dirigido en ninguna forma a causar la muerte. Este propósito solamente surge después de que Agustina trate de utilizar un cuchillo contra su atacante, con la finalidad de defenderse, siéndole arrebatado por aquel en el curso del forcejeo subsiguiente, procediendo entonces a acuchillarla de forma re-

petida causándole heridas que determinaron su muerte. El ánimo homicida solo es apreciable tras el inicio del forcejeo, momento en el que la agresión ya se había iniciado de forma no alevosa. Por lo tanto, el motivo se desestima.

QUINTO.- En el motivo segundo, por la misma vía de impugnación, sostiene que debió apreciarse la agravante de ensañamiento, pues le asesta múltiples cuchilladas, aumentando deliberadamente su dolor hasta causarle la muerte.

1. El artículo 139.3º del Código Penal se refiere al ensañamiento como agravante específica del asesinato con la expresión "aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido". Por su parte, el artículo 22.5ª, sin utilizar el término, considera circunstancia agravante genérica "aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito".

En ambos casos se hace referencia a una forma de actuar en la que el autor, en el curso de la ejecución del hecho, además de perseguir el resultado propio del delito, en el asesinato la muerte de la víctima, causa, de forma deliberada, otros males que exceden de los necesariamente unidos a su acción típica, por lo tanto innecesarios objetivamente para alcanzar el resultado, buscando la provocación de un sufrimiento añadido a la víctima.

Se requieren, pues, dos elementos. Uno objetivo constituido por la causación de males objetivamente innecesarios para alcanzar el resultado típico, que aumentan el dolor o sufrimiento de la víctima. Y otro subjetivo, consistente en que el autor debe ejecutar, de modo consciente y deliberado, unos actos que ya no están dirigidos de modo directo a la consumación del delito, sino al aumento del sufrimiento de la víctima, (STS núm. 1554/2003, de 19 de noviembre). Por lo tanto, cuando el autor conoce que sus acciones previas ya son suficientes para causar la muerte, los actos añadidos, si objetivamente son adecuados para ello y no puede aportarse otra razón probable y verosímil, pueden atribuirse a su deseo de causar un mal mayor a la víctima. (STS 1109/2005, de 28 de setiembre).

2. En el hecho probado nada se dice acerca de la existencia de un ánimo en el autor dirigido a aumentar el dolor de la víctima, explicando en la fundamentación jurídica que tal intención no ha quedado probada. El Tribunal se ha limitado a declarar que el acusado le arrebató el cuchillo y le asestó a la víctima, con ánimo de acabar con su vida, varias cuchilladas, que luego describe. En la fundamentación jurídica de la sentencia impugnada, FJ 3º, aunque a los efectos de descartar la concurrencia de la

alevosía, se hace una referencia clara a la existencia de lucha y de heridas de defensa en ambas manos de la víctima, señalando que el médico forense precisó que hubo resistencia activa y lucha, múltiples heridas de diferente intensidad en las manos y brazos y, vencida esa resistencia, heridas mortales.

De esa consideración se desprende que la multiplicidad de heridas causadas tiene su explicación en el desarrollo de la ejecución del designio de matar por parte del autor y en las acciones de defensa llevadas a cabo por la víctima que de esa forma evitó al principio ser alcanzada en zonas vitales, y no en una voluntad, surgida o aceptada deliberadamente, encaminada a aumentar el dolor de la víctima. Dicho de otra forma, el acusado golpeó con el arma a la víctima hiriéndola en distintas partes del cuerpo sin alcanzar zonas vitales como consecuencia de la defensa que aquella efectuó, hasta que por la continuidad e intensidad del ataque la alcanzó de forma que no pudo ya defenderse.

En consecuencia, a pesar de las múltiples heridas, en el caso no se aprecia la concurrencia del ensañamiento, por lo que el motivo se desestima.

SEXTO.- En el tercer motivo, nuevamente al amparo del artículo 849.1º de la LECrim, denuncia la inaplicación indebida del artículo 57.1º del Código Penal. Sostiene que debió imponerse al condenado la medida de prohibición de acudir al Ayuntamiento de Muros, donde residía la víctima y donde sigue residiendo toda su familia.

1. El artículo 57 del Código Penal establece que en los casos, entre otros, de homicidio, los Tribunales podrán acordar la imposición de alguna de las prohibiciones contempladas en el artículo 48, por lo tanto, entre ellas, la de acudir a determinados lugares, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente. Se trata, pues, de dos criterios independientes entre sí, de manera que basta la concurrencia de uno de ellos para justificar la imposición de la prohibición.

La prohibición de acudir a determinados lugares, se justifica en el aseguramiento de la concordia social y en la evitación de posibles futuros males adicionales (STS 369/2004, de 11 de marzo) que pudieran derivarse de la coincidencia física de los ofendidos o perjudicados por el delito y su autor, y supone una limitación de la posibilidad de libre circulación que correspondería al acusado una vez cumplida en su integridad la pena privativa de libertad, por lo que debe estar suficientemente justificada por las características del caso, sin que sea procedente su aplicación automática o mecánica solo justificada en la gravedad de la pena señalada a la clase de delito por el que se

condena.

2. El motivo ha merecido el apoyo del Ministerio Fiscal y debe ser parcialmente estimado. La acusación particular solicitó la imposición al acusado de la prohibición de acudir al municipio de Muros por tiempo superior en diez años a la duración de la pena privativa de libertad por el delito que calificaba como asesinato y de cinco años por el delito de robo, por tratarse del lugar de residencia de la familia de la fallecida Agustina. No existe solicitud alguna de imposición de la medida respecto al hecho del que fue víctima Darío. El Tribunal rechaza su imposición argumentando que no considera que el acusado represente un peligro relevante para la familia, omitiendo la valoración relativa a la gravedad de los hechos. La madre de la fallecida es quien sostiene la acusación particular, sin que haya sido cuestionada su residencia en la localidad de Muros.

La gravedad del hecho consistente en la causación de la muerte a Agustina en su propio domicilio resulta palpable. No así respecto del robo, pues la gravedad, a estos efectos, resulta especialmente de su relación con el homicidio. Es claro que durante el cumplimiento de la condena impuesta por delitos de esta clase resulta evidente la conveniencia de evitar la presencia del penado en el lugar de comisión de los hechos, que podría producirse durante los permisos penitenciarios o como consecuencia de un régimen de cumplimiento de semilibertad o de libertad condicional. La ley prevé que la imposición de la prohibición se hará por un tiempo superior entre uno y diez años a la duración de la pena de prisión impuesta. En el caso, la prohibición, dadas la ausencia de una constatación de otras circunstancias especiales, se impondrá en un tiempo superior a un año respecto de la pena impuesta por el delito de homicidio, denegando su imposición en relación al delito de robo.

En consecuencia, el motivo se estima parcialmente.

SÉPTIMO.- En el cuarto y último motivo del recurso, con el mismo apoyo procesal, denuncia la infracción de los artículos 109 a 115 del Código Penal. Sostiene que procede aumentar la indemnización concedida a los herederos de la víctima dado el carácter doloso de los hechos, por lo que no se justifica la mera aplicación del baremo establecido para la graduación de los perjuicios causados en accidente de circulación.

1. El Código Penal contempla la indemnización civil de los perjuicios causados por el hecho delictivo. Cuando se trata de la muerte dolosa de un tercero, la jurisprudencia la señalado que las cuantías señaladas en el baremo establecido en relación a los accidentes de circulación resultan altamente orientativas y que deben

ser tenidas en cuenta a falta de otros datos, ya que no existen razones objetivas para realizar distinciones a efectos de indemnización entre un perjuicio causado dolosamente y otro provocado de forma no intencionada. Son las circunstancias del caso concreto las que pueden justificar una ampliación o una disminución de aquellas cuantías referenciales, siempre previa la debida e imprescindible motivación.

2. En el caso, la indemnización se concede a los herederos, sin que en la sentencia se contenga ninguna precisión acerca de la identidad de los perjudicados, ni de las características de su perjuicio, ni de la eventual existencia de razones que puedan avalar una especial e individualizada consideración del perjuicio causado, moral o material, sobre la cual pudiera justificarse una mayor cuantía en la indemnización.

En consecuencia, el motivo se desestima.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de Casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional, interpuesto por la representación procesal del acusado Luis Andrés, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de La Coruña (Sección Segunda), con fecha diez de enero de 2.009, en causa seguida contra el mismo y otro más, por delito de homicidio. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas ocasionadas en su respectivo recurso.

Que debemos declarar y declaramos haber lugar parcialmente al recurso de Casación por infracción de Ley, interpuesto por la representación procesal de la acusación particular María Dolores, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de La Coruña (Sección Segunda), con fecha diez de enero de 2.009, en causa seguida contra Luis Andrés y otro más, por delito de homicidio. Declarándose de oficio las costas correspondientes al presente recurso. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Carlos Granados Pérez.- Perfecto Andrés Ibáñez.- José Manuel Maza Martín.- Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar.- Siro Francisco García Pérez.

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de enero de dos mil diez.

El Juzgado de Instrucción número 1 de los de Muros, instruyó Sumario

con el número 2/2.008, por delito de homicidio, contra Luis Andrés, con DNI núm.000, natural y vecino de Outes, nacido el día 16-02-1.968 en Outes, hijo de Jesús y de Consuelo, con domicilio en Lugar de DIRECCION000 núm.001, Outes; Lucía, con DNI núm.002, nacida en Santiago de Compostela, el 1-03-1.963, hija de Luis Antonio y de Carmen, con domicilio sito en Braño, O Freixo San Outes (A Coruña); y una vez declarado concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 2ª, rollo 15/2.008) que, con fecha diez de febrero de dos mil nueve, dictó Sentencia condenando a Luis Andrés, como autor de 3 delitos -homicidio, homicidio intentado, y robo con violencia, ya definidos a las siguientes penas:

- Homicidio Consumado: 11 años de prisión con inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

- Homicidio intentado: 7 años de prisión con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

- Robo con violencia, con la agravante de reincidencia: 3 años y 7 meses de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.- En concepto de responsabilidad civil Luis Andrés, indemnizará a los herederos de Agustina en la cantidad de 70.000 euros y a Darío lo indemnizará en la cantidad de 5.500 euros.-

Se le imponen la mitad de las costas del juicio, incluidas las de la acusación particular.- Absolviendo a Lucía de la acusación formulada contra ella.

