



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 XVI. Número 2780

Madrid, miércoles 13 de enero de 2010

TS CIVIL

2009/229005

TS Sala 1ª, Sentencia 30 septiembre 2009. Ponente: Dª Encarnación Roca Trías

Cómputo del plazo desde el archivo de las actuaciones penales Prescripción de acción por fallecimiento en accidente laboral

El TS desestima el rec. de casación confirmando la sentencia impugnada que absolvió a los demandados del pago a la actora de la indemnización reclamada por la muerte de su esposo en accidente laboral, desestimando la demanda por entender que la acción ya había prescrito, ya que había transcurrido más de un año desde que le fue comunicado el archivo del procedimiento penal hasta la fecha de interposición de la demanda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de los hechos probados.

1º El día 7 de marzo de 1991 se produjo un accidente en el que falleció D. Luciano, esposo de Dª Marisol, demandante en este pleito. D. Luciano trabajaba en una obra contratado por la empresa METEL, S.A., que figura como demandada entre otras personas.

Se iniciaron diligencias previas, que se sobreseyeron por auto de 28 enero 1998, que fue confirmado, produciéndose el archivo definitivo el 26 octubre 1998, comunicado el 28 del mismo mes.

2º El 25 mayo 1999 se concedió a Dª Marisol el beneficio de la justicia gratuita y presentó una demanda de reclamación de daños y perjuicios contra D. Alberto, D. Braulio, D. Eloy, representante de METEL, S.A., D. Gines, D. Carlos Antonio, encargado de METEL, S.A., METEL, S.A., como responsables directos y FOCSA, responsable civil subsidiaria, L.V.SALAMANCA. Presentada la demanda y con carácter previo a su admisión, el Juzgado de 1ª Instancia núm. 4 de Coslada

requirió a la demandante el 10 mayo 1999, para que acreditara en forma la representación del procurador, determinara la localidad donde residían dos de los demandados y aclarase el suplico de su demanda. El 16 junio 1999 la demandante por medio de su procurador envió un escrito en el que desistió y se apartó de la prosecución de la litis, solicitando su archivo procesal en el estado en que se encontraba. Esta demanda, con los mismos demandante y demandados, al que se añadió la COMPAÑÍA ASEGURADORA MAPFRE, se presentó de nuevo ante el Juzgado de 1ª Instancia de Coslada el 24 noviembre 1999, en la que se demandaba a D. Alberto, D. Braulio, D. Eloy, Representante De Metel, S.A., D. Gines, D. Carlos Antonio, encargado de METEL, S.A., METEL, S.A., como responsables directos y FOCSA, responsable civil subsidiaria, L.V.SALAMANCA y COMPAÑÍA ASEGURADORA MAPFRE, reclamando los daños y perjuicios correspondientes, por responsabilidad civil derivada de la negligencia que produjo la muerte de su esposo.

3º Contestaron la demanda únicamente D. Braulio, FOCSA, D. Carlos Antonio, L.V. Salamanca y

MAPFRE, siendo declarados en rebeldía los otros demandados. FOCSA y L.V. SALAMANCA y D. Braulio alegaron la excepción de prescripción.

4º La sentencia del Juzgado de 1ª Instancia núm. 1 de Coslada, de 16 noviembre 2002, desestimó la demanda por entender que la acción había ya prescrito. Argumentó la sentencia que, habiéndose comunicado el archivo del procedimiento penal el día 28 de octubre de 1998 y habiéndose presentado la demanda el 24 noviembre 1999, "(...) había transcurrido ya el plazo de prescripción señalado en las normas citadas, artículo. 1968.2 y 1969 CC, y en consecuencia la acción estaba prescrita, motivo por el cual ha de ser estimada la excepción opuesta por los demandados FOCSA, Braulio y L.V. Salamanca y sin entrar a examinar el resto de las excepciones opuestas por las partes demandadas, ni en el fondo del asunto objeto de esta litis, desestimar la demanda (...)".

5º Esta sentencia fue confirmada por la de la sección 9ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de 17 septiembre 2004. En ella se dice que comunicada la resolución que ponía fin al procedimiento penal el 28 de octubre de 1998 y presentada la demanda el 24 de noviembre de 1999, "es claro que al tiempo de hacerlo el plazo en cuestión ya había transcurrido (...), sin que sea dable aceptar el aserto de haber quedado interrumpido por la demanda que se presentó el 10 de mayo anterior (...), ya que si bien es cierto que la prescripción de las acciones se interrumpe por su ejercicio ante los tribunales (artículo 1973), no es menos que por cuanto declaran las sentencias del Tribunal Supremo de 7 abril 1960, 7 noviembre 1975, 29 junio y 8 octubre 1984 y 4 octubre 1985, la interrupción se produce con la presentación de la demanda cuando haya sido admitida a trámite, aun sin la celebración del acto conciliatorio, circunstancia que aquí no se dio como claramente se colige de la documental a la que antes se ha hecho mención, con la consiguiente falta de todo intento de notificación a los demandados".

6º La demandante Dª Marisol presenta recurso de casación, dividido en tres motivos, todos ellos admitidos por auto de esta Sala de 17 abril 2007.

SUMARIO

TS

CIVIL

Prescripción de acción por fallecimiento en accidente laboral **1**

Improcedente acción declarativa de dominio sobre franja de terreno **2**

PENAL

Válido registro de buque sin autorización judicial **4**

Delito de detención ilegal cometido en dos momentos distintos **7**

ADMINISTRATIVO

Expulsión del abogado por interrumpir en la vista a otro letrado, la declaración del demandado y a la magistrada **8**

SOCIAL

Imposibilidad del personal estatutario de acceder a la jubilación parcial **10**

RS RESEÑA DE SENTENCIAS **16**

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

SEGUNDO. Los motivos primero y segundo se van a examinar conjuntamente. El primer motivo denuncia la infracción del art. 1973 CC, como consecuencia de haber apreciado las sentencias recaídas en este litigio la concurrencia de prescripción extintiva del derecho de la recurrente. Después de reiterar los hechos que se han resumido en el Fundamento primero de esta sentencia, la recurrente dice que esta Sala ha afirmado que la prescripción se interrumpe por el ejercicio de la acción ante los Tribunales, pero siempre que se haya admitido a trámite la demanda. Según la recurrente esta doctrina ha sido paulatinamente superada y prácticamente abandonada a mediados de los años ochenta, señalando la Sala que la interpretación de la prescripción "debe ser cautelosa y restrictiva, debido a que el instituto de la prescripción se fundamenta en la idea del abandono o la dejadez del derecho, no en criterios de estricta justicia". Por ello propone que con arreglo a este argumento, debe entenderse que se ha producido interrupción de la prescripción, porque otra cosa sería efectuar una aplicación analógica de la prescripción adquisitiva.

El motivo segundo denuncia igualmente la infracción del art. 1973 CC, en relación con la jurisprudencia que lo interpreta, pero que no cita. Esta interpretación rigurosa y gratuita se refiere a la solicitud de justicia gratuita realizada por la recurrente, ya que se ajusta al art. 16 de la Ley 1/1996 de Justicia Gratuita, "sin entrar a conocer que la jurisprudencia del TS ha concedido efectos interruptivos de la prescripción extintiva a dicha solicitud", fundándose en razones de estricta justicia.

Los motivos primero y segundo se desestiman.

La primera cuestión que se plantea es de orden formal: a pesar de alegar razonamientos de la jurisprudencia de esta Sala, la recurrente no cita ninguna sentencia favorable a su postura, por lo que no es posible conocer dónde funda su derecho.

La interrupción de la prescripción produce el efecto de que el derecho no se extinga y comience de nuevo a contar el plazo establecido por la ley durante el que puede interponerse una reclamación. El Código civil permite esta interrupción en el art. 1973 por medio de tres vías: a) la interposición de una reclamación judicial; b) la reclamación extrajudicial, y c) "cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor".

Como afirma la jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 11 febrero 1966 y 11 marzo 2004), la reclamación es un acto de naturaleza conservativa, que tiene como finalidad la defensa del propio derecho.

Nos encontramos en este supuesto ante la necesidad de interpretar la primera de las causas de interrupción permitidas en el art. 1973 CC, es decir, el ejercicio de la acción ante los tribunales, en un caso en que se presentó la demanda, pero al adolecer ésta de unos defectos que produjeron el requerimiento judicial para su subsanación, fue retirada por la demandante, volviendo a presentarse un mes después, y transcurrido ya el año previsto para la prescripción en el art. 1968, 2º CC, acabado el proceso penal seguido por el accidente que produjo el fallecimiento del marido de la actora.

La doctrina civilista ha estado dividida desde la publicación del Código civil acerca del efecto interruptivo de una demanda que después se retira. La tesis de la negación del efecto interruptivo fue la tradicional, porque se consideraba que abandonar el pleito o dejarlo caducar podía significar dos cosas: o que se reconocía que no se tenía derecho, o que se había producido una negligencia en la reclamación. La doctrina más moderna considera, sin embargo, que se ha producido la interrupción, al haberse ya ejercitado la acción.

Esta Sala ha venido manteniendo una tesis mixta entre las dos descritas, de acuerdo con la cual, si la demanda había sido ya comunicada a la parte demandada, de modo que ésta conociera la reclamación, se había producido el efecto interruptivo, porque como afirma la sentencia de 12 noviembre 2007, con cita de sentencias anteriores, "(...) para que opere la interrupción de la prescripción es preciso que la voluntad se exteriorice a través de un medio hábil y de forma adecuada, lo que implica que no basta que la exteriorización de esa voluntad conservativa del derecho por parte de su titular se efectúe por un medio eficaz (...), sino que además deben darse otros dos requisitos", que según la citada sentencia van a ser que en el acto de exteriorización se identifique claramente el derecho que se pretende conservar y la persona frente a la que se pretende hacerlo valer y, además, "que dicha voluntad conservativa del concreto derecho llegue a conocimiento del deudor, ya que es doctrina reiterada que la eficacia del acto interruptivo exige «no sólo la actua-

ción del acreedor, sino que llegue a conocimiento del deudor su realización» (STS 13 de octubre de 1994)". Asimismo, la sentencia de 12 diciembre 1995 consideró prescrita una acción por haberse producido un desistimiento de la demanda, "por irregularidades en el poder del procurador que la representaba", irregularidades "que pudieron ser perfectamente subsanadas dentro de aquel proceso" y al no serlo, se realizó un desistimiento, sin necesidad legal alguna". Así en este caso, ni tan solo llegó a conocimiento de los demandados el hecho de la interposición de la demanda.

TERCERO. Además, no puede aceptarse que, como regla, la petición de abogado y procurador de oficio en virtud de lo dispuesto en la Ley 1/1996 produzca la interrupción de la prescripción, porque el párrafo primero del art. 16 de dicha ley establece que "La solicitud de reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita no suspenderá el curso del proceso". Es cierto que dicho artículo incluye algunas excepciones cuando el transcurso del procedimiento para pedir la justicia gratuita pudiera provocar la preclusión de un trámite (párrafo 2) o la indefensión de las partes, en cuyo caso, el juez, de oficio o a instancia de parte, puede acordar la suspensión. Otra excepción tiene lugar cuando se produzca la petición durante el proceso, en que la acción queda interrumpida cuando "(...)no sea posible nombrar al solicitante Abogado y de ser preceptivo, Procurador del turno de oficio que ejerciten la acción en nombre del solicitante". Ninguno de estos supuestos se ha producido en el litigio, por lo que también por estas razones, debe rechazarse el recurso.

CUARTO. La declaración de la prescripción de la acción hace inútil el examen del tercer motivo del recurso de casación, que denuncia la infracción del art. 1902 CC.

QUINTO. La desestimación de los dos primeros motivos del recurso de casación presentado por la representación procesal de Dª Marisol contra la sentencia de la sección 9ª de la Audiencia Provincial de Madrid determina la de su recurso de casación.

Se imponen las costas del recurso de casación a la recurrente, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 398.1 LEC, que se remite al art. 394 LEC.

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

FALLO

1º Se desestima el recurso de casación presentado por la representación procesal de Dª Marisol contra la sentencia de la sección 9ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de 17 setiembre 2004.

2º Se confirma con este alcance la sentencia recurrida.

3º Se imponen a la recurrente las costas originadas por sus recursos de casación.

Líbrense a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

2009/229011

TS Sala 1ª, Sentencia 31 julio 2009. Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos

Desafectación de la concesión ilegal Improcedente acción declarativa de dominio sobre franja de terreno

Desestima el TS el recurso de casación deducido por el concesionario contra la sentencia de la audiencia provincial que, confirmando a su vez la de la instancia, rechazó la pretensión de que se decretase su dominio sobre la franja de terreno en la que opera la concesión. Deducida acción declarativa de dominio, y estando las partes conforme en la identificación del bien, el recurrente pretende la desafectación de dicha franja de terreno. El argumento que la Sala hace suyo es que sólo en las concesiones realizadas al amparo de la Ley de Puertos de 1880, en que

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).

de modo expreso se prevea tal posibilidad en las cláusulas, es posible que el bien público sobre el que recae la concesión devenga en privado por desafectación. En este caso la pretendida desafectación de la concesión choca contra la Ley de Patrimonio del Estado, que expresamente veta tal posibilidad, sin que el apoyo de la jurisprudencia contencioso-administrativa sirva en sede de casación; tan inútil como la alegación de la presunta vulneración de preceptos constitucionales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes.

1. En el año 1964 se solicitó la parcelación y aprovechamiento como solares industriales de fincas situadas en una marisma en la zona marítimo-terrestre del canal de Boo, término municipal de Santoña.

2. Por OM de 18 de junio de 1964 la Administración sometió a la consideración del solicitante las condiciones de la ocupación. Por OM de 24 de febrero de 1965 se concedió la autorización. El 9 de septiembre de 1969 se extendió acta de reconocimiento y recepción de las obras de cierre y relleno de la marisma. Por resolución de la DG de Puertos de 21 de octubre de 1970 se aprobó el acta, considerando que las obras estaban terminadas conforme a proyecto.

3. La concesión al inicial titular de los derechos sobre la marisma contenía una reserva de titularidad a favor de la Administración concedente, fijaba un plazo de explotación (99 años) y señalaba que se hacía sin cesión del dominio público ni de las facultades dominicales del Estado.

4. El concesionario solicitó de la Administración que dejase sin efecto el plazo de la concesión y recurrió en vía administrativa y judicial. La STS, Sala Tercera, de 19 de octubre de 1966 estableció que la concesión se hacía por el plazo de noventa y nueve años y no a perpetuidad, en virtud de lo dispuesto por la Ley de Patrimonio del Estado de 1964.

5. Los actos posteriores de las partes han venido respetando la naturaleza de la concesión.

6. Determinadas sociedades, como sucesoras en la titularidad de los derechos otorgados en su día sobre los terrenos de la marisma, interpusieron acción reivindicatoria contra el Estado sobre los expresados terrenos.

7. El Juzgado desestimó la demanda.

8. La Audiencia Provincial confirmó esta sentencia argumentando, en síntesis, que:

a) No puede aceptarse que la concesión se otorgara a perpetuidad,

pues la STS, Sala Tercera, de 19 de octubre de 1966 produce efecto de fuerza positiva de la cosa juzgada.

b) Frente al enriquecimiento injusto alegado por las recurrentes, podía constituir justa contraprestación de su actuación permitirles el uso prolongado del terreno y beneficiarse de sus rendimientos para su recuperación por la Administración pasado el plazo de la concesión.

c) La aprobación de las obras en 1969 no comportó la desafectación del bien, sino sólo la constatación de que se habían ejecutado conforme al proyecto.

d) La “fuerza normativa de lo fáctico” invocada por las recurrentes no puede servir tras la promulgación de la CE y la LC para privar de su carácter público al bien que lo es por naturaleza.

e) El destino del terreno a solar industrial no es incompatible con su consideración como terreno de dominio público, dado que, transcurrido un tiempo, puede tener un destino diferente.

f) La DT (por error dice disposición adicional) 2ª LC 1988, no puede ser de aplicación a quien carecía de derecho de propiedad en el momento de su entrada en vigor.

g) Desde la entrada en vigor del artículo 132.2 CE no cabe la desafectación sino de manera expresa a tenor del artículo 18 LC 1988.

h) No cabe hablar de usucapión de un bien que no se posee a título de propietario.

9. Contra esta sentencia interponen recurso de casación las sociedades demandantes, el cual ha sido admitido al amparo del artículo 477.2.2 LEC, por razón de la cuantía.

SEGUNDO.- Enunciación del motivo primero.

El motivo primero se introduce con la siguiente fórmula:

“Vulneración del artículo 33 CE.”

