



# EL DERECHO

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

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

Director: EVARISTO MOLINE

Año XVII. Número 2857

Madrid, miércoles 14 de julio de 2010



## TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2010/62107

TS Sala 3ª, Sección 7, Sentencia 8 marzo 2010. Ponente: D. José Díaz Delgado

Plazas de Médicos de Atención Primaria

### Composición del Tribunal Calificador en proceso selectivo

*Se desestima el recurso de casación interpuesto contra STSJ de Aragón, sobre prueba selectiva para cubrir plazas de Médicos de Atención Primaria. Se alega por los recurrentes que en la Composición del Tribunal Calificador, dos de sus miembros no eran médicos, sino licenciados en derecho, pero como justifica la recurrida, al exigir el programa igualmente cuestiones jurídicas, su participación no era improcedente, y al ser tres miembros del Tribunal, Licenciados en medicina, se cumplía con lo dispuesto en la Ley de Ordenación de la Función Pública Aragonesa. La Sala añade además, que no aparece constatado que, en la valoración del tercer ejercicio de las pruebas de selección, se haya seguido un criterio distinto al utilizado para el resto de los aprobados. El Tribunal se pronuncia sobre las costas, condenando a los recurrentes al abono de las mismas.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se interpone el presente recurso de casación contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 5 de diciembre de 2003, desestimatoria del recurso núm. 387/2000, planteados por los citados recurrentes frente a la resolución de 4 de noviembre de 1999, dictada por el Tribunal Calificador de Funcionarios Superiores de la Administración Autónoma, Escala Sanitaria Superior, Médicos de Atención Primaria, por la que se rectifica la de 22 de diciembre de 1998 y la de 2 de marzo de 2000, en las que se hacen públicas las listas de aprobados en el 2º y 3º ejercicio y su corrección de errores, y la resolución de 23 de marzo de 2000 de la Dirección General de la Función Pública, desestimando el recurso de alzada contra la anterior.

**SEGUNDO.-** Los recurrentes alegan como primer motivo de casación, al amparo de lo dispuesto en el

artículo 88.1.d) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la infracción de los artículos 14 y 23.2 CE. Sostienen la posible violación de estos preceptos en el hecho de que las pruebas selectivas convocadas por la Comunidad Autónoma de Castilla - León, fueron objeto del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, resuelta por el Pleno del Tribunal Constitucional en sentencia 12/1999, de 11 de febrero, de la que se desprende que no cabe excluir una diferencia de trato favorable para los funcionarios interinos. Sin embargo, como razona la recurrida, una cosa es que una diferencia favorable a los interinos fuera constitucional y otra bien distinta que todas las Comunidades Autónomas vengán obligadas legalmente a establecer dicha diferencia de trato.

En este sentido ha de admitirse la tesis de la parte recurrida de que las Comunidades Autónomas gozan de cierta discrecionalidad organizativa a la hora de establecer las bases, sin

que deban necesariamente de copiar unas lo que han dispuesto otras.

**TERCERO.-** Los recurrentes, como segundo motivo de casación, al amparo de lo dispuesto en el artículo 88.1.d) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sostienen que por los actos impugnados se han vulnerado las bases de convocatoria del concurso. No obstante, como se dice en la sentencia de 17 de junio de 2009, de esta Sala, recaída en el recurso de casación número 6764 de 2005, interpuesto por otros recurrentes contra los actos que dan término al mismo proceso selectivo, (...)” consta a esta Sala que han concluido con una sentencia absolutoria, este Alto Tribunal que ha de traer al caso por obvias razones de uniformidad jurídica, la solución que se dio ante una cuestión similar en la casación núm. 1270/2005, concluida por sentencia de 21 de julio de 2008, en un proceso seguido entre las mismas partes, por el cauce del amparo judicial de los arts. 114 sgs. de la Ley JCA, relativa a que tales irregularidades que se dicen cometidas en el segundo ejercicio (y a los que en el caso que ahora se resuelve sirven de fundamento a la pretensión principal de las solicitadas en la demanda), aunque se estimara que realmente se cometieran, ello no habría ocasionado daño alguno a los intereses legítimos de los actores, pues consta en las actuaciones, que todos ellos habían sido suspendidos en el primero o en el tercero de los ejercicios de la oposición, ambos de carácter eliminatorio.