Sentencia que fue recurrida en Casación ante esta Sala Segunda del Tribunal Supremo por los acusados, y que ha sido casada y anulada parcialmente, por lo que los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar, proceden a dictar esta Segunda Sentencia con arreglo a los siguientes:

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de la Sentencia de instancia parcialmente rescindida en cuanto no estén afectados por esta resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por las razones expuestas en nuestra sentencia de casación procede imponer al acusado por el delito de homicidio consumado, además de las penas impuestas en la sentencia, la prohibición de acudir al municipio de Muros por un periodo superior en un año a la duración de la pena de privación de libertad impuesta por ese delito.

FALLO

Debemos imponer al acusado Luis Andrés, además de las penas ya impuestas en la sentencia impugnada, la prohibición de acudir al municipio de Muros por tiempo superior en un año a la duración de la pena privativa de libertad impuesta por el delito de homicidio consumado. Se mantienen los demás pronunciamientos de la sentencia de instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Carlos Granados Pérez.- Perfecto Andrés Ibáñez.- José Manuel Maza Martín.- Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar.- Siro Francisco García Pérez.

Publicación.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

2010/4741

TS Sala: 2ª, Sentencia 4 enero 2010. Ponente: D. José Manuel Maza Martín

Inexistencia de prueba de cargo en delitos de falsedad documental y apropiación indebida

Se desestima el recurso de casación interpuesto por la acusación particular contra sentencia absolutoria dictada en causa seguida por delitos de falsedad documental y apropiación indebida. El TS verifica que los jueces "a quibus" llegan al convencimiento de que no existe prueba de cargo bastante para enervar el derecho a la presunción de inocencia que al acusado ampara con el mismo rango fundamental que la tutela judicial efectiva, pues, en efecto, el material probatorio se muestra insuficiente para alcanzar una convicción condenatoria en el presente supuesto. De modo que la conclusión de la Audiencia no puede considerarse irracional, ni falta de lógica, ni merece, por ello, ser rectificada sobre la afirmación de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La recurrente, constituida como Acusación Particular en el procedimiento que concluyó con la Resolución absolutoria que es objeto del presente Recurso de Casa-

ción, fundamenta éste en tres motivos, el Primero de los cuales se refiere, con cita del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con el 24.1 y el 14 de nuestra Constitución, a la vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva e igualdad de todos los ciudadanos ante la Ley, sin discriminación por razón de sexo.

En tal sentido, hay que comenzar afirmando que el derecho a la tutela judicial efectiva, que tiene, como queda dicho, su asiento en el artículo 24.1 de nuestra Constitución con carácter de derecho fundamental, ostenta un contenido que no es, ni más ni menos, que el del derecho a obtener de los órganos jurisdiccionales una Resolución fundada en Derecho, es decir, a que la petición de justicia, tras ser oídas las partes en el correspondiente cauce procesal, obtenga como respuesta un pronunciamiento debidamente fundado en Derecho (SsTS de 18 de marzo de 1996 y 13 de noviembre de 1998, por ejemplo). Ello significa que la tarea casacional ha de contraerse en los supuestos de mención del referido derecho fundamental, a la estricta comprobación de los contenidos argumentales de la Resolución recurrida, de su razonabilidad y valor como respuesta fundada a las cuestiones suscitadas y sobre las que se pronuncia, pero sin que, en ningún caso, la utilización de esta vía nos permita entrar a valorar nuevamente el material probatorio disponible, sustituyendo el criterio a este respecto del Tribunal de instancia por el que aquí pudiera alcanzarse.

Conviene, por tanto, precisar que no se ha de confundir la alusión a ese derecho a la tutela judicial efectiva con una simple discrepancia en la valoración de la prueba disponible, llevada a cabo por el Tribunal "a quo", a quien corresponde esa función, ni con un derecho del recurrente a obtener una respuesta obligadamente complaciente con sus pretensiones.

Si bien, no obstante, es cierto que, en supuestos como el que aquí nos ocupa, visto el sentido de la voluntad impugnativa de la recurrente y que el objeto del debate consiste precisamente en la determinación acerca de si el pronunciamiento sobre el valor y eficacia de las pruebas de cargo, o de su ausencia, y las consecuencias jurídicas que de ello se deriven suponen satisfacción jurídicamente bastante a quien demanda justicia, todo lo dicho con anterioridad no nos ha de impedir, cuando menos, entrar en el análisis de la suficiencia o no de ese concreto material probatorio.

Y, a la luz de los anteriores presupuestos, en el presente caso se advierte cómo la Audiencia ha ofrecido, en su Resolución, una verdadera motivación tendente a justificar su conclusión absolutoria, con expreso tratamiento de la prueba de que dispuso y, en especial, del problema

que suscita la falta de acreditación de cuál fue realmente el destino de los gastos efectuados con la tarjeta bancaria a través de la cual el acusado hizo uso de los fondos retirados de la cuenta de la que era titular la querellante, figurando él como autorizado, lo que impide excluir la versión exculpatoria de aquel, en el sentido de que esos gastos se referían a devengos producidos como consecuencia de la propia actividad que generaba los ingresos, tales como el pago del combustible del camión con el que se hacían los transportes, destino que, por otra parte, la propia querellante tiene reconocido que en ocasiones anteriores ya se había satisfecho mediante la utilización de la referida tarjeta bancaria.

Y todo ello aunque conste también una demanda contra Maribel por el impago de ciertos suministros de gasóleo, lo que, según razona la Sala, tampoco puede servir para excluir por completo la existencia de otros gastos necesarios del negocio, máxime cuando la actividad de transporte de la empresa, según reconocimiento expreso de ambos implicados, la llevaba a cabo material y personalmente el querellado, sin que ello obviamente suponga un criterio discriminatorio por razón de sexo (art. 14 CE), postergando a la recurrente a un papel secundario en la sociedad de la que era titular, como también se denuncia en este motivo del Recurso, puesto que la realidad objetiva de tales datos acerca de la asignación de cometidos dentro de la actividad empresarial resulta sobradamente acreditada.

De igual modo que, negada la existencia de la apropiación indebida por falta de prueba del verdadero destino de los fondos retirados de la cuenta bancaria de referencia, la imitación de la firma de su ex esposa y aquí recurrente, por parte de Constantino, efectuada no para disponer directamente de los pagarés recibidos por las labores de transporte realizadas sino, precisamente, para posibilitar el ingreso de los mismos en la ya citada cuenta bancaria de la que la propia querellante era titular, lo que igualmente hubiera hecho Maribel caso de firmar por ella misma tales documentos, resulta penalmente "inocua", de acuerdo con el calificativo que le otorga el propio Fiscal en su escrito de impugnación del Recurso, y en todo caso excluyente de la intención de perjuicio ajeno, directamente vinculada en casos como el presente con la afección de los bienes jurídicos, tales como el de la seguridad del tráfico mercantil, que el precepto penal protege.

Por lo que los Jueces "a quibus" llegan, a la postre, al convencimiento de que no existe prueba de cargo bastante para enervar el derecho a la presunción de inocencia, que al acusado ampara con el mismo rango fundamental que la tutela judicial

efectiva, pues, en efecto, el material probatorio se muestra insuficiente para alcanzar una convicción condenatoria en el presente supuesto.

De modo que la conclusión de la Audiencia no puede considerarse irracional ni falta de lógica ni merece, por ello, ser rectificada por este Tribunal de Casación, sobre la afirmación de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

Razones por las que este primer motivo ha de desestimarse.

SEGUNDO.- Seguidamente, los restantes motivos, Segundo y Tercero, plantean otras tantas infracciones de Ley, por la indebida inaplicación a los hechos enjuiciados de los artículos 252, 390 y 392 del Código Penal, que describen los delitos de apropiación indebida y falsedad documental objeto de acusación y de los que resultó absuelto el acusado.

El cauce casacional ahora utilizado (art. 849.1º LECr), de acuerdo con numerosos pronunciamientos de esta Sala, supone la comprobación por este Tribunal de Casación de la necesidad de subsunción de los Hechos declarados probados en los preceptos de orden sustantivo que integran el ordenamiento penal.

Pero esa labor ha de partir de un principio esencial, cual es el de la intangibilidad de la narración de Hechos llevada a cabo por el Tribunal de instancia, sobre la convicción que por el mismo se alcanza acerca de la realidad de lo acontecido, como consecuencia de la valoración del material probatorio disponible, que le es propia.

En tal sentido, es clara la improcedencia también de estos motivos, puesto que la descripción narrativa del relato sobre el que se asienta el pronunciamiento de la Audiencia es plenamente idónea para alcanzar su conclusión absoluta, que tan sólo podría ser rectificada mediante aquella modificación de ese relato que precisamente constituía el objeto del anterior motivo del Recurso que se acaba de desestimar.

Recordemos que en esa narración de hechos se afirma, de una parte, que Constantino ingresaba en la Caja los referidos pagarés "...no sin que antes el acusado, con carácter previo a la entrega de cada pagaré y para facilitar su negociación, estampara de su puño y letra en el reverso de cada uno de los expresados documentos mercantiles una firma imitando la de Maribel, de igual modo que ésta, antes de la ruptura de su relación sentimental y actuando con la misma finalidad de negociar los pagarés, firmaba por sí misma en el reverso de cada pagaré antes de que fuera entregado en Caja España".

Así como también que el querellado aplicaba posteriormente el producto ingresado de dichos pagarés "...a la liquidación de la cuenta correspondiente a la tarjeta de crédito VISA en la cual se cargaban los gastos derivados de su actividad profesional como transportista, sin que exista constancia suficiente de que el acusado se hubiese adueñado de las cantidades de las que disponía a fin de destinarlas a su propio disfrute personal o con el propósito de causar un demérito patrimonial a Maribel. " (Los anteriores subrayados son nuestros).

Por lo que el carácter tributario de lo que aquí y ahora se plantea, respecto de la prosperidad de las alegaciones precedentes relativas a la alteración de tales hechos declarados como probados por el Tribunal "a quo", hace que la desestimación de aquellas imponga también la de estos motivos.

En definitiva, estamos de nuevo ante unos motivos que han de ser rechazados y, con ellos, el Recurso en su integridad.

TERCERO.- Dada la conclusión desestimatoria del Recurso, procede, a tenor de lo dispuesto en el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la imposición a la recurrente de las costas causadas por el mismo. En su consecuencia, vistos los preceptos mencionados y demás de general aplicación al caso,

FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar a la estimación del Recurso de Casación interpuesto por la Representación de Maribel, como Acusación Particular, contra la Sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Huesca, el 27 de abril de 2009, que absolvió al acusado de los delitos de apropiación indebida y falsedad documental que se le imputaban. Se imponen a la recurrente las costas procesales ocasionadas en el presente Recurso.