El motivo se funda, en síntesis, en que la consideración de los terrenos de la antigua marisma como una concesión es absurda, pues:

a) Comportaría la demolición de las naves industriales o, alternativamente, un enriquecimiento injusto en favor del Estado, dadas las fuertes inversiones realizadas.

b) Se infringiría, a juicio de lo recurrentes, la doctrina sentada en las SSTS que declaran la propiedad a favor del concesionario de las marismas desecadas y la confianza legítima creada por las resoluciones dictadas declarando la propiedad del concesionario en casos análogos.

c) Añaden que, ante las dudas con-

ferencia y segunda instancia, es menester acudir a los principios atribuyendo las plusvalías a quien las generó, aplicando la equidad.

El motivo debe ser desestimado.

TERCERO.-Derecho constitucional de propiedad, enriquecimiento injusto, jurisprudencia y equidad.

Las razones en las que se funda la desestimación del anterior motivo de casación son las siguientes:

a) Con reiteración ha declarado la jurisprudencia que no pueden servir como fundamento de un motivo de casación preceptos de rango constitucional si no es para fundamentar la lesión de un derecho directamente reconocido por la CE o para proponer el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad sobre el precepto legal aplicado (SSTS de 17 de mayo de 2007, RC núm. 2562/2000, 21 de mayo de 2008, RC núm. 696/2001).

En el caso examinado no está en juego el respeto al derecho de propiedad reconocido en el artículo 33 CE, sino, como la parte recurrente pone de relieve, el reconocimiento o no por la ley y por la jurisprudencia del derecho a adquirir la propiedad de las marismas desecadas por parte del concesionario.

b) La doctrina del enriquecimiento injusto no puede ser aplicada en el ámbito de una relación jurídica surgida de un acto unilateral de la Administración aceptado por el administrado, como es la concesión. Reiteradamente ha declarado la jurisprudencia que los negocios jurídicos están sujetos al régimen que preside legalmente su nacimiento y su desarrollo, el cual no puede resultar modificado por las normas sobre enriquecimiento injusto, las cuales están llamadas a subvenir a situaciones de desplazamiento patrimonial sin causa no reguladas específicamente por el ordenamiento jurídico.

c) No puede resultar infringida la jurisprudencia invocada por el recurrente sobre adquisición de la propiedad por parte del concesionario de las marismas desecadas, ya que la expresada jurisprudencia está vinculada al cumplimiento de los requisitos temporales y sustantivos para la aplicación de los preceptos legales que prevenían el expresado efecto, los cuales no se cumplen en el caso examinado. Así lo decidió la STS, Sala Tercera, de 19 de octubre de 1966, la cual resolvió negativamente la cuestión de si la concesión otorgada por la Administración tenía carácter perpetuo e implicaba una adquisición definitiva de la propiedad de los terrenos.

d) Con arreglo al sistema de fuentes establecido en el artículo 1 CC la existencia de dudas en la solución de una cuestión jurídica no comporta el reconocimiento de una laguna legal

que deba resolverse mediante la aplicación de principios generales del ordenamiento si, como es el caso, las dudas pueden resolverse mediante la aplicación directa de la ley, interpretada por la jurisprudencia.

e) El artículo 3.2 CC dispone que las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en la equidad cuando la ley expresamente lo permita.

CUARTO.- Enunciación el motivo segundo.

El motivo segundo se introduce con la siguiente fórmula: “Vulneración de la DT 2ª.2 LC 1988 y del artículo 2.3 CC.”

Dicho motivo se funda, en síntesis, en que la invocación de la DT 2ª.2 LC que hace la sentencia recurrida infringe el principio de irretroactividad de las leyes.

El motivo debe ser desestimado.

QUINTO.- DT 2ª.2 LC 1988.

La DT 2ª. 2 LC 1988 establece que “(l)os terrenos ganados o a ganar en propiedad al mar y los desecados en su ribera, en virtud de cláusula concesional establecida con anterioridad a la promulgación de esta ley, serán mantenidos en tal situación jurídica, si bien sus playas y zona marítimo-terrestre continuará siendo de dominio público en todo caso.”

La parte recurrente reproduce la argumentación ya expuesta en primera instancia y en apelación según la cual a tenor de esta DT se le debe reconocer la propiedad del suelo que actualmente ocupa por tratarse de terrenos desecados en la ribera del mar en virtud de una concesión administrativa que cumple los requisitos establecidos en la DT.

De esta DT no puede deducirse el efecto que pretende la parte recurrente, pues de ella no se infiere la desafectación de los terrenos de dominio público que pudieran haber sido objeto de concesiones de desecación de marismas, sino el mantenimiento de la situación jurídica en que se encontraran los expresados terrenos en el momento de la entrada en vigor de la LC 1988, como acertadamente dice la sentencia recurrida.

La jurisprudencia contencioso-administrativa (STS, Sala Tercera, de 1 de julio de 2002, RC núm. 6319/1994) ha admitido que las concesiones administrativas podían producir la transmutación de los terrenos de dominio público en terrenos de propiedad privada cuando eran a perpetuidad bajo el imperio de la legislación precedente para sanear marismas y destinarlas a la acción urbanizadora. La conversión jurídica en terrenos privados sólo tenía lugar si así se deducía de las propias cláusulas de la concesión otorgada bajo el

imperio de la Ley de Puertos de 1880, pero no en el supuesto de concesiones en que se denegó el otorgamiento a perpetuidad. La STS de 1 de julio de 2002, RC núm. 6329/1994, confirmó la falta de transferencia patrimonial a favor de los concesionarios en concesiones otorgadas por el plazo de 99 años para el saneamiento de las marismas con el fin de establecer en los terrenos desecados una industria.

Esta doctrina resulta plenamente aplicable al caso examinado, pues la STS, Sala Tercera, de 19 de octubre de 1966, denegó el reconocimiento del carácter perpetuo de la concesión a que se refiere este proceso fundándose en lo previsto en sus cláusulas y en la aplicación del artículo 126 de la Ley de Patrimonio del Estado de 1964, que suprimió el carácter perpetuo de las concesiones fijando su duración máxima en 99 años. En consecuencia, no puede concluirse que los terrenos objeto de la concesión se transformasen en terrenos de propiedad privada.

Habiéndolo apreciado así la sentencia recurrida no se aprecia la infracción denunciada.

SEXTO.- Enunciación de motivo tercero.

El motivo tercero se introduce con la siguiente fórmula:

“Vulneración de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.”

El motivo se funda, en síntesis, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo según la cual las concesiones de marisma suponen la transformación del terreno público en terreno de propiedad particular del concesionario desde la finalización de las obras y la consiguiente desafectación implícita del dominio marítimo-terrestre.

El motivo debe ser desestimado.

SÉPTIMO.- Jurisprudencia sobre concesiones para la desecación de marismas.

Las razones en las que se funda la desestimación el anterior motivo de casación son las siguientes:

a) Las sentencias citadas por la parte recurrente pertenecen todas ellas a la jurisdicción contencioso-administrativa, y, según declara reiteradamente nuestra jurisprudencia, no pueden ser invocadas como fundamento de un recurso de casación ante esta Sala, que carece de potestades para sentar jurisprudencia en materia administrativa. Esta razón es suficiente, por sí misma, para desestimar el motivo interpuesto. Según la jurisprudencia más reciente de esta Sala, el artículo 132.2 CE declara que la zona marítimo-terrestre es en todo caso bien de dominio público estatal, caracterizado por su inalienabilidad, imprescriptibilidad e inem-

bargabilidad, por lo que tal dominio no es susceptible de propiedad privada, y su naturaleza no puede resultar transformada por la obra urbanizadora (SSTS 8 de junio de 2001, RC núm. 1334/1996, 26 de febrero de 2004, RC núm. 1048/1998).

b) Con arreglo a la jurisprudencia contencioso-administrativa, no se produce la desafectación de los bienes de dominio público, según ha quedado examinado, en las concesiones para la desecación de marismas otorgadas bajo la vigencia de la Ley de Puertos de 1880 si éstas no tenían carácter de perpetuidad, condición que suprimió el artículo 132 de la Ley de Patrimonio del Estado de 1964.

c) Las SSTS de la Sala Tercera que se citan como infringidas no son aplicables al caso controvertido, pues:

i) La STS, Sala Tercera, de 19 de noviembre de 1997, RC núm. 1598/1994, rechaza la calificación de los terrenos como zona marítimo-terrestre en función de sus características físicas fundándose en la valoración de la prueba realizada por el tribunal de instancia, pero nada dice sobre los efectos de las concesiones para la desecación de marismas.

ii) La STS, Sala 3ª, de 3 de febrero de 2000, RC núm. 4393/1996, resuelve en sentido análogo un problema similar.

iii) La STS, Sala 3ª, 16 de julio de 1993, RA núm. 4811/1990, a los efectos de la práctica de una medida cautelar, considera unos terrenos como de dominio privado, pero se funda en que habían sido objeto de una concesión otorgada a perpetuidad en el año 1934 bajo la vigencia de la Ley de Puertos de 1880. En el caso examinado la concesión fue otorgada con posterioridad a la Ley del Patrimonio del Estado de 1964, que suprimió las concesiones a perpetuidad.

iv) La STS, Sala 3ª, de 13 de octubre de 1999, RA núm. 2751/1992, sienta la doctrina de que las concesiones de marismas otorgadas bajo la vigencia de la Ley de Puertos de 1880 para su desecación suponen la transformación del terreno público en propiedad particular del concesionario desde el momento de la terminación de las obras, pero se refiere a concesiones otorgadas antes de la vigencia de la Ley de Patrimonio del Estado de 1964 en los años 1914 y 1922.

OCTAVO.- Desestimación del recurso.

La desestimación del recurso de casación comporta la procedencia de confirmar la sentencia impugnada de acuerdo con el art. 487 LEC y de imponer las costas a la parte recurrente, en virtud de lo dispuesto en el art. 394.4 LEC, en relación con el 398 LEC.

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

FALLO

1. Se desestima el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Conservas Hoya, S.A., Conservas Crespo, S.L. y Pescados Ibáñez, S.L., contra la sentencia de 28 de abril de 2004 dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Cantabria en el rollo de apelación núm. 183/2003, cuyo fallo dice:

“Fallamos.

“Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de “Conservas Hoya, S.A.”, “Conservas Crespo, S.L.” y “Pescados Ibáñez, S.L.” contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de los de Santander en los autos a que este rollo se refiere, debemos confirmar y confirmamos expresada sentencia,

sin expresa imposición de las costas de esta alzada”.

2. No ha lugar a casar por los motivos formulados la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.

3. Se imponen las costas del recurso de casación a la parte recurrente.

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.- Xavier O’Callaghan Muñoz.- Jesús Corbal Fernández.- José Ramón Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.

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



2009/229019

TS Sala 2ª, Sentencia 17 septiembre 2009. Ponente: D. Carlos Granados Pérez

Al no constituir domicilio sino mero instrumento de transporte

Válido registro de buque sin autorización judicial

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por delito contra la salud pública. Entiende el recurrente vulnerado el derecho a la intimidad e inviolabilidad del domicilio al haberse practicado el registro de la embarcación sin autorización judicial. Sin embargo, el TS señala que la embarcación estaba llena de fardos que imposibilitaban la vida íntima, sin que existieran señales, como se declaró por los funcionarios que comprobaron su estado, de que pudiera servir a fines distintos del mero transporte de los dos mil kilos de hachís que llenaban todo el habitáculo, siendo visible desde el exterior la presencia de esos fardos que lo cubrían todo, por lo que igualmente podría sostenerse que nos encontramos ante un supuesto de delito flagrante.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso interpuesto por el acusado D. Julián, al que se ha adherido el acusado D. Roque

PRIMERO.- En el submotivo primero del primer motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se dice vulnerados los artículos 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 24.2 de la Constitución, alegándose falta de documentos en las actuaciones.

Se dice que el procedimiento adolece de las debidas garantías al no

constar en las actuaciones el Auto de la Audiencia que estimó recurso de apelación contra decisión del instructor que había acordado, mediante una mera Providencia, la inadmisión de pruebas testificales solicitadas en escrito que obra al folio 255 de las actuaciones.

Parece ser que se está refiriendo a las pruebas solicitadas en escrito presentado por la Procuradora Sra. Parra Penacho, en nombre de D. Adrián, que obra al folio 255 de las actuaciones, escrito en el que se interesó el testimonio de D. Isidoro, trabajador de Alecsa, que era la persona que en representación de dicha

sociedad mantuvo en Sevilla, en la fecha de 4 de septiembre de 2007, una reunión profesional con D. Adrián - declaró en el acto del juicio oral -folio 211- y el testimonio de D. Jesús Carlos, encargado del Excmo. Ayuntamiento de Cantillana, con el que D. Adrián tuvo una entrevista en esa misma fecha -compareció en el juicio oral folio 211 vuelto-.

En el folio 371 consta Providencia, de fecha 14 de diciembre de 2007, por la que la titular del Juzgado de Instrucción número 1 de Puerto Real acuerda, entre otros extremos, que no ha lugar a las testificales interesadas por la Procuradora Sra. Parra Penacho, al no considerarse útiles a los fines de la presente acorde con lo expuesto por el Ministerio Fiscal y por no ser objeto de investigación en las actuaciones llevadas a cabo por su representado, lo acontecido con posterioridad al día de los hechos objeto de la instrucción.

Ciertamente al folio 265 vuelto aparece informe del Ministerio Fiscal, de fecha 30 de noviembre de 2007, en el que se dice que no entiende necesaria la práctica de la testifical propuesta, al no discutirse los acontecimientos posteriores a la fecha de los hechos que motivan la presente causa.

En el folio 747 obra escrito interponiendo recurso de reforma contra la Providencia citada de fecha 14 de diciembre de 2007, y al folio 763 obra incorporado Auto de fecha 15 de enero de 2007 que desestima recurso de reforma y en el que se viene a declarar que la resolución que inadmitió las declaraciones testificales no hubiesen adoptado la forma de Auto ello no supone la nulidad de dicha resolución, reproduciendo sentencias del Tribunal Constitucional en las que se declara que "... una indefensión constitucionalmente relevante no tiene lugar siempre que se vulneren cualesquiera normas procesales, sino sólo cuando con esa vulneración se aparejan consecuencias prácticas consistentes en la privación del derecho de defensa y en un perjuicio real y efectivo de los intereses afectados por ella. Y se dice que tanto la Ley Orgánica del Poder Judicial como la doctrina del Tribunal Constitucional exigen que esa omisión haya producido indefensión, lo que no se ha producido en este caso, ya que si bien debió adoptar la forma de Auto, la resolución razona y explica las causas de la denegación de esas pruebas, por lo que ninguna indefensión puede acarrearle, cuando se pueden interponer los mismos recursos que si hubiese adoptado la forma de Auto. Y asimismo se recogen sentencias del Tribunal Supremo sobre la necesidad de conservación de los actos procesales en los que no se haya observado vulneración de normas esenciales de procedimiento, vulneración que en este caso no se ha producido. Y entrando en el fondo de la cuestión se dice que en el

presente supuesto se solicita la práctica de prueba testifical, en relación con unos testigos con los que el imputado contactó el día 4 de septiembre de 2007 y en ese mismo día accedieron, según relata el recurrente, hechos en los que intervino, circunstancias que no son objeto de investigación como claramente le consta a la parte y así se hizo constar en la providencia recurrida; es más, las diligencias interesadas no se consideran como elementos probatorios de descargo.

Contra ese Auto de fecha 15 de enero de 2007 se interpuso recurso de apelación para que la Audiencia de Cádiz, estimándolo, admitiese y ordenase la práctica de esas diligencias testificales.

Se dice, en el motivo, que el recurso fue estimado y que una carátula de la decisión del recurso obra al folio 890, faltando el resto. Lo cierto es que en ese folio lo que obra incorporado se refiere a otra apelación distinta ya que se contrae a un Auto de fecha 4 de diciembre de 1997.

Y al contrario de lo que se afirma en el recurso, al folio 944 consta el Auto dictado por la Audiencia Provincial de Cádiz, de fecha 12 de marzo de 2008, que desestima el recurso de apelación, señalando que la prueba testifical solicitada por el imputado D. Adrián no era necesaria ya que supuestamente la embarcación zarpó días antes del día 4 de septiembre de 2007, fecha en la que se encontró dicha embarcación a la deriva y sin tripulación con dos mil kilos de hachís, pretendiéndose con la testifical acreditar que en esa fecha se encontraba fuera de la provincia de Cádiz.

No se ha producido la irregularidad que se denuncia en el motivo ya que el Auto cuestionado está unido a la causa y, al contrario de lo que se afirma en el presente motivo, el recurso no fue estimado.

La prueba estaba razonadamente rechazada ya que nada podía aportar que fuera de utilidad a la defensa del recurrente y no se ha producido la irregularidad denunciada, ya que consta el Auto completo que se dice omitido y por otra parte puede comprobarse con la lectura de los folios 211 y 211 vuelto del rollo de la Audiencia que tales testigos sí depusieron testimonio en el acto del plenario. Por todo ello, procede la desestimación del motivo.

