



# 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 2829

Madrid, martes 11 de mayo de 2010



## TS CIVIL

2010/4734

TS Sala 1ª, Sentencia 28 enero 2010. Ponente: D. José Antonio Seijas Quintana

### Exclusión de cobertura de póliza de transporte de mercancía al grupo de empresas

*Desestima el TS los recursos interpuestos contra la sentencia que desestimando el recurso contra la compañía aseguradora, desestimó la demanda en la que se reclamaba la correspondiente indemnización con ocasión de la póliza del seguro de transporte de mercancía.*

*Señala la Sala en relación a la tesis de la tomadora del seguro -demandante- de que la cobertura de dicha póliza se extendía a todos los productos propiedad del grupo comercial, que la póliza se extendía sólo a los teléfonos móviles y sus tarjetas prepago propiedad de la demandante pero no a los que pudieran ser propiedad de terceros ni del tomador del seguro porque de lo contrario se habría redactado la póliza de otra forma que pudiera dar a entender que estaban incluidas en el aseguramiento las mercancías pertenecientes al resto de integrantes del grupo de empresas. Añade que nuestra legislación no regula el grupo de sociedades de manera que no puede sostenerse que en los supuestos de grupos empresariales, los contratos celebrados por una de las sociedades legitimen al resto para ser parte contratante.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Agencia de Servicios Mensajería, SA (ASM, SA), entidad dedicada al transporte de mercancías, servicio de mensajería y de logística, contrató con Mapfre Industrial un contrato de seguro de transporte de mercancías -en vehículo automóvil, aeronave y/o motonave de hierro y/o acero-, en el que se hace constar que la tomadora (ASM, SA) actúa por cuenta de Md Master Dis S.A., expresándose que las mercancías aseguradas son los teléfonos móviles y sus tarjetas prepago propiedad de la firma Md Master Dis S.A. Frente a la tesis de la tomadora del seguro -demandante- de que la cobertura de dicha póliza se extendía a todos los productos propiedad del grupo comercial Md Grupo Master, integrado por cuatro sociedades y en el que era Md Master Dis S.A la que

actuaba como central de compras para todas las empresas que integraban el grupo empresarial así como la que actuaba de distribuidora, formuló demanda contra la aseguradora que se opuso a la reclamación por entender que algunos de los siniestros se habrían producido sobre mercancía perteneciente a entidad no asegurada, que otros daños se habían ocasionado en la devolución de las mercancías y que respecto de algunos de ellos, no se ha realizado declaración del cliente o destinatario en el sentido de que le falta algún bulto, en relación con lo cual la actora señala que los propios formularios de la aseguradora no contemplan el supuesto de pérdida completa. La actora entiende además que la aseguradora va en contra de sus propios actos por cuanto se personó como perjudicada en las Diligencias Previa incoadas como consecuencia

del robo de la mercancía. La parte demandada formuló también reconvencción en reclamación de la cantidad de 3.077.903 ptas., al considerar que parte de la cantidad que abonó como aseguradora por los siniestros lo hizo porque los consideró acreditados, cuando no debía haber sido así, y que, en consecuencia, dicha cantidad debía ser restituida por la demandante.

La Sentencia de Instancia estimó parcialmente la demanda y desestimó la reconvencción al considerar que en relación a los siniestros que afectaban a móviles y tarjetas prepago de empresas distintas a MD Master Dis S.A, ésta ostentaba su posesión a título de dueño formando todas las empresas parte de un mismo grupo empresarial con semejante objeto social; en relación a los siniestros ocurridos durante la devolución de la mercancía, entiende justificado el rechazo de la indemnización del siniestro por cuanto la Póliza excluía las mercancías averiadas o devueltas a origen, sin especificación de la causa, sin que se haya acreditado que la aseguradora aceptara un cambio de dicha cláusula; y finalmente en cuanto al rechazo de determinados siniestros por no quedar acreditada la falta de recepción por el destinatario y no haberse formulado protesta alguna, distingue entre supuestos en los que no se habría comunicado nada a la aseguradora y otros en que sí se habría informado a través de diversos documentos.

Recurrida en apelación la Sentencia por la aseguradora, la Audiencia Provincial de Madrid dictó la que ahora se recurre en la que se estima el recurso interpuesto por la aseguradora, y se revoca la Sentencia de primera instancia en el sentido de desestimar la demanda y absolver a Mapfre Industrial Sociedad Anónima de Seguros, y de estimar la reconvencción, condenando a la apelada a abonar la suma de 18497,97 €. Así, la Audiencia, tras confirmar que estamos ante un contrato de seguro de transporte en el que la actora actúa como aseguradora pero por cuenta de Md Master Dis S.A, considera que "de la mera lectura de las condiciones particulares de la póliza de seguros suscrita entre las partes litigantes y de las condiciones particulares adjuntas que forman parte inte-

## SUMARIO

### TS

#### CIVIL

Exclusión de cobertura de póliza de transporte de mercancía al grupo de empresas 1

#### PENAL

Absolución del delito de colaboración con organización terrorista 3

#### ADMINISTRATIVO

Carga de prueba para quien interesa la suspensión 10

#### SOCIAL

Antigüedad en Renfe del personal procedente del regimiento de zapadores 13

Concesión de plus por trabajo a turno 14

### RS RESEÑA DE SENTENCIAS

16

INTERNET  
http://www.elderecho.com  
e-mail: clientes@elderecho.com

grante del mismo contrato, resulta con meridiana claridad que la aseguradora única y exclusivamente asume la obligación de asegurar “los teléfonos móviles y sus tarjetas prepago propiedad de la firma Md Master Dis S.A.”, siendo evidente por tanto que en modo alguno el asegurador asume la obligación de asegurar, ni cualesquiera otras mercancías, ni estas mismas mercancías -teléfonos móviles y sus tarjetas prepago-, que puedan ser propiedad de terceros, e incluso propias del tomador”, o lo que es lo mismo la póliza se extendía sólo a los teléfonos móviles y sus tarjetas prepago propiedad de Md Master Dis S.A pero no a los que pudieran ser propiedad de terceros ni del tomador del seguro porque de lo contrario se habría redactado la póliza de otra forma que pudiera dar a entender que estaban incluidas en el aseguramiento las mercancías pertenecientes al resto de integrantes del grupo de empresas, entendiendo que nuestra legislación no regula el grupo de sociedades de manera que no puede sostenerse que en los supuestos de grupos empresariales, los contratos celebrados por una de las sociedades legitimen al resto para ser parte contratante. Igualmente, la Audiencia rechaza la indemnización de la mercancía en los supuestos de pérdida completa al considerar que no había quedado debidamente acreditada, pues, aun poniendo de manifiesto lo dificultoso de la prueba, entiende que la demandante no propuso ni aportó prueba suficiente al respecto.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO.- La parte actora interpone recurso extraordinario por infracción procesal que se articula sobre la base de un único motivo en el que, al amparo del art. 469, 1, apartado 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, considera que se han infringido las normas procesales reguladoras de la sentencia, al incurrir en “error de derecho en la valoración de las pruebas practicadas”, con vulneración de lo dispuesto en el art. 217 en relación con los arts. 326 y 376 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la medida en que no se ha valorado adecuadamente la dificultad para acreditar la pérdida de la mercancía pese a la documental aportada. El motivo se desestima puesto que lo que se pretende realmente es que este Tribunal haga una nueva valoración de la prueba de documentos y de testigos, que nada tiene que ver con la infracción de las normas reguladoras de la sentencia.

La posibilidad de que se plantee un error en la valoración probatoria en el recurso extraordinario tropieza con la dificultad de que no existe un motivo concreto en el art. 469.1 LEC en que sea incardinable la infracción procesal, y la relación de motivos constituye una lista cerrada -“numerus clausus”-.

Cuando el error en la apreciación de la prueba consista en un error notorio o patente -de hecho-, o incida en arbitrariedad, o manifiesta irrazonabilidad, y la infracción de una norma de prueba legal o tasada puede suponerla, cabría la posibilidad de alegar infracción del art. 24.1 CE (vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva) -SSTS 28 de noviembre 2008; 15 y 18 de junio 2009-. Y en cuanto a la infracción del artículo 217, reguladora de la carga de la prueba, incluida en la ley procesal bajo el epígrafe “de los requisitos internos de la sentencia y de sus efectos”, tampoco existe cuando la prueba de la propiedad de los objetos asegurados o la pérdida de las mercaderías transportadas que pudieran haber dotado de efectividad a la reclamación pertenece a los hechos constitutivos del efecto jurídico pretendido por el actor y estos han sido negados en la sentencia que ha alcanzado su conclusión probatoria, sin dificultad añadida en la obtención y selección de los medios pertinentes, a partir tanto de la falta de prueba sobre dichos extremos por parte del demandante, como de la prueba de los hechos impositivos o excluyentes invocados por la aseguradora según el clausulado e interpretación de la Póliza contratada teniendo en cuenta que la simple existencia de un grupo empresarial no supone en sí mismo que el contrato celebrado por cualquiera de ellas con terceros, como es el de seguro, suponga el aseguramiento de todas las empresas pertenecientes al grupo, de tal forma que aparezcan legitimadas como aseguradas y propietarias de la mercancía transportada para reclamar el daño frente a la aseguradora, quebrando sin justificación suficiente, el principio de la personalidad jurídica separada y la peculiares características de un contrato que, como indica la sentencia, tiene por objeto “cosas que están siendo trasladadas de un lugar a otro, cosas en movimiento, y habida cuenta también de la posibilidad de que dichos objetos sean transmitidos en curso de su transporte gracias a la carta de porte, nada impedía que se hubiera pactado la inclusión de fórmulas tales como “o de quien corresponda” que hubiera permitido esti-

pular como cláusula completa “los teléfonos móviles y sus tarjetas prepago propiedad de la firma Md Master Dis S.A. o de quien corresponda” -y en definitiva permitiría traspasar la seguridad a cualquier adquirente de las mercancías durante el transporte-, encontrándonos con un asegurado indeterminado pero determinable, o incluso haber incluido en el aseguramiento las mercancías pertenecientes a las otras personas jurídicas que integrarían ese presunto “grupo de empresas” al que alude la parte actora, a las que en modo alguno se hace mención en la póliza contravertida”.

Recurso de casación.

TERCERO.- La cita en el primer motivo del art. 3 de la Ley del Contrato de Seguro, en relación con el art. 1288 del Código Civil, se hace porque entiende la parte recurrente que tiene derecho a percibir la indemnización relativa a la pérdida completa de la mercancía puesto que se presentaron los oportunos documentos de reclamación, señalando que el destinatario final no podía hacerlo en la medida en que la mercancía nunca le llegó, que el contrato sólo regulaba los supuestos de pérdida parcial y que la aseguradora se ampara en una cláusula limitativa de derechos, considerando que los indicados documentos de reclamación, que sustituían a los albaranes, eran prueba suficiente de la pérdida que habían sido aceptados anteriormente por esta. Se desestima. Ni el artículo 3 de la LCS ni el 1288 del CC fueron invocados en la demanda, y, consecuentemente, la sentencia recurrida no se pronunció sobre ninguno de ellos. Se trata de una cuestión nueva introducida en el debate que, como dice la Sentencia de 12 de julio de 2008, citando las 22 de enero y 25 de septiembre de 2007, está rigurosamente vedado su planteamiento, por derivación de los principios dispositivo, de contradicción, y audiencia de parte contraria, que rigen el proceso civil, y porque alteran el objeto de la controversia, y atentan a los principios de preclusión e igualdad de partes y producen indefensión para el litigante adverso. Pero es que, además, resulta indudablemente paradójico que en la economía del contrato de seguro suscrito entre las partes (se habla de una facturación de 13.000.000.000 de pesetas para el conjunto de volumen de negocio de todas las empresas del Grupo Comercial Md Grupo Master), que ella misma prepara a través de la empresa que efectúa todos los seguros que contrata, se traiga a colación la exis-

tencia de posibles cláusulas limitativas que hayan escapado negligentemente del control del asegurado en las negociaciones previas que aconsejaron y determinaron la contratación.

CUARTO.- En el motivo segundo se alega la vulneración de los arts. 54 y 56 de la Ley de Contrato de Seguro en relación con el art. 1282 del Código Civil, al considerar que la Sentencia recurrida elude la doctrina de los actos propios al no tener en cuenta que la póliza de seguro se concertó sobre la base de la facturación anual del grupo de empresas que actuaba bajo la denominación Master Dis y que, en consecuencia, toda la mercancía, perteneciente a las distintas sociedades que conformaban dicho grupo empresarial, estaba cubierta por la póliza de seguro. Se desestima por razones obvias puesto que el art. 54, como en otras modalidades, se limita a establecer la obligación del asegurador de indemnizar “dentro de los límites establecidos por la Ley y en el contrato” -principio que se refuerza en el art. 56, que señala que el asegurador indemnizará “de acuerdo con lo convenido en el contrato de seguro”- los daños materiales que puedan sufrir con ocasión o consecuencia del transporte las mercancías porteadas, el medio utilizado u otros objetos asegurados, y es evidente que la mercancía no pertenece a Md Master Dis SA., ni el seguro ampara específicamente a otras personas jurídicas, ni ante la literalidad del clausulado es posible obtener conclusiones distintas sin alterar los hechos declarados probados.

QUINTO.- Conforme al artículo 398.1, en relación con el artículo 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede imponer las costas de ambos recursos a la recurrente.

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

#### FALLO

No ha lugar a los recursos interpuestos por la representación procesal de la Agencia de Servicios Mensajería, SA, frente a la sentencia dictada por la Sección 9ª Bis de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha seis de octubre de 2005, con expresa imposición de las costas a la recurrente. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y Rollo de apelación en su día remitidos.

ELDERECHO  
GRUPO  
EDITORIAL

Depósito Legal: M-32591-94  
ISSN 1888-5020  
Franqueo Concertado 01/1718

DIRECTOR: Evaristo Moliné

Reservados todos los derechos. Esta publicación y sus contenidos no pueden ser reproducidos total o parcialmente, ni editados, transmitidos ni registrados por ningún medio técnico o procedimiento, reprográfico o fónico, electrónico o mecánico, sin la expresa autorización por escrito del editor. El Diario de Jurisprudencia EL DERECHO informa de lunes a jueves de todas las sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, así como de todas las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Los resúmenes y titulaciones que anteceden a la reproducción de las sentencias son elaborados por la Redacción de EL DERECHO. La doctrina del Tribunal se contiene oficialmente en los fundamentos de derecho, a cuyo texto íntegro puede acceder cualquier suscriptor a través del Servicio de Documentación EL DERECHO DIRECTO, para su envío por fax (91 - 578 16 17).

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.- Román García Varela.- Francisco Marin Castan.- 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.

mártires de Dios”, y otros elementos ideológicos de adscripción al islamismo radical -descritos en el factum-, disponiéndose expresamente en el mismo que “no consta que los referidos formaran parte de ninguna organización, trama o red terrorista”. En el hecho 13º, se describe la participación de Bil, que pernoctaba en compañía de Tared en la vivienda situada en la Agrupación del Este número 120, de Ceuta, y en donde se practicó un registro domiciliario, en donde se halló igualmente un arma, en concreto, una pistola detonadora, modificada, pero en deficiente estado de conservación, así como 215 cartuchos de diferentes calibres, y otros elementos, entre los había un libro escrito en lengua árabe, de contenido radical yihadista, añadiéndose, como antes, que no consta que los referidos Tared y Bil “formaran parte de ninguna organización, trama o red terrorista”.

bien, con relación a estas últimas, ya se expone en la sentencia revisada que el arsenal encontrado en la Agrupación del Este, núm. 116 de Ceuta, y que vincularía a Mustafa y Abdelmalik con la organización de una célula terrorista de carácter islamista, no puede ser juzgado en esta causa, “al no haberse referido expresamente a ella la acusación, reservándose hacerlo en otro proceso, tal y como indicó (el Ministerio Fiscal) en su solicitud de apertura del juicio oral, y se hizo constar en la resolución de la Sala”. Este aspecto es confirmado por el Ministerio Público recurrente, ya que en su escrito de formalización, pretende que pueda estimarse esta colaboración “al margen de la posible imputación de tenencia ilícita de armas”, que ciertamente es materia jurisdiccional de otro proceso.

Hay que convenir que tal escisión no es posible ni procesal ni materialmente, porque la tenencia, o si se quiere posesión como tal, ha quedado imprejuizada en el caso de los acusados Mustafa y Abdelmalik, a quienes no puede serles atribuida en el curso de esta alzada casacional, en virtud -claro está- de un motivo por incongruencia omisiva. De manera que sin posesión de armas, ni pueden serles imputado un delito de integración, y menos de colaboración con célula terrorista, y en el caso de Bil, porque tal posesión ha quedado igualmente desfigurada, al mostrar esas dudas la Sala sentenciadora de instancia sobre su pertenencia, o disponibilidad, por encontrarse en una casa de múltiple afluencia. El delito de colaboración, que se describe en el art. 576 del Código penal, requiere llevar a cabo, recabar o facilitar, cualquier acto de colaboración con las actividades o las finalidades de una banda armada, organización o grupo terrorista. Ese “acto de colaboración”, es definido en el apartado segundo de tal precepto, señalando que “son actos de colaboración la información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones; la construcción, el acondicionamiento, la cesión o la utilización de alojamientos o depósitos; la ocultación o traslado de personas vinculadas a las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas; la organización de prácticas de entrenamiento o la asistencia a ellas, y, en general, cualquier otra forma equivalente de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género, con las actividades de las citadas bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas”.