Póngase en conocimiento del Tribunal de origen, a los efectos legales oportunos, la presente Resolución, con devolución de la Causa que, en su día, nos fue remitida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Giménez García.- Julián Sánchez Melgar.- José Manuel Maza Martín.- Alberto Jorge Barreiro.- Joaquín Delgado García.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

2009/327296

TS Sala: 2ª, Sentencia 30 diciembre 2009. Ponente: D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar

Agravante de parentesco Delitos de maltrato físico, lesiones, maltrato habitual en el ámbito familiar e inducción al suicidio

Se estima el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra sentencia dictada en proceso seguido por delitos de maltrato físico, lesiones, maltrato habitual en el ámbito familiar e inducción al suicidio. El TS dicta segunda sentencia por la que, entre otros pronunciamientos, aprecia la agravante de parentesco, pues en el presente caso las dos víctimas son hijas de su cónyuge, siendo la acusada, tras el alejamiento de su marido por orden judicial, la encargada de atender a esas menores desempeñando el papel materno. Se dan por tanto los presupuestos fácticos integradores de la agravante entre la acusada y los dos menores, precisamente en relación con unos delitos en que la relación parental o de convivencia no se incorpora como elemento integrador de los tipos de lesiones y de inducción al suicidio, por lo que el desvalor que representa la relación parental o de convivencia entre la acusada y los hijos de su marido, no está comprendida en ellos y hace procedente la apreciación de la circunstancia agravante.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. El Ministerio Fiscal formaliza cinco motivos de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 23 de abril de 2009, de los cuales los dos primeros lo son por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851-3º de la LECriminal es decir por incongruencia omisiva.

A) la del motivo primero se refiere a la falta de pronunciamiento sobre la concurrencia de la agravante de parentesco del art. 23 del Código Penal en los delitos de inducción al suicidio del art. 143.1 y en los dos delitos de lesiones del art. 147.1. Agravante alegada por el Ministerio Fiscal en tales delitos que no ha sido apreciada ni desestimada por la Sentencia de instancia.

B) la del motivo segundo consiste en que la Sentencia tampoco resuelve la petición del Ministerio Fiscal de la pena accesoria de prohibición

de acercamiento y comunicación en el delito de inducción al suicidio; siendo por ello una cuestión jurídica que ha dejado la Sentencia sin resolver.

2.- Como recuerdan las Sentencias de esta Sala núm. 825/2000 de 20 de julio y 181/2001 de 11 de octubre, entre otras muchas, la doctrina recogida entre otras en las Sentencias de 28 de marzo de 1994, 18 de diciembre de 1996, 23 de enero, 11 de marzo y 29 de abril de 1997 viene declarando como requisitos de este vicio procesal de incongruencia omisiva los siguientes:

A) Que la omisión padecida venga referida a temas de carácter jurídico suscitados por las partes oportunamente en sus escritos de conclusiones definitivas y no a meras cuestiones fácticas;

B) Que la resolución dictada haya dejado de pronunciarse sobre concretos problemas de Derecho debatidos legal y oportunamente, lo que a su vez debe matizarse en dos sentidos:

1º) que la omisión se refiera a pedimentos, peticiones o pretensiones jurídicas y no a cada una de las distintas alegaciones individuales o razonamientos concretos en que aquéllos se sustentan, porque sobre cada uno de éstos no se exige una contestación judicial explícita y pormenorizada siendo suficiente una respuesta global genérica (según los términos de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de abril de 1996); y

2º) que dicha vulneración no es apreciable cuando el silencio judicial pueda razonablemente interpretarse como una desestimación implícita o tácita, constitucionalmente admitida (SSTC 169/94; 91/95; y 143/95) lo que sucede cuando la resolución dictada en la instancia es incompatible con la cuestión propuesta por la parte, es decir cuando del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial puede razonablemente deducirse no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino además los motivos fundamentadores de la respuesta tácita (SSTS 263/1993; y SSTS de 9 de junio y 1 de julio de 1997). Y

C) Que aún existiendo el vicio éste no pueda ser subsanado por la casación a través de la resolución de otros planteamientos de fondo aducidos en el recurso.

3.- En este caso tanto la apreciación de la agravante de parentesco como la procedencia de imponer la pena accesoria de prohibición de acercamiento son cuestiones jurídicas.

Ambas fueron postuladas o pretendidas por el Ministerio Fiscal. Sobre ninguna de las dos se ha

pronunciado estimatoria o desestimatoriamente la Sentencia, y tampoco su silencio puede valorarse como una desestimación implícita en los razonamientos que contiene.

Sin embargo están incluidos en la Sentencia los datos y elementos fácticos y jurídicos necesarios para resolver ambas cuestiones, y como el Ministerio Fiscal las vuelve a plantear en este recurso por la vía casacional de la infracción de ley al amparo del art. 849.1º, en los motivos tercero y cuarto, se está en el caso de subsanar las dos incongruencias omisivas denunciadas resolviendo los correspondientes motivos de fondo.

El vicio en este caso es subsanable, y como tal no procede acoger el quebrantamiento de forma, como el propio Ministerio Fiscal admite en la formulación del recurso al articular sus dos primeros motivos con una naturaleza meramente subsidiaria para el caso de que no se entrara en las cuestiones de fondo de los motivos por infracción de ley penal sustantiva; lo que no sucede en este caso como se razonará seguidamente.

Por lo expuesto los motivos primero y segundo se desestiman.

SEGUNDO.- El motivo tercero, amparado en el art. 849.1º de la LECriminal plantea la infracción legal por indebida inaplicación del art. 23 del Código Penal.

Alega el Ministerio Fiscal que en los delitos contra la vida y contra la integridad física, es decir en los dos de lesiones del art. 147 y en el de inducción al suicidio del art. 143 del Código Penal, debió apreciarse la agravante de parentesco del art. 23 como se interesó en sus conclusiones definitivas.

1. - En efecto, como acertadamente se argumenta en el recurso, la circunstancia mixta de parentesco debe apreciarse como agravante en los delitos contra las personas, lo cual no significa que no existan excepciones como cuando el ataque pueda obedecer a razones extraparentales, o cuando el vínculo familiar aparece roto o en los casos de provocación por parte de la víctima.

En los delitos de contenido económico o patrimonial en principio deberá ser considerada como atenuante (SS 1074/2002 de 11 de junio; 1031/2004 de 21 de septiembre). La razón de ser de la agravante de parentesco cuando se mantenga la situación de convivencia es que en tales supuestos la agresión acentúa significativamente el desvalor de la conducta, a causa del mayor rigor o intensidad del mandato que proscribiera cualquier clase de maltrato a los familiares, y de que sus efectos negativos en el psiquismo de la víctima son de mu-

cha mayor entidad (Sª 780/2002 de 6 de mayo).

2.- En el presente caso no hay relación de filiación biológica entre la acusada y las dos víctimas Enriqueta y María Consuelo; pero son hijas de su cónyuge, siendo la acusada, tras el alejamiento de su marido por orden judicial, la encargada de atender a esas menores desempeñando el papel materno.

Se dan por tanto los presupuestos fácticos integradores de la agravante entre la acusada y los dos menores, precisamente en relación con unos delitos en que la relación parental o de convivencia no se incorpora como elemento integrador de los tipos de lesiones y de inducción al suicidio, por lo que el desvalor que representa la relación parental o de convivencia entre la acusada y los hijos de su marido, no está comprendida en ellos y hace procedente la apreciación de la circunstancia agravante alegada por el Ministerio Fiscal.

3.- La consecuencia en la determinación de las penas es su aplicación en la mitad superior según lo dispuesto en el art. 66.1-3º del Código Penal:

A) en el caso de la inducción al suicidio la reducción en un grado de la pena (art. 62 del Código Penal) por tratarse de tentativa -en este caso además tentativa acabada- sitúa la pena de prisión entre dos y cuatro años según el art. 70.1-2º del Código Penal, que procede imponer en su mitad superior (art. 66.1-3º y 66.1-8º sensu contrario), es decir entre los tres y los cuatro años, menos un día de prisión;

B) en los delitos de lesiones del art. 147.1 del Código Penal la imposición de la pena en la mitad superior (art. 66.1-3º del Código Penal) sitúa la pena entre un mínimo de un año y nueve meses y un máximo de tres años, para cada uno de los dos delitos apreciados.

Procede por lo expuesto la estimación del motivo tercero.

TERCERO.- El motivo cuarto, con el mismo apoyo casacional del art. 849.1º denuncia la indebida inaplicación de los arts 57.2 y 48.2 del Código Penal, alegando que la Sala no ha impuesto en el delito de inducción al suicidio la pena de prohibición de acercamiento y comunicación, que es preceptiva.

El motivo debe ser estimado: la pena omitida había sido interesada por el Ministerio Fiscal y su imposición venía exigida por el art. 57.2º del Código Penal, ya que el delito de inducción al suicidio del art. 143, por encontrarse en el Título I "del homicidio y sus formas", está comprendido en los previstos en el art. 57 que en ellos establece como ineludible la pena de prohibición de aproximación cuando el de-

lito se comete -entre otras personas- contra los descendientes por naturaleza o afinidad propios o del cónyuge.

En tal caso la pena de prohibición de acercamiento no excederá de diez años si el delito fuese grave, y superará al menos en un año la pena privativa de libertad por el delito de que se trate. Procede en este caso por tanto fijar la prohibición por un tiempo de cinco años.

El motivo por lo expuesto se estima.

CUARTO.- El motivo quinto, por la vía del art. 849.1º de la LECriminal alega la infracción del art. 57.1 punto segundo del Código Penal ya que la pena de prohibición de aproximación y comunicación impuesta para el delito de maltrato habitual en el ámbito familiar del art. 173.2 del Código Penal no cumple la exigencia del art. 57, puesto que se ha individualizado por un tiempo de dos años que es inferior a la pena privativa de libertad de dos años y seis meses de prisión impuesta para ese delito.

El motivo debe acogerse, pues siendo esas las penas impuestas, es claro que se incumple el precepto invocado según el cual el tiempo de la prohibición será "superior entre uno y diez años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco si fuera menos grave".

En este caso, siendo la pena impuesta de prisión la de dos años y seis meses, procede elevar el tiempo de la prohibición a tres años y seis meses.