SEGUNDO.- En el submotivo segundo del motivo primero, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca vulneración del artículo 24.2 de la Constitución, por falta de práctica de pruebas admitidas.

En concreto se dice que la providencia que obra al folio 371 establecía la inadmisión de unas testificales propuestas en el escrito que obra al

folio 255 de las actuaciones -en ese folio se incorpora escrito del imputado D. Adrián, imputado distinto del ahora recurrente- y se añade que debe entenderse que las documentales solicitadas se admitieron y no han sido practicadas. Y examinado dicho escrito aparece que las documentales solicitadas se refieren al otro imputado y en concreto que se libre oficio a la Comandancia de la Guardia Civil de Cádiz al objeto de que por la misma se emita informe completo de las diligencias llevadas a cabo para la presentación del Sr. Adrián en dichas dependencias y en concreto si fue citado por teléfono, con conocimiento de los hechos que motivaban la citación y si la presentación fue voluntaria e igualmente se interesa, como documental, que se libre oficio a la Jefatura Provincial de Tráfico de Sevilla al objeto de que se remita informe de la sanción de tráfico por exceso de velocidad por la que fue sancionado en la fecha de 4 de septiembre de 2007, en la carretera de Cantillana, provincia de Sevilla. Se añade que estas pruebas documentales fueron reiteradas en el escrito de calificación provisional y al inicio del juicio oral.

Examinado el escrito de calificación provisional del acusado D. Adrián -folio 985-, de las documentales antes señaladas la única que se reitera es la petición de que se libre oficio a la Jefatura de Provincial Tráfico de Sevilla al objeto de que se remita informe sobre la denuncia formuladas contra D. Adrián en la fecha de 4 de septiembre de 2007.

Esa documental es rechazada por Auto de fecha 10 de abril de 2008, que obra al folio 17 del Rollo de Sala, por no ser necesaria ni pertinente en cuanto no se explica la utilidad que pueda tener para este juicio, máxime cuando se trataba de un documento que podía aportarlo la parte solicitante, como así sucedió ya que al inicio del acto del juicio oral - folio 138 del Rollo de Sala- la defensa de D. Adrián aporta como documental la denuncia de la Guardia Civil por exceso de velocidad que obra unido al folio 143 del Rollo de Sala

Por otra parte, se alega, en este mismo submotivo, que fue admitida la testifical del agente TIP núm. 000 y que dicho testigo no ha comparecido al acto del juicio oral y que nunca se le ha recibido testimonio en la fase de instrucción, habiendo desatendido el Tribunal de instancia la petición de que se suspendiera el acto del juicio por la incomparecencia de dicho testigo.

Puede comprobarse, examinando el acta del juicio, que al folio 210 del Rollo de la Audiencia, al reanudarse el juicio, se señala la no asistencia del Guardia Civil con núm. 000, constando que no comparece por encontrarse en comisión de servicio. Las defensas solicitan la suspensión del juicio, a lo que se opone el Ministerio Fiscal al no ser necesaria su

presencia, y la Sala acuerda no suspender la vista al no ser necesaria su testimonio, y las defensas hacen constar su protesta.

Se considera oportuno recordar la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional sobre la suspensión del juicio y sobre el derecho a la prueba.

Así, esta Sala (entre otras muchas Sentencia de 25 de septiembre de 1992) tiene declarado que es preciso distinguir entre "pertinencia" y "necesidad" de un determinado medio de prueba. El artículo 659 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al regular el trámite de admisión de las pruebas propuestas por las partes, alude al concepto de pertinencia. Sin embargo, el artículo 746 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al referirse a la suspensión del juicio oral, es más estricto pues exige que el Tribunal "considere necesaria" la prueba no practicada. Si pertinente es lo oportuno y adecuado, necesario es lo que resulte indispensable y forzoso, y cuya práctica resulta obligada para evitar que pueda ocasionarse indefensión. De ahí que haya de examinarse ponderadamente las circunstancias que concurren en cada caso, para decidir sobre la suspensión del acto del juicio oral.

El Tribunal Constitucional, como es exponente la sentencia de 4 de diciembre de 1997, expresa que la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa integra el contenido de un derecho fundamental contenido en el artículo 24.2 de la Constitución, cuya infracción no es consecuencia de cualquier denegación judicial de peticiones de actividad probatoria, sino que requiere un efecto material de indefensión: requiere que la actividad no practicada y solicitada en tiempo y forma sea potencialmente trascendente para la resolución del conflicto y que, sin embargo, no haya obtenido una respuesta judicial razonable acerca de su omisión.

Recuerda esa Sentencia la relación de los requisitos y criterios que ha ido conformando el Tribunal Constitucional para la consideración de la vulneración del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa que pueden configurarse del siguiente modo:

a) La actividad probatoria ha de ser solicitada en la forma y momento legalmente establecidos (SSTC 149/1987, 1/1996).

b) La actividad ha de ser pertinente, lo que, a partir de la competencia de los órganos judiciales para la evaluación de pertinencia (SSTC 44/1984, 147/1987, 233/1992), supone que el recurrente ha de argumentar convincentemente en torno a la pertinencia de la prueba denegada sin que, por contra, el órgano judicial haya fundamentado el rechazo de un modo no irrazonable (SSTC

233/1992, 131/1995, 1/1996), o de un modo tardío tal que genere indefensión o riesgo de perjuicio o condicionamiento de su solución sobre la prueba o de la decisión de fondo (SSTC 89/1995, 131/3995).

c) La prueba ha de ser relevante para la decisión del litigio (SSTC 30/1986, 149/1987), “decisiva en términos de defensa” (STC 1/1996).

Vista la doctrina expuesta, las circunstancias concurrentes en el presente caso y las pruebas practicadas en el acto del juicio oral, no puede considerarse prueba necesaria la declaración de ese guardia civil ya que, como consta en el acta del plenario, habían depuesto testimonio otros seis guardias civiles sobre los mismos hechos, por lo que no procedía la suspensión interesada.

El motivo no puede prosperar.

TERCERO.- En el submotivo tercero del primer motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca vulnerado el artículo 24 de la Constitución y artículo 142 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por falta de motivación suficiente de la sentencia.

Se alega en defensa del motivo que las presunciones en contra del acusado D. Julián carecen de sustento probatorio y está ausente la debida motivación de su condena.

El motivo no puede ser estimado.

Al contrario de lo que se afirma en defensa del motivo la sentencia de instancia satisface adecuadamente el deber de motivación, cuestión distinta es que el recurrente discrepe de esa valoración y ofrezca una propia atendida las pruebas practicadas.

Lo cierto es que los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida analizada las declaraciones de testigos y acusados y alcanza su convicción sobre la participación de los acusados en la adquisición de la embarcación para utilizarla en el transporte de importantes cantidades de hachís, como así se hizo, con un razonamiento coherente y de ningún modo arbitrario o contrario a las reglas de la lógica o las máximas de la experiencia.

CUARTO.- En el submotivo cuarto del primer motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca vulneración del artículo 18.2 de la Constitución, en relación con el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Se dice vulnerado el derecho a la intimidad e inviolabilidad del domicilio al haberse practicado el registro de la embarcación sin autorización judicial.

El motivo debe ser desestimado.

Esta Sala ya se ha pronunciado rechazando la misma invocada vulneración constitucional en aquellos casos en los que la embarcación no constituye domicilio sino mero instrumento de transporte de la droga. Así, en la Sentencia 151/2006, de 20 de febrero, se dice que no cabe hablar de vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio del artículo 18.2 de la Constitución simplemente porque las embarcaciones no constituyen domicilio a estos efectos constitucionales, salvo en aquellas partes destinadas específicamente a los camarotes, dormitorios de las tripulaciones o pasajeros, u otros lugares reservados para una persona o grupo de personas.

Y ello aunque se tratare de un yate o embarcación de recreo, como en el caso aquí examinado, en el que podría predominar el aspecto de lugar destinado a la vida personal o familiar, íntima en todo caso, que es lo que constituye la razón de ser de esta inviolabilidad proclamada en el art. 18.2 CE; porque en el presente caso este tipo de embarcación se estaba utilizando, no para tal finalidad de convivencia con la familia o amistades, sino sólo para el transporte de mercancía, en este caso ilícita, ya que se trataba de hachís en cantidades elevadas. Con el mismo criterio las sentencias de esta Sala 1108/1999, 1534/1999 y 1776/2000.

En el supuesto objeto del presente recurso, la embarcación estaba llena de fardos que imposibilitaban la vida íntima, sin que existieran señales, como se declaró por los funcionarios que comprobaron su estado, de que pudiera servir a fines distintos del mero transporte de los dos mil kilos de hachís, que llenaban todo el habitáculo siendo visible desde el exterior la presencia de esos fardos que lo cubrían todo, por lo que igualmente podría sostenerse que nos encontramos ante un supuesto de delito flagrante.

QUINTO.- En el primer submotivo del segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se invoca infracción, por indebida aplicación, del artículo 369.1.6º del Código Penal.

Se alega que no procede apreciar la agravante específica de cantidad de notoria importancia.

Este motivo tampoco puede estimarse.

Al acto del juicio oral compareció el perito que intervino en el análisis de la droga intervenida, ratificando su cantidad y naturaleza, manifestando que tales análisis se efectuaron siguiéndose los protocolos adecuados correspondientes, dictamen que ha sido recogido sin alteración alguna en los hechos que se declaran probados y que suponen una cantidad de hachís que supera con mucho los 2.500 gramos que esta Sala tiene en

cuenta para apreciar la agravante de cantidad de notoria importancia, correctamente apreciada por el Tribunal de instancia.

SEXTO.- En el segundo submotivo del segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se invoca infracción, por indebida aplicación, del artículo 370.3 del Código Penal.

Se niega la concurrencia de la agravante de extrema gravedad por utilización de buque.

Este motivo tampoco puede prosperar.

Por la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 15/2003, se introduce en el artículo 370.3 del Código Penal una definición auténtica de lo que debe entenderse por conducta de “extrema gravedad”, en materia de tráfico de drogas, al decirse que se consideran de extrema gravedad los casos en que la cantidad de las sustancias a que se refiere el artículo 368 excediere notablemente de la considerada como de notoria importancia, o se hayan utilizado buques o aeronaves como medio de transporte específico, o se hayan llevado a cabo las conductas indicadas simulando operaciones de comercio internacional entre empresas, o se trate de redes internacionales dedicadas a este tipo de actividades, o cuando concurren tres o más de las circunstancias previstas en el artículo 369.1 del Código Penal.

Y en el pleno no jurisdiccional de esta Sala celebrado el 25 de noviembre de 2008 se examina la conveniencia de utilizar un criterio numérico de cantidad de sustancia estupefaciente para integrar la hiperggravación del artículo 370.3 del Código Penal, tomándose el siguiente Acuerdo: “La aplicación de la agravación del artículo 370.3 CP, referida a la extrema gravedad de la cuantía de sustancia estupefaciente, procederá en todos aquellos casos en que el objeto del delito esté representado por una cantidad que exceda de la resultante de multiplicar por mil la cuantía aceptada por esta Sala como módulo para la apreciación de la agravación de notoria importancia”

Y en ese mismo pleno se examina el concepto de buque a los efectos de apreciar esta misma circunstancia agravante y tras el debate correspondiente se tomó el siguiente Acuerdo: “A los efectos del artículo 370.3 CP, no cabe considerar que toda embarcación integra el concepto de “buque”. La agravación está reservada para aquellas embarcaciones con propulsión propia o eólica y, al menos, una cubierta, con cierta capacidad de carga e idónea para realizar travesías de entidad.

Por tanto, quedan excluidas de ese concepto, con carácter general, las

lanchas motoras, planeadoras y otras embarcaciones semirrígidas que, al carecer de cubierta, no son aptas para efectuar travesías de cierta entidad”

Y en el caso que examinamos, los dos mil kilos de hachís se transportaban, como se declara probado, en una embarcación que contaba con un habitáculo corrido, con una eslora de 9 metros y una manga de 3,50 metros, portaba dos motores intraborda, y, por consiguiente, con capacidad de carga para transportar elevadas cantidades de drogas y con la suficiente potencia y solidez para asegurar ese transporte en travesías de cierta entidad.

Así las cosas, el artículo 370.3 del Código Penal ha sido correctamente aplicado.

SÉPTIMO.- En el tercer submotivo del segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se invoca infracción, por indebida aplicación, del artículo 28 del Código Penal.

Se alega que estamos ante la figura de simple favorecimiento sin que hubiera tenido el “dominio del hecho” y que no puede ser condenado como autor del delito.

Este último motivo tampoco puede prosperar.

La complicidad que se defiende mal se compagina con un relato fáctico que debe ser rigurosamente respetado y en el que se dice que los acusados, y entre ellos el ahora recurrente y quien se ha adherido a su recurso, puestos de común acuerdo, y con el fin de obtener un beneficio patrimonial, adquirieron la embarcación que se describe para transportar droga y destinarla al tráfico ilícito y de esta manera se señala que fue localizada dicha embarcación, en la que se transportaba 65 fardos de hachís, con un peso de 2000 kilogramos, operación que había sido organizada por los tres acusados Adrián, Roque y Julián.

Supuesto fáctico que reiterada jurisprudencia de esta Sala incardina en un supuesto de autoría con dominio funcional del hecho. Así en la Sentencia 722/2003, de 12 mayo, se declara que tratándose del delito contra la salud pública, en la modalidad de tráfico de sustancias estupefacientes, todo acto de auxilio al poseedor de la droga con destino al tráfico encaja en alguno de los supuestos del artículo 368 del Código Penal, en calidad de autoría directa, dado los amplios términos en los que aparece configurada esta clase de infracción penal, pues constituyen actos que de algún modo promueven, favorecen o facilitan el consumo ilegal de sustancias estupefacientes.

Es cierto que algunas sentencias han admitido la complicidad en ca-

esos de colaboración mínima de favorecimiento al favorecedor del tráfico tales como la mera indicación y el acompañamiento hasta el lugar donde se vendía droga, pero no cuando existe un previo acuerdo seguido de actos que facilitan la venta de tales sustancias estupefacientes, lo que, según reiterada doctrina de esta Sala, convierte en autores a todos los concertados para la actividad de tráfico de droga, cualquiera que sea el rol concreto, siempre que su colaboración contribuya, como establece el artículo 368 del Código Penal, a promover, favorecer o facilitar el tráfico ilícito de drogas tóxicas o estupefacientes o de sustancias psicotrópicas.

Y en la Sentencia 94/2006, de 10 de enero, se afirma que debe ser rechazada su pretendida consideración de complicidad criminal, ya que esta requiere una participación meramente accesoria, no esencial, que se ha interpretado en términos de prescindibilidad concreta o relacionada con el caso enjuiciado, no en términos de hipotéticas coyunturas comisivas.

En el presente caso, nada sustenta una aportación accesoria o no esencial por parte del recurrente, muy al contrario, de los hechos que se declaran probados se infiere la disponibilidad que todos los acusados tenían sobre la importante cantidad de hachís intervenida, como igualmente todos ellos se habían concertado para la adquisición de la embarcación que destinaron al transporte de la droga.

FALLO

Debemos desestimar y desestimamos el recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de Ley interpuesto por el acusado D. Julián, recurso al que se ha adherido el acusado D. Roque, contra sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Cádiz, de fecha 10 de julio de 2008, en causa seguida por delito contra la salud pública. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso. Comuníquese este sentencia a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Carlos Granados Pérez.- Andrés Martínez Arrieta.- Francisco Monterde Ferrer.- Manuel Marchena Gómez.- José Antonio Martín Pallín.

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

2009/229021

TS Sala 2ª, Sentencia 15 septiembre 2009. Ponente: D. Andrés Martínez Arrieta

Delito de detención ilegal cometido en dos momentos distintos

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia dictada en causa seguida al mismo por delito de detención ilegal. Afirma el TS que la detención se desarrolla en dos momentos distintos; en primer lugar, encerrando a la víctima en su vivienda, lo que se realiza de forma intimidatoria con la exhibición de un cuchillo, el delito ya estaría consumado. Además, continúa la Sala, se restringe la libertad deambulatoria, obligándole a desplazarse a Barcelona con la intimidación de males a sus familiares, siendo vigilado por el recurrente que retiene su pasaporte, por lo que no se trata de un desplazamiento querido por la víctima, u ofrecido como medio de pago, sino exigido por el acusado para saldar una deuda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO. - La sentencia cuya impugnación casacional conocemos condena al recurrente como autor de un delito de detención ilegal contra la que formaliza un único motivo en el que denuncia la vulneración de su derecho fundamental a la presunción de inocencia, al tiempo que discute la subsunción de los hechos en el delito de detención ilegal, entendiendo que la subsunción correcta en la del tipo penal de las coacciones.