Desde esta perspectiva interpretativa, la posesión de armas, no es acto de colaboración, sino de integración o pertenencia, al tratarse de un acto de tal magnitud en la incidencia de los fines terroristas, que es inimaginable prestar o poseer armas de guerra, sin a la vez estar dentro del círculo de su misma pertenencia. Pero, de todos modos, tal posesión, ha quedado en un caso imprejuizada, para los acusados Mustafa y Abdel-

Ciertamente, la cuestión relativa a la colaboración con organización terrorista, no ha sido analizada en la sentencia recurrida, pero hemos de convenir que si las armas halladas en sus respectivos registros no han servido para estructurar fácticamente su integración en organización terrorista, tal argumentación, que no es reprochada por el Ministerio Fiscal recurrente, menos aún puede construirse con ellas, una simple actividad de colaboración, una vez que los jueces “a quibus” han descartado expresamente la pertenencia a organización terrorista en la literalidad de sus hechos probados. Además, en el caso de Bil, ni siquiera se afirma su disponibilidad (de las armas) a tales fines terroristas, pues en la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida, en su página 95, claramente se dice que, en el caso de este acusado, tanto la pistola como las láminas comprometedoras (además de dos pasamontañas y una cierta cantidad de hachís) podían pertenecer a Bil como a Tared, o bien “a otras personas ocupantes de la casa”, cuya identidad no ha quedado probada, lo que no es improbable, dadas las características de este domicilio, siendo ocasionalmente ocupado por Bil, como por “otras personas”.

Y la Sala sentenciadora de instancia también descarta, en función de los elementos probatorios que ha tenido en consideración, citando expresamente la declaración policial del funcionario 45, que exista algún tipo de acreditación que vincule a estos acusados con “las otras armas encontradas bastante tiempo después de su detención en otro domicilio”, todo ello en función de la acusación de pertenencia a célula terrorista armada. De manera que, en lo que hace a Bil, ni el arma en cuestión le puede ser atribuida, al completar los jueces “a quibus” su relato histórico en la fundamentación jurídica en términos de duda, como ya hemos dejado reseñado más arriba, ni le puede ser vinculada esta participación delictiva con esas “otras armas”. Pues,



2009/314997

TS Sala 2ª, Sentencia 21 diciembre 2009. Ponente: D. Julián Sánchez Melgar

## Absolución del delito de colaboración con organización terrorista

*Desestimando los recursos de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal y los acusados, el TS acoge el formulado por el otro imputado, todos contra sentencia parcialmente absolutoria dictada en causa seguida por delitos de pertenencia a organización terrorista, colaboración con organización terrorista, falsificación de documentos y contra la salud pública. La Sala dicta segunda sentencia por la que absuelve al recurrente del delito de colaboración con organización terrorista, pues en torno a la colaboración por la compra del teléfono, la sala de instancia no puede por menos que declarar que “se trata de una acción sumamente periférica que aporta muy poco a la actividad terrorista en sí”. También se afirma que este acusado no conocía el papel jugado por el resto de los implicados en los atentados de Madrid, ni el “de la persona a la que indirectamente estaba prestando su ayuda”.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sección Segunda, condenó a Kamal y Samir como autores criminalmente responsables de un delito de pertenencia a organización terrorista, en grado de integrantes, y a Mohamed I.H. como autor de otro delito de colaboración con organización terrorista, así como a Tared por falsedad en documento oficial cometido por particular, y llevó a cabo otros pronunciamientos absolutorios, tal y como consta en nuestros antecedentes, frente a cuya resolución judicial han interpuesto este recurso de casación, tanto el Ministerio Fiscal, como la representación procesal de los tres primeros, aquietándose con la sentencia recurrida el condenado Tared.

Comenzaremos por dar respuesta casacional al recurso formalizado por el Ministerio Fiscal.

Recurso del Ministerio Fiscal.

SEGUNDO.- Ha formalizado el recurso en un motivo único, al amparo de lo autorizado en el art. 851.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denunciando el vicio sentencial de incongruencia omisiva, al “no haber resuelto la sentencia recurrida la

totalidad de los puntos que fueron objeto de acusación”, y ello respecto a los acusados Bil, Mustafa y Abdelmalik.

El núcleo de su queja casacional se centra en la falta de respuesta de la Sala sentenciadora de instancia a la cuestión jurídica referente al delito de colaboración con organización terrorista, pues señala el Ministerio Público que, al contrario de lo ocurrido con Mohamed I.H., al absolver a tales acusados del delito de integración en organización terrorista, no fue -en igual medida- analizada esta acusación en relación con los mismos, y ello que constaba formalmente tal petición, tanto en el escrito de acusación, como igualmente se recoge en los antecedentes de hecho de la sentencia recurrida la consignación expresa de tal petición.

Los hechos probados de la recurrida, se refieren a estas acusaciones, en los términos que seguidamente exponemos: por un lado, en el hecho 15º, se narra que Mustafa y Abdelmalik, en unión de otro, fueron detenidos en la ciudad autónoma de Ceuta (calle Agrupación del Este, núm. 116), encontrándose en la vivienda ocupada por ellos una serie de armas de fuego, que se describen, así como unos dibujos con alusiones a “ser

malik, e improbable, para el acusado Bil. Siendo ello así, no puede ser analizada la cuestión del delito de colaboración desde esta posición jurídica, que requiere la tenencia de las armas con fines terroristas, y tal dato fáctico no ha sido incluido en el relato histórico, por lo que carecería de sentido devolver al Tribunal de instancia la causa para que decidiera si concurre un delito del que no existe soporte fáctico que pueda ser analizado. Y otro tanto hemos de señalar en lo referente a esa lámina o elementos ideológicos de adscripción con una determinada tendencia radical, pues poseer una anagrama de una banda u organización terrorista no puede ser entendido, por sí mismo, como un acto de colaboración, sino de aceptación o aprobación, a lo sumo, de sus fines y métodos, pero en ningún caso, de apoyo logístico que se presta a la organización, y hay que interpretar el tipo descrito en el art. 576 del Código penal como todo acto que contribuya a los fines de la organización terrorista, en un grado inferior a la estricta pertenencia y en otro superior a la mera coincidencia ideológica con los fines que intenta conseguir por la fuerza de sus actos, particularmente de terror, aspecto éste interno y perteneciente al simple pensamiento que no se encuentra tipificado por la ley penal, sin que los Tribunales del orden penal tengan que adentrarse en juicios morales sobre el arcano íntimo de las personas.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

Recurso de Mohamed I.H.

TERCERO.- Las consideraciones anteriores relativas al delito de colaboración con organización terrorista, son perfectamente trasladables a este recurrente, el cual ha formalizado dos motivos de contenido casacional, uno por vulneración de la presunción constitucional de inocencia, y otro por estricta infracción de ley, al amparo de lo autorizado en el art. 849-1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al entender indebidamente aplicado el art. 576 del Código penal.

Comenzaremos por dar respuesta casacional a este último, pues hemos de convenir que la actividad desplegada por Mohamed I.H. no puede incluirse en el concepto legal de colaboración, en el sentido que ya explicábamos de la prestación de un acto logístico, material, de cooperación o ayuda, de cualquier orden, con las actividades de la organización terrorista, y que, como decíamos, se trata de un acto que podemos situarlo en un grado inferior a la estricta pertenencia o integración en dicha organización, y en otro superior a la mera coincidencia ideológica. Con respecto al primer motivo, señalar, como acertadamente expone el Ministerio Fiscal al impugnar el mismo, que el recurrente parte de un punto de vista que no es el adecuado, ya que sostiene que el testimonio

prestado por Mohamed no fue sometido a contradicción, pero lo cierto es que dicho testigo comparece en el acto del juicio oral y presta su declaración en torno a los extremos a los que se refiere en el presente procedimiento (juicio oral vídeo: número 22 Marca 144).

Ahora bien, en el segundo motivo por estricta infracción de ley, hemos de partir de los hechos declarados probados en el apartado octavo de los mismos, y en donde se le atribuye determinados pasajes relacionados con un teléfono, y así, que en concreto, en marzo de 2005, Mohamed L.B., conector de que Mohamed A. se había ido a Irak y pretendía suicidarse en una acción terrorista, encargó a Mohamed I.H. - al que había propuesto que se marchara también a Irak- que comprase un teléfono móvil para hacérselo llegar al padre de Mohamed A. con el fin de éste pudiera despedirse de él. En cumplimiento del encargo, Mohamed I.H. compró el día 14 de marzo de 2005, en el Corte Inglés de la calle Preciados de Madrid, el teléfono móvil con número. y se lo entregó en la calle Virgen del Rocío número 17, bajo, de Parla (Madrid) a la cuñada de Mohamed A., con el encargo de que se lo diera a su suegro. También le transmitió el mensaje de que Mohamed estaba bien y se encontraba en Barcelona. Continúa señalando el relato fáctico que los días 17 de marzo y 30 de abril de 2005, Mohamed A., llamó dos veces al teléfono móvil reseñado desde el número., correspondiente a una compañía de teléfono que opera en Irak. Y que en la madrugada del día 1 de mayo de 2005, a las 02,35 horas.

Mohamed llamó al., desde el suyo, en las proximidades del lugar donde había utilizado el teléfono. El día 10 de mayo de 2005, a las 19,47 horas, Mohamed, contactó con el núm. (correspondiente a una centralita de teléfono a través de líneas ADSL, que no permite determinar el número del interlocutor) y habló con otra persona durante varios minutos, quien le pidió que se desplazase a Parla, "al mismo lugar que la otra vez, en la calle del Rocío, o algo similar", para ver "al mismo tío" y entregarle unas instrucciones que le enviaría por Internet. El día 11 de mayo de 2005, a las 22,02 horas, Mohamed, comunicó de nuevo, a través del mismo teléfono, con la misma persona del día anterior, quien le preguntó si había leído las instrucciones, pidiéndole a quien se pusiera le diera un mensaje "al cuñado": "tú dale el recado, para que le diga a sus padres y hermanos lo que te he puesto ahí". Después, Mohamed preguntó a esta persona si "iba a subir donde está él", contestando su interlocutor que sí, que se viniera y trajera su ordenador. El mismo día 11 de mayo de 2005, a las 22,25 horas, Mohamed, fue detectado por los policías que vigilaban el lugar ante el portal de la calle Virgen del Rocío de Parla, con un sobre en la mano.

Llamó insistentemente al teléfono del portero automático, pero el cuñado de Mohamed A., no abrió, marchándose del lugar sin entregar las instrucciones para la familia de Mohamed A.

Finalmente, ante la imposibilidad de comunicar con su familia a través del teléfono que Mohamed I.H. les había entregado, Mohamed A. optó el día 12 de mayo de 2005, por llamar al teléfono de su padre, que estaba intervenido judicialmente, y le dijo: "soy Mohamed, estoy en Irak, perdóname". La intención no de este recurrente, sino de Mohamed L.B., dentro de los planes de procurar apoyo a los huidos de los atentados de Madrid, era establecer una vía de contacto entre el huído Mohamed A., y su padre, para poder despedirse de él, previamente a emprender alguna clase de acción suicida en Irak, donde se encontraba, contando con ello con la ayuda de su discípulo Mohamed I.H., que residía en Madrid. El resto de los hechos probados, no se refieren a ninguna actividad de colaboración, sino el intento de captar a Mohamed para participar en un futuro en los combates islamistas, sin conseguirlo. Así, Mohamed había sido imbuido por Mohamed L.B. en la idea de marcharse a Irak "para hacer la yihad", es decir, como combatiente yihadista. Días antes, el 8 de mayo de 2005 (conversación de 24 minutos de duración mantenida a partir de las 00,42 horas, entre Mohamed I.H. y "Abdou", a través de los núm. y., respectivamente), Mohamed había manifestado a su amigo "Abdou" su deseo de "marchar a Francia y tomar el taxi", para lo cual debía librarse de ataduras familiares y laborales. "Abdou" le anima en todo momento, admitiendo que para él era difícil dar ese paso por las cargas personales que tenía. Durante su estancia el fin de semana en Santa Coloma de Gramanet, Mohamed pernoctó en la casa "Al Kalaa" de San Francesc núm. 20, ya que el viaje tenía como finalidad que Mohamed L.B. y el resto de los responsables de la "Célula Al Kalaa", es decir, Samir y Kamal, reafirmaran sus convicciones. Mohamed regresó a Madrid, dejó su trabajo, y continuó con su debate interior, pero no consta que diera ningún otro paso encaminado a llevar a cabo lo que se quedó finalmente en un mero proyecto.

En realidad, todo el relato fáctico gira en torno a la adquisición del referido teléfono, con el que pudiera ponerse en contacto Mohamed A. para despedirse de su padre. Ni la Sala sentenciadora de instancia pone el acento en cualquier clase de acto de colaboración que se traduzca en algo concreto, ni se conoce el alcance de tales "instrucciones", poniéndose de manifiesto que pudo ser inmediatamente detenido para averiguar el contenido de las mismas, lo que -hoy por hoy- es simplemente una incógnita. Y cuando trata la organización de hacerse con la colaboración de este recurrente, todo el

episodio termina en nada, de tal manera que los jueces "a quibus" no tienen más remedio que declarar que todo quedó finalmente "en un mero proyecto". Al punto que, en torno a la colaboración por la compra del teléfono, no pueden por menos que declarar que "se trata de una acción sumamente periférica que aporta muy poco a la actividad terrorista en sí". También se afirma que Mohamed no conocía el papel jugado por el resto de los implicados en los atentados de Madrid, ni el "de la persona a la que indirectamente estaba prestando su ayuda".

En resumen: comprar un teléfono para que el referido Mohamed A. se pusiera en contacto con su padre, para despedirse de él, sin otra significación, la que expresamente se descarta, sin darle ni siquiera el teléfono a aquél, sino a sus familiares, para hacérselo llegar a tal progenitor, no puede encerrar acto alguno de colaboración en clave de aportación de logística para la lucha armada, único aspecto penalmente relevante, y en consecuencia, el motivo ha de ser estimado, dictándose a continuación segunda sentencia en la que se le absolverá de este delito.

Recurso de Samir.

CUARTO.- En el primer motivo se denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849-2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La jurisprudencia de esta Sala exige para que pueda estimarse este motivo, que concurren los siguientes requisitos:

a) Que se invoque tal error de hecho en la apreciación de las pruebas, de modo que tenga significación suficiente para modificar el sentido del fallo, pues en caso contrario estaríamos en presencia de una simple corrección de elementos periféricos o complementarios.

b) Que se citen con toda precisión los documentos en que se base la queja casacional, incorporados a la causa, con designación expresa de aquellos particulares de donde se deduzca inequívocamente el error padecido.

c) Que tales documentos sean lite-rosuficientes, es decir, que basten por sí mismos para llegar a la conclusión acreditativa que se pretende, evidenciando el objeto de prueba sin necesidad de acudir a otras fuentes probatorias o a complejos desarrollos argumentales.

d) Que su eficacia probatoria no haya sido desvirtuada o contradicha merced a otras pruebas que obren igualmente en la causa.

e) Que el recurrente lleve a cabo, al menos, una mínima justificación argumental como causa de la impugnación.

f) Que el recurrente proponga una nueva redacción del “factum” derivada del error de hecho denunciado en el motivo.

g) Que tal rectificación del “factum” no es un fin en sí mismo, sino un medio para crear una premisa distinta a la establecida y, consiguientemente, para posibilitar una subsunción jurídica diferente de la que se impugna.

El motivo se desglosa en tres apartados distintos: En el primero, se sustenta el pretendido error en la apreciación de la prueba en la cita de la Sentencia de esta Sala Casacional, de 17 de julio de 2008, concretamente en los antecedentes de hecho primero, números 10 y 11.2, afirmando que a tenor de lo expresado en los mismos Mohamed A. junto con Mohamed B. huyó de España el día 3 de abril de 2004 a Bélgica, de forma que el único que fue a Santa Coloma de Gramanet fue Mohamed L.B. y por lo tanto, el referido Mohamed A. nunca estuvo en la casa de AL KALAA ni permaneció allí, ni recibió apoyo por parte del recurrente, como se afirma en la sentencia que se impugna.

Ahora bien, si tenemos en consideración el expresado antecedente de hecho primero números 10 y 11.2 de la STS 503/2008, de 17 de julio, claramente se expone lo siguiente:

1º. El procesado Mohamed L.B., como miembro de una de las células terroristas, tenía por misión adoctrinar, reclutar y auxiliar a individuos para hacer la yihad, entendida como comisión de actos violentos de todo tipo contra aquel que no comparta su visión radical y extrema del Islam. Tras la explosión y suicidio de los ocupantes del piso de la calle Martín Gaité núm. 40, planta 1ª, puerta 2ª de Leganés, Mohamed B. y Mohamed A. se marcharon precipitadamente de España y para ello fueron ayudados por Mohamed L.B., quien el 8 de marzo de 2004 se había trasladado a vivir a Santa Coloma de Gramanet, Barcelona, al saber que lo buscaba la policía. En marzo de 2005, Mohamed L.B., conocedor de que Mohamed A. se había ido a Irak y pretendía suicidarse en una acción terrorista, encargó a un discípulo suyo, Mohamed -al que había propuesto que se marchara también a Irak- que comprase un teléfono móvil para hacérselo llegar al padre de Mohamed A. con el fin de éste pudiera despedirse de él. En cumplimiento del encargo, Mohamed I.H. compró el 14 de marzo de 2005 el teléfono móvil con número. y se lo entregó en la calle Rocío número 17, bajo, de Parla (Madrid) a la cuñada de Mohamed A., llamada Azdine, con el encargo de que se lo diera a su suegro.