Ejercicios que según las bases son independientes, y que debían ser mantenidos en aplicación del principio de conservación de los actos - arts. 66 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común, 30/1992-. Y debe tenerse en cuenta que en esta materia no rige el sistema de acción pública para la impetración de la tutela judicial. En último lugar en relación a las alegadas vulneraciones de los arts. 14 y 23.2 de la Constitución, deben rechazarse al haber sido desestimadas por la citada sentencia de 21 de julio de 2008, seguido entre las mismas partes, cuya resolución tiene carácter definitivo e ineludible”. En consecuencia, y afirmando los recurrentes que no superaron el ejercicio tercero, solo la admisión de

## SUMARIO

### TS

#### CIVIL

Nulidad de donaciones realizadas por fiduciario testamentario 5

Vulneración del derecho a la imagen al publicarse para una finalidad distinta para la que se cedió 7

#### PENAL

Absolución del delito continuado de prevaricación 9

#### ADMINISTRATIVO

Composición del Tribunal Calificador en proceso selectivo 1

Falta de aptitud e idoneidad para el ejercicio jurisdiccional 2

#### SOCIAL

Posible modificación de Convenio en ultractividad por acuerdo entre las partes 13

RS RESEÑA DE SENTENCIAS 16

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

su recurso en este punto haría necesario entrar en el análisis de los ejercicios anteriores y del cumplimiento de las bases en cuanto a los mismos.

CUARTO.- Se alega por los recurrentes que en la Composición del Tribunal Calificador, dos de sus miembros no eran médicos, sino licenciados en derecho, pero como justifica la recurrida, al exigir el programa igualmente cuestiones jurídicas, su participación no era improcedente, y al ser tres miembros del Tribunal Licenciados en medicina, se cumplía con lo dispuesto en la Ley de Ordenación de la Función Pública Aragonesa, (D.legislativo 1/1991) en su artículo 26.2.

En cuanto a las irregularidades que se denuncian en este tercer ejercicio, especialmente la distinta exigencia en el contenido a desarrollar de los tres supuestos que se le presentaban, en relación con lo que luego fue objeto de valoración, no se acredita por los interesados, que podían haber efectuado incluso un examen comparativo con otros ejercicios aprobados, vulneración de los artículos 103.1 y 3 de la Constitución alegados o desviación de poder, y tampoco de los artículos 62.1.a), e y 62.2 de la ley 30/1992, que no se concreta ni acreditan. Antes al contrario como sostiene la recurrida no aparece acreditado que en la valoración del tercer ejercicio para los recurrentes se haya utilizado un criterio distinto en relación con el resto de los aprobados.

QUINTO.- Por lo demás en la sentencia 6764/2005 de esta Sala, ya citada, se sostiene que: "Conforme a lo ya dicho la primera cuestión que planteaba el recurso venía referido a un efecto general invalidante que la actora quiere fundar en la estructura que las bases de la convocatoria han dado a la prueba selectiva, que, en opinión de los recurrentes, deja a la absoluta discrecionalidad del Tribunal Calificador el decidir y puntuar sobre los conocimientos de los opositores. Esta cuestión debe ser resuelta en sentido contrario a las tesis de los demandantes, pues basta con aludir al contenido de las bases 6ª y 8ª para que pueda apreciarse que no existía la absoluta indeterminación que otorgase una discrecionalidad total al Tribunal Calificador, pues en dichas bases se aludía a circunstancias jurídicas, suficientemente concretadas que limitaban, de un modo reglado, las facultades calificadoras del órgano calificador, tales como las relativas a que la memoria objeto del primer ejercicio de la fase de

oposición, debía referirse a un tema, que sin ser coincidente, estuviera relacionado con el programa de la parte general, prevista en el Anexo I. Ejercicio que se podía puntuar de 0 a 25 puntos, debiendo alcanzarse al menos la mitad de esos puntos para superar ese ejercicio, que como los demás era eliminatorio.