En síntesis, el hecho probado, declara que el acusado que era acreedor de una deuda con la víctima, por tráfico de drogas. Tras requerirle el pago, y como se negara, el acusado le coloca una navaja en el cuello y en el estómago, le propone saldarla mediante la realización de un viaje a Santo Domingo para traer droga. En esa situación transcurre el tiempo desde la tarde hasta las 21 horas en que sale un autobús con destino a Barcelona donde cogerían el avión con destino a Santo Domingo. Durante el transcurso del viaje en autobús, la víctima logra convencer al acusado para que le deje el móvil y llamar a su familia y comunicarle su partida de viaje, lo que es aprovechado por la víctima para comunicar que iba contra su voluntad. La familia alerta a la policía que interviene en Burgos y detiene al acusado que guardaba el pasaporte de la víctima.

Denuncia en primer término la vulneración de su derecho fundamental a la presunción de inocencia. Afirma el recurrente que la única

prueba es la declaración de la víctima sobre los hechos, porque las declaraciones de los padres no sin sino testificales de referencia sobre el hecho de la amenaza de la víctima a la realización de un viaje.

El motivo se desestima. Sobre el contenido de la amenaza que atenta a la libertad deambulatoria la sala ha dispuesto de una prueba básica, la declaración de la víctima y las declaraciones del acusado, que el tribunal valora racionalmente conforme exige el art. 714 de la Ley procesal, en una función que le compete, como función jurisdiccional, y tras percibir de manera inmediata la prueba practicada en el juicio oral. El recurrente pretende una nueva valoración de la prueba personal sobre la base de extraer consecuencias probatorias distintas de las que el tribunal ha obtenido desde la intermediación. En esa función valoradora de la prueba no puede ser sustituido por el recurrente, tampoco por esta Sala, que no ha percibido la práctica de la prueba. Por nuestra parte, como órgano casacional y ejerciendo las funciones de la revisión de la sentencia condenatoria, hemos de comprobar que existió prueba, que esta es legítima, lícita y regular en su obtención, y que la valoración es racional conforme exige la Ley procesal y el art. 120 de la Constitución. Desde la perspectiva expuesta el tribunal ha valorado la prueba testifical de la víctima, las declaraciones de los padres, las de los funcionarios de policía y las del acusado. De esas pruebas personales extrae los siguientes hechos: la víctima denuncia la privación de libertad que se desarrolla en dos momentos, primero como encierro en su propia vivienda por el tiempo que media desde una hora no precisada de la tarde hasta las 21 horas, cuando el autobús destino a Barcelona sale de la estación de autobuses. A partir de ese momento, la detención ya no es en la modalidad de encierro, sino en la de privación de la libertad deambulatoria, pues el acusado le obliga a desplazarse a Barcelona.

El empleo de la violencia e intimidación, resulta de las declaraciones de la víctima, el empleo del cuchillo que colocó en la cabeza y estómago, y la amenazas sobre males a su familia, concretamente a sus padres. Estos también afirman que entendieron que su hijo era amenazado y que realizaba el viaje contra su voluntad, lo que resulta del contexto de la conversación que tuvieron y que les hizo llamar a la policía. Los funcionarios policiales declaran que el acusado y la víctima iban en asientos contiguos, lo que contadice las delaraciones del acusado que negó ese extremo y corrobora las de la víctima. Igualmente los funcionarios policiales afirmaron que al tiempo de la detención el acusado llevaba el pasaporte de la víctima, lo que permite corroborar el carácter forzado del viaje, extremo que es mantenido en la declaración de la víctima.

El tribunal repasa las declaraciones, las confronta respecto a otros

hechos objetivos y extrae una conclusión que es razonable y la explicita en la sentencia. Por nuestra parte constatamos esos hechos y comprobamos la correcta enervación del derecho que invoca en la impugnación.

Respecto a la subsunción de los hechos en el delito de detención ilegal, objeto de la condena, o en el delito de coacciones, como sugiere el acusado en el recurso, ningún error cabe declarar. El recurrente cita dos precedentes jurisprudenciales sobre hechos, respecto a los que alega su similitud con los que son objeto del recurso. Hemos comprobado esa realidad denunciada, y de acuerdo con el informe del Ministerio fiscal, tales precedentes no son aplicables al caso. En la Sentencia 823/2005, de 24 de junio, los hechos se subsumen en el delito de detención ilegal. En la STS 654/2006, de 16 de junio, se declaran constitutivos de un delito de coacciones al considerar que no existía prueba suficiente para declarar la privación de libertad de la víctima, pues ésta fue quien ofreció el desplazamiento para saldar la deuda.

En el caso objeto de la casación, la detención se desarrolla en dos momentos distintos. En primer lugar, encerrando a la víctima en su vivienda, lo que se realiza de forma intimidatoria con la exhibición de un cuchillo. El delito ya estaría consumado. Además, se restringe la libertad deambulatoria, lo que es una concreción del delito de amenazas en la esfera de la libertad deambulatoria, obligándole a desplazarse Barcelona con la intimidación de males a sus familiares, siendo vigilado por el recurrente que retiene su pasaporte. No se trata de un desplazamiento querido por la víctima, u ofrecido como medio de pago, sino exigido por el acusado para saldar una deuda.

Consecuentemente, el motivo se desestima.

FALLO

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de Ley, de precepto constitucional y por quebrantamiento de forma interpuesto por la representación del acusado Rogelio, contra la sentencia dictada el día 23 de diciembre de dos mil ocho por la Audiencia Provincial de Valladolid, en la causa seguida contra el mismo, por delito de detención ilegal. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas causadas. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Joaquín Gimenez García Andrés Martínez Arrieta José Manuel Maza Martín Luciano Varela Castro José Antonio Martín Pallín

(...)



TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2009/264829

TS Sala 3ª, Sección: 8, Sentencia 2 noviembre 2009. Ponente: D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Expulsión del abogado por interrumpir en la vista a otro letrado, la declaración del demandado y a la magistrada

El TS desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto contra el acuerdo del CGPJ que acordó archivar el expediente disciplinario seguido a la magistrada del Juzgado de Primera Instancia, por falta grave de abuso de autoridad y de desconsideración. La Sala, una vez visualizado el video de grabación de la vista en que ocurrieron los hechos denunciados, considera que la actuación de la magistrada al expulsar al abogado demandante no se excedió, ni cometió abuso en el ejercicio de su autoridad, al contrario, aplicó correctamente el art. 191 LOPJ a las precisas circunstancias en él previstas, porque ese precepto sí permite la expulsión de un letrado cuando perturba el desarrollo de la vista.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Comisión Disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial, en su reunión del 19 de julio de 2006, acordó archivar el expediente disciplinario 8/06 seguido a Dª Manuela, magistrada del Juzgado de Primera Instancia núm. ... de los de la localidad S., por falta grave de abuso o exceso de autoridad y de desconsideración del artículo 418.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

El expediente fue incoado a propuesta del Servicio de Inspección, tras la denuncia presentada por D. Antonio, y guarda relación con lo sucedido en la vista pública del juicio seguido en el procedimiento ordinario 902/04, del que conocía ese Juzgado y versaba sobre la impugnación de acuerdos sociales del Banco Santander Central Hispano. El Sr. Antonio actuaba en él en su propio nombre y derecho como accionista y letrado en ejercicio. El día 9 de mayo de 2005, sobre las 11:30 horas, mientras interrogaba al representante de la entidad demandada el letrado de otra parte demandante y mientras éste discutía con el interrogado sobre el contenido de las preguntas, como el Sr. Antonio diera muestras de desaprobación, fue advertido por la magistrada quien le indicó que, de seguir así, le privaría de su turno de intervención, a lo que añadió "y así acabaremos antes". El Sr. Antonio protestó y dijo, ante la insistencia de la magistrada en apercibirle, que se reservaba el derecho de recusarla conforme al artículo 107 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Más tarde, el Sr. Antonio volvió a expresar en voz audible su disconformidad con lo que estaba declarando el representante del Banco Santander Central Hispano diciendo: "¿dónde se ha visto que un administrador de una sociedad no sepa que lo es, pero hombre!". Y la magistrada le llamó nuevamente al orden, advirtiéndole de que le estaba llevando al extremo. Entonces, el Sr. Antonio se dirigió a ella protestando por las advertencias que le estaba haciendo y le dijo: "Señoría no manifieste ningún prejuicio hacia mí, ni intente coartar el derecho de defensa", añadiendo poco después que la recusaba expresamente conforme al artículo 107 citado y que presentaría el escrito correspondiente posteriormente. Asimismo, recordó que la vista se estaba grabando y manifestó, refiriéndose a lo sucedido en la audiencia previa, que "ya me dijo que tuve la mala suerte de que me tocara usted en este pleito. Lo dijo en la audiencia previa, Señoría, y ahora me lo ratifica.". Tras preguntarle la magistrada si iba a seguir interrumpiendo, como el Sr. Antonio comenzara a hablar, dijo: "pues buenos días. Haga su recusación ahora mismo. Queda privado de su intervención en este acto y es expulsado de la sala". El Sr. Antonio, efectivamente, la abandonó y prosiguió la vista sin él en ese día y en las sesiones posteriores. Tampoco le fue impuesta ninguna corrección disciplinaria.

El Servicio de Inspección propuso la incoación del expediente porque consideró que no es aplicable a los letrados el artículo 191 de la Ley Or-

gánica del Poder Judicial, sino que ha de estarse a lo previsto en sus artículos 552 y siguientes por lo que la magistrada se "extralimitó o excedió ad infinitum de las facultades específicas que la Ley le reconoce". El instructor participó de esta interpretación a partir de lo dispuesto en los artículos 191 y 193 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el 186 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si bien dado que el Sr. Antonio tuvo "un comportamiento intempestivo, reiterado y descortés en el uso de sus prerrogativas de Letrado", concluyó que, ante el conjunto de circunstancias concurrentes, lo procedente era sancionar con advertencia a la magistrada por la falta leve de desconsideración con el Sr. Antonio prevista en el artículo 419.2, siempre de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Antes el Ministerio Fiscal entendió procedente el archivo del expediente pues se había demostrado que el ahora recurrente en un breve espacio temporal interrumpió a uno de los letrados intervinientes, interrumpió, también, la declaración de una de las partes y a la propia magistrada haciendo imposible la continuación del juicio por lo que era procedente la aplicación del citado artículo 191.

La Comisión Disciplinaria fue del mismo parecer que el Ministerio Fiscal y resolvió que, a la vista de los hechos, grabados en DVD obrante en las actuaciones, "la magistrada (...) no es merecedora, en modo alguno, de reproche disciplinario, por lo que procede el archivo de las presentes actuaciones". Además, subrayó que la decisión tomada por la magistrada tiene carácter jurisdiccional por lo que no es susceptible de revisión por el Consejo General del Poder Judicial.

Ese acuerdo se tomó con los votos en contra de los Vocales D. Carlos Ríos Izquierdo y Dª Montserrat Comas D'Argemir i Cendra, quien anunció la formulación de voto particular, si bien no consta en el expediente que lo llegara a presentar.

SEGUNDO.- En su demanda el Sr. Antonio, que denuncia la falta de notificación de los votos particulares y la indefensión que eso le produce, relata distintas irregularidades en que, a su juicio, habría incurrido la magistrada, algunas de las cuales se produjeron con anterioridad a la vista pública en que se produjo su expulsión, recoge la propuesta del Servicio de Inspección y los razonamientos del instructor sobre la inaplicabilidad del artículo 191 del que se viene hablando, aunque reprocha a la propuesta de este último no haber explicado en qué consiste "el conjunto circunstancial objetivo y subjetivo concurrente" que le llevó a calificar como falta leve lo que para el Servicio de Inspección podía constituir una falta grave del artículo 418.5.

Después expone los fundamentos de carácter sustantivo de su preten-

sión de que declaremos la nulidad del acuerdo de la Comisión Disciplinaria y adoptemos "cuantas medidas sean necesarias para la más plena efectividad a la nulidad de la resolución que se insta (...)". Esos fundamentos, en esencia, son los que, a continuación, relacionamos.

En primer lugar, sostiene que el acuerdo impugnado vulnera el artículo 418.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial pues hay una prueba cierta e indiscutible -la grabación de la vista- de que la magistrada incurrió en la conducta tipificada en ese precepto, de manera que el archivo dispuesto lo infringe y convalida una actuación irregular de la denunciada.

Para ponerlo de manifiesto reitera lo sucedido en la vista y añade:

a) Que en la audiencia previa del 7 de febrero, la magistrada le habría dicho que tuvo mala suerte de que le correspondiera a ella conocer del pleito.

b) Que, también, en la audiencia previa, la magistrada rechazó una prueba por él propuesta para, acto seguido, aceptarla a propuesta de otro letrado.

c) Que durante la tramitación del procedimiento ordinario la magistrada habría recibido extraoficialmente a los letrados de la parte demandada. A partir de lo anterior, concluye la demanda que la Sra. Manuela habría perdido su imparcialidad y que, consciente de ello, no es descabellado pensar que la simple presencia del Sr. Antonio en la vista, ya le produjera inquietud y que cualquier discrepancia, matización o controversia iba a servir para precipitar su expulsión, con evidente abuso de autoridad, además de desconsideración grave hacia él.

En segundo lugar, afirma que el acuerdo de archivo favorece actuaciones judiciales que comportan vulneración de derechos fundamentales pues, tras su expulsión, el juicio continuó en su ausencia practicándose el resto de la prueba, incluso la propuesta por el Sr. Antonio y culminó con los informes de las partes excluido el suyo, pues no se le permitió reintegrarse al juicio. Aquí trae a colación la interpretación de los artículos 191 y 193 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que conduce a considerar inaplicable el primero a letrados y procuradores pues las reglas a las que están sujetos son las de los artículos 552 y siguientes y subraya que la magistrada, al expulsarle, y la Comisión Disciplinaria, al archivar el expediente, han infringido el principio de legalidad y el derecho de defensa.

En tercer término, dice que el acuerdo impugnado es incoherente con la propuesta del instructor, que apreció una falta leve de desconsideración del artículo 419.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Por último, mantiene que con su actuación la Comisión Disciplinaria confirma y justifica un evidente agravio comparativo, ya que mientras el proceder de la magistrada ha conducido al archivo del expediente, el Sr. Antonio fue sancionado con multa de 5.250 € por la Audiencia Provincial de Santander al resolver sobre el escrito de recusación que presentó.

TERCERO.- El Abogado del Estado pide la desestimación del recurso.

Su contestación a la demanda comienza reprochando al actor lo fácil que es ver la paja en el ojo ajeno y lo difícil que resulta ver la viga en el propio pues la grabación de la vista muestra que el ahora recurrente interrumpió a otro letrado, la declaración del demandado y a la magistrada, por lo que tenía razón ésta al afirmar que era imposible continuar el juicio así. Resalta, seguidamente, que la Audiencia Provincial de Santander por auto de 2 de septiembre de 2005 multó al Sr. Antonio con 5.250 € por mala fe en el planteamiento del incidente de recusación. Añadiendo que “si se atiende a que la mala fe es patrimonio de la parte, que se trata de una cualidad o condición personalísima suya y que la multa es, tan sólo, su justa retribución, resulta tan triste como lamentable que la finalidad del recurso sea causar el mayor daño posible a la Ilma. Sra. Magistrada-Juez D^a Manuela”.

Ya al desarrollar los argumentos jurídicos por los que considera que el recurso no puede prosperar rechaza que se haya infringido el artículo 418.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Así recuerda que el instructor no advirtió que se hubiera cometido la falta en él tipificada y dice que “si, además, se atiende a que el hoy recurrente se ganó a pulso la expulsión con su falta de consideración para con los letrados, la parte y la propia Juez, que ésta haya incurrido en falta grave y él en nada, resulta, como poco, llamativo”.

Descarta, igualmente, que hubiera infracción de derechos fundamentales porque, aparte de tratarse aquí de una actuación ad hoc y no de una disposición, el artículo 191 de la Ley Orgánica del Poder Judicial era aplicable al caso ya que ese precepto se refiere a “los que”, pronombre que incluye a todos, el recurrente perturbó la vista y, siendo advertido, siguió haciéndolo. Y no ve incongruencia en la decisión de la Comisión Disciplinaria respecto de lo propuesto por el instructor pues, al resolver que no había infracción en la conducta de la magistrada, eso incluye a todas. En cuanto al agravio comparativo apunta que no se ha producido pues son actos independientes el de la Audiencia Provincial que le sancionó y el de la Comisión Disciplinaria objeto de este proceso.

Finalmente, el Abogado del Estado observa, respecto de los votos

particulares, que no es lo mismo anunciarlos que presentarlos.

CUARTO.- El recurso debe ser desestimado ya que el acuerdo contra el que se dirige no vulnera el ordenamiento jurídico.