El motivo por lo expuesto se estima.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley, interpuesto por EL MINISTERIO FISCAL, contra Sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Vizcaya, que condenó a la acusada por delitos de maltrato físico, lesiones, maltrato habitual en el ámbito familiar e inducción al suicidio; por estimación de los motivos tercero, cuarto y quinto, y en su virtud casamos y anulamos la Sentencia dictada por dicho Tribunal de instancia con declaración de las costas de oficio.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar José Ramon Soriano Soriano Miguel Colmenero Menendez de Luarda Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Diego Ramos Gancedo



TSJ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2009/83085

TS Sala: 3ª, Sección 7, Sentencia 6 mayo 2009. Ponente: D. Nicolás Maurandi Guillén

Partidos políticos sin representación en elecciones anteriores

Acceso restringido a los medios de comunicación durante el periodo de elecciones locales

El TS desestima los recursos contencioso administrativos interpuestos por el partido político Ciutadans-Partido de la Ciudadanía contra los acuerdos de la Junta Electoral Central, que confirmaron las decisiones de los directivos de TV3 y TVE por las que no se le invitó a participar en los debates sobre política municipal. La Sala confirma los argumentos adoptados por la Administración, pues no resulta contrario a los principios de pluralismo político y social y neutralidad informativa que los debates, entrevistas y otras actividades informativas similares, se circunscriban a las entidades políticas que hubieran obtenido representación en las anteriores elecciones equivalentes, lo cual supone acoger un criterio de objetividad que contribuye a expresar con claridad cual es el criterio observado, eliminando de esta manera la confusión, la inseguridad y la desigualdad; y, al mismo tiempo, no frustra la confianza de aquellos otros grupos políticos que se aquietaron a él.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El partido político Ciutadans-Partido De La Ciudadanía no fue invitado a participar en los debates sobre política municipal que fueron emitidos los días 24 y 30 de abril de 2007, respectivamente en TV3 y en la primera cadena de TVE, con la presencia de los candidatos a la alcaldía de Barcelona de las formaciones PSC, CiU, PP, ERC e ICV-EUA.

Impugnó ante la Administración electoral las decisiones de los directivos de uno y otro medio televisivo y los procedimientos administrativos así iniciados finalizaron con los acuerdos de la Junta Electoral Central (JEC) de 24 de abril y 12 de mayo de 2007, que decidieron no acoger la impugnación planteada.

Las razones de esos dos acuerdos fueron éstas:

1) Que era reiterado criterio de la Junta declarar que la organización de debates entre los candidatos electorales era competencia de la correspondiente Corporación o Ente público de quien dependía el medio televisivo, si bien debiendo respetar, en el ejercicio de esa competencia y responsabilidad, el pluralismo político y social y la neutralidad informativa.

2) Que también tenía reiteradamente declarado la Junta que, sin perjuicio de lo previsto en cuanto a

espacios gratuitos y propaganda electoral, no resultaba contrario a esos principios de pluralismo político y social y neutralidad informativa que los debates, entrevistas y otras actividades informativas similares se circunscriban a las entidades políticas que hubieran obtenido representación en las anteriores elecciones equivalentes, criterio éste que estaba expresamente recogido en los artículos 61, 62, 63, 64 y 67 de la LOREG (Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General).

3) Que los criterios seguidos por la Corporación Catalana de Radio y Televisión y por RTVE, objeto de los recursos del partido Ciutadans-Partido de la Ciudadanía, consistían en tener en cuenta los resultados en las últimas elecciones equivalentes, esto es, en las elecciones al Ayuntamiento de Barcelona celebradas en 2003, en las que la citada formación política no había obtenido representación política; y, en consecuencia, los acuerdos de la Corporación Catalana de Radio y Televisión y de RTVE resultaban razonables y adecuados al pluralismo político "tal y como se recoge en la LOREG y en la reiterada doctrina de la Junta Electoral Central".

SEGUNDO.- Esos dos Acuerdos de la Junta Electoral Central (JEC) antes mencionados son los que se combaten en el actual proceso contencioso-administrativo, iniciado y seguido por los trámites del procedimiento especial para la protección de

los derechos fundamentales de la persona.

El inicial escrito de interposición del recurso jurisdiccional invocó como derechos fundamentales lesionados los reconocidos en los siguientes preceptos de la Constitución (CE): en el artículo 20.3 (garantía del acceso a los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público de los grupos sociales y políticos significativos), 20.1 (derecho a la libertad de expresión y de información; y 23.2 de la Constitución (derecho de acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos).

La posterior demanda ha reclamado en el "suplico", además de la anulación de los acuerdos recurridos, que se reconozca y declare lesionado "el derecho de Ciutadans-Partido de la Ciudadanía de acceder a los medios de comunicación pública y en términos de igualdad con el resto de las formaciones parlamentarias en Cataluña".

Esa pretensión es defendida en el cuerpo de las demandas mediante trece apartados de "hechos y consideraciones jurídicas", que se vienen a apoyar en estas dos ideas principales: la naturaleza del debate que aquí es objeto de polémica y la significación que en el momento de su celebración debía reconocerse a Ciutadans-Partido de la Ciudadanía.

Sobre lo primero, se afirma que el debate no era un acto de propaganda electoral sino un espacio informativo (apartado tercero); y se señala también que el programa televisivo en cuestión, pese a que su objeto eran las elecciones locales, consistía en una emisión limitada territorialmente al espacio catalán y con la participación de todos los grupos del arco parlamentario, a excepción del partido aquí recurrente (apartado séptimo), lo que revelaba que el interés trascendía al territorio de municipio de Barcelona (apartado octavo).

Sobre la significación de Ciutadans-Partido de la Ciudadanía, se destaca su condición de partido con representación parlamentaria en la Comunidad Autónoma y de constituir una fuerza política que, a pesar de su reciente creación, tiene pujanza y representatividad social suficiente para presentar candidaturas para la mayoría de la población censada en Cataluña (apartado tercero).

En esta misma línea, se alega que el partido ha conformado un grupo social significativo, que en Cataluña tiene 2.422 militantes o asociados y 10.000 simpatizantes, y ha obtenido en las elecciones al Parlamento de Cataluña 89.940 votos (el 3,03 por cien de los votantes) que le dieron la representación a tres diputados (apartado quinto);

Y aduce así mismo que en las elecciones locales de 2007 pudo for-

malizar candidaturas en 78 poblaciones de Cataluña que representan el 65,3 por cien del censo electoral (apartado sexto).

Esos dos datos o ideas principales son completados con la afirmación de que el apagón o vacío normativo a que se vio sometido el partido aquí demandante ha redundado en la imposibilidad de hacer llegar al conocimiento cabal de los electores el contenido de sus propuestas (apartado cuarto).

Luego la demanda, en sus últimos apartados (desde el décimo al decimotercero), reitera la lesión producida en los derechos reconocidos en los artículos 20.3, 20.1 y 23.2 CE; señala también como lesionados los mandatos de pluralismo y neutralidad informativa que para los medios de comunicación de titularidad pública proclama el artículo 66 de la LOREG;

Aduce igualmente el incumplimiento del artículo 188 de la LOREG (El derecho a los tiempos de emisión gratuitos en los medios de titularidad pública, regulado en el art. 64, corresponde en el caso de elecciones municipales a aquellos partidos, federaciones o coaliciones que presentan candidaturas en municipios que comprendan al menos al 50 por 100 de la población de derecho de las circunscripciones incluidas en el ámbito de difusión o, en su caso, de programación del medio correspondiente);

Y termina invocando el criterio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que preconiza la interpretación de las leyes en los términos más favorables al ejercicio de los derechos fundamentales.

TERCERO.- Según resulta de la exposición anterior, la cuestión a resolver en este litigio es si tanto el valor del pluralismo político y social (artículo 1 CE) como el principio de igualdad (artículo 14 CE) exigían la necesaria presencia del partido Ciutadans-Partido De La Ciudadanía en los debates televisivos sobre los que gira la actual controversia.

Pues sólo de merecer lo anterior una respuesta afirmativa serían de apreciar las vulneraciones que han sido denunciadas.

La importancia del pluralismo en el sistema democrático es indudable, al ser la una de las principales expresiones de la libertad (otro valor constitucional) y un instrumento decisivo para la formación de la opinión pública, en la que necesariamente se debe asentar el sufragio universal para que se pueda hablar de una verdadera democracia.

Como también es claro que ese pluralismo en lo que se traduce es en la necesidad de que se hagan visibles a la ciudadanía, en la mayor medida posible, todos los grupos sociales,

ideológicos y políticos existentes en la sociedad.

Pero con ser cierto lo anterior, no lo es menos que resulta imposible garantizar la presencia en todo momento en los medios de comunicación de naturaleza pública de la totalidad de esos grupos.

Y que esa imposibilidad, a fin precisamente de garantizar la eficaz operatividad de ese pluralismo en cuanto a esa importantísima funcionalidad democrática que le corresponde, hace inevitable establecer restricciones o limitaciones a esa presencia.

Limitaciones que, por razones obvias, han de consistir en otorgar prioridad para esa presencia de que se viene hablando a los grupos que tengan una superior importancia o significación en la vida política y social.

Esto último desplaza, pues, la discusión a esta otra cuestión: qué criterios, en orden a la fijación de esas limitaciones, serán constitucionalmente válidos desde la perspectiva tanto del derecho a la igualdad (artículo 14 CE) como de las exigencias que imponen los principios de interdicción de la arbitrariedad y seguridad jurídica (9.3 CE).

Pues bien, al respecto de esta definitiva cuestión, ya pueden avanzarse estas iniciales consideraciones.

La racionalidad que es inherente a la interdicción de la arbitrariedad exige fundar en datos objetivos la mayor importancia o significación que se otorgue a unos grupos frente a otros; y también conlleva y justifica establecer diferentes criterios para esa ponderación en función de la distinta naturaleza del acto público (o debate) en que deba operar la prioridad que sea reconocida a algunos de esos grupos.

El derecho a la igualdad exige, por un lado, que los datos objetivos que hayan sido acotados como criterio de ponderación para cada clase de actos sean aplicados uniformemente en circunstancias similares con independencia de la fecha del acontecimiento en que haya de tener lugar esa aplicación. Por otro, que esa aplicación sea igual para todos los grupos.

Y en lo que hace al principio de seguridad jurídica, aconseja mantener invariables los criterios que así hayan sido preestablecidos y aplicados con anterioridad, con el fin de no defraudar la confianza de aquellos grupos que, en la creencia de que esas eran las reglas, aceptaron en determinados actos o debates públicos las limitaciones que para ellos se derivaron de dichos criterios.