También le transmitió el mensaje de que Mohamed estaba bien y se encontraba en Barcelona. Los días 17 de marzo y 30 de abril de 2005,

Mohamed A., llamó dos veces al teléfono móvil reseñado sin conseguir hablar con su familia por lo que, finalmente, el día 12 de mayo de 2005 optó por llamar al teléfono de su padre, que estaba intervenido judicialmente y le dijo: “soy Mohamed, estoy en Irak, perdóname”. Las tres llamadas fueron hechas desde Irak. Las dos primeras desde el número. y la tercera desde el número... Mohamed L.B. es una persona muy radical que profesa un profundo odio a los estadounidenses e israelíes y que justificaba los atentados suicidas, llegando a admitir que si no hubiera tenido familia él mismo hubiera llevado a cabo un atentado suicida. También realizó labores de adoctrinamiento con Mohamed, con el que se comunicaba, entre otros medios, dejándole mensajes en la cuenta de correo electrónico www.. com, de la que ambos conocían la clave de acceso, el número... Mohamed L.B. usaba en Internet el nombre de “Nano López”, y su dirección era www.com. Los mensajes que enviaba a Mohamed I.H. estaban escritos en una transcripción fonética del árabe al alfabeto latino. A través de dicha dirección el procesado pedía a Mohamed I.H. dinero para mandar a los yihadistas y le adoctrinaba sobre la necesidad de luchar en Irak y Afganistán.

Como expresiones crípticas previamente convenidas usaban algunas como “montar en el taxi para ir a Francia”, que significaba ir a Irak a cometer un atentado suicida, o “Mohamed ha ido al trabajo” que quería decir que tal persona había ejecutado un atentado suicida. Mohamed L.B. tenía relación estrecha con Jamal, alias el Chino, con Mohamed O.A. y con Said, que iban a verle con frecuencia al mercado de Chamberí al final de la jornada laboral. En la segunda planta de dicho mercado mantuvieron reuniones donde hablaban de la necesidad de cometer acciones violentas contra los infieles. Mohamed L.B. frecuentaba el local de la calle Virgen del Coro gestionado por Almallah, en el que tuvo numerosos encuentros con Basel. Una huella de este procesado apareció en el desescombros de Leganés. Asentaba sobre el libro numerado como 17.

Y el número 11.2. dice así: El 5 de abril de 2004, dos días después de marcharse precipitadamente de España Mohamed A. y Abdelmajid -tras el suicidio de los ocupantes del piso de la calle Martín Gaité-, Ibrahim, hermano de Mohamed, recibió una llamada de éste hecha desde la plaza de la Duchesse de Brabant de Bruselas, pidiéndole que fuese a la casa de los M. en Leganés y le pidiera a Brahim los números de teléfono de Youssef y de Momoun en Bélgica. Cuando Ibrahim localizó el domicilio de los Mohamed M. no estaba Brahim, por lo que el teléfono le fue facilitado por Mohamed M.

Pero como acertadamente expone el Ministerio Fiscal al contestar el

recurso, la sentencia recurrida nada establece que resulte contradictorio con lo expresado en aquella sentencia, ya que se indica, en el antepenúltimo párrafo del hecho probado cuarto, por un lado que... “estos planteamientos les llevaron a dar alojamiento y apoyo, a varios de los huidos de los atentados ocurridos en Madrid el 11 de marzo de 2004 y de la posterior explosión del piso de la Calle Martín Gaité de Leganés”, para seguidamente, en el hecho probado quinto, señalar en la resolución ahora recurrida, que “entre las personas alojadas en “Al Kalaa” y que formaban la descrita estructura se encontraban el ya condenado por Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 17.07.2008 por dichos hechos Mohamed L.B., como también los acusados Samir, Kamal. Entre los huidos, miembros del grupo terrorista al que pertenecían (en principio, supuestamente) los autores materiales de los atentados ocurridos en Madrid que recibieron el referido apoyo, están Mohamed A., Daoud, Said, Othman, y Abdelilah (éste ha sido condenado por el Tribunal de Rabat (Marruecos) en Sentencia de fecha 18-12-2008, a la pena de 20 años de prisión por su participación en los atentados del 11 de marzo en Madrid).

Todos ellos pasaron en diversas fechas por la casa “Al Kalaa” y permanecieron allí por un tiempo indeterminado, ocultos a la policía; como también siguieron recibiendo apoyo económico por parte del grupo a través de Samir, una vez éstos se encontraban fuera de España, como ocurrió en el caso de Mohamed B. cuando estuvo en Bélgica y le fue remitido dinero a través de Hammad, lo mismo que con Mohamed A., a través de Saadun, durante la estancia de aquél en Turquía, detenido en un Centro de detención como consecuencia de estar indocumentado tras ser detenido con un pasaporte falsificado”, de manera que, si se dijo en la sentencia del 11-M, que cita el recurrente, que fueron auxiliados por Mohamed L.B. y éste ya se había trasladado en marzo de 2004 a Santa Coloma de Gramanet, es perfectamente coherente que el auxilio se lo prestase en dicha localidad, y por ello cuando el Tribunal en la sentencia recurrida se refiere a que Mohamed A. pasó por la indicada casa oculto a la policía y por un tiempo indeterminado, es patente que no existe contradicción alguna ni siquiera en referencia a dicho periodo posterior a la explosión del piso de Leganés.

Los elementos probatorios con los que ha contado el Tribunal de instancia han sido las vigilancias policiales, casi permanentes, efectuadas desde el año 2004, en torno a la casa “Al Kalaa” en Santa Coloma de Gramanet y sus ocupantes, que permitieron fotografiar, incluso filmar, a las personas que ocupaban aquella casa entre las que estaba Kamal, de los sin duda, dice la resolución judicial,

participantes en los atentados de Madrid, aunque, inicialmente, no fueran reconocidas como tales por los miembros de las vigilancias policiales que las estuvieron llevando a cabo (policías comparecientes al acto de la vista con núm. profesionales.28.,18.,61.,45.,93.,65.,81.,..03).

No existe, pues, error alguno valorativo basado en esa Sentencia judicial.

La segunda parte de esta queja casacional la refiere a los envíos de dinero a través de la empresa Western Union, señalando que los mismos acreditan que no ha sido el autor de tales envíos, aunque figuren a su nombre. Tal planteamiento, lleva inexcusablemente a la desestimación del motivo, pues el documento que se cita no refleja el error que se pretende cometido, sino todo lo contrario: la consignación de su nombre en el envío, es demostrativa de que es el autor del mismo. De todos modos, el Tribunal sentenciador hace referencia a dichos informes y los cita correctamente, conforme a la realización manuscrita de los mismos, que es lo único que los documentos permiten afirmar, máxime existiendo, como señala dicho Tribunal, un resguardo, que el propio recurrente señala, que efectivamente fue manuscrito por el mismo (y que éste acepta en el desarrollo del motivo) y por ello se refiere el Tribunal al contenido del acto del juicio oral en referencia a la prueba pericial (lo que consta en el vídeo número. pasos 00.13.31 y más específicamente en el paso 00.16.30, conforme hace ver el Ministerio Fiscal), a lo que se une el contenido de las comisiones rogatorias, destacando el mecanismo de remisión del dinero, de forma que los juzgadores de instancia están utilizando una multiplicidad de elementos probatorios que confluyen en su conclusión convictiva, sin que la cita que invoca el recurrente evidencie lo contrario de lo que el Tribunal ha consignado.

Finalmente, en el tercer apartado, el recurrente se refiere al destinatario del dinero en Turquía como Mohamed A. El recurrente se queja de que no ha existido prueba de que el verdadero destinatario fuera tal persona. En realidad, allegar fondos a otros integrantes para que pueda huir tras la comisión de un atentado terrorista, es ya una forma que traspasa ordinariamente la colaboración para integrar la pertenencia, cuando existen otros elementos (foto de combatiente, informaciones de carácter bélico, asistencia a reuniones en la casa tantas veces citada, etc.), que incuestionablemente prueban ésta, como aquí ocurre. La Sala sentenciadora de instancia ha valorado todo este aspecto probatorio, poniendo de manifiesto que persona no determinada, probablemente actuando por cuenta de Ouali, cambió la fotografía auténtica de Tared por la de Mohamed A., también en momento indeterminado, pero igualmente con anterioridad a

junio de 2004, ya que el referido fue detenido el 14 de junio de 2004 en el aeropuerto Kemal Atatürk de Estambul (Turquía), portando el indicado pasaporte con número., a nombre de Tared, ciudadano español, por el que se hacía pasar. Como extranjero indocumentado, Mohamed A. fue internado en Turquía a partir de la indicada fecha en un centro de detención de extranjeros con vistas a su expulsión, allí permaneció varios meses, pendiente de que ésta finalmente se produjera, hasta que, según parece, dicen los jueces "a quibus", consiguió huir el 28.03.2005 y pasar entonces a Irak, donde se unió a la insurgencia y allí pudiera haber fallecido, posiblemente en mayo de 2005, en el curso de una acción de carácter suicida de la insurgencia iraquí contra objetivo no determinado.

A continuación se expone que la detención de una persona de identidad desconocida, portando un pasaporte español falsificado, fue comunicada por las autoridades turcas al Consulado General de España en Estambul, quien, a su vez, en fecha 14.06.2004, informó a la Embajada de España en Ankara. El vicegobernador de Estambul interesaba del Consulado General de España en Estambul un salvoconducto para la expulsión y repatriación a España de la referida persona. La Embajada de España en Ankara solicitó del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación que se confirmara la validez del pasaporte español, exponiendo, además, que no expediría documentación alguna en favor del interesado, en tanto no se conociera su identidad y nacionalidad española. Por parte del Ministerio de Asuntos Exteriores, en fecha 16.06.2004, se interesó de la Comisaría General de Extranjería y Documentación la verificación del pasaporte a nombre de Tared. Posteriormente, con fecha 11.08.2004, se remitió a la misma Comisaría General de Extranjería y Documentación huellas dactilares de la persona detenida que habían sido aportadas por la policía turca, a efectos de esclarecer la identidad y nacionalidad de dicha persona. Por posterior oficio de fecha 09.09.2004 por el Ministerio de Asuntos Exteriores se reiteró el envío de huellas dactilares de la persona detenida en Turquía a los efectos de su identificación dado que les constaba el pasaporte había sido falsificado.

Por la Comisaría General de Extranjería y Documentación se informó en fecha de 22.09.2004 de la falta de coincidencia de las huellas dactilares que les constaba de Tared con las que habían sido remitidas procedentes de la policía turca, informando que no podían determinar la identidad de la persona detenida en Turquía. Con fecha 30.03.2005, la Embajada de España en Ankara remitió al Ministerio de Asuntos Exteriores el pasaporte incautado por las autoridades turcas, que constaba a nombre de Tared. Por las autoridades turcas se informó a la Embajada

de España en Ankara que la persona que portaba dicho pasaporte falsificado había sido finalmente puesta en libertad. Es por proveído fechado 09.02.2007 del JCI núm. 6 en las Diligencias Previas 309/2005, cuando se acuerda que por la policía se lleve a cabo la comparación de huellas dactilares correspondientes a la persona detenida en Turquía con las que constaban en los archivos policiales correspondientes a Mohamed A. Con fecha 12.02.2007, se recibe en el Juzgado oficio procedente de la Comisaría General de Información, firmado por el Inspector Jefe de Sección con carné profesional número. (Instructor general de las diligencias), en el que se pone de manifiesto que es con fecha 08.02.2007 cuando se ha tenido conocimiento que el 14.06.2004 fue detenido por las autoridades turcas un individuo en posesión de el pasaporte español falsificado titularidad de Tared, y que con esa misma fecha habían sido remitidos dichos documentos para el cotejo de huellas dactilares por parte de la Comisaría General de Policía Científica, recibiendo comunicación procedente de dicho organismo policial por el que se comunicaba que el resultado del cotejo había sido positivo, en el sentido de la coincidencia de la reseña dactilares que constaba en los archivos policiales a nombre de Mohamed A. con la suministrada por las autoridades turcas en relación con la persona detenida en dicho país.

A dicha comunicación se acompañaba nota interior procedente de la Comisaría General de Policía Científica en la que se hacía indicación de dicha coincidencia de huellas digitales (folio 1808, tomo 3º de la pieza separada 2ª), pero sin que obre en los autos ningún dictamen expreso en el indicado sentido, ni se haya tampoco practicado alguna clase de prueba, pericial o de otro tipo, en el acto de la vista oral con la referida finalidad. En informe policial fechado 09.10.2006 que fundamenta la propuesta de Comisión Rogatoria a Argelia (folios 1268 y ss del Tomo 3 de la Pieza separada 2ª) y en informe policial fechado 02.01.2007 (folios 1325 y ss del Tomo 3 de la Pieza separada 2ª), firmados ambos por el Policía con carné profesional número., se hace constar que el individuo llamado Tared internado en el centro de detención de Estambul había sido identificado, sin decir el medio, como Mohamed A. (f. 1271 y 1330 del Tomo 3 de la Pieza separada 2ª). Consta un posterior oficio de fecha 27.02.07, procedente de la Comisaría General de Información, firmado por el Inspector Jefe de Sección con carné profesional número., en el que se dice que fue a través del escrito procedente de la Brigada de Información de Ceuta, en fecha 07.04.2005, cuando tuvieron conocimiento de la detención de una persona en Turquía en junio de 2004 que portaba el pasaporte español falsificado con número P 561037, de titularidad de Tared. La razón de tener conocimiento

de sus hechos fue por la detención con fecha 02.04. 2005, dentro de las investigaciones de la operación Tigris, por ser una persona que falsificaba y conseguía documentos falsos para dicha organización, por lo que se recabaron todos los actos referidos al mismo.

Seguidamente, en fecha 09.05.2005, se solicitó del agregado del Ministerio del Interior en Turquía todos los datos relacionados con la persona detenida en Turquía con el pasaporte a nombre de Tared, incluidas fotografías de dicha persona, huellas, así como copias de la documentación que portaba. De dicha información tenían conocimiento tanto el instructor como secretario de las diligencias (funcionarios policiales.28 y.34) (Tomo 3. Pieza 2 de las diligencias previas 309/04 del JCI número 6, folios 1866- 1868). Sin embargo, en el informe general de la Operación Tigres realizado por el Secretario de las diligencias (folio 12.784) se manifiesta que fue, casualmente, el día 6.09.2005, cuando se tuvo conocimiento de la detención una persona que portaba pasaporte de Tared.

Si hemos transcrito todos esos datos, que se analizan en la sentencia recurrida, es para comprobar que el Tribunal sentenciador tuvo por plenamente acreditado que la persona detenida en Turquía en posesión del pasaporte de Tared, con la fotografía cambiada, se trataba sin género de dudas de Mohamed A., y que, por consiguiente, éste fue quien recibió los giros postales con el dinero procedentes del ahora recurrente, o remitidos por encargo de la organización terrorista.

Por consiguiente, el motivo no puede prosperar.

QUINTO.- El segundo motivo, se articula por vulneración constitucional, alegando como infringido el principio de presunción de inocencia, proclamado en el art. 24.2 de nuestra Carta Magna.

El principio constitucional de inocencia, proclamado en el art. 24.2 de nuestra Carta Magna, gira sobre las siguientes ideas esenciales:

1º) El principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal, que corresponde efectuar a los jueces y tribunales por imperativo del art. 117.3 de la Constitución española.

2º) Que la sentencia condenatoria se fundamente en auténticos actos de prueba, suficientes para desvirtuar tal derecho presuntivo, que han ser relacionados y valorados por el Tribunal de instancia, en términos de racionalidad, indicando sus componentes incriminatorios por cada uno de los acusados.

3º) Que tales pruebas se han de practicar en el acto del juicio oral, salvo los limitados casos de admi-

sión de pruebas anticipadas y preconstituidas, conforme a sus formalidades especiales.

4º) Dichas pruebas incriminatorias han de estar a cargo de las acusaciones personadas (públicas o privadas).

5º) Que solamente la ausencia o vacío probatorio puede originar la infracción de tal derecho fundamental, pues la función de este Tribunal Supremo, al dar respuesta casacional a un motivo como el invocado, no puede consistir en llevar a cabo una nueva valoración probatoria, imposible dada la estructura y fines de este extraordinario recurso de casación, y lo dispuesto en el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues únicamente al Tribunal sentenciador pertenece tal soberanía probatoria, limitándose este Tribunal a verificar la siguiente triple comprobación:

1ª. Comprobación de que hay prueba de cargo practicada en la instancia (prueba existente).

2ª. Comprobación de que esa prueba de cargo ha sido obtenida y aportada al proceso con las garantías exigidas por la Constitución y las leyes procesales (prueba lícita).

3ª. Comprobación de que esa prueba de cargo, realmente existente y lícita, ha de considerarse razonablemente bastante para justificar la condena (prueba suficiente). Los elementos que ha tenido en consideración el Tribunal "a quo" para establecer el grado de participación delictivo de este recurrente como miembro de una célula terrorista, es su actividad en la denominada célula Al Kalaa, que significa "fortaleza", ubicada en una casa de Santa Coloma de Gramanet (Barcelona), en donde fue detenido el día 15 de junio de 2005, precisamente cuando huía de la misma, hecho comprobado mediante prueba de carácter policial, al comparecer los funcionarios policiales que dieron cuenta del seguimiento constante de tal "sede", así como su vinculación en la ayuda a los huidos del 11-M, al punto de enviarles dinero para sufragar los gastos correspondientes para su fuga, todo ello unido al material propagandístico de carácter bélico yihadista, de modo que en la vivienda donde convivía con su compañera, Hafira, se encontró una cinta de vídeo, en donde aparece el recurrente vestido de guerrero, portando un arma en actitud de combatiente, con el rostro cubierto, pero que los jueces "a quibus" dan por probado, por su localización en dicho domicilio.