En efecto, la Sala ha visto la grabación de lo sucedido en la mañana del 9 de mayo de 2005 durante el juicio y coincide con el parecer expresado por el Ministerio Fiscal que obra en el expediente. La vista se celebraba en una sala en la que, por sus dimensiones, se hallaban muy próximos los letrados de las partes, la magistrada y la secretaria judicial por lo que son perfectamente visibles y audibles los movimientos y manifestaciones que se hagan. En tal escenario, el ahora recurrente, que ya había interrumpido las contestaciones del representante de la entidad demandada a preguntas de otro letrado demandante y había sido apercibido por la magistrada, prosiguió haciendo comentarios desaprobatorios en voz alta y volvió a interrumpir al interrogado y entró en debate con la magistrada cuando ésta, firme y serenamente, trató varias veces de restablecer el normal desarrollo del acto que estaba alterando el Sr. Antonio hasta que, no cesando éste en su actitud, decidió, como ya le había advertido, privarle de su intervención y expulsarlo.

Sobre este punto de partida -pues el acuerdo recurrido, al igual que el informe del Servicio de Inspección y la propuesta del instructor, se centra en los hechos de la mañana del 9 de mayo de 2005- hemos de examinar los distintos motivos por los que la demanda entiende contraria a Derecho la decisión de la Comisión Disciplinaria.

Lo primero que hemos de indicar es que no apreciamos que el Sr. Antonio haya sufrido indefensión por no haberse notificado el único voto particular anunciado en su momento: el de la Sra. Comas D'Argemir i Cendra, pues el Sr. Ríos Izquierdo no hizo constar su propósito de formular otro. Ante todo, porque el anuncio de voto particular -es verdad lo que apunta el Abogado del Estado- no comporta la obligación de presentarlo. Pero es que, además, el Sr. Antonio, no reclamó en su momento la ampliación del expediente para que se aportara dicho voto particular, ni pidió prueba al respecto, de manera que no puede ahora considerarse indefenso por esta razón.

QUINTO.- Sobre la infracción del artículo 418.5, en contra de lo que dice la demanda, entendemos que no se ha producido pues la magistrada no se excedió, ni cometió abuso en el ejercicio de su autoridad. Al contrario, aplicó correctamente el artículo 191 de la Ley Orgánica del Poder Judicial a las precisas circunstancias en él previstas, porque ese precepto sí permite la expulsión de un letrado cuando perturba el desarrollo de la vista.

En efecto, dice así:

“Artículo 191: A los efectos de lo dispuesto en el artículo anterior, los que perturbaren la vista de algún proceso, causa u otro acto judicial, dando señales ostensibles de aprobación o desaprobación, faltando al respeto y consideraciones debidas a los jueces, tribunales, Ministerio Fiscal, abogados, procuradores, secretarios judiciales, médicos forenses o resto del personal al servicio de la Administración de Justicia, serán amonestados en el acto por quien presida y expulsados de la sala o de las dependencias de la Oficina judicial, si no obedecieren a la primera advertencia, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que incurran”.

La perturbación de la vista es lo que justifica la medida de expulsión que este precepto, previo apercibimiento al causante de la misma, autoriza a tomar a quien presida el Tribunal. Medida de cuya aplicación no excluye a ningún sujeto activo de aquélla. Y perturbar la vista con sus gestos, comentarios y contestaciones a la magistrada fue lo que hizo el Sr. Antonio. Por otra parte, ni del artículo 193 de la misma Ley Orgánica, ni del artículo 186 de la Ley de la Enjuiciamiento Civil se desprende lo contrario. Veamos.

Según se ha dicho, el artículo 191 tiene por objeto actos que perturben el desarrollo de la vista. En cambio, el artículo 193.1 se ocupa de unas determinadas conductas indebidas que tienen lugar en la vista, protagonizadas por unos concretos sujetos respecto de otros también identificados y de la sanción que les corresponde. En efecto, los sujetos que podrán ser multados son sólo los testigos, peritos o cualquiera otro que sea parte o la represente. Lo proscrito es faltar “en las vistas y actos judiciales de palabra, obra o por escrito a la consideración, respeto y obediencia debidos (...)” cuando no constituya delito. Y los sujetos pasivos son los “jueces, fiscales, secretarios judiciales y resto del personal al servicio de la Administración de Justicia”.

Aquí se pone el acento, por tanto, en preservar la posición de quienes encarnan la Administración de Justicia y se observa una precisión mucho mayor que en el artículo 191 que protege el desenvolvimiento de la vista frente a las perturbaciones causadas por cualquiera que impidan su normal desarrollo.

Ciertamente, el apartado 2 del artículo 193 dice que: “No están comprendidos en esta disposición los abogados y procuradores de las partes, respecto de los cuales se observará lo dispuesto en el título V del libro VII”.

Ahora bien, que a letrados y procuradores no se les puede multar en virtud del apartado 1 si faltan a la consideración, al respeto o a la obe-

dencia debidos a jueces, fiscales, secretarios judiciales o al resto del personal al servicio de la Administración de Justicia, no significa que no puedan ser expulsados si perturban la vista de tal modo que se vea impedida su celebración. Por otro lado, la exclusión de estos profesionales que acabamos de mencionar se justifica por la remisión a los artículos 552 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Es decir, a preceptos que, en lugar de ocuparse de la audiencia pública, como los que acabamos de examinar, regulan las sanciones que se les pueden imponer.

Y el artículo 193.1 contempla una sanción. De ahí que, previéndose un régimen sancionador específico para abogados y procuradores se remita a él. En el artículo 191, en cambio, no es propiamente una sanción lo que se prevé sino una medida de policía de estrados -la expulsión- dirigida a poner remedio de inmediato a una perturbación de la vista.

A su vez, estos artículos 552 y siguientes no castigan cualquier proceder indebido de los mencionados profesionales. Las correcciones disciplinarias que establece este Título, en lo que ahora importa, responden a las faltas de respeto que cometan en su actuación forense “a los jueces y tribunales, fiscales, abogados, secretarios judiciales o a cualquier persona que intervenga o se relacione con el proceso”; o a la desobediencia a las llamadas al orden que les haga el que presida el acto cuando desarrollen sus alegaciones orales (artículo 553.1 y 2). Por tanto, no sólo hay congruencia con el artículo 193.1 en la materia sancionadora, sino también en las conductas sancionables. Congruencia que no se da respecto del artículo 191.

En fin, el artículo 186.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tampoco ofrece apoyo a la tesis de la inaplicabilidad del artículo 191 de la Ley Orgánica a los letrados que perturben el juicio. Así, ese precepto, integrado entre los relativos a la dirección de los debates, faculta al juez o al presidente a: “Agilizar el desarrollo de las vistas, a cuyo efecto llamará la atención del abogado o de la parte que en sus intervenciones se separen notoriamente de las cuestiones que se debatan, instándoles a evitar divagaciones innecesarias, y si no atendiesen a la segunda advertencia que en tal sentido se les formule, podrá retirarles el uso de la palabra”.

Se refiere, como es obvio, a algo completamente distinto a lo previsto por el artículo 191: no mira a la realización de actos que interrumpen la vista y no permiten que continúe, sino a intervenciones del abogado o de la parte que, aun siendo plenamente consideradas y respetuosas, se aparten notoriamente de la cuestión con divagaciones innecesarias.

Por último, cabe añadir que la solución alcanzada por la Comisión

Disciplinaria es coherente con el propósito de asegurar el normal desenvolvimiento de las vistas ya que, de otro modo, no sería posible reaccionar frente a situaciones como la que se dio en este caso, ya que las sanciones previstas por el artículo 554 de la Ley Orgánica, el apercibimiento y la multa, no sirven para restablecer el orden perturbado. La primera no es efectiva cuando persiste el comportamiento perturbador y la segunda tampoco, dado el procedimiento que ha de seguirse para imponerla según el apartado 2 de ese precepto y el artículo 555, que le priva de inmediatez.

En definitiva, no hubo exceso ni abuso de autoridad, ni tampoco desconsideración sancionable porque la magistrada se limitó a tomar una medida, la expulsión, prevista expresamente por la Ley Orgánica, para que fuera posible continuar el interrogatorio por otro letrado del representante del demandado, interrumpido reiteradamente por el Sr. Antonio con sus comentarios y contestaciones a la magistrada que intentaba llevar adelante el proceso y que, con firmeza y serenidad, le advirtió repetidamente de que debía cesar en su actitud perturbadora, debiendo, finalmente, al hacer caso omiso el ahora recurrente de esos apercibimientos, expulsarle.

SEXTO.- Cuanto se acaba de decir excluye toda incongruencia entre lo resuelto por la Comisión Disciplinaria y lo propuesto por el instructor y que se haya consagrado un comportamiento de la titular del Juzgado lesivo de los derechos fundamentales, pues la expulsión de la que fue objeto el Sr. Antonio se debió a su propia conducta. Del mismo modo, no cabe apreciar la desigualdad de la que se queja porque son actuaciones diferentes las que llevaron al archivo del expediente disciplinario y a la sanción que le impuso la Audiencia Provincial de Santander por apreciar mala fe en la recusación que formuló.

SÉPTIMO.- Conforme a lo establecido por el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción, no se hace imposición de costas.

En atención a cuanto se ha expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que nos confiere la Constitución Española,

FALLO

1º Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo núm. 324/2006, interpuesto por D. Antonio contra el acuerdo de la Comisión Disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial de 19 de julio de 2006 que dispuso el archivo del expediente disciplinario 8/06.

2º Que no hacemos imposición de costas.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo Ge-

neral del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Ramón Trillo Torres.- Juan José González Rivas.- Nicolás Maurandi Guillén.- Pablo Lucas Murillo de la Cueva.- José Díaz Delgado.- Enrique Cancero Lalanne.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, estando constituida la Sala en audiencia pública en el día de su fecha, lo que, como Secretario de la misma, certifico.

ción provincial e inscrita como demandante de empleo, acordándose el 15 de septiembre de 2007 una reducción de jornada -la del actor- del 85%, quedando, en consecuencia, en el 15 % de la precedente -la de la relevista-.

c) Iniciado (por solicitud presentada ante el INSS el 13 de septiembre de 2007: folio 17 de los autos) expediente administrativo de jubilación, la entidad gestora resolvió el día 18 del mismo mes y año (en la relación de hechos probados, por un claro error material, según se advierte en la propia resolución -folio 28-, se cita el año 2006) que no procedía reconocer la prestación de jubilación parcial, al no acreditar los requisitos establecidos en el RD 1131/02, de 31 de octubre, en relación con el art. 166 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), por estar pendiente de desarrollo reglamentario la jubilación parcial del personal estatutario de la Seguridad Social y no poder realizar el Servicio Andaluz de Salud los contratos de relevo del art. 12.6 del Estatuto de los Trabajadores (ET).

d) Tras agotar la vía previa el 25 de septiembre de 2007, desestimada por una nueva resolución administrativa de 3 de octubre siguiente, el solicitante interpuso la demanda origen de las presentes actuaciones el 10 de octubre del mismo año, que fue estimada en su integridad por la sentencia dictada en instancia por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Granada.

3. La Sala de procedencia, al acoger favorablemente el recurso de suplicación del INSS, revocó la resolución de instancia y desestimó la pretensión. La razón principal esgrimida por la Sala de Granada para llegar a la conclusión desestimatoria consiste en afirmar que la posibilidad de jubilación parcial prevista en el art. 26.4 del Estatuto Marco (Ley 55/2003) "está pendiente de desarrollo reglamentario" y que el Servicio Andaluz de Salud no puede realizar los contratos de relevo del art. 12.6 del Estatuto de los Trabajadores; en ese mismo sentido ha de entenderse el art. 67 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por la Ley 7/2007, todo lo cual, además, "viene corroborado", según dice, por el contenido de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas específicas en materia de Seguridad Social, cuya Disposición Adicional Séptima establece expresamente que el Gobierno presentará en el plazo de un año un estudio sobre la normativa reguladora de la jubilación anticipada y parcial de los empleados públicos, incluido el personal estatutario.

SEGUNDO.- 1. Aduce el recurrente que la citada sentencia de la Sala de Granada aplica de forma errónea tanto el art. 26.4 del Estatuto Marco como la disposición adicional séptima de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, e implícitamente denuncia la infracción del art. 166 de la



2009/228320

TS Sala 4ª, Sentencia 22 julio 2009. Ponente: D. José Luis Gilolmo López

Mientras no se desarrolle reglamentariamente este derecho

Imposibilidad del personal estatutario de acceder a la jubilación parcial

Frente a sentencia que le denegó la pensión de jubilación parcial solicitada, recurre el demandante en casación para la unificación de doctrina.

Desestima el TS el recurso por entender que el personal estatutario -el actor es enfermero del SAS- no puede acceder a lo peticionado en tanto no se desarrolle reglamentariamente el derecho, a pesar del reconocimiento expreso del mismo en su normativa específica -Estatuto Marco y Estatuto Básico del Empleado Público-. Además, la mención que la LGSS hace a la jubilación parcial se entiende referida exclusivamente a los que prestan servicios en el ámbito de aplicación del ET, del que están excluidos los funcionarios públicos y todos aquellos que presten servicios para el Estado, las Corporaciones locales y las Entidades públicas autónomas, de forma que el desarrollo reglamentario se ha configurado como el presupuesto que el legislador ha querido establecer para que quepan este tipo de flexibilidades en la jubilación del personal estatutario. Formula voto particular el Excmo. Sr. Magistrado D. Fernando Salinas Molina.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. La cuestión que plantea el presente recurso de casación para la unificación de doctrina consiste en determinar si una persona que, como el demandante, ostenta la condición de personal estatutario (enfermero en el Distrito Sanitario de Granada) en el Servicio Andaluz de Salud, cuyo régimen jurídico esencial viene regulado por el Estatuto Marco aprobado por Ley 55/2003, de 16 de diciembre, y que se ve igualmente afectado por el vigente Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, puede acceder a la jubilación parcial (anticipada además en este caso, dada la edad de 63 años que tenía en la fecha de la petición), tal como él mismo solicitó el día 13 de septiembre de 2007, según es de ver en el pertinente impreso unido al folio 17 de los autos, incoándose en esa misma fecha el oportuno expediente administrativo (hecho probado 3º). La sentencia recurrida otorga a tal cuestión una respuesta negativa,

mientras que el propio actor y la idónea sentencia de contraste que invoca, como seguidamente veremos, sostienen la tesis contraria.

2. Las principales circunstancias fácticas concurrentes en el caso de la sentencia recurrida, dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía con sede en Granada el 23 de julio de 2008 (R. 769/08), son las siguientes:

a) El actor, nacido el 28 de mayo de 1944, como se dijo, personal estatutario del Servicio Andaluz de Salud, afiliado y en alta en el Régimen General de la Seguridad Social, ha prestado servicios como enfermero (ATS) en el Distrito Sanitario de Granada desde el 15 de diciembre de 1971.

b) La dirección de dicho Distrito Sanitario no puso objeción a la reducción de su jornada en el porcentaje necesario ni a la simultánea contratación de la trabajadora relevista procedente de la bolsa de contrata-

Ley General de la Seguridad Social. Señala, tanto en el escrito de preparación como en el de interposición, dos sentencias de contraste.

La primera, dictada el 2 de enero de 2008 (R. 357/2007) por la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Castilla y León con sede en Valladolid, no resulta idónea porque, como tantas veces ha declarado esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo, la función unificadora del presente recurso únicamente afecta a las sentencias dictadas por esta misma Sala o por las distintas Salas del mismo orden social de los TTSSJJ, sin que pueda extenderse, de forma directa o indirecta, a otros órdenes jurisdiccionales (por todas: SsTS4^a 19-6-2002 y 2-7-2002, R. 3291/01 y 3298/01; y AaTS4^a 17-3-1998, R. 3418/1997, y 8-2-2005 y 1-3-2005, R. 1730/04 y 1199/04).

La segunda sentencia referencial, dictada el 10 de marzo de 2006 (R. 879/05) por la Sala de lo Social del TSJ de Canarias con sede en Tenerife, confirma el fallo de instancia y declara el derecho del actor a que se le reconozca la jubilación parcial con reducción del 80% respecto de su jornada hasta la jubilación definitiva. Los principales elementos fácticos de esta resolución son los siguientes:

a) El demandante, nacido el 6 de marzo de 1941, como en la ahora recurrida, también era personal estatutario (calefactor, grupo D) y prestaba servicios para el Servicio Canario de Salud en el Hospital General de La Palma, con antigüedad del 4 de enero de 1997.

b) Solicitada la jubilación parcial, el referido Servicio de Salud, por resolución de 3 de agosto de 2004, aceptó la petición y señaló que la jubilación del actor se produciría al finalizar la jornada laboral del 14 de octubre de 2004, procediendo al nombramiento de personal estatutario eventual para la prestación de servicios complementarios de reducción de la jornada por jubilación parcial.

c) El INSS denegó la solicitud por entender que tal posibilidad no estaba prevista para el personal estatutario dentro de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social.