CUARTO.- Esas anteriores consideraciones, por lo que seguidamente se va a explicar, conducen a conside-

rar que no son incorrectos los razonamientos que fueron utilizados por la Junta Electoral Central en los actos que son objeto de impugnación en el actual proceso y, en consecuencia, a declarar carentes de justificación suficiente las infracciones y lesiones de derechos que han sido invocados en las demandas para intentar apoyar las pretensiones ejercitadas en ellas.

La limitación aplicada en el actual caso litigioso, por la finalidad pretendida en ella (cohesionar la operatividad del pluralismo con la imposibilidad de ofrecer un acceso a los medios de comunicación públicos a la totalidad de los grupos), responde a una evidente racionalidad y, por ello, en principio no puede ser calificada de arbitraria.

La distinción que también viene a establecer la Junta Electoral Central entre elecciones locales y autonómicas es igualmente justificada: se trata de espacios políticos claramente diferenciados, por estar referidos a entes políticos (las Comunidades Autónomas y los Entes Locales) que tienen distintos ámbitos materiales de competencia y, como consecuencia de ello, afectan igualmente a intereses o problemas sociales, así mismo, diferenciados.

El concreto dato ponderado del resultado obtenido en las anteriores elecciones locales tiene una base normativa. Pero, sobre todo, supone acoger un criterio de objetividad que contribuye a expresar con claridad cual es el criterio observado, eliminando de esta manera la confusión, la inseguridad y la desigualdad; y, al mismo tiempo, no frustra la confianza de aquellos otros grupos políticos que se aquietaron a él y también podrían haber ofrecido en su beneficio otros criterios alternativos frente al que fue aplicado por la Junta Electoral Central.

Por último, descendiendo a las circunstancias de hecho del concreto caso aquí enjuiciado, debe decirse también, frente a lo que parece sugerirse en la demanda, que se trataba de un debate no autonómico sino ceñido a las cuestiones relacionadas con las elecciones locales del municipio de Barcelona.

Así resulta de la fecha en que tuvieron lugar los programas televisivos y del dato de que quienes participaron en ellos fueran candidatos en esas elecciones.

QUINTO.- Procede, de conformidad con todo lo antes expuesto y sin necesidad de otros razonamientos, desestimar el recurso contencioso-administrativo; y no son de apreciar circunstancias que justifiquen un especial pronunciamiento sobre costas.

Y sin que sea de acoger la inadmisibilidad que fue opuesta por la codemandada coalición electoral Progrés Municipal porque, con

independencia de que no hayan alcanzado éxito, las pretensiones deducidas por la parte recurrente reclamaban la tutela de concretos derechos fundamentales.

FALLO

PRIMERO.- Desestimar los recursos contencioso-administrativos números 243/2007 y 367/2007 (acumulados), interpuestos por el partido político Ciudadans-Partido De La Ciudadanía contra los Acuerdos de 24 de abril y 22 de mayo de 2007 de la Junta Electoral Central, al ser conformes a Derecho en lo que se ha discutido en el presente proceso.

SEGUNDO.- No hacer especial pronunciamiento sobre costas procesales.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan José González Rivas.- Nicolás Antonio Maurandi Guillen.- Pablo María Lucas Murillo De La Cueva.- José Díaz Delgado.- Enrique Cáncer Lalanne.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal, el mismo día de su fecha, lo que certifico.



2010/10054

TS Sala: 4ª, Sentencia 15 enero 2010. Ponente: D. Jesús Souto Prieto

Del personal laboral al servicio del sistema de salud Retribución como complemento de atención continuada de las guardias de presencia

El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el trabajador demandante -médico con contrato laboral indefinido- frente a sentencia que rechazó su reclamación de cantidad de diferencias retributivas por las guardias medicas de presencia física realizadas. La cuestión ha sido ya unificada por la Sala y, conforme a su doctrina, se declara que, el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, aprobado por Ley 55/2003, es de aplicación al personal sanitario laboral que preste servicios en los centros del Sistema Nacional de Salud, pues este personal está obligado a realizar las guardias establecidas en la programación funcional de cada centro y la jornada complementaria no tendrá en ningún caso la condición, ni el tratamiento establecido para las horas extraordinarias; por tanto, el régimen jurídico aplicable no es el art. 35,1 ET sino el establecido en el mencionado Estatuto Marco y, tanto éste como el convenio colectivo de aplicación quieren dar igual trato al personal estatutario y al laboral, equiparación que quebraría de aceptarse el trato más favorable de las guardias que pretende el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión objeto de debate se encuentra en determinar el tratamiento salarial que procede dar al exceso de jornada realizada por el recurrente como consecuencia de las guardias de presencia física, que le pagan con el complemento de atención continuada, y que solicita como horas extraordinarias.

El demandante, médico con destino en el Hospital General de Asturias, con contrato laboral indefinido, presta servicios en el SESPA y reclama 3.516,08 € en concepto de diferencias retributivas por las guar-

dias medicas de presencia física realizadas entre febrero de 2007 y diciembre de 2007.

La sentencia recurrida revoca la de instancia, que había estimado en parte la demanda, y desestima la demanda, absolviendo a la Administración demandada. Razona dicha sentencia que "de acuerdo con las citadas normas legales (Convenio Colectivo del Hospital General de Asturias, art. 8 y 11; Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, aprobado por Ley 55/2003, arts. 2.3. y 48 y Disposición Adicional segunda), "el régimen de jornada de quienes como el

actor, prestan servicios en centros directamente gestionados por los servicios de salud se divide en jornada ordinaria y complementaria, sin que la suma de ambas pueda exceder de 48 horas de trabajo efectivo, en cómputo semestral o en el fijado por pacto o convenio colectivo; además, en ningún caso esa jornada complementaria tiene la consideración y el tratamiento de las horas extraordinarias”.

“Este tratamiento específico de la jornada, distinto del establecido en el Estatuto de los Trabajadores, unido a la remisión hecha en el convenio colectivo, someten al actor a las mismas condiciones de jornada vigentes para el personal estatutario aún cuando el vínculo de aquél sea laboral, impidiendo asimismo que la guardia de presencia física -jornada complementaria- pueda ser calificada y retribuida como horas extraordinarias.”

Como sentencia de contraste se cita por el recurso la dictada por el mismo Tribunal el día 29 de junio de 2007 en el recurso de suplicación 3467/06. Se trataba en ella, también, de un médico, especialista en angiología y cirugía vascular, que prestaba sus servicios, como personal laboral indefinido, a la demandada en el mismo Hospital. El médico había reclamado que la jornada complementaria o guardias de presencia que había realizado en 2005 (una jornada total de 2.677 horas) se le abonase como horas extras y no con el complemento de atención continuada del artículo 48 de la Ley 55/2003. Su pretensión fue estimada y se condenó a la hoy demandada a pagarle 10.598 euros en concepto de diferencias del año 2005 entre lo abonado por atención continuada y lo debido abonar por el exceso de 1.826 horas y 27 minutos en jornada anual.

SEGUNDO.- Las sentencias comparadas son contradictorias en los términos que requiere el artículo 217 de la L.P.L. para la viabilidad del recurso que nos ocupa, por cuánto ante supuestos de hecho y de derecho sustancialmente iguales han aplicado soluciones jurídicas diferentes y han dictado fallos contrapuestos. En efecto, en los dos casos se trataba de médicos especialistas con contrato laboral indefinido al servicio de la misma entidad; en los dos casos era de aplicar el mismo Convenio Colectivo y se reclamaba el abono de horas extras por periodo determinado, circunstancia que, aunque diferente en cada caso por referirse a distinta anualidad, carece de relevancia a estos efectos por no suponer la aplicación de una normativa diferente. Pese a las similitudes entre ambos casos han recaído resoluciones diferentes. La sentencia recurrida ha estimado que el exceso de jornada, sobre las 1.826 horas y 27 minutos, no merecía el calificativo de horas extraordinarias y se retribuía con el pago del complemento de atención continuada por imperativo de lo dispuesto en el Convenio Colectivo

aplicable en relación con los artículos 2 y 48 de la Ley 55/2003. Procede, por tanto, entrar a conocer del fondo del asunto y a unificar las doctrinas contrapuestas que se han señalado.

La Sala apreció ya la contradicción en un caso similar, (S. de 3 de noviembre de 2008 (R. 4202/08) procedente del mismo Tribunal y con relación a la misma sentencia de contraste.

TERCERO.- El recurrente alega la infracción del art. 35.1 del Estatuto de los Trabajadores, razonando que las guardias de presencia, en cuanto exceden de 40 horas semanales o 1826 horas y 27 minutos anuales, deben abonarse como extraordinarias.

La cuestión ha sido ya unificada por la Sala en la citada sentencia de 3 de noviembre de 2009 (Rec. 4202/08), cuya doctrina debemos reiterar aquí en aras de la seguridad jurídica, al no existir motivo que aconsejen su variación.

Dicha doctrina unificada establece: “La cuestión planteada, cual se ha apuntado en el anterior fundamento, se reduce a determinar si el anterior precepto es aplicable a los médicos con contrato laboral indefinido al servicio de la demandada o a los mismos les resulta de aplicación lo dispuesto en el Convenio Colectivo para el personal laboral del Hospital General de Asturias.

No se controvierte que el referido Convenio remite (artículos 8 y 11) el régimen retributivo y la jornada laboral de los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación a lo dispuesto en el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, aprobado por la Ley 55/2003 de 17 de diciembre de 2003. Consecuentemente, la cuestión controvertida queda reducida a determinar si el Convenio Colectivo y la Ley que aprobó el citado Estatuto Marco pueden establecer un sistema retributivo de las guardias de presencia (horas extras) del personal médico laboral distinto al que inicialmente se deriva de lo establecido por el artículo 35-1 del Estatuto de los Trabajadores. Conviene, por tanto, recordar que los artículos 2-3 y 48 del citado Estatuto Marco “.

“De los preceptos transcritos, resumidamente, se desprende que el referido Estatuto Marco es de aplicación “al personal sanitario laboral que preste servicios en los centros del Sistema Nacional de Salud”, que el referido personal viene obligado a realizar la jornada complementaria (guardias) establecida en la programación funcional de cada centro, que la jornada ordinaria y la complementaria de ese personal no podrá exceder de 48 horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo semestral y que “la jornada complementaria no tendrá en ningún caso la condición ni el tratamiento

establecido para las horas extraordinarias”. De esas disposiciones se deriva que el régimen jurídico aplicable no es el artículo 35-1 del Estatuto de los Trabajadores, sino el establecido en el Estatuto Marco que fue aprobado por una ley que especialmente contempla el supuesto examinado, lo que hace aplicable el principio “lex specialis derogat lex generalis”. Por ello, al no sobrepasarse los límites que establece el artículo 48 del Estatuto Marco, procede desestimar el recurso.”