De estos elementos probatorios, se desprende que tanto este recurrente como Kamal, son miembros activos, y con un grado de importancia e implicación semejantes, en la organización terrorista que geográficamente se ubica en la Calle San Francesc, 20, de Santa Coloma de Gramanet, conocida como "Al Kalaa", desde donde, entre otras actividades, estas

personas, junto con otros, dieron cobertura logística y ayuda de todo tipo a los miembros huidos del grupo terrorista que cometieron los atentados de Madrid; así como también ser miembros de la "Red Tigris", ya que su actividad se desplegaría en la captación, adoctrinamiento, así como en procurar lo necesario, de aquellos musulmanes, igualmente de pensamiento radical islámico, dispuestos a trasladarse a Irak como combatientes yihadistas, convencidos de unirse a la insurgencia en Irak y hacer allí lo necesario en defensa de sus planteamientos, incluso acciones contra la población civil, de carácter suicida y, por lo tanto, terrorista, en aquel país o en cualquier otro.

El Tribunal sentenciador tiene en consideración las declaraciones de este recurrente, relacionándolas con las prestadas por los funcionarios de policía en la vigilancia del inmueble donde se ubicaba el piso denominado Al Kalaa, así como con las declaraciones de otros testigos -Mohamed I.H. y Yagoub-, para, a continuación, referirse al contenido de la comisión rogatoria (Farid Chebira), y su relación con quien usaba el pasaporte a nombre de Tared, tras lo cual pasa a analizar la prueba concreta que se refiere al recurrente y lo hace comenzando por señalar determinadas declaraciones de coacusados sobre su condición como Imán -Ridouane El Ourma y Said-, analizando las comisiones rogatorias relativas a los destinatarios del dinero, así como los informes periciales y sus aclaraciones en juicio oral respecto de los envíos efectuados a través de Western Union. Tiene apartado especial la declaración prestada por el testigo Mohamed I.H., culminado con la referencia a los efectos encontrados en los registros de San Francesc y del domicilio de la calle Cid Campeador.

El motivo sexto reitera por la misma vía impugnativa argumentos semejantes relativos al envío de dinero, que han de ser igualmente rechazados por lo expuesto.

En consecuencia, esta censura casacional no puede prosperar.

SEXTO.- En el tercer motivo, se invoca el vicio sentencial consistente en no expresar en la sentencia recurrida, clara y terminantemente, cuáles son los hechos que se consideran probados, habiéndose introducido en el relato fáctico conceptos jurídicos predeterminantes del fallo.

El recurrente alega que no se concretan fechas, actos y acciones realizadas, o en las que haya intervenido el recurrente, durante su estancia en la casa Al Kalaa, relacionándolos con la presencia de los huidos de los atentados de Madrid del 11 de marzo de 2004; y que tampoco se especifican los envíos de dinero en cuanto a su fecha exacta.

Como dice el Ministerio Fiscal al impugnar el motivo, prescindiendo

de la existencia de conceptos jurídicos predeterminantes del fallo, que no son citados en ningún momento por el recurrente, ya que los que supuestamente considera como tales, no lo son, por cuanto decir que ha dado apoyo sustancial a otros miembros causantes del atentado de Madrid, o hacer proselitismo y captación y apoyo a personas para desplazarse a Irak, no se están empleando conceptos jurídicos de ningún tipo que sean propios del tipo penal aplicado, sino referencia a cuestiones fácticas, y otro tanto hemos de señalar respecto a la supuesta falta de expresión clara y terminante de los hechos que se declaran probados, a salvo las notas a pie de página en el desarrollo del relato histórico, impropio totalmente de una sentencia judicial, que se ha de apoyar en hechos extraídos de la causa, y no de otras fuentes de conocimiento, salvo las denominadas máximas de experiencia, y que pueden (y deben) ser expulsadas de tal narración, sin merma alguna de lo sustancial, pues lo verdaderamente relevante es la existencia de un número variable de ocupantes de la casa de AL KALAA, destacando la presencia de un grupo de personas que se mantenían más establemente, señalando cómo durante el tiempo que se somete a investigación el lugar, durante gran parte del año 2004 y hasta junio de 2005, pasan por el mismo varias personas que pudieron posteriormente ser identificados como partícipes en los atentados en Madrid y se describe la intervención policial en el lugar y las personas que fueron detenidas, entre ellas el recurrente, añadiéndose la actividad prestada de forma individualizada por cada uno de los acusados. El motivo ha de ser, en consecuencia, desestimado.

SÉPTIMO.- En el motivo cuarto, y de nuevo por el cauce autorizado en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el recurrente denuncia la infracción del derecho de defensa y del derecho a un proceso con todas las garantías, proclamado en el artículo 24, apartados 1 y 2, de la Constitución española.

Se refiere con ello a la acumulación de las Diligencias Previas 309/2005 a esta causa, pero no se citan actos concretos que hayan el causado indefensión, puesto que el testimonio de tales diligencias estuvo a disposición de todas las partes, y en realidad, poco se ha tenido en consideración por la Sala sentenciadora de instancia, la cual expone, una y otra vez, que ha permitido a las partes las más amplias posibilidades defensivas, en plano de igualdad, a lo que dedica un extenso fundamento jurídico, en donde analiza las pruebas propuestas por el Ministerio Fiscal, y el traslado a las partes. El Tribunal "a quo" nos dice que las defensas letradas también han tenido idénticas opciones, aunque hayan hecho escaso uso de las posibilidades concedidas por la Sala. Nos remitimos a tal

argumentación, para desestimar este reproche casacional.

OCTAVO.- En el quinto motivo, al amparo de lo autorizado en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia ahora la infracción del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio proclamado en el artículo 18.2 de nuestra Carta Magna.

Dice el autor del recurso que no asistió el recurrente al registro practicado en la calle Cid Campeador, pero consta que éste dio comienzo el día 15 de junio de 2005, a las 4.15 horas, cuando aún no estaba detenido, pues se encontraba en la sede de Al Kalaa, no siendo hallado el recurrente en aquel domicilio, circunstancia que es la que se pone en conocimiento del Juzgado Central de Instrucción, continuándose el registro con la titular del domicilio, Hafira, y sin que, por tanto, el recurrente estuviera detenido en tal momento, ya que sólo se le localiza a la 4.45 horas cuando se le detiene al procederse a la entrada y registro en la C/. San Francesc de Santa Coloma de Gramanet; de manera que habiéndose practicado el mismo con la asistencia de la titular del domicilio Hafida, no existe infracción alguna del derecho denunciado como infringido.

NOVENO.- En el motivo séptimo se denuncia por estricta infracción de ley la indebida aplicación del artículo 515. 2 y 516.2 del Código Penal.

De los hechos probados de la sentencia recurrida queda acreditado que la participación de este recurrente ha sido la pertenencia a una organización terrorista, que tenía como finalidad principal dar apoyo, no sólo moral, sino de todo tipo, a las acciones armadas realizadas por integrantes de la insurgencia radical islámica, y no exclusivamente en Irak, sino también fuera de allí, y concretamente a los huidos del atentado de Madrid, del 11 de marzo de 2004, aspecto éste que consta específicamente consignado en los hechos probados de la sentencia recurrida, lo que -a todas luces- satisface las exigencias de los tipos penales cuestionados, pues qué más terrorismo puede haber que la perpetración de los referidos atentados de Madrid, en cuyo apoyo a los huidos participaron los acusados Kamal y Samir.

Para el recurrente no resultan aplicables los preceptos cuestionados porque no se ha declarado probada la existencia de la denominada red Tigris, y porque el grupo que se indica, por otro lado, también dedicado al auxilio de los autores de los hechos del 11 de marzo en Madrid, no se especifica que estuviera jerarquizado ni que se repartieran las funciones entre sus miembros. Sin embargo, este argumento defensivo parte de una lectura sesgada y parcial de los hechos probados, ya que por el contrario, y como acertadamente expone el Ministerio Fiscal en esta instancia casacional, se hace referencia

a una estructura organizada y permanente en la que además del acto de auxilio concreto referido al ahora recurrente, la Audiencia Nacional expresa otras actuaciones que revelan la existencia de situaciones de subordinación y cobertura mediante apoyo de diversas formas -físico, domiciliario, económico, etc.- que comportan, por su distribución entre los miembros del grupo, la necesaria estructura y permanencia junto a los restantes elementos exigidos por el tipo penal, que declaramos correctamente aplicado por el Tribunal "a quo".

Entre las personas alojadas en "Al Kalaa" y que formaban la descrita estructura, se encontraban, el ya condenado en Sentencia de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 17.07.2008 por dichos hechos, Mohamed L.B., como también los acusados Samir y Kamal. De manera que queda reflejada la existencia de una organización terrorista, que tenía como finalidad principal dar apoyo, no sólo moral, sino de todo tipo, a las acciones armadas realizadas por integrantes de la insurgencia radical islámica, no sólo en Irak, sino también fuera de allí. También estaba destinada a tratar de convencer a otras personas para unirse a la insurgencia, como soldados yihadistas o muyahidines dispuestos a luchar hasta la muerte, de manera integrista, en defensa del Islam y de los musulmanes, si bien la actividad acreditada con hechos concretos en la presente causa fue -sustancialmente- la de dar cobertura y ayuda de todo tipo a participantes en los atentados de Madrid, para facilitar su huida. En la organización, encontramos las notas exigidas por nuestra jurisprudencia, tanto de carácter objetivo: una pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad, una organización más o menos compleja, en función de la actividad prevista (en este caso dar cobijo, facilitar la salida del país, ofrecer ayuda económica, pasaportes falsificados, etc.), y una consistencia y permanencia de dicha organización en el tiempo, encontrándonos ante un acuerdo asociativo permanente. En cuanto a los subjetivos: la actividad criminal era querida y pretendida por la asociación y por sus integrantes, en concreto los dos que se condenan en esta causa, Samir y Kamal, además del ya condenado por otra causa, Mohamed L.B.

En tal sentido, nuestra STS de 17 de julio de 2008 (Atentados de Madrid), declaró que "para afirmar la existencia de una banda armada, grupo u organización terrorista, no basta con establecer que los sospechosos o acusados sostienen, y comparten entre ellos, unas determinadas ideas acerca de una religión, un sistema político o una forma de entender la vida. Es preciso acreditar que quienes defienden esas ideas, convirtiéndolas en sus fines, han decidido imponerlas a los demás mediante medios violentos, como ya se ha dicho, orientados a intimidar a los poderes públicos y a intimidar y aterro-

rizar a la población. Dicho de otra forma, es preciso establecer que, desde la mera expresión y defensa de unas ideas, han iniciado de alguna forma, incluso con la decisión efectiva de llevarlo a cabo, su paso a la acción con la finalidad de imponer sus ideas radicales fuera de los cauces pacíficos, individualmente y como grupo. Tal cosa puede manifestarse de múltiples formas, aunque a efectos penales siempre sería preciso algún hecho verificable y significativo, que acredite al menos el inicio de acciones encaminadas a la obtención de medios idóneos para el logro efectivo por ellos mismos o por terceros de aquella finalidad, o bien que ya han procedido de alguna forma, mediante acciones de captación, adoctrinamiento o apoyo, suministro de efectos, sustento ideológico o en cualquiera otra de las muy variadas formas en que tal clase de cooperación puede manifestarse, a colaborar con quienes ya desarrollan efectivamente tales actividades, se preparan para hacerlo o ya lo han hecho.” En la misma línea establece la STS de 16 de febrero de 2007, que “el artículo 516 del Código Penal sanciona a los integrantes de las organizaciones terroristas y el artículo 576 del mismo texto legal hace lo propio con las conductas de colaboración con las actividades o las finalidades de una banda armada, organización o grupo terrorista.

La diferencia, pues, entre ambos preceptos no puede ser otra que el grado de integración en la organización terrorista, esto es, la permanencia, más o menos prolongada en el tiempo, ha de determinar la integración, y la episódica o eventual colaboración, el delito sancionado en el artículo 576 del Código Penal, que específicamente se refiere a cualquier acto de colaboración. No importa, por consiguiente, que los actos definidos en el segundo párrafo del artículo 576 como de colaboración con banda armada u organización terrorista (información o vigilancia de personas, ocultación o traslado de personas, construcción, acondicionamiento, cesión o utilización de alojamientos o depósitos, y en general, cualquier otra forma equivalente de colaboración, ayuda o mediación) sean desempeñados (propiamente, ejecutados) por activistas de la organización integrados en la misma para variar la tipología penal que debe ser aplicada en el caso concreto enjuiciado, sino que el acento jurídico-penal debe residenciarse en la pertenencia a esa organización, estructurada, jerarquizada, movida por fines criminales, más que en los propios actos de colaboración, pues en éstos, cualquier acto es constitutivo de delito, pero como faceta negativa, se exige la inexistencia de vínculo con aquella organización, pues si existe dicho lazo de pertenencia debe aplicarse el artículo 516 del Código Penal en virtud del llamado principio de alternatividad (artículo 8.4 del Código Penal).

Podemos afirmar que la condición de integración o pertenencia a banda armada, supone una “comunidad más fuerte y nuclear con los pretendidos fines y actividad de la banda, que la mera colaboración, que sitúa su ayuda a un nivel más bajo y periférico, debiendo encontrarse en cada caso, y en atención a las concretas circunstancias, el límite divisorio entre la pertenencia y la colaboración.” En consecuencia, el motivo ha de ser desestimado.

Recurso de Kamal.

DÉCIMO.- En el primer motivo, con anclaje constitucional, y al amparo de lo autorizado en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, este recurrente denuncia la infracción del principio de presunción de inocencia, proclamado en el art. 24.2 de nuestra Carta Magna.

Reiterando nuestra doctrina sobre este derecho presuntivo y reaccional, que ya hemos dejado expuesta, la particularidad de este recurrente es que ha reconocido los hechos que se le imputan, confesando pertenecer a esa célula islamista de carácter radical que prestó ayuda a los huidos por los atentados de Madrid, justificando la violencia en los fines que justifican, a su modo, tal organización.

Así, y respecto a la confesión de este coimputado, admitiendo su participación delictiva en la trama de terrorismo islamista, a que se refiere a la sentencia recurrida, hemos de poner de manifiesto que, revisando la causa, como autoriza el art. 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es de destacar la declaración policial de Kamal, tomada en las dependencias de la Comisaría General de Información, el día 19 de octubre de 2008, ante letrado de turno de oficio, diligencia tomada con información de derechos constitucionales, extrayendo de la misma los siguientes pasajes: aunque dijo primeramente que se encuentra en contra de los atentados de Madrid (11-marzo-2004), es cierto que “ayudó a los autores a escapar de España, con destino a Irak”, manifestando conocerlos, y ayudando a los huidos de la explosión del piso de Leganés (que cita), “estando con varios en la casa de San Francesc de Santa Coloma de Gramanet y acompañándolos después en su camino hacia Irak”. Manifiesta también que todos ellos ahora están muertos. Tal casa se denomina como “Al Kalaa”, conociendo a Mohamed A. desde que eran niños, el que escapa en tren hasta Holanda, después de refugiarse aproximadamente un mes en la casa de Al Kalaa.

Realiza igualmente unas declaraciones, en donde admite su participación en la denominada guerra santa (“yihad”), diciendo que “la yihad realizada por todos los muyahidines está totalmente justificada, estando orgulloso de que le llamen terrorista y dispuesto a realizar un atentado en Irak”, reiterando las ayudas a los au-

tores del atentado de los trenes de Madrid. Concluye que su intención “cuando salga de prisión se irá directamente a Irak o Somalia a combatir contra las tropas de la coalición, que es su deseo”, y que “los autores del atentado del 11 de marzo de 2004 en Madrid tenían sus razones para realizar el mismo”, facilitando pormenores sobre las mochilas bomba y aquellos que las portaban, y manifiesta “no arrepentirse de ayudar a escapar a los autores del atentado del 11 de marzo de 2004 en Madrid”, así como de estar “de acuerdo con realizar la yihad”. Al salir de prisión, “su única misión”, será “matar a soldados americanos y policías de Irak, no siendo éstos musulmanes para él”.

Consta igualmente la declaración judicial de Kamal ante el Juzgado Central de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional, grabada en soporte audiovisual, y transcrita bajo la fe del secretario judicial, en junio de 2005, en presencia de abogado de oficio, dada su incomunicación, y con información de derechos constitucionales, ratificándose en su declaración policial (de fecha 16 de junio de 2005), la que, sin embargo, no es tan explícita como la anterior, pero se apuntan aspectos relacionados con el integrismo islamista que profesa.

Igualmente, analizamos desde esta vertiente impugnativa, la declaración judicial prestada ante el Juzgado Central de Instrucción número 6 de la Audiencia Nacional, en el curso de las diligencias previas 309/2005, de fecha 8 de enero de 2007, en donde el imputado se remite a las declaraciones prestadas en otra causa. Sobre esta declaración dice el autor del recurso que cuando su patrocinado “llevaba más de dos años en prisión, mi defendido (es) cuando reconoce, sorprendentemente, su participación en los hechos”. Es decir, para su defensa, no hay duda alguna que ha reconocido los hechos imputados, aunque pone de manifiesto ese lapso temporal. La declaración se presta ante el juez de instrucción con asistencia de letrado e información de derechos constitucionales.