La Sala de Tenerife considera que el art. 26.4 del Estatuto Marco (Ley 55/2003) reconoce la jubilación parcial al personal estatutario, remitiéndose a los requisitos generales establecidos en la normativa de la Seguridad Social, sin que en el cuerpo, en las disposiciones adicionales o en las transitorias de aquel Estatuto se posponga su entrada en vigor, o su aplicación, a desarrollo reglamentario alguno; el segundo párrafo del mencionado precepto, al entender de dicha Sala, no contempla otra previsión que la posibilidad de fomentar ese tipo de jubilaciones por las Ad-

ministraciones Públicas en supuestos de reordenación de recursos humanos.

2. En contra de lo que sostiene el INSS en su escrito de impugnación, concurre el presupuesto de la contradicción exigido por el art. 217 de la LPL respecto a la sentencia de la Sala de Tenerife, pese a que cuando ésta se dictó, obviamente, aún no habían entrado en vigor ni el Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007) ni la Ley 40/2007, porque la discrepancia fundamental entre las dos sentencias sometidas al juicio de identidad consiste en que mientras en la recurrida la razón esencial de la desestimación estriba en entender que el art. 26.4 del Estatuto Marco requiere desarrollo reglamentario para permitir la jubilación parcial del personal estatutario, la sentencia referencial considera innecesario tal desarrollo.

Es ahí donde se produce la contradicción y ello es, precisamente, lo que determina que una -la recurrida- rechace la jubilación parcial anticipada y otra -la de contraste- la reconozca. Es verdad que la sentencia aquí impugnada, para reforzar su tesis denegatoria, también menciona aquellas dos leyes (7 y 40/2007), ninguna de las cuales estaba vigente en el momento en que el INSS denegó (en agosto de 2004, como vimos) al demandante de la sentencia de contraste su jubilación parcial.

Pero la cita de ambas disposiciones legales por la sentencia recurrida se hace, indudablemente, a mayor abundamiento y, en el caso de la Ley 40/2007, asegurando que viene a "corroborar" la previsión del art. 26.4 del Estatuto Marco, que, como dijimos, es la norma directamente interpretada y aplicada (no se trata, pues, de una comparación abstracta de doctrinas, lo que haría inviable el recurso de casación unificadora (por todas, SsTS4^a 12-6-2007, 10-7-2007 y 12-12-2007, R. 2147/06, 5541/05 y 952/06), sino de dos pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales) de manera radicalmente distinta por las sentencias comparadas, desde luego siempre en relación con el art. 166 de la LGSS.

Procede pues, de conformidad con lo informado a este respecto por el Ministerio Fiscal, que esta Sala establezca la buena doctrina, que, como seguidamente se verá, es la contenida en la sentencia recurrida.

TERCERO.- 1. El art. 166 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) regula dos distintas modalidades de jubilación parcial. La primera, que, con doctrina autorizada, podríamos denominar "autónoma", es la prevista en el número 1 de dicho precepto, en la redacción anterior a la hoy vigente Ley 40/2007, y es aquella situación a la que pueden acceder "los trabajadores que hayan alcanzado la edad ordinaria de jubi-

lación" y que, reuniendo los requisitos para causarla, decidan continuar prestando servicios parcialmente, en jornada no inferior al 25 % ni superior al 85 % de la que venían realizando.

Esta posibilidad no requiere la simultánea celebración por parte del empresario de un contrato de relevo con otro trabajador, aunque la novación contractual que conlleva respecto al vínculo con el jubilado parcial parece necesitar de la concorde voluntad de los contratantes.

La segunda modalidad de jubilación parcial es la anticipada que contempla el número 2 del mismo art.

"...mientras en la recurrida la razón esencial de la desestimación estriba en entender que el art. 26.4 del Estatuto Marco requiere desarrollo reglamentario para permitir la jubilación parcial del personal estatutario, la sentencia referencial considera innecesario tal desarrollo. (...) y ello es, precisamente, lo que determina que una -la recurrida J2008/256399- rechace la jubilación parcial anticipada y otra -la de contraste- la reconozca."

166 LGSS, también según la redacción anterior a la nueva Ley 40/2007, y se refiere a "los trabajadores que reúnan las condiciones exigidas para tener derecho a la pensión de jubilación con excepción de la edad, que habrá de ser inferior en cinco años, como máximo, a la exigida con carácter general", quienes podrán acceder a ella "en las condiciones previstas en el apartado 6 del artículo 12 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores".

El régimen jurídico de una y otra modalidad de jubilación parcial (la autónoma y la anticipada) será, como literalmente dispone el número 4 del art. 166 LGSS desde que fuera

añadido por la Ley 35/2002, de 12 de julio, "el que reglamentariamente se establezca".

Conviene destacar desde ahora que ambos modelos de jubilación parcial están referidos expresamente a "los trabajadores", tanto en la dicción legal (art. 166 LGSS) como en la reglamentaria (arts. 1.1 y 10 RD 1131/2002, mencionando éste último, con mayor precisión aún, a los "trabajadores por cuenta ajena"), y tal condición, en principio y desde luego en su estricto sentido técnico jurídico, sólo cabe atribuirla a quienes prestan voluntariamente sus servicios retribuidos por cuenta ajena, dentro del ámbito de organización y dirección del empresario.

Y aunque esas notas (prestación de servicios, retribución, ajena y sometimiento al ámbito de organización y dirección) que definen y caracterizan el contrato de trabajo, están igualmente presentes en la relación estatutaria, la expresa remisión que el art. 166.2 de la LGSS hace al art. 12.6 del ET permite reconocer que la voluntad del legislador, cuando previno esta posibilidad de jubilación parcial (y desde luego a la anticipada), únicamente se refería a quienes prestaban servicios en el ámbito de aplicación del ET, del que, como se sabe (art. 1.3.a ET), se encuentran excluidos, también de forma expresa, los funcionarios públicos y todos aquellos que presenten servicios para el Estado, las Corporaciones locales y las Entidades públicas autónomas, siempre que, al amparo de una ley, su relación se regule por normas administrativas o estatutarias.

Por supuesto, nada hubiera impedido que, en una mejor y más depurada técnica legislativa, el art. 166 de la LGSS hubiera excluido de manera aún más clara la posibilidad automática, o no condicionada a la aprobación de un posterior reglamento, de la jubilación parcial anticipada del personal estatutario. Sobre todo si se tiene en cuenta que el sistema de previsión social (Régimen General de la Seguridad Social: art. 17.1. i del Estatuto Marco) de dicho personal, a diferencia de lo que sucede con la relación funcional común, es el mismo que el de los trabajadores por cuenta ajena y que, en teoría y en una primera aproximación a esta cuestión, quizá cupiera la posibilidad de que la vacante (parcial) que el estatutario dejara como consecuencia de su jubilación anticipada y parcial, desde luego siempre que se respete el mandato constitucional de provisión reglada mediante los criterios de mérito y capacidad (STC 99/1987), pudiera ser cubierta por la entidad pública responsable de la asistencia sanitaria, incluso en condiciones análogas a las previstas por el art. 12.6 del ET, mediante alguna de las técnicas extraordinarias de contratación temporal permitidas por la normativa estatutaria (art. 9 del Estatuto Marco) y que, como es notorio,

vienen siendo tan profusamente utilizadas por todas las administraciones en los últimos tiempos.

Ese sería, en todo caso, y si es que ello pudiera resultar compatible con el mecanismo novatorio implícito en un contrato de relevo, uno de los contenidos del futuro reglamento.

Probablemente tampoco resultarían insalvables las enormes dificultades que se intuyen en la plasmación, dentro de la secuencia jurídica triangular (administración sanitaria/jubilado parcial/relevista) o cuadrangular (entidad gestora/administración sanitaria/jubilado parcial/relevista), de los derechos y obligaciones del personal estatutario que aspire a alcanzar, anticipadamente o no, la jubilación parcial y a mantener la correlativa prestación de servicios en la pertinente proporción.

Esta también sería, en su caso y entre otras cuestiones a resolver, la misión de la pertinente regulación reglamentaria que perfeccione en su día el derecho cuestionado.

Pero lo verdaderamente cierto y relevante a los efectos que aquí importan es que, como se dijo, tanto la referencia del art. 166.2 LGSS al término “trabajadores” como la mención directa que el propio precepto hace del art. 12.6 del ET, y, sobre todo, la expresa remisión al futuro reglamento que se contiene, merced a la adición introducida por la Ley 35/2002, de 12 de julio, en el número 4 del mismo art. 166 de la LGSS (“El régimen jurídico de la jubilación parcial a que se refieren los apartados anteriores será el que reglamentariamente se establezca”), permiten entender, con la sentencia impugnada, que el personal estatutario, al menos por ahora, no puede acceder a ese tipo de jubilación parcial, ni a la anticipada ni a la que hemos dado en denominar autónoma.

El reglamento en sí parece configurarse pues como el presupuesto que el legislador ordinario ha querido establecer para que quepan este tipo de flexibilidades en la jubilación del personal estatutario.

2. Incluso fuera del ámbito de la relación estatutaria tampoco la jubilación parcial, anticipada o no, se encuentra universalmente perfeccionada. La disposición adicional 8ª.4 de la LGSS extiende la aplicación de la jubilación parcial (“en todo caso”) a los trabajadores por cuenta ajena de todos los Regímenes Especiales pero respecto a los trabajadores por cuenta propia de los Regímenes del Mar, Agrario y Autónomos no lo hace de manera incondicional sino que simplemente lo anuncia “en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente”.

El art. 1 (“ámbito de aplicación”) del RD 1131/2002 no menciona expresamente a los incluidos en el Régimen de Autónomos, citando en

cambio a los “incluidos en el campo de aplicación del Régimen General y del Régimen Especial de la Minería del Carbón y a los que, siendo trabajadores por cuenta ajena, estén incluidos en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar”, sin que se haya aprobado hasta el momento una regulación reglamentaria específica de la jubilación parcial de los asegurados incluidos en el Régimen de Autónomos.

■

“...lo verdaderamente cierto y relevante a los efectos que aquí importan es que, como se dijo, tanto la referencia del art. 166.2 al término “trabajadores” como la mención directa que el propio precepto hace del art. 12.6 del ET, y, sobre todo, la expresa remisión al futuro reglamento que se contiene, merced a la adición introducida por la Ley 35/2002, de 12 de julio, en el número 4 del mismo art. 166 de la LGSS (...), permiten entender, con la sentencia impugnada, que el personal estatutario, al menos por ahora, no puede acceder a ese tipo de jubilación parcial, ni a la anticipada ni a la que hemos dado en denominar autónoma.”

■

3. El art. 26.4 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, prevé que “el personal estatutario que reúna los requisitos establecidos en la legislación de Seguridad Social” podrá optar a la jubilación voluntaria, total o parcial, añadiendo igualmente que “los órganos competentes de las Comunidades Autónomas podrán esta-

blecer mecanismos para el personal estatutario que se acoja a esta jubilación como consecuencia de un Plan de Ordenación de Recursos Humanos”.

El precepto pues, además de permitir o abrir la vía a esa posibilidad de jubilación voluntaria, total o parcial, cuando traiga su causa en algún proyecto elaborado al respecto por la correspondiente Comunidad Autónoma, contiene una clara y expresa remisión a la normativa de Seguridad Social que sólo puede entenderse en la forma arriba expuesta y que, por tanto, no permite la jubilación parcial anticipada al personal estatutario mientras esa posibilidad no sea desarrollada reglamentariamente, tal como lo fue para el personal laboral a partir del ya derogado RD 1991/1984, de 31 de octubre, pasando luego por el RD 144/1999, de 29 de enero, y hasta llegar al vigente RD 1131/2002, de 31 de octubre, que, en el párrafo octavo de su preámbulo, justifica la necesidad de dictar normas de desarrollo y aplicación de las disposiciones contenidas en el art. 12.6 del Estatuto de los Trabajadores.

4. De la misma forma, cuando la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, en su Disposición Adicional Sexta, se ocupa de la jubilación de los funcionarios, prevé que “el Gobierno presentará en el Congreso de los Diputados un estudio sobre los distintos regímenes de acceso a la jubilación de los funcionarios que contenga, entre otros aspectos, recomendaciones para asegurar la no discriminación entre colectivos con características similares y la conveniencia de ampliar la posibilidad de acceder a la jubilación anticipada de determinados colectivos”.

Tal previsión es sin duda la plasmación normativa a la que alude la exposición de motivos de la propia Ley 7/2007 cuando sostiene que “en desarrollo de este Estatuto Básico, el legislador estatal y el de las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, habrán de aprobar o modificar las leyes de función pública de sus Administraciones, así como las normas aplicables a la Administración local, respetando en este último caso la autonomía organizativa de las entidades locales.

Dichas leyes podrán ser, asimismo, generales o referirse a sectores específicos de la función pública que lo requieran. Entre estas últimas habrá que contar necesariamente las que afecten al personal docente y al personal estatutario de los servicios de salud, constituyendo, en relación a este último colectivo, norma vigente la Ley 55/2003, de 14 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, y asimismo su normativa de desarrollo, con independencia de la vocación universal de aplicación y de norma de referencia, en definitiva,

del Estatuto Básico del Empleado Público.

Por lo que se refiere al personal laboral, en lo no dispuesto por el Estatuto Básico, que regula las especialidades del empleo público de esta naturaleza, habrá de aplicarse la legislación laboral común”.

5. Y aunque por razones cronológicas no resulte de aplicación al caso, como tampoco lo era en el supuesto contemplado por la sentencia de contraste, la Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social, como criterio interpretativo que confirma o corrobora la firme y permanente voluntad del legislador sobre la necesidad de que exista un desarrollo normativo para que, tanto los funcionarios como el personal estatutario, puedan acceder a la jubilación parcial, conviene traer a colación, en fin, su Disposición Adicional Séptima, conforme a la cual, bajo la rúbrica de “Aplicación de los mecanismos de jubilación anticipada y parcial en el ámbito de los empleados públicos”, expresamente se establece que (párrafo primero) “en el plazo de un año, el Gobierno presentará un estudio sobre la normativa reguladora de la jubilación anticipada y parcial de los empleados públicos, así como del personal de las Fuerzas Armadas y al servicio de la Administración de Justicia, que aborde la aplicación de la normativa reguladora de tales modalidades de jubilación, las condiciones en que esta aplicación no genere problemas de sostenibilidad a los sistemas de protección social y la homogeneización, en términos equiparables, de los diferentes regímenes”.

“En dicho estudio (añade el segundo párrafo) se contemplará la realidad específica de los diferentes colectivos afectados, incluida la del personal al que le es de aplicación la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, tomando en consideración las singularidades que rodean al mismo, desde una perspectiva acorde con las prioridades y garantías que se señalan en el párrafo anterior”.

6. En resumen pues, la modalidad de jubilación aquí cuestionada solo está claramente prevista y perfeccionada en el ordenamiento de la Seguridad Social (art. 166.2 LGSS), desarrollada reglamentariamente en la actualidad en el RD 1131/2002, de 31 de octubre, para los trabajadores por cuenta ajena (art. 12.7 ET), pero necesita un desarrollo propio y específico (también reglamentario: 166.4 LGSS), entre otros que ya hemos apuntado en el núm. 2 del presente fundamento de derecho, respecto a quienes, como el personal estatutario de los Servicios de Salud, tienen un régimen jurídico muy distinto en relación con la prestación de servicios.

El Estatuto Marco, aunque contempla esa posibilidad, la condiciona

a que, quienes tengan competencia para hacerlo -las CCAA-, así lo determinen en su ordenamiento específico "como consecuencia de un plan de recursos humanos" (art. 26. 4 Ley 55/2003). De forma similar, el Estatuto del Empleado Público (Disposición Adicional Sexta de la Ley 7/2007), con relación a los funcionarios, admite también la misma posibilidad pero igualmente sometida o condicionada a que el Gobierno presente "en el Congreso de los Diputados un estudio sobre los distintos regímenes de acceso a la jubilación de los funcionarios que contenga, entre otros aspectos, recomendaciones para asegurar la no discriminación entre colectivos con características similares y la conveniencia de ampliar la posibilidad de acceder a la jubilación anticipada de determinados colectivos".

Y, en fin, la necesidad de ese posterior desarrollo normativo aparece confirmada y ratificada con más claridad aún en la más reciente Ley 40/2007, de medidas en materia de seguridad social, no aplicable por razones cronológicas al caso de autos, cuya disposición adicional séptima conmina al Gobierno para que, en el plazo de un año (desde luego ya transcurrido con creces porque la Ley, según su Disposición Final Sexta, entró en vigor el 1 de enero de 2008), presente al Parlamento un estudio sobre la materia, es decir, sobre la normativa reguladora de la jubilación anticipada y parcial de los empleados públicos, en el que se contemple la realidad específica del personal estatutario.