“Con la solución dada no nos apartamos de la doctrina sentada por nuestras sentencias, entre otras, de 21 y 22 de febrero de 2006 (Rec. 2831/04 y 3665/04), 29 de mayo de 2006 (Rec. 2842/04) y 26 de diciembre de 2007 (Rec. 3697/06), ya que se acepta que las horas de guardia son de trabajo efectivo y sólo se abandona el criterio seguido para el sistema retributivo de las mismas con base en una Ley que específicamente regula ese sistema retributivo de forma distinta.

Entonces se trataba de la aplicación de un sistema retributivo de las guardias establecido por un convenio colectivo, mientras que en el presente caso se trata, realmente, de un sistema retributivo establecido por Ley, lo que hace que no sean de aplicar los argumentos que entonces se dieron, al decir que se trataba de un derecho mínimo que no quedaba a la disposición de las partes, mientras que en el presente caso se trata de un derecho del que no han dispuesto las partes, sino que ha sido regulado por la Ley, lo que hace que no sea aplicable el artículo 3-5 del Estatuto de los Trabajadores, sino el núm. 2 del citado precepto legal que da primacía a lo dispuesto por Ley.”

“Con lo dicho tampoco nos apartamos de la doctrina sentada por nuestra sentencia de 13 de julio de 2006 (Rec. 101/05). En ella, aparte que se razonaba con base en un precepto del Estatuto de los Trabajadores distinto, el párrafo segundo del artículo 15-6, se planteaba una cuestión distinta: el derecho de los trabajadores temporales a recibir igual trato que los fijos en materia de antigüedad, derecho que tiene su fundamento en el principio de igualdad que establece el artículo 14 de la Constitución. Precisamente, a ese principio constitucional de igualdad del que se deriva el principio de “a igual trabajo igual retribución”, responden los preceptos del Estatuto Marco que consideramos de aplicación. Como el Convenio Colectivo y el Estatuto Marco quieren dar igual trato al personal estatutario y al laboral, disponen que la jornada laboral de unos y otros y su retribución serán iguales, equiparación que quebraría de aceptarse el trato más favorable de las guardias que pretende el recurso.”

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Javier Alvarez Arias de Velasco en nombre y representación de D. Benedicto, frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de fecha 9 de enero de 2009 en el recurso de suplicación núm. 1833/2008, interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Oviedo de fecha 27 de junio de 2008, seguidos a instancia de D. Benedicto contra el SERVICIO DE SALUD DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS (SESPA) sobre reclamación de cantidad. Confirmamos la sentencia recurrida. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Órgano Jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jesus Souto Prieto hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

2009/321872

TS Sala: 4ª, Sentencia 10 noviembre 2009.
Ponente: D. Luis de Castro Fernández

Competencia del orden social para conocer de litigios intrasindicales

El TS desestima los recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos por la Administración del Estado y el sindicato codemandados frente a sentencia que, revocando la de instancia, declaró la competencia del orden jurisdiccional social para conocer de la cuestión de fondo sometida a debate, que era la solicitud de nulidad del preaviso presentado por los sindicatos demandados para la celebración de elecciones en los servicios periféricos de la Administración del Estado y, a la par, la validez del presentado por el sindicato actor para el mismo ámbito, basándose en que éste había promovido las elecciones en fecha anterior. La Sala rechaza el recurso presentado por el sindicato por no contener una relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada y, en cuanto al recurso de la Administración, declara que el orden social es el competen-

te para conocer de los litigios intrasindicales, cualquiera que sea su condición -laboral o funcional- de los afiliados al sindicato y, por tanto, se confirma la sentencia impugnada. *Formula Voto Particular el Magistrado Excmo. Sr. D. Antonio Martín Valverde.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Las presentes actuaciones traen causa en demanda formulada por la "Unión Sindical Obrera" contra la Administración General del Estado y tres Sindicatos ("CCOO", "UGT" y "CSI-CSIF"), solicitando que se declarase la nulidad del preaviso presentado por los referidos Sindicatos para la celebración de elecciones en los servicios periféricos de la Administración del Estado (preaviso 761/06) y a la par la validez del presentado por ella para el mismo ámbito (preaviso 513/06), basándose en que la misma había promovido las elecciones en fecha 18/09/06 y fijado para 18/10/06 la constitución de la Mesa Electoral, en tanto que los Sindicatos demandados lo habían hecho el 20/10/07 y que la fecha prevista el inicio de las elecciones era la de 18/01/07.

2.- Por sentencia dictada en 11/01/07, el Juzgado de lo Social núm. 7 de los de Sevilla resolvió (autos 832/06) estimar falta de jurisdicción para conocer la cuestión planteada, remitiendo a la jurisdicción contencioso-administrativa. Decisión revocada por la STSJ Andalucía/Sevilla 04/04/08 (rec. 1967/07), que la declaró la competencia de este orden jurisdiccional social y anuló actuaciones para que el Magistrado de instancia entrara a conocer la cuestión de fondo sometida a debate.

3.- La decisión es recurrida por la "CSI-CSIF" que invoca como decisión de contraste la STS 04/05/06 (rcud 2782/04). Y lo es también por la Abogacía del Estado, que cita como referencial la STSJ Castilla y León/Burgos 19/04/07 (rec. 163/07), denunciando la infracción de los arts. 9.4 LOPJ y 1 y 2. n LPL, así como el art. 1.1 de la Ley 29/1998 (13/julio).

SEGUNDO.- 1.- El recurso formulado por el Sindicato ha de ser desestimado, tal como acertadamente observa el Ministerio Fiscal en su estudiado informe, porque:

a) Ni tan siquiera refiere el precepto procesal a través del que canaliza su discrepancia.

b) No efectúa expresa denuncia alguna de precepto sustantivo que haya de entenderse vulnerado por la decisión recurrida.

c) No hace una relación detallada de la contradicción existente entre las sentencias a contrastar.

d) En último término, no media la pretendida contradicción.

2.- El art. 222 LPL exige que el escrito de interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina contenga una relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada, lo que exige una comparación de los hechos de las sentencias, el objeto de las pretensiones y de los fundamentos, a través de un examen comparativo que, aunque no sea detallado, resulte suficiente para ofrecer a la parte recurrida, al Ministerio Fiscal y a la propia Sala los términos en que la parte recurrente sitúa la oposición de los pronunciamientos (recientes, SSTS 05/05/09 -rcud 761/08-; 23/06/09 -rcud 311/08-; 21/07/09 -rcud 102/08-; 21/07/09 -rcud 1926/08-; y 15/09/09 -rcud 1205/08-). Al efecto se ha destacado que este requisito se inspira en el principio equilibrio procesal (art. 75 LPL), conforme al que la parte recurrente no puede imponer a la recurrida o a la Sala una investigación sobre la concurrencia de la contradicción de sentencias, de manera que el fundamento de esta exigencia es básicamente la garantía de defensa procesal de la parte recurrida, de suerte que esta pueda apreciar con claridad los términos de un debate que dista mucho de ser simple, al consistir en la comparación de sentencias en la integridad de sus elementos (así, SSTS 29/06/07 -rcud 1345/06-; 12/07/07 -rcud 1813/06-; 21/02/08 -rcud 178/07-; 04/11/08 -rcud 3147/07-; y 03/03/09 -rcud 4510/07-). Y esta exigencia es presupuesto indispensable para la viabilidad del recurso, pues su incumplimiento constituye causa de inadmisión según el art. 483.2.º LEC o en su caso -tras señalamiento, votación y fallo- de desestimación (próximas en el tiempo, SSTS 16/07/08 -rcud 2202/07-; 18/07/08 -rcud 1192/07-; 04/11/08 -rcud 3147/07-; 03/03/09 -rcud 4510/07-; y 17/06/09 -rcud 1697/08-). Doctrina que ha de aplicarse a un supuesto como el de autos, siendo así que en el recurso del Sindicato -en palabras del Ministerio Fiscal, que hacemos nuestras- "sencillamente se transcriben párrafos y párrafos de las resoluciones, sin que se sometan a comparación jurídica, ni se motive o reflexione sobre las aparentes contradicciones que forzarían a realizar un juicio de valor sobre las cuestiones debatidas".

3.- Pero es que -además- ni tan siquiera concurre la alegada contradicción, desde el punto y hora en que la coincidencia entre ambas resoluciones a contrastar se limita a que en los dos procedimientos se impugna un preaviso electoral, pero divergiendo plenamente en los términos de debate, pues en la recurrida el objeto de la litis es la competencia de jurisdicción, en tanto que en la referencial el tema debatido es la inadecuación de procedimiento; aparte de que en aquélla el preaviso de elecciones está referido al ámbito de la Administra-

ción Pública, en tanto que en nuestra sentencia de contraste el proceso electoral se instaba en el sector privado.

4.- Por si esto no fuera suficiente, también ha de tenerse en cuenta que el recurso para la unificación de la doctrina ha de fundarse en infracción de Ley, pues "una vez lograda la constancia de la contradicción producida, consiste, sin más, en un recurso de casación clásico en el que la Sala ha de examinar las infracciones cometidas en la sentencia recurrida, con el fin de determinar si la sentencia recurrida quebranta la unidad de doctrina", pues si bien el elemento predominante y destacable en el RCUD es la existencia de la contradicción, la unificación doctrinal que se persigue únicamente se logra a través del examen de la infracción alegada y cometida, reponiendo la situación a lo que sea conforme al ordenamiento jurídico (recientes, SSTS 06/02/08 -rcud 2206/06-; 29/02/08 -rcud 2594/04-; 07/10/08 -rcud 538/07-; 07/04/09 -rcud 37/08-; y 06/05/09 -rcud 147/07-). Y que procede la inadmisión del recurso o la desestimación (según la fase del trámite), por falta de contenido casacional, cuando el escrito de interposición -como en el presente caso del formulado por "CSI-CSIF"- no precisa ni fundamenta la infracción legal cometida por la sentencia impugnada (entre tantas, SSTS 27/12/06 -rcud 3350/05-; 18/10/07 -rcud 110/06-; 06/02/08 -rcud 2206/06-; 18/07/08 -rcud 1192/07-; y 06/05/09 -rcud 147/07-). En el caso de autos, como ya hemos destacado, ni tan siquiera se hace mención -cuando menos expresa- del precepto o preceptos que se consideran conculcados y -lógicamente- tampoco se hace referencia alguna a fundamentar jurídicamente la inexistente denuncia.