El Tribunal también valora que, pese a tales declaraciones, el ahora recurrente no quiso contestar a ninguna pregunta en el turno de interrogatorio del acusado, ni al Ministerio Fiscal ni a su propia defensa, mostrando una actitud totalmente pasiva, sin dar ninguna explicación acerca del por qué había manifestado ese reconocimiento de hechos imputados durante la instrucción sumarial. Pero no solamente existen como pruebas frente a él, tales auto-incriminaciones en fase sumarial. El Tribunal, conforme a nuestro Acuerdo Plenario de fecha 28 de noviembre de 2006, también valoró todas aquellas pruebas que le sitúan objetiva e incuestionablemente en el lugar de los hechos en el momento de su detención policial (15.06.2005), como también mucho tiempo antes, y que son el resultado de las profundas in-

vestigaciones policiales realizadas, con vigilancias policiales casi permanentes efectuadas desde el año 2004, en torno a la casa “Al Kalaa” en Santa Coloma de Gramanet y sus ocupantes, que permitieron fotografiar, incluso filmar, a las personas que ocupaban aquella casa, entre las que estaba Kamal. Se trata de los policías comparecientes al acto del juicio oral, con números de carnet profesionales: 28., 18., 61., 45., 93., 65., 81., 03. Y hay que poner de manifiesto que las referidas incriminaciones, se han visto corroboradas por prueba testifical y documental practicada en el plenario.

Así, el Tribunal de instancia destaca como elemento de convicción las declaraciones de Mohamed I.H., y precisamente las pone en relación con aquellas otras que tilda de “problemáticas”, destacando que estas declaraciones policiales mantienen muchos puntos de coincidencia con las realizadas por el testigo Mohamed I.H., compareciente en el acto de la vista, y aunque éste se retracta parcialmente de sus previas declaraciones policiales y judiciales, realizadas en el curso de las diligencias previas 18/2008 (aportadas a este procedimiento en pieza separada), sí añaden, estima la Sala sentenciadora de instancia, elementos complementarios que dan coherencia y verosimilitud a dicho relato, manifestado precisamente por uno de los habitantes de la casa Al Kalaa, en los momentos álgidos de la presencia de los huidos de los atentados de Madrid, y que relata el paso de éstos por aquel lugar, reconociéndoles físicamente, incluso a través de los fotogramas de las vigilancias que le fueron mostrados por los funcionarios de la policía judicial.

Y añade otro elemento probatorio consistente en las declaraciones de Yagoub, destacando que, aunque trata de no implicar directamente a Kamal, al relatar y dar explicaciones sobre el episodio que se le imputa en relación con la persona que contactó con él, pidiéndole información sobre “nuevas vías”, sí resulta medianamente claro que quien envió a dicha persona, se encontraba en la trama y sabía de qué hablaba, y que era precisamente Kamal. Y finalmente destaca el contenido de la comisión rogatoria a Argelia poniendo de manifiesto su contenido, al indicar que, como prueba, también se presentó por el Ministerio Fiscal, el resultado de la Comisión Rogatoria a Argelia, realizado a presencia judicial y del Ministerio Fiscal, pero sin presencia de los letrados de la defensa, el 14.01.2007, en relación con la declaración sobre los hechos de Farid Chebira (el texto obra en la Pieza Separada abierta en relación con la 2ª parte de los documentos proveniente de las Diligencias Previas 309/05 del JCI núm. 6, a los folios 38 y siguientes). En las declaraciones de Farid, que se contienen en dicha Comisión Rogatoria, se deja

constancia por éste de la presencia de Kamal en Turquía durante varios meses, coincidiendo y dando su apoyo a Tared, que se encontraba detenido (se relata todo el episodio de su detención e ingreso en el centro de detención como consecuencia del pasaporte falso a nombre de Tared), persona, que como hemos visto, ha sido identificada sin albergar ningún género de duda al respecto, como Mohamed A.

Con tales elementos, queda enervado el derecho fundamental que se dice infringido, por lo que el motivo no puede prosperar.

**UNDÉCIMO.-** En el motivo segundo, articulado por pura infracción de ley, al amparo de lo autorizado en el número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la indebida aplicación de los artículos 515 y 572 del Código Penal.

En realidad, esta queja casacional coincide con la ya resuelta anteriormente, al analizar el motivo séptimo de Samir, por lo que, para su desestimación, nos remitimos a los anteriores argumentos.

**DUODÉCIMO.-** El motivo tercero, viabilizado al amparo de lo autorizado en el art. 849-1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la indebida aplicación del artículo 729 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Este cauce impugnativo, según reiterada jurisprudencia de esta Sala Casacional, no permite la impugnación de preceptos procesales, sino sustantivos. De todos modos, el Tribunal razona suficientemente en la sentencia recurrida el por qué acude al amparo del artículo 729 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, señalando que para la admisión de prueba fuera del plazo ordinario de proposición, tuvo en consideración tanto los criterios establecidos por la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, como del Tribunal Constitucional, relativas a la presentación y admisión de pruebas fuera de plazo, tratando de asimilar y compaginar los preceptos al respecto, contenidos en la regulación del procedimiento ordinario, singularmente el art. 728 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal con los del procedimiento abreviado, concretamente el artículo 786.2 de la misma, y en todo caso compatibilizándolo a través del art. 729, utilizando para ello los criterios más amplios posibles de cara a beneficiar la "calidad" probatoria del proceso, pero en todo caso con el límite de la no causación de indefensión a las otras partes, llevando a cabo la correspondiente ponderación al efecto.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

**DÉCIMO-TERCERO.-** En el motivo cuarto, y con idéntico anclaje impugnativo, se denuncia ahora la

infracción del artículo 14 de la Constitución española.

Se queja del "agravio comparativo entre la decisión jurisdiccional que ha afectado a otros co-acusados (absueltos) en relación con mi defendido (condenado)", y sin respetar los hechos probados, lleva a cabo elucubraciones acerca del grado de "posición de liderazgo", o de su rango en la estructura organizativa, de la que "ni era jefe, promotor o director", en "citada banda de malhechores". Pero lo cierto es que el recurrente, por un lado, ha sido condenado como integrante en organización terrorista, sin otras atribuciones o rangos en la organización, y por otro, no se ha infringido el principio de igualdad, puesto que las pruebas que ha tenido en consideración el Tribunal sentenciador las hemos dejado ya reseñadas con anterioridad, y muy particularmente de sus propias declaraciones, también recogidas anteriormente, trasluzca su pertenencia a tal célula islamista, la ayuda a los huidos en los atentados de Madrid, y por si fuera poco, su intención futura de continuar con la lucha armada, cuando salga de prisión.

El motivo tiene que ser tajantemente desestimado.

**DÉCIMO-CUARTO.-** Finalmente, en el motivo quinto, el autor del recurso suscita una cuestión estrictamente jurídica, al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denunciando la indebida aplicación del artículo 45 del Código Penal.

Dice el autor del recurso, que su patrocinado ha sido condenado a la pena accesoria de inhabilitación especial para profesión, oficio e industria por tiempo de diez años, superando los nueve años de la pena principal, y a tal efecto, cita el art. 45 del Código penal como precepto infringido.

Ahora bien, si observamos el fallo de instancia, este recurrente, junto con Samir, ha sido condenado como autor de un delito de pertenencia a organización terrorista, en grado de integrante, a la pena de 9 años de prisión e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 10 años.

En modo alguno, pues, ni se trata de pena accesoria, como infundadamente supone el recurrente, ni se le ha condenado por la impugnada inhabilitación especial para profesión, oficio e industria, sino para empleo o cargo público.

Al respecto, el art. 516, en su apartado 2º, que ha sido el aplicado, dispone: "a los integrantes de las citadas organizaciones (se les impondrá), la de prisión de seis a doce años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a catorce años". Como vemos, la pena de inhabilita-

ción especial es pena principal y no accesoria, no comprende la denunciada "profesión, oficio e industria", y en punto a su duración, obsérvese que arrancando ambas penas principales en seis años, la inhabilitación especial para empleo o cargo público, lo será por tiempo de seis a catorce años, y la pena de prisión, de seis a doce años, razón por la cual, el Tribunal sentenciador ha elevado en un año la primera respecto a la segunda, con total corrección jurídica.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

**DÉCIMO-QUINTO.-** Al proceder la desestimación de los recursos de Samir y de Kamal, se les impondrán las costas procesales de esta instancia casacional, y en cambio, se declaran de oficio las correspondientes al recurso de Mohamed, por su estimación, y lo propio sucederá en el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, aún cuando proceda su desestimación, por ser conforme a los postulados dictados por el art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

#### FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal y por las representaciones legales de los procesados Kamal y Samir, contra Sentencia núm. 31/2009, de 30 de abril de 2009 de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Declaramos de oficio las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por el recurso del Ministerio Fiscal y, en cambio, condenamos a dichos procesados recurrentes al pago de las mismas que por sus respectivos recursos se han causado. Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por el procesado Mohamed, contra Sentencia núm. 31/2009, de 30 de abril de 2009 de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Declaramos de oficio las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por su recurso. En consecuencia casamos y anulamos, en la parte que le afecta, la referida Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que será sustituida por otra más conforme a Derecho.

Comuníquese la presente resolución y la que seguidamente se dicta a la Audiencia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar.- Julián Sánchez Melgar.- Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.- Siro Francisco García Pérez.

#### SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de diciembre de dos mil nueve.

El Juzgado Central de Instrucción núm. 5 instruyó Sumario núm. 18/2007 por delitos de pertenencia a organización terrorista, colaboración con organización terrorista, falsificación de documentos y contra la salud pública contra Kamal, nacido en Tizi Ozou (Argelia), el 31 de marzo de 1978, hijo de Abdelah y Fátima, con NIE X.-D. También se le atribuye la identidad de Abah nacido en Bni Bopuyache (Marruecos) el 31 de marzo de 1978, Samir, nacido en Ouar Aknia (Marruecos) el 14 de febrero de 1977, hijo de Abdesamade y Yamina, con NIE X. Q, KHALED, nacido en Hussein Dey (Argelia) el 6 de junio de 1983, hijo de Othmane y Fátima, con NIE núm. X. Q, Yagoub, nacido en Tissemsilt (Argelia) el 26 de septiembre de 1967, hijo de Ben Zegraba y Touil Fatma, con NIE núm. X.-Y, Said, nacido en Old Boumaiza (Marruecos), el 15 de junio de 1978, hijo de Abdelkader y Fatma, con NIE núm. X.-V, Rioane, nacido en Agadir (Marruecos) el 16 de diciembre de 1976, hijo de Chtioui y Oemhani, con NIE núm. X.T, Mohamed, nacido en Beni Amarte (Marruecos) el 1 de septiembre de 1976 hijo de Hamadi y Rahma, con NIE num. X. X, Driss, nacido en Beni Boufrah (Marruecos) el 2 de octubre de 1978, hijo de Mohamed y de Aicha, Absdelharie, nacido en Tanger (Marruecos) el 20 de enero de 1972, hijo de All-1 y Fátima, con NIE núm. X. T, Tared, nacido en Ceuta el día 24 de diciembre de 1978, hijo de Abdelkader y Yamina, de nacionalidad española, con DNI núm., Bil, nacido en Fez (Marruecos) el día 1 de enero de 1983, hijo de Mohamed y Jadilla, Mustafa, nacido en Ceuta el 30 de enero de 1979, hijo de Mohamed y Sohara y DNI núm., Aomar, nacido en Ceuta el 1 de enero de 1981, hijo de Hamed y Rahama, y Abdelmaliek, nacido en Ceuta el 12 de mayo de 1971, hijo de Abdesalam y Fatma, con DNI núm.; y una vez concluso lo remitió a la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que con fecha 30 de abril de 2009 dictó Sentencia núm. 31/2009, la cual ha sido recurrida en casación por el Ministerio Fiscal y por las representaciones legales de los procesados Mohamed, Kamal y Samir, y ha sido casada y anulada, en la parte que le afecta, por la Sentencia dictada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo; por lo que los mismos Magistrados que formaron Sala y bajo idéntica Presidencia y Ponencia, proceden a dictar esta Segunda Sentencia con arreglo a los siguientes:

#### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** Antecedentes de hecho.- Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho de la Sentencia de instancia, que se han de com-

pletar con los de esta resolución judicial.

SEGUNDO.- Hechos probados.- Damos por reproducidos los hechos probados de la Sentencia recurrida, en su integridad.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por las razones expuestas en nuestra anterior Sentencia Casacional, debemos absolver a Mohamed del acusado delito de colaboración con organización terrorista, con declaración de oficio de las costas procesales de la instancia.

#### FALLO

Que manteniendo en un todo el resto de los pronunciamientos de la Sentencia recurrida, debemos absol-

ver a Mohamed del acusado delito de colaboración con organización terrorista, con declaración de oficio de las costas procesales de la instancia, en la proporción que le corresponda.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Adolfo Prego de Oliver y Tólviz.- Julián Sánchez Melgar.- Miguel Colmenero Menéndez de Lurca.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.- Siro Francisco García Pérez.

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

dad de informarlos en la prevención del VIH/sida”.

Según el Auto se solicitaba la suspensión de la campaña por entender que el recurso poseía una apariencia de buen derecho frente a la misma, y, además, porque vulneraba la normativa sobre publicidad institucional de la Generalidad catalana, Ley 18/2000, de 29 de diciembre, los folletos infringían la libertad sexual y el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad de los menores, así como el Código Penal que no permite la determinación sexual antes de alcanzar los trece años y ello con excepciones, y de la misma manera los folletos infringían las normas sobre veracidad de la publicidad en materia de salud, e inducían a error, y añadía, además, que se vulneraba el pluralismo y la libertad ideológica de los hijos y sus padres garantizada en el Estatuto de Autonomía de Cataluña, art. 42.7, excediendo en su contenido del propio de una campaña de prevención de enfermedades de transmisión sexual y de evitación de embarazos no deseados. La demanda se basaba también en el periculum in mora y resaltaba el hecho de que no sería posible reparar los errores producidos por la falta de verdad o el deterioro en el desenvolvimiento libre de la personalidad de los menores y de su libertad sexual que debía protegerse penalmente frente a todos así como la vulneración del derecho de los padres en ese sentido.

Por el contrario según el Auto el Letrado de la Generalidad alegó que los recurrentes no demostraban que graves perjuicios irreparables se producirían en caso de no adoptarse la medida cautelar de suspensión, y que los folletos citados querían ser un instrumento utilizable en la formación y educación afectivo sexual de esos grupos de población, que pretendía contribuir a la adquisición de hábitos saludables en aquel ámbito para que en un futuro y ante la posible exposición a situaciones de riesgo pudieran adoptar actitudes favorables para evitarlas. Negaba también que formasen parte de una campaña de publicidad institucional por lo que no era aplicable la norma reguladora de la misma.

El Auto mencionaba el art. 130 de la Ley de la Jurisdicción para afirmar que la medida cautelar sólo podría acordarse previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder la finalidad última del recurso. Siendo necesario examinar todas las circunstancias que concurrían en cada caso y los intereses en juego para determinar si acordar o no la suspensión comportaría perjuicios de imposible o difícil reparación a los recurrentes o al interés público. Y añadía con cita de la Sentencia de esta Sala de 26 de septiembre de 2007 que también se habría de tener en consideración la apariencia de buen derecho si la petición está bien fundada en derecho

pero no de forma autónoma algo que sólo es posible en el supuesto del art. 136 de la Ley.

Y continúa el Auto afirmando que en este supuesto se efectúa una extensa argumentación acerca de la apariencia de buen derecho que contiene el recurso pero en cambio no se indican los elementos necesarios para hacer una correcta ponderación de los intereses en conflicto.

Añade igualmente la Sala en el Auto que la Generalidad en defensa del interés público manifiesta que el programa de prevención sanitaria en que se insertan los folletos no pretende promover la precocidad de las relaciones sexuales ni trivializar los comportamientos de riesgo sino que los jóvenes se inician de modo cada vez más prematuro en la práctica sexual y adopta una posición realista y trata de informarles de los riesgos que concurren y de las medidas que prevención que pueden adoptar para evitarlos o minimizarlos. Y añade que la campaña está dirigida a alumnos de los ciclos superiores de enseñanza primaria y secundaria y no se han distribuido directamente a los niños y a los jóvenes sino que se trata de un material informativo distribuido en el ámbito educativo, asociativo y sanitario, y dirigido a los directores y responsables de los centros respectivos para que puedan valorar la necesidad de utilizarlos como una ayuda o soporte en las intervenciones educativas de tutoría en el ámbito de la educación afectiva y sexual que se realice en los centros.

Seguidamente el Auto mantiene igual que afirma el informe de la asesoría jurídica del Departamento de Salud “la publicación y difusión de los folletos impugnados responde por tanto a la finalidad de proteger la salud de las personas y se dicta de acuerdo con el artículo 43 de la CE, que reconoce el derecho de todos los ciudadanos a la protección de la salud y la competencia de los poderes públicos para organizar y tutelar la salud pública”.

Y sostiene que en ese sentido las intervenciones impugnadas siguen las directrices y recomendaciones de la ONUSIDA/OMS, que apuesta por abrir la discusión y el diálogo entre la juventud respecto a la educación sexual.

Y termina el Auto diciendo que:

“De lo expuesto, examinadas las circunstancias que concurren en este caso y los intereses en juego, hemos de concluir que no ha quedado acreditado cuáles serían los daños o perjuicios que se producirán en caso de que no se adoptase la medida cautelar y, contrariamente, consideramos que la suspensión puede originar una perturbación del interés general”.