7. Para finalizar, conviene precisar que la única y confusa alusión que el recurrente hace a la igualdad del art. 14 de la Constitución se concreta en afirmar, en relación con las contradictorias respuestas de las sentencias comparadas, que "...se vería seriamente lesionada (la igualdad)... dependiendo del territorio en que se preste los servicios al sistema de salud", por lo que, desde esa perspectiva, la solución unificada que la presente resolución comporta satisface por completo el derecho fundamental invocado.

CUARTO.- Las anteriores reflexiones ponen de manifiesto que la doctrina correcta es la aplicada en la sentencia recurrida, por lo que, de conformidad también con el dictamen emitido en idéntico sentido por el Ministerio Fiscal, procede la desestimación del recurso interpuesto por el actor y la consecuente confirmación del fallo desestimatorio de la demanda que contiene la resolución impugnada. Sin costas.

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 D. Carlos, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Granada, de fecha 23 de julio de 2008 y, en consecuencia, confirmamos el fallo desestimatorio de la demanda que tal resolución contiene. Sin costas.

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 Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Gonzalo Moliner Tamborero.- Aurelio Desdentado Bonete.- Antonio Martín Valverde.- Fernando Salinas Molina.- Jesús Gullón Rodríguez.- María Milagros Calvo Ibarlucea.- Luis Fernando de Castro Fernández.- Jesús Souto Prieto.- José Luis Gilolmo López.- Jordi Agustí Juliá.- María Luisa Segoviano Astaburuaga.- José Manuel López García de la Serrana.- Rosa María Virolés Piñol.- María Lourdes Arastey Sahún.

VOTO PARTICULAR

Voto Particular que formula el Excmo. Sr. Magistrado D. Fernando Salinas Molina a la sentencia de sala general de fecha 22-julio-2009 (recurso 3044/2008), al que se adhieren, formulándolo conjuntamente, los/as Excmos./as Srs./Sras. Magistrados/as D. Jordi Agustí Juliá, D^a María Luisa Segoviano Astaburuaga y D^a Rosa María Virolés Piñol.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, formulamos voto particular a la sentencia dictada en Sala General en fecha 22-julio-2009 (recurso 3044/2008), para sostener la posición que mantuvimos en la deliberación, favorable a la estimación del recurso del beneficiario, personal estatutario de la seguridad social, que instaba su derecho al reconocimiento de la jubilación anticipada y, consecuentemente, la casación de la sentencia de suplicación impugnada.

El voto particular se funda en las siguientes consideraciones:

I.- Circunstancias concretas del litigio objeto de análisis

Con carácter previo, cabe destacar las siguientes circunstancias:

a) La cuestión debatida consiste en determinar si una persona que ostenta la condición de personal estatutario en el SAS, puede acceder a la jubilación parcial anticipada, solicitada en fecha 13-septiembre-2007.

b) La sentencia de suplicación ahora impugnada, revocando la sentencia de instancia, denegó el referido derecho, como sintetiza la sentencia de casación aprobada mayoritariamente

de la que discrepamos, afirmando que "la posibilidad de jubilación parcial prevista en el art. 26.4 del Estatuto Marco (Ley 55/2003) "está pendiente de desarrollo reglamentario" y que el SAS no puede realizar los contratos de relevo del art. 12.6 ET; en ese mismo sentido ha de entenderse el art. 67 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por la Ley 7/2007, todo lo cual, además, "viene corroborado", según dice, por el contenido de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas específicas en materia de Seguridad Social, cuya Disposición Adicional Séptima establece expresamente que el Gobierno presentará en el plazo de un año un estudio sobre la normativa reguladora de la jubilación anticipada y parcial de los empleados públicos, incluido el personal estatutario".

c) La sentencia de contraste (STSJ/Canarias, sede de Tenerife, 10-marzo-2006 -rollo 879/2005) considera que el art. 26.4 del Estatuto Marco (Ley 55/2003) reconoce la jubilación parcial al personal estatutario, remitiéndose a los requisitos generales establecidos en la normativa de la Seguridad Social, sin que en el cuerpo, en las disposiciones adicionales o en las transitorias de aquel Estatuto se posponga su entrada en vigor, o su aplicación, a desarrollo reglamentario alguno; así como que el segundo párrafo del mencionado precepto no contempla otra previsión que la posibilidad de fomentar ese tipo de jubilaciones por las Administraciones Públicas en supuestos de reordenación de recursos humanos.

Entendemos que la doctrina correcta era la contenida en la sentencia de contrate, por lo que el recurso de casación unificador interpuesto por el beneficiario debería haber sido estimado.

II.- Flexibilización de la normativa reguladora de la jubilación parcial a partir del año 2001 para lograr que en España se alcanzara "un grado de implantación similar al alcanzado en otros sistemas de protección social".

La normativa reguladora de la jubilación parcial experimenta en el año 2001 una importante flexibilización, -como destaca el preámbulo del Real Decreto 1131/2002 de 31-octubre (regulador de la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial)-, en el marco de los criterios contenidos en la recomendación 10^a del Pacto de Toledo y en el apartado IV del Acuerdo sobre la mejora y el desarrollo del sistema de protección social, así como de las orientaciones propuestas por las diferentes organizaciones internacionales y, en especial, por la Unión Europea. Destacándose la finalidad normativa tendente a evitar las "rigideces" que "podían implicar una restricción en el desarrollo práctico de la jubilación parcial, que no alcanza en nuestro país un grado de implan-

tación similar al alcanzado en otros sistemas de protección social".

En esta línea y en el marco de la prestación de servicios, el art. 1^o de la Ley 12/2001 de 9-julio (de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el Incremento del Empleo y la Mejora de su Calidad), modificó, entre otros, el art. 12.6 ET, en lo que se refería a la regulación del contrato a tiempo parcial, en orden a dotarlo de una mayor flexibilidad, tanto para el trabajador que pretende jubilarse a tiempo parcial como para el trabajador relevista.

Por su parte y en el ámbito de la Seguridad Social, el art. 34 de la Ley 24/2001 de 27-diciembre (de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social), efectuó una nueva redacción al art. 166 LGSS, en orden a acomodar la regulación de la jubilación parcial a las modificaciones introducidas en el ET, previendo el apartado 4 de dicho artículo, en la redacción incorporada por la Ley 35/2002 de 12-julio, que el régimen jurídico de dicha jubilación parcial "será el que reglamentariamente se establezca".

El previsto desarrollo reglamentario se efectúa a través del antes citado Real Decreto 1131/2002 de 31-octubre, regulador de la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial (BOE 27-11-2002).

El art. 10 del Real Decreto 1131/2002 considera como beneficiarios de la jubilación parcial, sin distinciones, a todos "Los trabajadores por cuenta ajena, integrados en cualquier Régimen de la Seguridad Social", destaca, en cuanto a la persona que pretende jubilarse parcialmente, que "El trabajador concertará, previo acuerdo con su empresa, un contrato a tiempo parcial, reduciendo la jornada de trabajo y el salario, entre un mínimo de un 25 por 100 y un máximo de un 85 por 100 de aquéllos, en los términos previstos en el art. 12.6 ET" (puede entenderse que la remisión es a los principios contenidos en el art. 12.6 ET cuando se trata de trabajadores por cuenta ajena no ordinarios) y, finalmente, estipula, con relación al trabajador relevista, que "la empresa deberá concertar simultáneamente un contrato de relevo con un trabajador en situación de desempleo o que tenga concertado con la empresa un contrato de duración determinada, con objeto de sustituir la jornada de trabajo dejada vacante por el trabajador que se jubila parcialmente".

Es cierto que en esta normativa literalmente se refiere a trabajadores por cuenta ajena cuando regula el contrato a tiempo parcial (contrato de relevo) y a la jubilación parcial, pero también lo es que determinados colectivos, como el personal estatutario de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social estaba ya incluido en las diversas CC.AA., en el Régimen General de la Seguridad So-

cial, y no se efectúa exclusión o peculiaridad alguna respecto a la aplicabilidad a dicho personal de tales normas, ni se condiciona su vigencia a posibles posteriores desarrollos reglamentarios distintos de los establecidos para los trabajadores ordinarios por cuenta ajena.

III.- Incidencia de la ley 55/2003 de 16-diciembre, Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud (BOE 17-diciembre-2003).

El Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud (Ley 55/2003 de 16-diciembre), en su Exposición de Motivos, señala que "Consideración especial merece la sección 1ª del capítulo X, pues en ella se lleva a cabo la transposición al sector sanitario de dos directivas de la Comunidad Europea relativas a la protección de la seguridad y salud de los trabajadores a través de la regulación de los tiempos de trabajo y del régimen de descansos, las Directivas 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, y 2000/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 2000".

Estas normas comunitarias a las que expresamente se remite se refieren a los trabajadores sin distinción, afirmando que se aplicarán "a todos los sectores de actividad, privados y públicos" (art.1.3 Directiva 93/104/CE y art. 1.3 Directiva 2000/34/CE que modifica la Directiva 93/104/CE, para incluir sectores y actividades excluidos de dicha Directiva), por lo que el propio legislador estatal al efectuar la transposición al sector sanitario de las directivas de la Comunidad Europea citadas equipara nominalmente, en estos términos, el personal estatutario a los trabajadores.

La Directiva 1993/104/CE de 23-noviembre-1993, señala el proceso hacia, por vía del progreso, para llegar a fórmulas como la del trabajo a tiempo parcial. Afirmando que "la Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores, adoptada en el Consejo Europeo de Estrasburgo, el 9 de diciembre de 1989, por los jefes de Estado y de Gobierno de once Estados miembros, y en particular el párrafo primero de su apartado 7, su apartado 8 y el párrafo primero de su apartado 19 declara:

"7. La realización del mercado interior debe conducir a una mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores en la Comunidad Europea, proceso que se efectuará mediante la aproximación, por la vía del progreso, de dichas condiciones, en particular en lo que respecta a la duración y distribución del tiempo de trabajo y a las formas de trabajo distintas del trabajo de duración indeterminada, como son el trabajo de duración determinada, el trabajo a tiempo parcial, el trabajo temporal, el trabajo de temporada".

Entendemos que si hipotéticamente era exigible ex art. 166.4 LGSS un desarrollo reglamentario para precisar el régimen jurídico de la jubilación racial del personal estatutario distinto al efectuado literalmente para los trabajadores por cuenta ajena por el Real Decreto 1131/2002, el referido desarrollo para este personal se ha efectuado por una norma de rango legal, en concreto en la específica para el mismo constituida por el Estatuto Marco del personal estatutario.

La citada Ley 55/2003 de 16-diciembre-2003, se publicó en el BOE 17-diciembre-2003, entrando en vigor el día 18-diciembre-2003, coincidente con "el día siguiente al de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado"" (Disposición final tercera).

En cuanto al personal estatutario y la posibilidad de su jubilación parcial (aspecto o ámbito afectante a la seguridad social de la jubilación parcial), el art. 26.4 de la Ley 55/2003, establece que "4. Podrá optar a la jubilación voluntaria, total o parcial, el personal estatutario que reúna los requisitos establecidos en la legislación de Seguridad Social" y, sin distinción entre la jubilación total o parcial, añade que "Los órganos competentes de las Comunidades Autónomas podrán establecer mecanismos para el personal estatutario que se acoja a esta jubilación como consecuencia de un plan de ordenación de recursos humanos".

Obsérvese lo tajante y claro del precepto legal en orden a que podrá optar a la jubilación voluntaria parcial, el personal estatutario que reúna los requisitos establecidos en la legislación de Seguridad Social, reconociendo expresamente el derecho y efectuándolo de forma condicionada exclusivamente a que se reúnan los "requisitos establecidos en la legislación de Seguridad Social" y no en cualquier otra normativa estatal o autonómica de distinta naturaleza.

Ni en el citado art. 26.4, ni en ninguna de las disposiciones adicionales, transitorias o finales de la Ley 55/2003, se establece que la jubilación parcial del personal estatutario reconocida expresamente en el art. 26.4 con remisión exclusiva a los requisitos establecidos en la legislación de Seguridad Social requiera de un concreto desarrollo reglamentario para su aplicabilidad o eficacia.

El indicado art. 26.4 de la Ley 55/2003 no impone a las CC.AA. concretas obligaciones para que el personal estatutario a su cargo pueda acogerse a la jubilación parcial, pues, -además de que la normativa de Seguridad Social es de exclusiva competencia estatal (art. 149.1.17ª CE ("El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: ... 1.17ª Legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunida-

des Autónomas"-), simplemente establece, no una obligación, sino una mera posibilidad de que puedan contemplarse globalmente tal tipo de jubilaciones parciales, no en una norma jurídica de mayor o menor rango en el ámbito autonómico, sino en un simple "plan de ordenación de recursos humanos", de mayor o menor amplitud en su ámbito de aplicación o contenido o vigencia temporal, pero sin que esté previsto, ni sería posible que en un plan de tales características se establecieran, requisitos para la contratación administrativa o con incidencia en los presupuestos autonómicos o menos, como se ha advertido, en la normativa de Seguridad Social ("podrán establecer mecanismos para el personal estatutario que se acoja a esta jubilación como consecuencia de un plan de ordenación de recursos humanos").

La remisión ex art. 26.4 a los "órganos competentes de las Comunidades Autónomas" cabe entender que lo es a los efectos, entre otros, que puedan favorecer o fomentar con carácter general (no con carácter individual o plural) el acogimiento del personal estatutario a la fórmula de la jubilación parcial, con el correlativo, en su caso, contrato o nombramiento a tiempo parcial, pues, si se examina con detalle el precepto, el plan que podrían efectuar esta dirigido directamente al personal estatutario (no a determinar los requisitos internos de los organismos administrativos o delimitar sus relaciones con las entidades gestoras de la Seguridad Social), pues lo es para "establecer mecanismos para el personal estatutario que se acoja a esta jubilación" en el exclusivo supuesto de que lo efectuaran bajo el amparo o como consecuencia de un posible plan de ordenación de recursos humanos que pudiera haberse efectuado ("como consecuencia de un plan de ordenación de recursos humanos").

La eficacia inmediata de la norma ex art. 26.4 de la Ley 55/2003 la corrobora el propio Estatuto Marco cuando al regular las normas específicas sobre el "régimen de incompatibilidades" del personal estatutario, establece en su art. 77.4 que "la percepción de pensión de jubilación parcial será compatible con las retribuciones derivadas de una actividad a tiempo parcial" (norma precisamente concordante con lo previsto literalmente para los trabajadores por cuenta ajena que se jubilen parcialmente en el art. 12.6 ET).

Por otra parte en cuanto al régimen de servicios de la persona que pretenda jubilarse parcialmente y el del posible personal estatutario relevista (aspecto o ámbito afectante a la relación de servicios por la incidencia de la jubilación parcial), cabe interpretar que tiene encaje en el art. 60.1 del Estatuto Marco, regulador de la "Jornada de trabajo a tiempo parcial", en el que se establece expresamente que "Los nombramientos de personal es-

tatutario, fijo o temporal, podrán expedirse para la prestación de servicios en jornada completa o para la prestación a dedicación parcial, en el porcentaje, días y horario que, en cada caso y atendiendo a las circunstancias organizativas, funcionales y asistenciales, se determine"

Como se ha expuesto, la propia Ley 55/2003 posibilita en su art. 60.1 que se puedan efectuar "nombramientos a dedicación parcial" de personal estatutario en los mismos términos que los previstos en el art. 12.6 ET para los trabajadores ordinarios por cuenta ajena, por lo que no existen problemas legales en el ámbito administrativo para poder efectuar el contrato o nombramiento "de relevo" con objeto de cubrir la jornada de trabajo dejada vacante por el personal estatutario que se jubila parcialmente. Puede, en definitiva entenderse, que a través de la normativa administrativa pueden cumplirse los principios que para el contrato de relevo se contiene en el vigente en la fecha de los hechos art. 12.6 ET o, como se especifica en el citado art. 10 Real Decreto 1131/2002, "en los términos previstos en el art. 12.6 ET".

Además respecto a las cuestiones afectantes a la Seguridad Social del "personal estatutario con nombramiento a tiempo parcial", la normativa aplicable es la misma que para los trabajadores por cuenta ajena contratados a tiempo parcial, ya que establece expresamente la Disposición adicional 14ª del Estatuto Marco que "Al personal estatutario con nombramiento a tiempo parcial a que se refiere el art. 60 de esta Ley le resultará de aplicación la disposición adicional 7ª del Texto Refundido de la LGSS, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, y las disposiciones dictadas en su desarrollo"; es decir, se rigen en materia de Seguridad Social por las mismas normas aplicables a los "trabajadores contratados a tiempo parcial" contenidas en la citada Disposición adicional 7ª LGSS respecto a cotización, períodos de cotización, bases reguladoras y protección por desempleo.