Respecto del segundo ejercicio, se especificaba que el test, había de extraerse de la parte específica del programa. Este ejercicio de puntuación de 0 a 60 puntos. El caso práctico del tercer ejercicio, debía ser acorde con las tareas a realizar en la clase de especialidad de que se trata. Su puntuación podría ser de 0 a 15 puntos. Para el concurso se alude a que se tendrán en cuenta el tiempo de servicios prestados como Médico Sanitario Local, o en puestos de la clase de especialidad Médico de Atención Primaria, y su valoración podrá alcanzar el 45 por ciento de la puntuación total de la fase de oposición.

Las circunstancias descritas, en sí mismas tenían un carácter reglado que no se podía desconocer por el Tribunal Calificador, y desde luego limitaban la indudable discrecionalidad que racionalmente ha de atribuirse a los órganos calificadores de las pruebas selectivas. Aparte de lo expuesto, la actuación del Tribunal Calificador, tenía los límites normales que el ordenamiento jurídico impone a la Administración cuando ejerce potestades discrecionales, es decir los derivados de los Principios Generales del derecho, entre los que en este caso cobra especial significación el de interdicción de la arbitrariedad, los impuestos por las reglas delimitadoras de la competencia, o por los aspectos reglados, antes aludidos, señalados para cada prueba selectiva.

Si el órgano calificador los desconoce, los interesados pueden acudir primero ante la Administración por vía de recurso administrativo, y luego ante los Tribunales. En definitiva en el caso que se resuelve, no se aprecia que la Administración actuante durante el desarrollo de la prueba, y por la forma en que ha estructurado el concurso oposición que ahora se controla, haya desconocido alguno de los límites legales de carácter general a que se ha venido aludiendo".

Doctrina que por seguridad jurídica ha de seguirse en esta sentencia, pues se dan en los supuestos contemplados en las mismas identidad de

argumentos y se trata del mismo proceso selectivo impugnado.

SEXTO.- En consecuencia, no procede dar lugar al recurso de casación interpuesto, con expresa condena en las costas procesales a la recurrente, por imponerle así el artículo 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y en virtud de la habilitación de dicho precepto se fija en 1000 euros la cantidad máxima a abonar a la parte recurrida en concepto de honorarios.

### FALLO

Se desestima el recurso de casación que con el núm. 2135 de 2006, interpuesto por D. Humberto Y D. Marcos, representados por la Procuradora Dª MERCEDES ALBI MURCIA, contra sentencia de fecha 5 DE DICIEMBRE DE 2003, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en su recurso núm. 387/2000, sobre prueba selectiva para cubrir plazas de Médicos de Atención Primaria, con condena a la recurrente al abono de las costas procesales, en los términos del último fundamento jurídico de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. José Díaz Delgado, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.

2010/37667

TS Sala 3ª, Sección 8, Sentencia 3 marzo 2010. Ponente: D. Nicolás Maurandi Guillén

## Falta de aptitud e idoneidad para el ejercicio jurisdiccional

*Se desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto contra el acuerdo que acordó el cese de la recurrente en su cargo de juez sustituta, pues el proceder de la actora en su ejercicio jurisdiccional, que ha quedado probado, demuestra una clara falta de aptitud o idoneidad para el desempeño de las funciones de dicho cargo. Indica la Sala que, la utili-*

*zación habitual de gritos para dirigirse a otra persona ya es contraria a las pautas normales de una convivencia educada entre particulares pero, sobre todo, es abiertamente incompatible con el ejercicio de cualquier clase de poder público en una sociedad civilizada.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El acuerdo de 19 de septiembre de 2008 de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial impugnado en el actual proceso contencioso-administrativo acordó el cese de la aquí recurrente, Dª Fátima, en el cargo de Juez sustituta de los Juzgados de Arenys de Mar, Badalona, Berga, Cerdanyola, del Vallés, Carnella de Llobregat, el Prat de Llobregat, Espluges de Llobregat, Gavá, Granollers, Igualada, L' Hospitalet de Llobregat, Manresa, Martorell, Mataró, Mollet de Vallés, Rubí, Sabadell, Sant Boi de Llobregat, Sant Feliu de Llobregat, Santa Coloma de Gramanet, Terrassa, Vic, Vilafranca del Penedés y Vilanova i la Geltrú (Barcelona) para el que había estado nombrada durante los años 2007/2008 y 2008/2009, y lo decidió con la siguiente motivación: "Al resultar acreditado en el expediente de información sumaria su falta de aptitud e idoneidad para el ejercicio del cargo, puesta de manifiesto durante su actuación como Juez sustituta del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción no 5 de Martorell, al incurrir en trato desconsiderado e irrespetuoso en varias ocasiones entre el 24 de enero y el 25 de abril de 2008 para con cuatro miembros de los Mossos D'Esquadra de la Comisaría de Martorell; el sargento Jefe de la Oficina de Atención al Ciudadano, el Sargento Jefe de la Unidad de Investigación, un Caporal de los Mossos D'Esquadra y el Inspector de los Mossos D'Esquadra, testimonios que se hallan reforzados por los Informes de la Juez Decana y de la Secretaria judicial del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 5 de Martorell; sin que, frente a la queja formulada por este último y notas anexas a ésta de los demás afectados, tenga virtualidad alguna la declaración genérica de las funcionarias del expresado Juzgado".