5.- Contrariamente, el recurso interpuesto por la Abogacía del Estado satisface cumplidamente la exigencia de contradicción, al mediar entre las sentencias contrastadas plena identidad en la pretensión (relativa al preaviso para celebrar elecciones a órganos de Representación de los Funcionarios Públicos para el ámbito de Servicios Periféricos de la Administración General del Estado), en los términos en que la cuestión fue debatida en Suplicación e incluso entre las propias partes afectadas (los mismos Sindicatos y la Administración General del Estado), pero llegándose en la sentencia de contraste a solución opuesta a la que mantiene la recurrida, al entender aquélla que la competencia corresponde al orden contencioso-administrativo.

TERCERO.- 1.- Esa viabilidad formal del recurso interpuesto no comporta su estimación en cuanto al fondo, en cuya resolución ha de partirse de la base de que el orden social es el competente para conocer de los litigios intrasindicales, cualquiera que sea su condición -laboral o funcional- de los afiliados al Sindicato.

En este sentido se han manifestado pluralidad de decisiones de este Tribunal (en concreto, SSTS de 09/12/97 -rcud 1283/97-; 12/06/98 -rcud 4864/97-; 19/09/06 -rcud 115/05-; 05/06/07 -rcud 173/05-; y 12/06/07 -rcud 85/06 -), justificando su criterio por aplicación de los arts. 9.5 LOPJ y 2. h LPL, que legitiman para conocer los litigios que surjan en el seno de sindicatos de trabajadores y de funcionarios, salvo lo dispuesto en el apartado c) del art. 3.c LPL; añadiendo que aunque se entendiera que la pretensión ejercitada ex art. 2 h) LPL pudiera encubrir una pretensión de tutela de libertad sindical, no por ello variaría la competencia, ya que no se trata de defender el derecho de libertad sindical de los funcionarios públicos frente a su empleador, la Administración, sino de decidir una contienda interna sindical, que, por su propio contenido, sólo en el más amplio de los sentidos (art. 4.1.c. LOLS) está relacionada con el ejercicio del derecho de libertad sindical, por lo que, a efectos competenciales, debe entenderse subsumida en el mencionado art. 2.h LPL. Aparte de que la exclusión que se hace en el art. 3.1.a ET de la relación de servicio de los funcionarios públicos va referida en principio al plano laboral, por lo que deja sin regular a qué orden jurisdiccional corresponde las pretensiones relacionadas con el régimen jurídico de los sindicatos constituidos por los funcionarios públicos, que son ajenas por completo a los derechos y obligaciones de cada funcionario en razón al trabajo que desempeña.

2.- Esta posición jurisprudencial es inconcusa y de hecho ni tan siquiera hacen cuestión de ella los recursos (tanto el rechazado como el formalmente correcto), que limitan su planteamiento a argumentar que conforme a la STS 04/05/06 (rcud 2782/04) el preaviso de elecciones "no es "materia electoral", y por lo tanto no puede encuadrarse en el artículo 2.n de la Ley de Procedimiento Laboral, por lo que esta jurisdicción de lo Social no es competente para conocer del mismo".

Silogismo que parte de una premisa mayor absolutamente inexacta y que por lo mismo lleva a una conclusión del todo incorrecta. Nos explicamos: en nuestra referida sentencia dejamos bien claro (apartado primero del fundamento segundo) que "la cuestión jurídica que ha de unificarse es la de si la impugnación del preaviso de elecciones ha de seguir los cauces del procedimiento arbitral previsto en el art. 76 ET, frente a cuyo laudo podrá presentarse demanda a tramitar conforme a las prevenciones de los arts. 127 y siguientes LPL, o si por el contrario la promoción de elecciones únicamente puede combatirse por vía judicial directa, al no tratarse de la "materia electoral" a que se refiere la modalidad procesal de que tratan los citados mandatos". Es decir que en tal resolución en manera alguna trata-

mos de delimitar la “materia electoral” a los efectos competenciales (art. 2.n) LPL), sino la “materia electoral” que podía ser objeto del procedimiento especial (impugnación -tasada- de laudos dictados en aplicación del art. 76 ET) a que se referían los arts. 127 y siguientes LPL; y la conclusión a la que llegamos (fundamento tercero) es la de que la impugnación de preaviso electoral ha de seguir el cauce ordinario - en su caso el especial de tutela de derechos fundamentales- y no el del procedimiento electoral, porque -con independencia de argumentos de interpretación sistemática y de tipo histórico que damos por reproducidos- “el art. 76.2 ET ciñe el objeto de la impugnación arbitral a la “elección”, las “decisiones” de la Mesa y cualquier otra actuación de ella a lo largo del “proceso electoral”. Y en nuestro parecer:

(a) El término “elección” no hace referencia a un concepto amplio y expresivo del proceso electoral en su totalidad, incluyendo el preaviso, sino al “resultado de la elección”, tal como más precisamente se cuidaba de indicar el art. 117 del primitivo texto de la LPL (antecedentes históricos: art. 3.1 CC), especificando el exacto significado del término “elección” utilizado por el art. 76.2 ET desde su primera versión.

(b) Para el legislador, la “iniciación del proceso electoral” viene marcada por la constitución formal de la Mesa Electoral, tal como inequívocamente afirma el art. 74.1 ET, de forma que un hipotético laudo sobre el preaviso excedería de la “elección”, las “decisiones” de la Mesa o actuaciones de ella en el “proceso electoral”. De esta forma se priva de eficacia a argüir que el preaviso tiene esencia electoral (al ser presupuesto de las elecciones), y que “materia electoral” y “procedimiento electoral” (no) son conceptos diferenciables, pues aunque así sea en el puro terreno semántico, lo cierto es que la alusión que el título y el apartado primero del art. 76 ET hacen a la “materia electoral”, únicamente representa la mera indicación de la naturaleza del objeto del procedimiento electoral, pero no integra la definición del mismo, puesto que la concreción legal de tal objeto del proceso se lleva a cabo con la enumeración del apartado segundo: elección y decisiones de la Mesa durante el “proceso electoral” propiamente dicho; con el significado que más arriba se ha justificado”.

3.- Sólo una apresurada -o interesada- lectura de tal sentencia puede llevar a conclusión diversa a la que resumimos: las pretensiones relativas a la “materia electoral” que es competencia de la jurisdicción social (los “procesos sobre materias electorales” que refiere el art. 2.n) LPL) se vehiculan o bien a través del proceso especial de “materia electoral (art. 127 a 136 LPL), con sus dos variedades de “impugnación de laudos”

(limitada a los actos que concreta el art. 76 ET) y de “impugnación de la resolución administrativa que deniegue el registro”; o bien se tramitan -si se trata del preaviso electoral- por la vía del proceso ordinario (art. 80 y sigs. LPL) o de tutela de los derechos fundamentales (arts. 175 y sigs. LPL). Entender otra cosa sería tergiversar las afirmaciones llevadas a cabo en nuestra referida sentencia de 04/05/06 (rcud 2782/04), y en todo caso sacar de contexto alguna frase no demasiado afortunada en su redacción y a cuya oscuridad indudablemente coadyuva que se hubiese omitido un “no”, salvado en la reproducción anterior. Aparte de que ese planteamiento -el de los recursos- lleva a la absurda conclusión de que la competencia de orden social se limita a lo que técnicamente es proceso electoral (iniciado con la constitución de la Mesa Electoral), pero que no alcanza a su convocatoria; diferenciación de tratamiento que comprensiblemente -nos remitimos a las razones dadas en nuestra citada sentencia- ha de afectar al procedimiento impugnatorio (la previa intervención de árbitros), pero que no tiene justificación alguna pueda trascender a la determinación de la jurisdicción competente (excluida toda disposición legal que en tal sentido se manifieste).

CUARTO.- Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -con el Ministerio Fiscal- que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia de recurrida y que -en consecuencia- la misma ha de ser confirmada. Con imposición de costas en este trámite a la Administración General del Estado (art. 233.1 LPL). Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de la Administración General del Estado y de la “CSI-CSIF”, y confirmamos la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Sevilla en fecha 4/abril/2008 (recurso de Suplicación núm. 1967/07), que a su vez había revocado la resolución -desestimatoria- que en 11/enero/2007 pronunciara el Juzgado de lo Social núm. 7 de los de Sevilla (autos 832/06) a instancia de “Unión Sindical Obrera”, frente a los hoy recurrentes y a los Sindicatos Comisiones Obreras y Unión General de Trabajadores. Se acuerda la imposición de costas en este trámite de casación a la recurrente Administración General del Estado.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legisla-

tiva, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Fernando Salinas Molina.- Luis Fernando de Castro Fernández.- Jordi Agusti Julia.- Rosa María Virolés Piñol.- Antonio Martín Valverde.

VOTO PARTICULAR

Voto particular que formula el Magistrado Excmo. SR. D. Antonio Martín Valverde a la sentencia dictada en el recurso núm. 2745/2008.

PRIMERO.- La sentencia dictada en el asunto 2745/2008 sobre el alcance del concepto de “materia electoral” a efectos de la competencia jurisdiccional para el conocimiento de los litigios sobre preavisos electorales incurre a mi juicio en contradicción con otra sentencia de esta misma Sala del Tribunal Supremo, contradicción que puse de relieve en la deliberación y que, con el debido respeto, paso a exponer a continuación en este voto particular. Conviene recordar que la expresión “materia electoral”, unas veces en singular y otra en plural, aparece en nuestro ordenamiento laboral en varias ocasiones.