IV.- La no incidencia de la ley 7/2007 de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleo Público (BOE 13-abril-2007) ni de la ley 40/2007 de 4-diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social (BOE 5-diciembre-2007).

Obsérvese, por otra parte, que la posterior la Ley 7/2007 de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleo Público (BOE de 13 de abril) no hace referencia en esta materia relativa a la jubilación parcial a nada que pudiera entenderse afectante al personal estatutario.

No es aplicable tampoco al supuesto ahora enjuiciado la ulterior al hecho causante Ley 40/2007 de 4-diciembre, de Medidas en materia de Seguridad Social (BOE 5-diciembre-

2007), ni siquiera, entendemos, para corroborar una posible solución desestimatoria (como se afirma en la sentencia aprobada mayoritariamente de la que discrepamos).

Esta Ley 40/2007 con relación a la modalidad de jubilación parcial, como destaca en su Exposición de Motivos, “se supedita el acceso a la misma, como regla general, al cumplimiento de 61 años de edad, a que el trabajador tenga una antigüedad de 6 años en la empresa y a que acredite un período de cotización de 30 años, y ello con el fin de garantizar que esta clase de jubilación se avenga mejor a los objetivos que con ella se pretenden obtener.

Se establecen, asimismo, ajustes en los porcentajes de reducción máxima y mínima de la jornada habitual de trabajo del trabajador que pasa a la jubilación parcial, así como la necesidad de que la base de cotización del trabajador relevista no podrá ser inferior al 65 por 100 de aquella por la que venía cotizando el trabajador que pasa a la jubilación parcial”.

En el art. 4 de la Ley 40/2007, relativo a la “jubilación parcial”, se modifican los apartados 1 y 2 del 166 LGSS y se le incorpora una nueva Disposición transitoria 17ª.

En la Disposición Adicional 29ª de la Ley 40/2007, relativa a los “Contratos de trabajo a tiempo parcial y contrato de relevo”, se modifica la redacción del apartado 6 del art. 12 ET y se incluye en dicho artículo un nuevo apartado 7, además se incluye una nueva disposición transitoria 12ª en el ET.

Por último, en cuanto ahora más directamente nos afecta, la Disposición Adicional 7ª de la Ley 40/2007, relativa a la “Aplicación de los mecanismos de jubilación anticipada y parcial en el ámbito de los empleados públicos”, dispone que “En el plazo de un año, el Gobierno presentará un estudio sobre la normativa reguladora de la jubilación anticipada y parcial de los empleados públicos, así como del personal de las Fuerzas Armadas y al servicio de la Administración de Justicia, que aborde la aplicación de la normativa reguladora de tales modalidades de jubilación, las condiciones en que esta aplicación no genere problemas de sostenibilidad a los sistemas de protección social y la homogeneización, en términos equiparables, de los diferentes regímenes” y que “En dicho estudio se contemplará la realidad específica de los diferentes colectivos afectados, incluida la del personal al que le es de aplicación la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, tomando en consideración las singularidades que rodean al mismo, desde una perspectiva acorde con las prioridades y garantías que se señalan en el párrafo anterior”.

Se adopta un concepto amplio de “empleado público”, incluyendo en el mismo tanto a los encuadrados en el ámbito del Estatuto del Empleado Público (funcionarios y personal laboral), a colectivos excluidos del mismo como al personal de las Fuerzas Armadas y al servicio de la Administración de Justicia, así como al personal estatutario encuadrado en el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud. Recuérdese que conforme el art. 8.2.c) de la Ley 7/2007 de 12-abril (Estatuto Básico del Empleado Público) entre los “empleados públicos” se incluye el “personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal”.

Además en ese complejo y amplio colectivo, de diverso encuadramiento a estos efectos, la normativa reguladora de su previsión o seguridad social no está integrada exclusivamente por la establecida en el RGSS (personal estatutario, personal funcional de determinadas CCAA y personal laboral), sino también por la normativa de las denominadas Clases Pasivas (funcionarios estatales, personal de las Fuerzas Armadas y al servicio de la Administración de Justicia, entre otros) (en especial art. 2 - ámbito personal de cobertura - del Real Decreto Legislativo 670/1987 de 30-abril, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado).

Ya se ha indicado que dada la fecha del hecho causante, en el supuesto enjuiciado no es de aplicación la normativa resultante de la Ley 40/2007, más tampoco, entendemos, que “a posteriori” de tal texto normativo quepa extraer consecuencias en orden a entender que el personal estatutario no tiene derecho por ahora al disfrute de la pensión de jubilación parcial.

Obsérvese que, por una parte, no se establece la obligación del Gobierno o del Poder Legislativo de dictar normas reglamentarias o legislativas sobre la jubilación parcial de los colectivos afectados, pues se parte de la existencia de la referida normativa y de que el “estudio”, -que no consta efectuado a pesar del transcurso del plazo concedido-, parece que debería exclusivamente incidir en la problemática afectante a “las condiciones en que esta aplicación no genere problemas de sostenibilidad a los sistemas de protección social y la homogeneización, en términos equiparables, de los diferentes regímenes”; las que, en definitivas, son las “prioridades” y “garantías” a estudiar por el Gobierno en clave de armonización para el personal de distinta naturaleza al servicio de las diferentes administraciones públicas (“tomando en consideración las singularidades que rodean al mismo, desde una perspectiva acorde con las prioridades y garantías que se señalan en el párrafo anterior”).

Por otra parte, con respecto al personal estatutario, -al igual que acon-

tecería de interpretarse que desde la entrada en vigor de la Ley 40/2007 la jubilación parcial no era aplicable al personal laboral al servicio de la Administración pública a la espera de un hipotético desarrollo reglamentario o “estudio” ex disposición adicional 7ª de dicha Ley 40/2007-, resultaría contrario a los principios de seguridad jurídica y de vigencia e irretroactividad de las leyes (arts. 9.3 Constitución y 2 Código Civil), que el art. 26.4 de la Ley 55/2003 de 16-diciembre que entró en vigor el día 18-diciembre-2003 pudiera dejarse sin vigencia a la espera de un futuro desarrollo reglamentario o “estudio” por imperativo de una Ley posterior, en concreto por la Ley 40/2007 con entrada en vigor el 1-enero-2008 (Disposición Final sexta).

Adviértase que para los trabajadores ordinarios por cuenta ajena y en orden a su jubilación parcial no se ha puesto nunca en cuestión la vigencia inmediata de las normas reguladoras de la jubilación parcial y del contrato de relevo, a pesar de que el propio ET contienen normas como las que establecen que “Reglamentariamente se desarrollarán los requerimientos específicos del trabajo para considerar que el puesto de trabajo del trabajador relevista no pueda ser el mismo o uno similar al que venía desarrollando el jubilado parcial” (art. 12.7.d in fine reformado por Ley 40/2007) o las que disponen que “En la negociación colectiva se podrán establecer medidas para impulsar la celebración de contratos de relevo” (art. 12.7.e ET reformado por Ley 40/2007 coincidente con art. 12.6.d ex Ley 12/2001 de 9-julio), norma esta última que podría entenderse que guarda una gran similitud con la comentada previsión del “plan de ordenación de recursos humanos” ex art. 26.4 Ley 55/2003.

V.- Conclusiones

1.- Entendemos, que con respecto concretamente al personal estatutario no tiene razón de ser estar a la espera un futuro desarrollo reglamentario para reconocerles el derecho a la jubilación parcial.

2.- Ni siquiera en la sentencia aprobada mayoritariamente se hace específica referencia al necesario preciso contenido de tal reglamento que impidiera ahora el reconocimiento directo del derecho solicitado. Las posibles propuestas que se formulan ya están resueltas en el Estatuto Marco y otras que plantea deberían desarrollarse, en su caso, por Ley y no reglamentariamente, sin que exista previsión en dicho Estatuto o en otra norma de igual rango de la exigencia de una nueva Ley para el desarrollo de tales cuestiones.

3.- Las normas de posible concreción en un ulterior texto relativas a la jubilación parcial de este personal cabe entenderlas ya contenidas, no en un texto meramente reglamentario, sino en un texto legal, en el Estatuto

Marco del personal estatutario de los servicios de salud (Ley 55/2003 de 16-diciembre), único que puede regular válidamente la relación de servicios del personal estatutario, y en el que se contienen normas completas relativas a los dos aspectos de la jubilación parcial que podrían entenderse necesitados de posible desarrollo o concreción, tanto el afectante a los aspectos de seguridad social como los relativos a la relación de servicios del personal estatutario a tiempo parcial, como se ha expuesto.

4.- No tendrían que incidir en las soluciones negativas en vía administrativa o jurisdiccional con respecto a la jubilación parcial del personal estatutario, dilatando su reconocimiento a la espera de un teórico desarrollo reglamentario, las posibles críticas doctrinales al régimen de jubilación parcial o su incidencia en la sostenibilidad del sistema económico de la Seguridad Social, pues tales críticas afectarían por igual al régimen legal de tal prestación tanto para los trabajadores por cuenta ajena como para el personal estatutario que, como reiteramos, entendemos tiene actualmente derecho a dicha prestación.

5.- No resulta del todo coherente que los aspectos relativos a la prestación de servicios del personal estatutario, dado que además son lo que inciden directamente en el aspecto de la jubilación parcial como medida de fomento de empleo, queden a la valoración exclusiva del INSS a pesar de la posible contradicción de intereses con la empleadora en este extremo. Obsérvese que en otros procedimientos de este tipo las propia Administración autonómica ha establecido los mecanismos correspondientes para ajustar la prestación de servicios de la persona que se pretende jubilar anticipadamente y la del relevista al Estatuto Marco del personal estatutario, aceptando plenamente las consecuencias de un posible reconocimiento a la jubilación parcial.

6.- Tampoco deberían incidir las reflexiones sobre la garantía del principio de mérito y capacidad para prestar servicios, incluso temporales, como personal estatutario en la Administración de la Seguridad Social, pues tal principio está salvaguardado en el Estatuto Marco del personal estatutario, y, de entenderse lo contrario, lo adecuado sería el planteamiento de la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad, pero no el denegar la prestación a la espera de un futuro reglamento, el que por su rango normativo no podría modificar dicho Estatuto ni dar respuesta a tal problemática de existir.

7.- Por último, debería valorarse la incidencia que una posible solución negativa al reconocimiento del derecho a la jubilación parcial al personal estatutario podría tener en el principio de igualdad ex art. 14 CE, puesto que está incluido, al igual que



EL DERECHO

Año XVI. Número 2780

Madrid, 13 de enero de 2010

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

los trabajadores por cuenta ajena ordinarios, en el Régimen General de Seguridad Social, sin distinciones ni matizaciones por la diferente naturaleza jurídica de su relación de servicio. Además, reúne tanto la persona que pretende la jubilación parcial como la posible relevista idénticas condiciones a las que la normativa de Seguridad Social y la sustantiva

laboral exige a los trabajadores ordinarios por cuenta ajena. Por último, es frecuente la coincidencia en el propio marco de los servicios públicos de salud de personal laboral y de personal estatutario, por lo que incluidos ambos en el citado RGSS, es difícil encontrar datos objetivos y razonables que justifiquen una posible diferencia de trato en orden a la con-

cesión de las prestaciones contributivas de jubilación parcial.

Madrid 22 de julio de 2009.

Publicación.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. José Luis Gilolmo López así como el voto particular formulado

por el Excmo. Sr. D. Fernando Salinas Molina, al que se adhieren, el Excmo. Sr. Magistrado D. Jordi Agustí Juliá, y las Excmas. Sras. Magistradas D^a M^a Luisa Segoviano Astaburuaga y D^a Rosa María Virolés Piñol, 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.



2009/234633

TS Sala 1^a, Sentencia 1 octubre 2009.
Ponente: D. Antonio Salas Carceller

Improcedente reivindicación de finca entregada como aportación social

El TS desestima los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por el reivindicante de la finca objeto de la litis contra la sentencia de la AP confirmatoria de la instancia y que declara que no procede esa reivindicación al haber sido entregado el inmueble como aportación a una sociedad. Respecto al primer recurso, la Sala determina que no se ha producido ni la incongruencia omisiva ni extra petita, siendo correcta la valoración de la prueba así como la distribución de su carga. Y en relación al recurso de casación, no se puede alegar ahora la vulneración de las normas sobre la prescripción adquisitiva al no haber sido esta figura objeto de reclamación.

2009/245655

TS Sala 1^a, Sentencia 30 octubre 2009.
Ponente: D. Jesús Corbal Fernández

Nulidad de junta general convocada por consejero delegado

Declara el TS que ha lugar al recurso de casación interpuesto por la entidad actora contra sentencia dictada por la AP que confirmó la de instancia desestimatoria de sus pretensiones. El objeto del proceso versa sobre la nulidad de la convocatoria de una junta general extraordinaria a la que se le

atribuye no haberse efectuado conforme a la ley, habiendo incurrido en fraude y simulación. Indica la Sala que la facultad de convocar las juntas generales de la sociedad corresponde al consejo de administración, de modo que sólo cabe delegar en el consejero delegado el anuncio de la convocatoria, pero no ésta. Y ello no ha sido respetado en el caso. Hay una infracción legal de una norma de convocatoria de la junta de carácter imperativo, y de la doctrina jurisprudencial correspondiente, y una actuación fraudulenta.



2009/225080

TS Sala 2^a, Sentencia 16 julio 2009.
Ponente: D. Manuel Marchena Gómez

Reducción de la pena en delito de lesiones, detención ilegal y amenazas

Se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia dictada en causa seguida al mismo por delitos de lesiones, detención ilegal y amenazas. El TS dicta segunda sentencia por la que viene a reducir la pena impuesta por uno de los delitos de lesiones, pues el Ministerio Fiscal, única acusación que había traducido en términos jurídicos la agresión, había calificado las heridas padecidas por el perjudicado como constitutivas de un delito de lesiones del art. 148,1 CP 95, interesando la imposición de dos años de prisión, y la sala de instancia justifica la imposición de una pena de cuatro años visto el abuso de superioridad ejercido, pese a que las acusaciones no habían solicitado la apreciación de esa agravante.

2009/225079

TS Sala 2^a, Sentencia 16 septiembre 2009.
Ponente: D. Diego Antonio Ramos Gancedo

Delito contra la salud pública: testifical de los policías intervinientes

No ha lugar a los recursos de casación interpuestos por los acusados contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delito contra la salud pública. Afirma la Sala que la prueba de cargo que fundamenta la convicción del tribunal no es la prueba preconstituida, que quedaría integrada por el acta de la diligencia que hubiera sido practicada en situación de urgencia y con la debida contradicción judicialmente garantizada, sino la testifical de los policías intervinientes, sin que para la valoración de tales testimonios como prueba sea necesario que la inspección del vehículo fuera efectuada a presencia del interesado -que en el caso, lo fue-, con asistencia de abogado del detenido y en situación de urgente necesidad.



2009/234725

TS Sala 3^a, Sección 4^a, Sentencia 2 octubre 2009.
Ponente: D. Enrique Lecumberri Martí

Denegación de indemnización por ejercicio extemporáneo de la acción respecto de daños continuados

El TS no ha lugar al recurso de casación instado frente a sentencia que

rechazó la pretensión deducida contra el Ministerio del Interior por responsabilidad patrimonial, pues si el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad, cuando existen daños continuados, producidos día a día, en el tiempo sin solución de continuidad, no empieza a computarse hasta que no cesen los efectos lesivos; en el caso que se enjuicia, al no haber sido combatidos en la forma permitida en casación, los hechos declarados probados por la Sala de instancia, por infracción de normas, jurisprudencia o principios generales del derecho respecto de la valoración de las pruebas, o por haber procedido el Tribunal, al hacer la indicada valoración de manera ilógica, irracional o arbitraria, procede rechazar la pretensión, pues del relato fáctico de la sentencia se evidencia que el ejercicio de la acción de responsabilidad fue extemporáneo.



2009/217640

TS Sala 4^a, Sentencia 21 julio 2009.
Ponente: D. Jesús Gullón Rodríguez

Parcial nulidad de Convenio Colectivo de Renfe

Desestima el TS los recursos de casación formulados por ambas partes procesales contra sentencia que declaró la nulidad por ilegalidad del art. 580 b) XV Convenio Colectivo RENFE, en el exclusivo extremo de no mencionar para la atribución de delegados de sección sindical, en el período transitorio, al sindicato de circulación ferroviario, ajeno al sindicato accionante.

Explica la Sala que el sistema de atribución de los delegados que la redacción provisional contiene, se hizo en función exclusivamente del número de puestos que tenía cada sindicato en el comité general, lo que violenta la legalidad en tanto en cuanto no menciona a aquél sindicato que, por las razones de proporcionalidad, debiera de tener igual trato que aquél que le sigue en representatividad.