TERCERO.- El recurso de casación interpuesto frente al Auto citado

## TSJ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2010/11566

TS Sala 3ª, Sección: 4, Sentencia 3 febrero 2010. Ponente: D. Santiago Martínez-Vares García

Medidas cautelares

### Carga de prueba para quien interesa la suspensión

*El TS desestima el recurso de casación interpuesto frente al Auto del TSJ de Cataluña que rechazó la medida cautelar de suspensión solicitada por los demandantes, de la campaña promovida por los Departamentos de Salud, Educación y de Acción Social y Ciudadanía -Secretaría de Juventud-, de la Generalidad de Cataluña y que consistía en repartir cien mil folletos informativos sobre afectividad y sexualidad para niños de 10 y 11 años, ciclo superior de educación primaria, y adolescentes de entre 12 y 16 años de educación secundaria obligatoria, en escuelas públicas y privadas, centros sociales y hospitales. La Sala considera que quien interesa la suspensión tiene la carga de probar adecuadamente qué daños y perjuicios de difícil o imposible reparación existen para adoptar la medida pretendida, sin que baste efectuar meras invocaciones genéricas acerca de los perjuicios que en este caso la campaña habría de producir.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone este recurso de casación por la representación procesal de la Asociación E-Cristians y de D. Luciano, frente al Auto de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sección Segunda, de doce de diciembre de dos mil siete, que rechazó la medida cautelar de suspensión solicitada por los demandantes, de la campaña promovida por los Departamentos de Salud, Educación y de Acción Social y Ciudadanía (Secretaría de Juventud), de la Generalidad de Cataluña y que consistía en repartir 100.000 folletos informativos sobre afectividad y sexualidad para niños

de 10 y 11 años, ciclo superior de educación primaria, y adolescentes de entre 12 y 16 años de educación secundaria obligatoria, en escuelas públicas y privadas, centros sociales y hospitales. El Auto mencionado fue recurrido en súplica y confirmado por otro posterior de treinta de enero de dos mil ocho.

SEGUNDO.- Como expone el primero de ambos Autos la campaña “a mi también me pasa... y a ti”, pretendía sensibilizar e informar a los niños y niñas de primaria y servir de ayuda a aquellas personas que inciden en la educación y el desenvolvimiento de ese grupo de población, y la campaña “háztelo tuyo” se dirigía a jóvenes de secundaria con la finali-

contiene dos motivos. El primero de ellos al amparo del apartado c) del número 1 del art. 88 de la Ley de la Jurisdicción por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio "por infracción de las normas reguladoras de la sentencia". Concretamente infracción del artículo 24 de la Constitución y de la Jurisprudencia de esta Sala sentada en las Sentencias de 15 de noviembre de 2004 y 27 de mayo de 2003, y de la doctrina del Tribunal Constitucional sentada en las sentencias 91/1995 de 19 de junio, 189/1996, de 25 de noviembre y 63/2004 de 19 de abril: defecto de motivación e incongruencia omisiva de los autos de fecha 12 de diciembre de 2007 y 31 de enero de 2008 dictados por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña".

Según el motivo el Auto infringe el derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce el art. 24 de la Constitución que exige que la respuesta judicial a las pretensiones y alegaciones esenciales planteadas por las partes esté motivada con un razonamiento congruente fundado en derecho que evidencie que el fallo judicial no es un arbitrario acto de voluntad del juzgador.

Y afirma que en este supuesto "el Auto de fecha 12 de diciembre de 2007 dictado por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, incurre claramente en incongruencia omisiva lo que se acredita seguidamente".

El motivo cita las Sentencias del Tribunal Constitucional 5/1990, 91/1995 y tras referirse a la doctrina que las mismas contienen y en particular a la distinción que efectúa la segunda entre alegaciones y pretensiones de las partes concluye que "La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha incurrido en un grave defecto de motivación, al no haber entrado a valorar las alegaciones esenciales efectuadas por esta parte.

Tal y como se ha hecho constar en apartados anteriores del presente recurso, mis representados alegaron y justificaron perjuicios muy concretos, tanto para la libre evolución y desarrollo de la personalidad de los menores, como para su propia salud. Y se fundamentó la existencia de tales perjuicios en la propia regulación del Código Penal y de diversa normativa administrativa sanitaria y de la publicidad, por tratarse de perjuicios que pudiéramos calificar de "normativizados", y que cuentan con un amplio arsenal de normas dirigido a evitar su producción. Citábamos, además, la propia Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1996. Se justificó en el escrito, entendemos que sobradamente, la existencia de bienes jurídicos dignos de protección que la campaña perjudicaba.

Pues bien los autos recurridos en ningún momento valoran la concurrencia de tales perjuicios. Ni se afirman ni se niegan. Se recurre al fácil e injustificado expediente de negar su concreta indicación.

Debe en este punto recordarse que el Auto de fecha 12 de diciembre de 2007 se limita exponer que "en la solicitud de suspensión no se indica qué perjuicios concretos puede comportar la campaña. Se hace una extensa exposición sobre los elementos en los que se fundamenta el recurso, es decir, se pretende de forma exhaustiva acreditar la apariencia de buen derecho, pero, en cambio, no se indican los elementos necesarios para poder hacer una correcta ponderación de los intereses en conflicto".

En este sentido las intervenciones realizadas siguen las directrices y recomendaciones de la ONUSIDA/OMS, que apuesta por abrir la discusión y el diálogo entre la juventud respecto a la educación sexual.

De todo lo expuesto, examinadas las circunstancias que concurren en cada caso y los intereses en juego, debemos concluir que no ha quedado acreditado cuáles serían los daños y perjuicios que se producirían en caso de que no se adopte esta medida cautelar y, contrariamente, consideramos que la suspensión puede originar una perturbación del interés general".

Por su parte, el Auto de 31 de enero de 2008 tampoco entra a resolver las alegaciones de esta parte formalizadas clara y expresamente en una enumeración de perjuicios concretos derivados de la ejecución de los actos y actuaciones impugnados. Simplemente afirma que "el recurrente no aporta nuevos elementos en qué fundamentar su petición de suspensión de la campaña sobre educación sexual en las escuelas".

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se ha limitado a desestimar de plano la media cautelar solicitada sin entrar a valorar las alegaciones esenciales vertidas por esta parte en relación a los perjuicios de imposible reparación.

Conforme a la reiterada doctrina de este Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, el vicio de incongruencia omisiva derivado de la falta de respuesta a las alegaciones o pretensiones de las partes y asimismo la ausencia de valoración de los medios probatorios por parte de los órganos judiciales vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 24 de la Constitución Española.

Procede, por ello, estimar el presente recurso de casación y anular el Auto de fecha 12 de diciembre de 2007 y el Auto de fecha 31 de enero de 2008 dictados por la Sala de lo

Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña".

La Generalidad de Cataluña opone a este motivo que la Sala de instancia dio plena respuesta a los argumentos sostenidos por los recurrentes tanto en el primero de los Autos como en el posterior que desestimó el recurso de súplica frente a aquel. Mantiene que la pretensión de suspensión cautelar se fundó en la apariencia de buen derecho de la pretensión ejercida base insuficiente para que pudiera prosperar la misma puesto que ello sólo es posible en los supuestos en que se pretenda la nulidad de un acto que resulte palmaria.

El motivo no puede prosperar. Puesto que las resoluciones que se recurren de acuerdo con lo dispuesto en el art. 131 de la Ley de la Jurisdicción han de adoptar la forma de Auto, los mismos están sujetos a los requisitos que para ellos dispone el art. 248.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial "los autos serán siempre fundados y contendrán en párrafos separados y numerados los hechos y los razonamientos jurídicos y, por último, la parte dispositiva. Serán firmados por el Juez, Magistrado o Magistrados que los dicten" y en idéntico sentido se manifiesta el art. 208.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando expresa que "los autos y las sentencias serán siempre motivados y contendrán, en párrafos separados y numerados, los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho en los que se base la subsiguiente parte dispositiva o fallo". Para concluir con esta relación de preceptos conviene también citar el art. 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que se refiere a la exhaustividad y congruencia de las sentencias y a su motivación, y que es de perfecta aplicación a los Autos, y que mantiene que:

"1. Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate".

Es decir las resoluciones recurridas, los Autos que el recurso cuestiona, en tanto que incurren en incongruencia omisiva según el motivo, deben estar suficientemente motivados y ser congruentes con la pretensión de los recurrentes y lo en ellos resueltos. En el supuesto que nos ocupa los Autos objeto del recurso poseen motivación suficiente y son congruentes.

Así el Auto de doce de diciembre de dos mil siete y el posterior que desestimó la súplica, no incurrieron en la incongruencia que se les imputa, y no constituyen un acto arbitrario del Tribunal que los dictó, en tan-

to que dieron respuesta motivada a la pretensión que ante el Tribunal se dedujo. La pretensión era la de que se suspendiese de modo cautelar la campaña que la Generalidad de Cataluña a través de varios de los departamentos de su Gobierno había presentado y que se dirigía, según recoge el primero de los Autos, a sensibilizar e informar a los niños y niñas de primaria y a servir de ayuda para ello a aquellas personas que inciden en la educación y el desenvolvimiento de ese grupo de población, y la segunda de las campañas se dirigía a jóvenes de secundaria con la finalidad de informarles, de igual manera, acerca de la prevención de enfermedades de transmisión sexual y en particular del VIH/SIDA y la prevención de embarazos no deseados.

A esa pretensión respondió la Sala negando la suspensión y argumentando para ello que la medida que se pretendía obtener se fundaba esencialmente en el *fumus bonus iuris* y con cita de la Sentencia de esta Sala de 26 de septiembre de 2007, que, a su vez, se remitía al Auto también de 27 de febrero de ese año, afirmó que la aplicación de ese principio "procede en determinados supuestos (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, ATS 14 de abril de 1997, de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, de existencia de una sentencia que anula el acto en una instancia anterior aunque no sea firme; y de existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz), pero advirtiendo, al mismo tiempo, de los riesgos de la doctrina al señalar que "la doctrina de la apariencia de buen derecho, tan difundida, cuán necesitada de prudente aplicación, debe ser tenida en cuenta al solicitarse la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general, declarada previamente nula de pleno derecho o bien cuando se impugna un acto idéntico a otro ya anulado jurisdiccionalmente".

De modo que descartada esa alegación o ese aspecto del recurso se trata de saber si la decisión del Tribunal de instancia tuvo en cuenta lo previsto por la Ley de la Jurisdicción en el artículo 130 que dispone que "la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso", y ello "previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto" y que en su apartado 2 afirma que "la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada".

Y atendido lo anterior tampoco es posible aceptar que en este supuesto la decisión recurrida pueda tildarse

de incongruente en el sentido de arbitraria en cuanto falta de respuesta a lo pretendido por los recurrentes, por que sí se otorgó contestación a los argumentos que expusieron los recurrentes al solicitar la medida cautelar, puesto que el Auto afirmó que los pretendidos perjuicios irreparables que la campaña produciría de no suspenderse por la Sala y que exponían los demandantes de la medida, no se concretaban, de modo que no era posible efectuar una correcta ponderación de los intereses que se afectaban y perjudicaban de los terceros, (los menores y sus padres), que los demandantes pretendían defender. Por el contrario la Sala entendió que en la forma en que quedó planteado el debate el acogimiento de la medida solicitada sí era susceptible de perturbar el interés general que la campaña pretendía cumplir.

En consecuencia no es posible como anticipamos estimar el motivo.

CUARTO.- El segundo de los motivos al amparo del apartado d) del art. 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción sostiene que el Auto recurrido incurre en infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicable a las cuestiones planteadas y "concretamente del artículo 24 de la Constitución Española, 129 y 130 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en relación con las sentencias de esta Sala de fechas 5 de marzo de 2002, 6 de marzo de 2001, 22 de octubre de 2002 (entre otras), así como en relación a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de mayo de 1996".

El motivo se refiere al art. 130 de la Ley 29/1998 que dispone "que previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, se podrá acordar la adopción de la medida cautelar solicitada cuando la ejecución del acto recurrido pueda hacer perder la finalidad legítima al recurso o cuando cause perjuicios de difícil o imposible reparación".

En este sentido, la propia Ley Jurisdiccional ha establecido, en el apartado VI.5 de su exposición de motivos, que la adopción de medidas cautelares no debe contemplarse como una excepción, sino como una facultad que el órgano judicial debe ejercitar siempre que la ejecución del acto pueda hacer perder la finalidad del recurso". Y transcribe el párrafo correspondiente de la exposición de motivos de la Ley sobre esa cuestión y se hace eco de las Sentencias de esta Sala de 6 de marzo de 2001, 5 de marzo y 22 de octubre de 2002 y de igual manera procede en relación con la del Tribunal Constitucional de 20 de mayo de 1996 y tras ese resumen de la jurisprudencia de la Sala concluye que:

"Primero.- En relación con la pérdida de la finalidad del recurso.

En el presente supuesto, si no se acordase la suspensión, la campaña

acordada e iniciada por la Generalidad de Cataluña desplegaría y agotaría todos sus efectos y el recurso habría perdido su finalidad práctica y concreta.

Segundo.- En relación a los perjuicios de imposible o difícil reparación.

Se hizo una exposición detallada de los perjuicios que se derivan de la ejecución de la campaña: inducción a los menores de edad a error sobre el grado de seguridad de los preservativos, masculinos y femeninos; sobre la edad psicológica y jurídicamente correcta para el "debut sexual", omisión de información sobre comportamientos de riesgo y otros alternativos, etc.

Tercero.- En relación a la ponderación de los intereses en conflicto.

Entiende la parte que la ponderación de los intereses en conflicto abona la suspensión de la campaña o, tal y como subsidiariamente solicitaba en el recurso de súplica, de eliminación parcial de contenido o modificación parcial de destinatarios.

El conjunto de infracciones jurídicas en que incurre la campaña y de perjuicios concretos que de ella se derivan abona la tesis de la suspensión de la impugnada y la elaboración de una nueva que, al menos, informe correctamente del grado de fiabilidad real de los preservativos masculinos y femeninos en relación a las enfermedades de transmisión sexual y los embarazos; así como de la opinión del ordenamiento jurídico sobre las relaciones sexuales prematuras.

Ahora bien, para el caso de que no adoptase esa posición, se solicitaba subsidiariamente que se modificase la edad de los destinatarios de los folletos para que, al menos, los folletos de secundaria no se entregasen a menores de 13 años.

Hay que decir, en cualquier caso, que los folletos son accesibles a través de la página web del Departamento de Salud de la Generalidad.

Cuarta.- Apariencia de buen Derecho.

Entiende esta parte, y la jurisprudencia penal y contencioso administrativa citada (especialmente la Sentencia de 8 de noviembre de 1996) le apoya, que la campaña incurre en manifiestas infracciones del ordenamiento jurídico. Nos remitimos al resumen de las alegaciones de la solicitud de suspensión y del recurso de súplica que hemos incorporado a este recurso de casación y, que por evitar reiteraciones no copiamos en este apartado.

Entendemos, en conclusión, que la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en los autos recurridos, tampoco ha realizado la preceptiva

ponderación de los intereses en conflicto que concurren en el caso concreto objeto de análisis, prescindiendo de esta manera de lo preceptuado en los artículos 129 y 130 de nuestra Ley Jurisdiccional, vulnerando de forma flagrante estos preceptos esenciales y la jurisprudencia que esa Sala recaída sobre los mismos".

Por la defensa de la Generalidad se reiteran los argumentos de la instancia en cuanto a la finalidad perseguida por la campaña y los refuerza a su entender con la cita de las Sentencias de esta Sala de 12 de julio de 1993, 8 de noviembre de 1996, y del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 15 de marzo de 2007.

Tampoco la Sala puede compartir la posición de los demandantes ante este motivo. La Sala muestra su conformidad con lo que el motivo recuerda acerca de la trascendencia que posee la justicia cautelar para preservar como expresa la Ley, la finalidad legítima al recurso, pero ello debe ponerse inmediatamente en conexión con lo que la misma Ley exige, que se alcance o disponga la medida cautelar sobre la base de una ponderación suficientemente motivada de todos los intereses en conflicto.

Y atendidas esas circunstancias que el recurso describe y enumera en los folios correspondientes de su escrito de interposición, afirma que la decisión de la Sala de instancia debió ser otra, y que si no ocurrió así fue porque no ponderó debidamente los intereses en conflicto. Alegaba para ello que la campaña vulneraba la Ley de publicidad institucional de Cataluña, que los folletos infringían la libertad sexual y el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad de los menores, y el Código Penal en cuanto a la edad para la determinación sexual cuyo límite se fija en los trece años y que, además, infringían las normas sobre veracidad de la publicidad en materia de salud e inducían a error en relación con la seguridad de los preservativos tanto masculinos como femeninos, vulnerando también el pluralismo político y la libertad ideológica que garantiza el Estatuto de Autonomía de Cataluña.

Sin embargo la Sala mantuvo que esos intereses que alegaban los recurrentes no eran merecedores de ser acogidos porque no se concretaban suficientemente, y sólo se hacían sobre ellos afirmaciones genéricas, mientras que, a su juicio, de proceder a la suspensión pretendida sí se vería perjudicado el interés general que la campaña pretendía satisfacer y que defendía la Administración que la impulsaba de mostrar a los niños y a los adolescentes a los que se dirigía, a través de la utilización de las publicaciones que se distribuirían a los educadores, cuestiones que resultaban de interés que conocieran en su beneficio, y en función de la edad de cada uno de los grupos de población a que se dirigían, relativas

al conocimiento de realidades a las que iban a ir despertando y con las que se pretendía que convivieran con naturalidad.

Del examen del escrito de interposición del recurso y de las alegaciones que en el se contienen no se deduce otra cosa que la que concluyó la Sala de instancia. Es decir alegaciones carentes de respaldo alguno, opiniones que en definitiva no demostraban los perjuicios irreparables que la no suspensión habría de producir. Porque como es conocido quien interesa la suspensión tiene la carga de probar adecuadamente qué daños y perjuicios de difícil o imposible reparación existen para adoptar la medida pretendida, sin que baste efectuar meras invocaciones genéricas acerca de los perjuicios que en este caso la campaña habría de producir.