Una de ellas es el art. 76 del Estatuto de los Trabajadores (ET), cuya rúbrica es “reclamaciones en materia electoral”, y donde en el apartado 1 se establece que “las impugnaciones en materia electoral se tramitarán conforme al procedimiento arbitral regulado en este artículo”. Otra, sobre la que versa directamente el recurso resuelto en la sentencia de la que se discrepa, es el art. 2 n) de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), que atribuye a los órganos de la jurisdicción social la resolución de las cuestiones litigiosas “en procesos sobre materias electorales... también cuando se refieran a elecciones a órganos de representación del personal al servicio de las Administraciones Públicas”. La propia LPL utiliza de nuevo la expresión “materia electoral” en las rúbricas del Capítulo V del Libro II y de la sección 2ª de dicho Capítulo V. Pues bien, la incoherencia doctrinal o contradicción lógica sobre el concepto de materia electoral que me obliga a emitir este voto consiste en lo siguiente: existe un precedente reciente de doctrina unificada -STS 4-5-2006 (rec. 2782/04)- en el que, a propósito de los preavisos electorales, “materia electoral” se ha entendido de manera distinta a como se entiende en la sentencia a la que se refiere este voto discrepante; en esta última se utiliza en sentido amplio, mientras que en STS 4-5-2006 se utiliza en sentido restringido. De acuerdo con STS 4-5-2006 la “materia electoral” no comprende las controversias sobre los actos de preaviso, con base en una determinada interpretación del art. 76 ET que reduce tal materia a los actos del “proceso electoral”, entendiéndose por tales los directamente relacionados con el ejercicio de los derechos de sufragio, entre los que

no se cuentan los preavisos electorales. Por el contrario, en la sentencia de la que se discrepa se entiende que la impugnación del preaviso electoral en la Administración Pública “corresponde a la jurisdicción social”, con base en una interpretación de la “materia electoral” a la que se refiere el art. 2 n) LPL que incluye dichos actos de preaviso llevados a cabo por las entidades sindicales.

SEGUNDO.- De las dos acepciones sobre el alcance del concepto legal de “materia electoral” me parece preferible, sin duda, la que contiene la actual sentencia; por ese motivo mostré mi asentimiento en la deliberación a la decisión propuesta por el ponente (decisum), y seguiría asintiendo a la misma de no existir el problema de la falta de coherencia de su fundamento (ratio decidendi) con el precedente reseñado. Según mi criterio, el respeto a la unificación de doctrina nos obliga, o bien a mantener la tesis ya establecida, o bien a corregirla con motivo del recurso que debemos resolver ahora. Entiendo, por tanto, que no es transitable la tercera vía que utiliza la sentencia de mantener la doctrina anterior a efectos del procedimiento arbitral del art. 76 ET y sostener ahora lo contrario a efectos de competencia jurisdiccional. Si “materia electoral” en el art. 76 ET excluye el preaviso electoral, a efectos del procedimiento arbitral de solución de litigios, “materia electoral” en el art. 2 n) LPL debe excluirlo también a efectos de competencia jurisdiccional. A la inversa: si fallamos ahora la inclusión del preaviso electoral en la materia electoral debemos decir también que nuestra doctrina anterior no se va a mantener. La consignación de este extremo, que a mi juicio responde a una exigencia lógica tan elemental como el principio de no contradicción, hubiera podido efectuarse, sin modificar el signo de la decisión, consignando con claridad que “materia electoral” significa en el art. 76 ET lo mismo que en el art. 2 n) LPL.

TERCERO.- He dicho hace un momento que, de los dos términos del dilema, me inclino claramente por el segundo de ellos. Expongo a continuación las razones. Doctrinalmente parece más ventajosa la tesis de comprender dentro de la materia electoral todos los actos encaminados a la designación de representantes de los trabajadores, incluidos los preavisos acordados por los sindicatos. Además, desde un punto de vista práctico, la aplicación de STS 4-5-2006 puede generar y de hecho ha generado dificultades de coordinación o sincronización entre el proceso laboral sobre un determinado acto de preaviso y los procedimientos arbitrales sobre acuerdos posteriores adoptados en la misma unidad electoral. Estos problemas son, por otra parte, fácilmente imaginables si se tiene en cuenta que sobre todas los laudos arbitrales dictados en asuntos en los que se hubiera impugnado



EL DERECHO

Año XVII. Número 2828

Madrid, 10 de mayo de 2010

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

ante la jurisdicción social el preaviso electoral planea el riesgo de una eventual anulación jurisdiccional de todo lo actuado en el procedimiento electoral por parte del Juzgado de lo Social, o de la Sala de suplicación, o incluso de esta Sala del Tribunal Supremo. En fin, STS 4-5-2006 es una sentencia que (s.e.u.o.) no se ha reiterado, y que por tanto merece, claro

está, la calificación de "doctrina unificada", pero no todavía la de "jurisprudencia" o "doctrina jurisprudencial" (art. 1.6 CC).

CUARTO.- En conclusión, hubiera suscrito la sentencia a la que se añade este voto particular de no ser por la contradicción o incoherencia lógica "externa" en que la

misma incurre, a mi juicio, respecto de la doctrina sentada en otra sentencia reciente sobre el mismo concepto de "materia electoral". Pero como tal contradicción o incoherencia doctrinal se ha mantenido, me veo obligado a dejar constancia de mi posición discrepante. Madrid, 10 de noviembre de 2009. Publicación.- En el mismo día de la fecha

fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Fernando de Castro Fernández y el voto particular formulado por D. Antonio Martín Valverde, hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

RESEÑA

Si desea recibir por fax el texto completo de las sentencias de las que se informa en la sección "Reseña", puede solicitarlo por teléfono (91) 423 29 00 o por fax (91) 578 16 17, indicando siempre el número de referencia de la sentencia.



2010/12426

TS Sala 1ª, Sentencia 13 enero 2010.
Ponente: Dª Encarnación Roca Trías

Tramitación de impugnación de honorarios por excesivos y excluidos por indebido

El TS desestima la impugnación de la tasación de costas por considerar indebidos los honorarios, al estimar la Sala que dicha impugnación no guarda relación alguna con el carácter debido o indebido de tales honorarios cuyo examen se ha de efectuar en relación con las actuaciones efectivamente realizadas y su conceptualización como integrantes de costas según lo dispuesto legalmente, debiendo continuarse la tramitación para la impugnación por excesivos realizada por la misma parte procesal.



2009/299954

TS Sala 2ª, Sentencia 1 diciembre 2009.
Ponente: D. José Antonio Martín Pallín

Delito continuado de estafa de especial gravedad

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por delito continuado de estafa de especial gravedad. El TS comprueba que el relato de hechos es escueto, pero contiene los elemen-

tos objetivos y subjetivos, ya que la sentencia establece que concurre un engaño bastante, que ha producido un error sustancial en los perjudicados, todo ello movido por un ánimo de lucro, existiendo una relación de causalidad entre el engaño y la transmisión de las cantidades de dinero; y admite la existencia de un negocio criminalizado como prueba de la estafa.

2009/299958

TS Sala 2ª, Sentencia 9 diciembre 2009.
Ponente: D. Joaquín Giménez García

Reducción de la pena impuesta en delito continuado de apropiación indebida

Se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó como autor de un delito continuado de apropiación indebida. El TS dicta segunda sentencia por la que viene a minorar la pena de prisión impuesta al recurrente, pues teniendo en cuenta que ninguna de las aisladas apropiaciones superara los treinta y seis mil euros, y siendo el total de lo defraudado superior a dicha cantidad, procede la aplicación del párrafo sexto del art. 250,1 CP 95, que prevé una pena situada entre un año y seis años de prisión más multa. En esta situación no procede aplicar -además- el art. 74,1 CP 95, como es lo que indebidamente ha efectuado la sentencia de instancia con la errónea invocación del art. 290,2 CP 95.

2009/299957

TS Sala 2ª, Sentencia 5 noviembre 2009.
Ponente: D. Diego Antonio Ramos Gancedo

Delito de falsificación de documento oficial en concurso medial con un delito de estafa

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por el acusado contra sen-

tencia dictada en causa seguida al mismo por un delito de falsificación de documento oficial en concurso medial con un delito de estafa. El TS destaca la innecesariedad de que el impreso falsario se presente ante la Administración incorporándose al tráfico jurídico administrativo para ostentar la cualidad de documento oficial. En el caso, estamos ante una falsedad en documento oficial, no sólo porque los impresos manipulados tienen en sí mismos este carácter, sino, además, porque la naturaleza del documento oficial a efectos penales viene también determinada por la finalidad perseguida con el documento en relación con la función pública u oficial que se le asigna.

Formulan voto particular los Magistrados D. Andrés Martínez Arrieta y D. José Manuel Maza Martín.



2009/300356

TS Sala 4ª, Sentencia 9 diciembre 2009.
Ponente: D. Luis de Castro Fernández

Adecuado procedimiento de conflicto colectivo

El TS estima el recurso de casación interpuesto por las asociaciones de empresas de seguridad codemandantes frente a sentencia que acogió la excepción de inadecuación de procedimiento y declaró que el cauce adecuado para la pretensión ejercitada era el de impugnación de convenio colectivo y no la de conflicto colectivo.

La Sala declara que la pretensión de autos no va dirigida a declarar la nulidad de precepto alguno del Convenio Colectivo, sino a algo tan dife-

rente como es la inaplicación de los conceptos económicos del Convenio Colectivo vigente como consecuencia de haberse roto el equilibrio del Convenio, tras la anulación acordada por el TS, de las disposiciones relativas a la retribución de las horas extraordinarias y, desviar la pretensión postulada del cauce del procedimiento de conflicto colectivo equivaldría a negar a los actores el acceso al ejercicio de la acción colectiva que pretenden, con vulneración del derecho de acceso al proceso y del art. 24 CE, por no ser viable la modalidad procesal que la sentencia impugnada señala, esto es, la de impugnación de convenio.

2009/327337

TS Sala 4ª, Sentencia 24 noviembre 2009.
Ponente: Dª Mª Milagros Calvo Ibarlucea

Derecho a subsidio de IT por recaída a pesar de falta de alta en el RETA

El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSS demandado frente a sentencia que reconoció a la actora el abono de la prestación por una segunda IT al considerarla recaída de una anterior y ello pese a no figurar de alta en el RETA, al entender que los requisitos para la prestación son los existentes al tiempo de la primera baja. La Sala señala que la cuestión debatida ha sido resuelta con arreglo a la reciente doctrina de la STS 1 abril 2009 en la que se establece que, cuando se trata de una recaída de un mismo proceso de IT -por no haberse agotado el periodo máximo de duración y por no haberse producido actividad laboral intermedia superior a seis meses-, el hecho causante de las mismas ha de situarse en la fecha en que se produjo la baja inicial, de manera que es a ésta última data a la que habrá de referirse la concurrencia de los requisitos exigibles de alta en la SS y de carencia suficiente; en este caso es plenamente aplicable esta doctrina ya que la demandante no había agotado el periodo máximo de IT y la segunda baja fue por recaída de las dolencias que dieron lugar a la primera, cuando la actora reunía todos los requisitos de alta y cotización para acceder a la prestación, por tanto, se ha de confirmar la sentencia recurrida.