Por otra parte examinados los documentos que sustentan la campaña en el ámbito angosto de este proceso cautelar en el que no es posible avanzar más allá de un análisis sucinto de los intereses en juego, para de ese modo no prejuzgar el fondo del asunto, desconociendo en otro caso las garantías de contradicción y prueba inherentes al proceso, y atendidas las razones expuestas por la Sala en cuanto a la ponderación de los intereses que valoró con los argumentos de las partes de que dispuso, no es posible estimar el motivo.

QUINTO.- Al desestimarse el recurso procede de conformidad con lo prevenido en el art. 139.2 de la Ley de la Jurisdicción hacer expresa condena en costas a los recurrentes, si bien la Sala haciendo uso de la facultad que le otorga el número 3 del precepto citado señala como cifra máxima que en concepto de honorarios de Abogado podrá hacerse constar en la tasación de costas la suma de tres mil euros (3.000 euros) que deberán satisfacer por mitad la Asociación E-Cristians y D. Luciano.

#### FALLO

No ha lugar al recurso de casación núm. 927/2008, interpuesto por la representación procesal de la Asociación E-Cristians y D. Luciano, frente al Auto de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sección Segunda, de doce de diciembre de dos mil siete, que rechazó la medida cautelar de suspensión solicitada por los demandantes, de la campaña promovida por los Departamentos de Salud, Educación y de Acción Social y Ciudadanía (Secretaría de Juventud), de la Generalidad de Cataluña y que consistía en repartir 100.000 folletos informativos sobre afectividad y sexualidad para niños de 10 y 11 años, ciclo superior de educación primaria, y adolescentes de entre 12 y 16 años de educación secundaria obligatoria, en escuelas públicas y privadas, centros sociales y hospitales y confirmado por otro posterior de treinta de enero de dos mil ocho, que confir-

mamos y todo ello con expresa condena en costas a los recurrente con el límite establecido en el fundamento de Derecho quinto de esta Sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Antonio Martí García.- Celsa Pico Lorenzo.- Enrique Le-cumberri Martí.- Ricardo Enriquez

Sancho.- Santiago Martínez-Vares García.- Segundo Menéndez Pérez.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Santiago Martínez-Vares García, Magistrado Ponente en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal Supremo el mismo día de la fecha, de lo que como Secretario doy fe.

enero de 1984, y aporta para el contraste la Sentencia dictada el día 30 de enero de 2008 por la homónima y Sala y Tribunal de Madrid, firme ya al recaer la que aquí se combate.

Enjuició esta resolución referencial el supuesto de un soldado que ingresó en el Regimiento de Zapadores Ferroviarios el 15 de julio de 1984, licenciándose el 15 de septiembre de 1987 -26ª promoción-, suscribiendo contrato de trabajo con RENFE el 8 de febrero de 1988. El Juzgado de lo Social, estimando la demanda del trabajador, le reconoció la antigüedad a efectos personales desde el 15 de julio de 1984 y frente a terceros el 15 de septiembre de 1985, decisión que fue íntegramente confirmada en este caso en sede de suplicación.

A la vista de lo relatado, está claro que ambas resoluciones en presencia son legalmente contradictorias a los efectos previstos por el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), tal como nadie ha puesto en duda. Y como quiera que además, el escrito de interposición del recurso se ajusta a lo prevenido en el art. 222 del propio Texto procesal, procede entrar a decidir el fondo de la controversia.

SEGUNDO .- La cuestión que ahora se nos plantea en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ya ha sido resuelta por el Pleno de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en la Sentencia de 17 de febrero de 2009 (recurso 734/2008), seguida por las de 16/2/2009 (recurso 1168/2008), 17/02/2009 (recurso 1030/2008), 18/02/2009 (recurso 197/2008), 18/02/2009 (recurso 672/2009) y 21/07/2009 (recurso 328/2008). En ellas se contiene la doctrina que en este caso hemos de seguir, por razones de seguridad jurídica, y así se dice que:

Para resolver la cuestión planteada hay que partir del art. 20 del X Convenio Colectivo publicado en el BOE de 26-8-1993, donde se regula de forma expresa la antigüedad de los Agentes procedentes de Militares en Prácticas y se dispone que "se considerará como fecha de antigüedad en la Red la de incorporación a la Agrupación de Movilización y Prácticas de Ferrocarriles o al Regimiento de Zapadores Ferroviarios ...".- A pesar de la claridad de dicho precepto, la empresa recurrente funda su recurso en el hecho de que al lado de esa regla general existe un antecedente que podría considerarse "regla especial" establecida para el cálculo de la antigüedad de quienes procedían tanto de la promoción 27 del Regimiento de Zapadores como de la 26 del mismo o las 44 y 45 del Regimiento de Movilización. Esa regla vendría constituida por una sentencia de conflicto colectivo dictada en 1991 por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional que fue confirmada por esta Sala, en sentencia de 10 de diciembre de 1992, sentencias

en cuya ejecución se llegó a un Acuerdo el 30 de junio de 1993, entre RENFE y el Sindicato UGT, por el que se pactaba para este colectivo una antigüedad en la Red que se retrotraía a los tres años anteriores a su efectiva incorporación a la empresa, a efectos de cuatrienios.

Pero, aunque lo problemático del tema ha dado lugar a sentencias contradictorias, un análisis detallado de la cuestión nos lleva a concluir que es más correcta la doctrina contenida en la sentencia recurrida y que al demandante, al igual que a sus compañeros de la 26ª y 27ª promoción del Regimiento de Zapadores Ferroviarios y de las promociones 44ª y 45ª del Regimiento de Movilización y Prácticas de Ferrocarriles, les corresponde, a efecto de cuatrienios, una antigüedad en la Red que coincide con la de su ingreso en los respectivos Regimientos, cual dispone el artículo 20 del Convenio Colectivo de RENFE publicado en el B.O.E. de 26 de agosto de 1993. El precepto convencional citado vino a consagrar lo ya dispuesto, respecto de estos trabajadores, en la Circular 400 de 18 de marzo de la Dirección General de RENFE en el sentido de reconocerles como antigüedad en la RED la de su incorporación a la Agrupación de Movilización o al Regimiento de Zapadores, disposición que fue incorporada al artículo 103 del Texto Refundido de la Normativa Laboral de RENFE y al X Convenio Colectivo de RENFE, publicado en el B.O.E. de 26 de agosto de 1993, cuyo art. 20 reitera que la fecha de antigüedad en la RED será la de "incorporación a la Agrupación de Movilización y Prácticas de Ferrocarriles o al Regimiento de Zapadores". Tal mandato prevalece sobre cualquier otra disposición o acuerdo anterior, máxime cuando el Convenio contiene una Disposición Derogatoria que declara derogado todo el contenido de cualquier norma de índole laboral o no expresamente mencionada en el mismo, así como también de aquellas normas anteriores que se opongan a lo dispuesto en el Convenio que pasa a ser la única normativa reguladora de las relaciones laborales en RENFE.

El acuerdo de RENFE y UGT de 30 de junio de 1993 no es aplicable porque, aparte que la validez del mismo es cuestionable por la falta de representatividad del único sindicato interviniente, el mismo quedó sustituido por las disposiciones al respecto del X Convenio Colectivo que eran más favorables y que tenían un carácter normativo que prevalece sobre el pacto que no tiene ese carácter. No puede aceptarse tampoco que exista cosa juzgada que impida volver a pronunciarse sobre el tema de la antigüedad, por cuánto, cual se deriva de lo dispuesto en el artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la vinculación a lo ya juzgado se da cuando el objeto del nuevo proceso es idéntico, cuando las pretensiones se formulan en uno y otro proceso en los mismos términos fácticos y



2010/10057

TS Sala 4ª, Sentencia 18 enero 2010. Ponente: D. Juan Francisco García Sánchez

## Antigüedad en Renfe del personal procedente del regimiento de zapadores

*El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el trabajador demandante frente a sentencia que reconoció al actor una antigüedad genérica frente a terceros del 8 febrero 1986, fecha de la incorporación al Regimiento de Zapadores Ferroviarios. La Sala señala que el art. 20 del Convenio Colectivo de RENFE regula de forma expresa la antigüedad de los Agentes procedentes de Militares en Prácticas y se dispone que se considerará como fecha de antigüedad en la Red la de incorporación a la Agrupación de Movilización y Prácticas de Ferrocarriles o al Regimiento de Zapadores Ferroviarios y tal mandato prevalece sobre cualquier otra disposición o acuerdo anterior, sin que quepa apreciar cosa juzgada por sentencia de la AN, ya que tras ella se negoció un nuevo convenio; por último, se reconoce al trabajador la antigüedad postulada a los efectos de concursos y cualesquiera otros derechos en concurrencia con terceros, la cual será la que resulte de retrotraer dos años desde la fecha en que estuviese prevista la incorporación como personal civil contratado en RENFE, y esa fecha, la prevista para ingreso en la Red, no es otra que la del licenciamiento.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El trabajador demandante recibió formación militar y estuvo integrado como soldado voluntario en el Regimiento de Zapadores Ferroviarios desde el 15 de julio de 1984 hasta el 15 de septiembre de 1987 -26ª promoción-, pero no ingresó en la plantilla de RENFE como agente civil hasta el 8 de febrero de 1988, habiendo continuado al servicio de la misma hasta que, a raíz de la Ley 39/2003, pasó a prestar sus servicios para la empresa ADIF (Administrador de Infraestructuras Ferroviarias).

En la demanda que ha dado origen a las presentes actuaciones se postulaba por el demandante el reconocimiento de una antigüedad en la Red desde el 15 de julio de 1984, momento en que inició el cumplimiento del servicio militar como soldado volun-

tario en prácticas en el Regimiento de Zapadores Ferroviarios; y como antigüedad a efectos de concursos y cualesquiera otros derechos que hayan de resolverse y adjudicarse en concurrencia con terceros, la de 15 de septiembre de 1985. Esta demanda fue estimada por el Juzgado de instancia, pero, en sede de suplicación, tal decisión resultó modificada por la Sentencia dictada el día 28 de abril de 2009 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, que estableció en el 8 de febrero de 1986 la fecha de antigüedad "frente a terceros", confirmando en lo demás el fallo recurrido.

Contra la reseñada Sentencia de suplicación ha interpuesto el demandante el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, citando como infringidos el art. 20 del X Convenio Colectivo de RENFE, así como la Circular 506 de 10 de

normativos, pero no cuando existen hechos nuevos que se han producido con posterioridad y han cambiado la situación normativa. Eso acaeció en el presente caso en el que, tras fallo de la Audiencia Nacional, se negoció un nuevo Convenio que vino a mejorar las condiciones establecidas en aquel pronunciamiento y en los acuerdos para su ejecución, hecho nuevo que impide estimar la existencia de cosa juzgada.

Ciertamente, aquí no resulta objeto de discusión la antigüedad, a efectos personales, del trabajador demandante, ya que la misma no solo le fue reconocida por la sentencia del Juzgado, sino que, además, tal decisión en este extremo no resultó modificada por la de suplicación, que es la que resulta objeto del presente recurso casacional. Ello no obstante, hemos creído conveniente recordar aquí esta doctrina, al estar íntimamente relacionada con la que a continuación expondremos en relación con la antigüedad a efectos de las relaciones frente a terceros.

**TERCERO** .- Visto ya que, conforme a nuestra citada doctrina, las disposiciones del X Convenio Colectivo son las aplicables, habrá de atenderse ahora a lo establecido en sus arts. 19, 20 y 26, en los términos que se reflejan en nuestra ya citada Sentencia de 21 de julio de 2009 (recurso 328/08), en la que se razona (F.J. 5º):

El artículo 19 contiene la regla general. La antigüedad en la Red “se computará desde la fecha efectiva del ingreso, es decir, desde la toma de posesión”. Pero excepcionalmente para los agentes procedentes de Militares en Prácticas (que es el caso que ahora examinamos), se reconoce a éstos una doble antigüedad en la RED, tal y como se describe en la sentencia de contraste: a) una, que denominaremos “antigüedad a efectos personales” (cuatrienios, ascensos automáticos, clasificación etc.); Se computa desde la fecha de incorporación de los agentes a la Agrupación Militar (art. 20, párrafo primero).- b) otra, distinta de la anterior y que denominaremos “antigüedad frente a terceros”, que se reconoce exclusivamente “a efectos de concursos y cualesquiera otros derechos que hayan de resolverse y adjudicarse en concurrencia con terceros”. Esta “solo comprenderá un periodo de dos años anteriores a la fecha prevista para su incorporación a la RED como agentes civiles” (art. 20, párrafo segundo).

Pues bien, ésta segunda antigüedad, que es la única que se discute en el recurso del trabajador, ha de ser contemplada a la luz de éste segundo párrafo del artículo 20 del Convenio, de forma que será la que resulte de retrotraer dos años desde la fecha en que estuviese prevista la incorporación como personal civil contratado en RENFE. Y esa fecha, la prevista para ingreso en la Red, no es otra

que la del licenciamiento, tal y como explica la sentencia de contraste. No es ajustado a derecho por tanto acudir (...) al artículo 26 del Convenio, para completar el 20, pues en aquél se regula la forma de realizar el cómputo de la antigüedad en la categoría.... Así, se dice en ese precepto que “la antigüedad en la categoría de ingreso ... coincidirá con la antigüedad en la Red, salvo a efectos de concursos y cualesquiera otros derechos que hayan de resolverse y adjudicarse en concurrencia con terceros, en que el reconocimiento de antigüedad en la categoría sólo comprenderá un periodo de dos años anterior a la fecha de su incorporación a la Red como agente civil”. En consecuencia, los referidos artículos regulan supuestos de antigüedad distintos que no pueden mezclarse, de manera que si se aplicase el artículo 26 al cómputo de la antigüedad a que se refiere el párrafo segundo del artículo 20, éste quedaría sin contenido.

Procede, en definitiva, la estimación del recurso para casar la sentencia recurrida y resolver conforme a la ortodoxia doctrinal el debate planteado en suplicación (art. 226.2 LPL), lo que comporta el deber de desestimar el recurso de esta última clase y, consiguientemente, confirmar la decisión del Juzgado. Sin costas en éste de casación, pero imponiendo las de suplicación a la allí recurrente, todo ello a tenor de lo prevenido en el art. 233.1 de la LPL.

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

#### FALLO

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por D. Marcial contra la Sentencia dictada el día 28 de abril de 2009 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia en el Recurso de suplicación 2279/08, que a su vez había sido ejercitado frente a la Sentencia que con fecha 17 de marzo de 2008 pronunció el Juzgado de lo Social número tres de Alicante en el Proceso 550/07, que se siguió sobre derechos, a instancia del mencionado recurrente contra el ADMINISTRADOR DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS (ADIF). Casamos la Sentencia recurrida, anulando sus pronunciamientos, y resolvemos el debate planteado en suplicación en el sentido de desestimar el recurso de esta última clase, imponiendo sus costas (que, en caso necesario, serán cuantificadas por la Sala “a quo”) a ADIF. En consecuencia, confirmamos la Sentencia del Juzgado. Sin costas en sede casacional.

Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisdiccional de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LE-

GISLATIVA, 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. Juan Francisco Garcia Sanchez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

2010/10056

TS Sala 4ª, Sentencia 21 enero 2010. Ponente: D. Jesús Souto Prieto

## Concesión de plus por trabajo a turno

*El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Consejería de Educación Andaluza demandada frente a una sentencia que reconoció al actor -personal laboral- su derecho a percibir el plus por trabajo a turnos. La Sala señala que la cuestión litigiosa ha sido resuelta en unificación de doctrina y, por ello, declara que la realización efectiva del trabajo a turnos en las condiciones negociadas colectivamente comporta el derecho al percibo del correspondiente plus, sin que sea obstáculo la falta de autorización expresa de la Secretaría General para la Administración Pública pues, si por imposición empresarial, la Administración ha organizado el trabajo a turno, la falta de un requisito del convenio no puede ser obstáculo para la percepción de la retribución por el trabajo efectivamente realizado.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar si el personal laboral que presta sus servicios para la Junta de Andalucía, — encuadrado en VI Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía —, y que en su centro de trabajo realiza de forma efectiva su trabajo a turnos, en las condiciones horarias negociadas colectivamente, tiene o no derecho al percibo del correspondiente plus cuando falta el acuerdo de la Comisión del Convenio, con la posterior autorización de la Secretaría General para la Administración Pública y su reflejo en la Relación de Puestos de Trabajo, para poder efectuar la jornada a turnos.

La sentencia de suplicación recurrida en casación unificadora por la empleadora (STSJ/Andalucía sede de Sevilla, de fecha 20 de octubre de 2008 -rollo 2335/2007, confirmatoria de la de instancia dictada por el

JS núm. 4 de Sevilla en fecha 12 de abril de 2007 -autos 4/2007), da una respuesta positiva argumentando que “resulta intrascendente que el régimen de turnos se adoptara con los requisitos formales previstos en el Convenio, previa autorización de la Secretaría General para la Administración Pública, pues las posibles anomalías administrativas derivadas de la autorización expresa o tácita por parte de quien carece de facultades para darla o la mera tolerancia de hecho, podrá generar la pertinente responsabilidad disciplinaria o civil del directivo que en ella incurra, pero en ningún caso, perjudicar los derechos del tercero, como es el caso en el que efectivamente se realizaron turnos rotatorios”.

En la sentencia invocada como de contraste (STSJ/Andalucía sede de Granada, de fecha 2-mayo-2007 -rollo 3625/2006), se da una respuesta negativa; en un supuesto análogo en que el trabajador demandante realizaba de forma indiscutida su trabajo a turnos en la forma negocialmente pactada, argumentándose, en esencia que “dejando el propio convenio colectivo la competencia para establecer las jornadas especiales y por lo tanto para percibir el correspondiente complemento a la negociación colectiva, y no produciéndose esta, falta uno de los requisitos señalados para poder percibir el complemento que se solicita”. Como señaló nuestra sentencia de 10 de noviembre de 2009 (R. 440/09), en un caso esencialmente idéntico y con la misma sentencia de contraste, “si se diera valor fáctico a la afirmación contenida en los fundamentos jurídicos de la sentencia de contraste, relativa a la existencia de una denegación empresarial expresa a la realización del horario especial de fecha 10- mayo-2004, podría no existir contradicción respecto a alguno de los periodos reclamados, pero como en dicha sentencia se deniegan las cantidades reclamadas como devengadas tanto antes como después de dicho acuerdo empresarial, la contradicción sigue existiendo con respecto al objeto de la sentencia ahora recurrida”.

Al igual que apreciaron las sentencias de esta Sala, ya citadas, de 10 de noviembre de 2009 y la de 20/1/2010, en dos casos sustancialmente iguales y con la misma sentencia de contraste, y de conformidad también con el informe del Ministerio Fiscal, concurre, entre ambas resoluciones comparadas el requisito o presupuesto de contradicción exigido en el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) para viabilizar el recurso de casación unificadora; y como quiera que, además, el escrito a cuyo través se interpone dicho recurso (cita como infringidos los arts. 37 de la Constitución, 82 del Estatuto de los Trabajadores -ET-, 26.2 y 5 y 58.11 del VI Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía) cumple las condiciones requeridas por el art. 222 del citado

Texto procesal, se está en el caso de entrar a resolver el fondo de lo debatido.

SEGUNDO.- La cuestión litigiosa ha sido resuelta en unificación de doctrina por esta Sala del Tribunal Supremo en la mencionada sentencia de 10 de noviembre de 2009 (rec. 440/2009), reiterada por la también citada de 20 de enero de 2010 (Rec. 1849/09) en supuesto sustancialmente idéntico al ahora enjuiciado, por lo que razones de seguridad jurídica imponen que haya de estarse a la doctrina que en la misma se contiene, señalando reiteradamente la primera de ellas:

“1.- Con carácter previo conviene tener presente el concreto contenido de los preceptos convencionales invocados como infringidos y aquellos otros de la misma norma en los extremos que pueden incidir en la solución de la cuestión planteada.

2.- Establece el art. 25 del VI Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía (BOJA 28 - noviembre-2002), sobre “Jornada y horario ordinarios”, que “La jornada ordinaria de trabajo será de 35 horas semanales, que a efectos de su realización podrán compensarse en períodos de cómputo anual ...” y que “El horario de trabajo ordinario en la Administración General será de 8 a 15 horas de lunes a viernes”.

3.- Dispone el art. 26, regulador de las “Jornadas y horarios especiales”, en cuanto al concepto que “Se consideran jornadas y horarios especiales todos aquellos diferentes a la jornada ordinaria. El régimen será el establecido con carácter general en el Real Decreto 1561/1995 de 21 -septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, o la norma que lo sustituya, y el regulado en los artículos siguientes” (art. 26.1 ); por lo que respecta al “procedimiento” que “En aquellos supuestos en que no fuera posible el establecimiento del horario en la forma indicada en el apartado 2 del art. 25 del presente Convenio, para garantizar la correcta prestación del servicio, se podrá establecer un horario especial siempre que respete la duración de la jornada establecida en el apartado 1 de dicho artículo”, que “será competente para ello la Consejería, la Delegación Provincial u Organismo Autónomo correspondientes, previa negociación con la representación del personal, tomando en consideración el servicio que presta el centro, las peculiaridades del tipo de trabajo a desarrollar, el volumen de trabajo a realizar fuera del horario ordinario y el número de personas necesario para atenderlo” y que “A los efectos de control del respeto a los criterios expuestos, una vez establecido el horario especial, se dará traslado del mismo a la Comisión del Convenio para su análisis y tipificación, la cual, si considera que el horario implantado no se ajusta a los criterios anteriores, tendrá la

facultad de requerir a la Dirección General de la Función Pública la necesidad de su revisión” (art. 26.2 ).

4.- El propio art. 26 del Convenio, en cuanto a la “jornada a turnos”, dispone que “En aquellos centros de trabajo en que por la naturaleza del servicio prestado cabe una organización del trabajo en equipo según la cual el personal desempeña sucesivamente las mismas funciones o tareas, según un cierto ritmo, continuo o discontinuo, habrá de implantarse la jornada a turnos, dando lugar al establecimiento de la rotación por parte de todo el grupo laboral afectado” (art. 26.4.1.1 ), que “La realización de la jornada a turnos dará derecho a la percepción del complemento por turnicidad en la cuantía que figura en el Anexo VIII del presente Convenio” (art. 26.4.1.2 ), así como que “En ningún caso se podrá modificar el orden de los turnos a realizar por el personal, salvo causa de fuerza mayor que será comunicada a los representantes del personal o permuta con otro trabajador, siendo necesario en este último caso, la previa autorización de la persona responsable del centro de trabajo” (art. 26.4.1.5 ). Dispone, por último, en cuanto a la “implantación de jornada a turnos, de tarde o partida” que “A partir de la firma del presente Convenio, para la implantación del sistema de trabajo a turnos, así como de la jornada de tarde o partida, será necesaria la previa negociación en el seno de la Comisión del Convenio de la propuesta que formule la Consejería u Organismo Autónomo interesado, y la posterior autorización por la Secretaría General para la Administración Pública” y que “El acuerdo de la Comisión del Convenio, con la posterior autorización de la Secretaría General para la Administración Pública tendrá su reflejo en la Relación de Puestos de Trabajo” (art. 26.5 ).

5.- Establece el invocado art. 58.11 del citado Convenio, relativo a los “complementos y pluses salariales”, en cuanto afecta al “complemento de turnicidad” que “retribuye la realización del trabajo en turno rotativo, en los términos regulados en el art. 26 del presente Convenio Colectivo. Su cuantía figura en el Anexo VIII de este Convenio”.

(...) 1.- Debe entenderse, como destaca el Ministerio Fiscal en su informe, la solución jurídicamente correcta es la que se efectúa en la sentencia recurrida, e invoca a tal fin en apoyo de su tesis desestimatoria del recurso la STS/IV 28-junio-2002 (recurso 2745/2001) que se refiere a que la Administración autonómica no está obligada a la rotación de los trabajadores de los turnos de la mañana y tarde, en cuanto afirma que “no parece haber justificación para restringir la potestad del trabajo de la Administración con la imposición de turnos rotativos”, reconociendo, de este modo, la potestad de la Administración para la organización del

trabajo, concluyendo que si, por imposición empresarial, la Administración ha organizado el trabajo a turno, como se deduce de los hechos probados de la sentencia recurrida, la falta de un requisito del convenio (como es la autorización de la Secretaría General, tras la correspondiente negociación), no puede ser obstáculo para la percepción de la retribución por el trabajo efectivamente realizado, porque la falta de esa autorización no es imputable al trabajador que carece de competencia para solicitar la misma o el propio mecanismo negociador.

2.- La doctrina sentada en la citada STS/IV 28-junio-2002 se reitera por esta Sala en su STS/IV 26-diciembre-2002 (recurso casación ordinaria 97/2002) que interpreta los arts. 23 (jornada y horario ordinarios), 24 (jornadas especiales y a turnos) y 54.11 (complementos y pluses salariales, en el que se establecía que “El abono de este complemento sólo procederá para aquellos trabajadores que efectivamente realicen turnos rotativos, correspondiendo a la Secretaría General para la Administración Pública la autorización, previa y necesaria, para desarrollar el trabajo en tal régimen, sin perjuicio de cualquier otra autorización que exija la legislación vigente, y del preceptivo conocimiento de la Comisión del Convenio”) del precedente V Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía (BOJA 12-diciembre-1996), que, en términos generales, coinciden con los actuales artículos 25 (jornada y horario ordinarios), 26 (Jornadas y horarios especiales), — especial en sus apartados relativos al procedimiento (art. 26.2), y en los 4.1.1 y 4.1.2 —, y el art. 58.11 (complementos y pluses salariales), y en la que también, siquiera con otra redacción menos competente en cuanto al procedimiento exigible, se exigía también “la autorización, previa y necesaria” de la Secretaría General para la Administración Pública para desarrollar el trabajo en régimen de turnos rotatorios.

3.- La solución adoptada tiene también apoyo en la interpretación efectuada por esta Sala en relación a otros preceptos contenidos en diversos convenios colectivos del personal laboral de otras Comunidades Autónomas en las que se había establecido que el derecho al percibo de determinados complementos solamente sería efectivo a partir de su inclusión en la relación de puestos de trabajo correspondientes, habiendo declarado que ello no impedía que los trabajadores pudieran acudir a la vía judicial el reconocimiento de su derecho si se creían encontrar en la situación objetiva del desempeño del puesto que llevara aparejado el devengo del complemento, lo podría conducir después a la inclusión de las referidas condiciones en el concreto puesto de la relación de puestos de trabajo (así, STS/IV 20-junio-2005 -recurso 165/2004, en interpretación art. 26.3

IV Convenio colectivo personal laboral Xunta de Galicia).

4.- Este criterio es igualmente dable deducirlo indirectamente, por abordarse la cuestión previa de la declaración de la competencia del orden judicial social en interpretación del citado precepto del Convenio Colectivo de la Xunta, — entre otras, en las SSTS/IV 15-enero-2009 (recurso 709/2008), 11-febrero-2009 (recurso 4401/2007), 17-febrero-2009 (recurso 4523/2007), 18-febrero-2009 (recurso 137/2008), 16-abril-2009 (recurso 348/2008), 21-abril-2009 (recurso 1595/2008), 9-julio-2009 (recurso 3451/2008) —, en las que se afirma que “corresponde al orden jurisdiccional social el conocimiento de la cuestión litigiosa, sin que la circunstancia de que el reconocimiento del complemento salarial solicitado por la actora pudiera tener alguna repercusión en la relación de puestos de trabajo, ello no sería sino un efecto indirecto de la pretensión ejercitada, no constituyendo en ningún caso la impugnación de un acto administrativo de la autoridad laboral y afectando únicamente en su caso a aspectos objeto de la negociación colectiva relativos a las condiciones de trabajo, como posibilita el art. 82.2 ET (\*mediante los convenios colectivos, y en su ámbito correspondiente, los trabajadores y empresarios regulan las condiciones de trabajo y de productividad...\*), y sin incidir en la potestad organizativa que corresponde en exclusiva a la Administración pública sobre la relación de puestos de trabajo como instrumento técnico a través del cual realiza la ordenación del personal” (citada STS/IV 17-febrero-2009).

5.- En definitiva, la realización efectiva del trabajo a turnos en las condiciones negociadas colectivamente comporta el derecho al percibo del correspondiente plus, sin que sea obstáculo la falta de autorización expresa de la Secretaría General para la Administración Pública para efectuar la jornada a turnos.

6.- Por último, no es obstáculo a la anterior conclusión la afirmación efectuada por la Administración autonómica recurrente, y no reflejada en los hechos probados de la sentencia impugnada, en el sentido de que los pactos o acuerdos individuales realizados por sujetos que no tengan potestad negociadora (cargos intermedios de la Administración y trabajadores a título individual) no pueden tener eficacia y virtualidad en contra o sin la concurrencia del acuerdo de la Comisión del Convenio; pues, aunque hipotéticamente, lo que no se acredita como se reitera, el establecimiento del turno rotatorio hubiera tenido tal origen, no consta que los órganos competentes de la Administración autonómica hubieran adoptado medida alguna, a pesar de las reclamaciones salariales efectuadas por quienes desempeñan tales turnos, para evitar su continuación y/o en relación con los sujetos que



# EL DERECHO

Año XVII. Número 2829

Madrid, 11 de mayo de 2010

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

sin su alegada autorización modificaron el régimen de jornada pactado, que no consta que los realicen sin imposición empresarial, pero no pudiendo recaer en quienes realizaron efectivamente su trabajo en un turno rotatorio las consecuencias de la argumentada inactividad administrativa.”.

Procede por lo expuesto, de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, la desestimación del recurso interpuesto, con imposición de costas a la Administración Au-

tonómica recurrente (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 el letrado de la Junta de Andalucía, en nombre y representación de LA CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN Y CIENCIA DE LA

JUNTA DE ANDALUCÍA, frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla de fecha 20 de octubre de 2008 dictada en el recurso de suplicación núm. 2335/2007, formulado por el letrado de la Junta de Andalucía contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de Sevilla de fecha 12 de abril de 2007 en los autos núm. 4/2007. Con imposición de costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Órgano Jurisdic-

cional 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.

## 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.



2010/12421

TS Sala 1ª, Sentencia 22 febrero 2010.  
Ponente: D. José Antonio Seijas Quintana

### Absolución de la aseguradora y conductor por culpa exclusiva de la víctima al cruzar la autopista

El TS declara haber lugar al rec. de casación anulando la sentencia impugnada y, en su lugar, confirma la de primera instancia que desestimó la demanda absolviendo al conductor y aseguradora demandados al apreciar que el accidente de circulación se produjo por culpa exclusiva de la víctima. La Sala discrepa de la AP al entender que no se le pueden exigir al conductor del coche maniobras de evitabilidad o evasión dadas las circunstancias en que se produjo el accidente, que ocurrió de noche y al cruzar la actora una autopista sin iluminación, lo que no encaja con los criterios de imputación que resultan del riesgo y lo que supondría desconocer la realidad que la circulación exige en estas circunstancias.

2010/12419

TS Sala 1ª, Sentencia 19 febrero 2010.  
Ponente: D. Francisco Marín Castán

### Incumplimiento del contrato de asistencia en carretera a través de las compañías aseguradoras

El TS declara haber lugar al rec. de casación anulando la sentencia impug-

nada y, en su lugar, confirma la de primera instancia que estimó la demanda declarando la resolución contractual por incumplimiento de la demandada al dejar de encargar al actor los servicios de asistencia en carretera que mediante los vehículos-grúa prestaba éste a los automovilistas de las compañías concertadas con la demandada. Se reduce la indemnización fijada al entender la Sala que no estaba justificado incluir los costes por la paralización y mantenimiento de la flota de dichos vehículos dado que el actor podía seguir prestando dichos servicios a otros automovilistas y los de mantenimiento los habría tenido que soportar también si el contrato se hubiera cumplido normalmente.



2009/299959

TS Sala 2ª, Sentencia 17 diciembre 2009.  
Ponente: D. Luciano Varela Castro

### Delito de omisión del deber de perseguir delito

Se desestima el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por un delito de omisión del deber de perseguir delito. Considera el TS que es una inferencia lógica y razonable que el acusado era consciente del transporte del tabaco y que dejaba continuar al conductor porque decidió no denunciarle; por el contrario, la alternativa de que aún no había concluido su intervención el recurrente cuando intervino el otro agente, no alcanza el grado de probabilidad suficiente para que suscite una

duda que pueda tenerse por razonable respecto a la tesis de la imputación.

2009/299970

TS Sala 2ª, Sentencia 18 diciembre 2009.  
Ponente: D. José Ramón Soriano Soriano

### Delito contra la salud pública: no ha lugar al comiso del vehículo

Desestimando el recurso de casación interpuesto por dos de los acusados, el TS acoge parcialmente el formulado por el otro imputado, ambos contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delito contra la salud pública. La Sala dicta segunda sentencia por la que deja sin efecto el comiso del vehículo y del dinero intervenido, ya que el vehículo será instrumento, útil o medio para cometer el delito, cuando su utilización para este fin sea específica, por obedecer el vehículo en cuestión a características o aplicaciones especiales. En nuestro caso se utilizó como medio de transporte personal, y no para transportar, almacenar, ocultar la droga, pues ésta era poseída personalmente por los acusados y la finalidad atribuida al vehículo no era más que para realizar desplazamientos, por lo que hubiera servido cualquier otro móvil imaginable.

2009/299973

TS Sala 2ª, Sentencia 23 noviembre 2009.  
Ponente: D. Joaquín Delgado García

### Concurso de normas entre falsedad documental y apropiación indebida

Se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por la acusada contra sentencia que la condenó por delitos continuados de apropiación indebida y falsedad documental. El Alto

Tribunal dicta segunda sentencia por la que absuelve a la recurrente del delito de falsedad, pues cuando la falsedad en documento privado se comete para la comisión de un delito de contenido patrimonial, como lo es el de apropiación indebida, o para su ocultación, ha de considerarse aquella falsedad en concurso de normas con ese de contenido patrimonial. Y ha de aplicarse el art. 8,3 CP 95, según el cual "el precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquel".



2009/321834

TS Sala 4ª, Sentencia 19 noviembre 2009.  
Ponente: D. Jesús Souto Prieto

### Reconocimiento de plus de absentismo a personal laboral

El TS estima el recurso de casación interpuesto por el sindicato demandante frente a sentencia que, en materia de conflicto colectivo, rechazó su pretensión de declarar el derecho de los trabajadores afectados -personal laboral transferido a la Comunidad de Asturias que presta servicios en la Administración de Justicia- a percibir el plus de absentismo correspondiente al período de enero, febrero y seis días de marzo de 2007 en los términos establecidos en el Acuerdo de 21 julio 2005 así como en el Convenio Colectivo de Personal Laboral. La Sala señala que una cosa es la fecha de comienzo de devengo del plus y otra distinta la fecha en que se pueda proceder al pago del mismo porque aunque para proceder al pago era preciso fijar las condiciones de integración en las categorías de convenio, -lo cual no se llevó a cabo hasta la publicación del nuevo catálogo de puestos de trabajo el día 6 marzo 2007-, ello no supone modificar la fecha de devengo, que no puede ser otra sino la de la integración real del personal transferido, esto es, el 1 enero 2007; por tanto, se revoca la sentencia y se estima la demanda.