SEGUNDO.- La demanda formalizada en el actual proceso deduce en el "Suplico" una doble pretensión: la declaración de ser contrario a derecho el acto recurrido; y el reconoci-

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).

miento del derecho de la recurrente "a ser indemnizada en base a los parámetros establecidos en el epígrafe quinto de este escrito" (sic).

Ese "suplico" va precedido de un apartado de "hechos", consistente en un relato de las actuaciones que precedieron al recurrido acto de cese, y en el que, al mismo tiempo, la parte actora efectúa una valoración sobre algunas de esas actuaciones. Este apartado consta de los siguientes nueve puntos de hecho (I a IX).

El hecho I hace constar que el cargo de juez sustituta lo venía desempeñando la actora desde 2006.

El hecho II señala que el origen de las actuaciones fue un escrito de queja de mayo de 2008, dirigido por el Inspector Jefe de los Mossos D'Esquadra de Martorell al decanato de los Juzgados de esa ciudad, adjuntando distinta documentación, en el que se daba cuenta de diversos incidentes acaecidos durante el primer trimestre de 2008, relativos a un presunto trato irrespetuoso con las personas siguientes: el Sargento Jefe de Atención al Ciudadano de la Comisaría de Martorell; el Sargento Jefe de la Unidad de Investigación de la Comisaría de Martorell; un Cabo de los Mossos D'Esquadra, en la oficina judicial; y el Inspector de los Mossos D'Esquadra (también en la oficina judicial).

En el hecho punto III la demanda manifiesta su propósito de llamar la atención sobre estas dos circunstancias:

1) Que los incidentes solo tuvieron lugar con la policía autonómica, sin que consten problemas con el Cuerpo Nacional de policía, Guardia Civil o Guardia Urbana, o algún otro funcionario público.

2) Que de la lectura de las notas informativas formuladas por los agentes denunciados se desprende una curiosa coincidencia en todos los sucesos descritos, incluso en los que se sustanciaron telefónicamente.

El hecho IV se dedica a explicar la primera de esas dos circunstancias; y a este respecto, primero, se dice que los incidentes denunciados coincidieron con el despliegue de los Mossos D'Esquadra en el término municipal de Martorell, que se produjo a partir del 1 de noviembre de 2007 y, a continuación, se añade:

"No es de extrañar por lo demás que dichos cambios suscitasen dudas y fricciones, pero tales fricciones (...) no pueden en modo alguno tildarse de desconsideración y mucho menos, culminar con un expediente que ha finalizado con el cese de (la actora), por presunta inidoneidad para el cargo".

El hecho V se refiere a la segunda de dichas circunstancias, y como tal se señala que existe una curiosa coincidencia en la descripción de to-

dos los sucesos que se imputan a la Sra. Fátima consistente en estos datos: el empleo por la demandante de una voz excesivamente alta; no dejar aparentemente hablar a la otra parte hasta que la actora acababa con sus razonamientos; siempre en ese momento, posibilidad de hablar de forma distendida y fluidez; y siempre con el empleo de las mismas expresiones.

El hecho VI da cuenta de que la denuncia dio lugar al acuerdo de 8 de julio de 2008 de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y fue este acto el que dio lugar a la actuación administrativa que finalizó con el cese de la demandante; y sobre esta actuación la demanda vierte esta calificación: "se realizaron unas concretas y muy limitadas actuaciones, pero se dejaron de practicar otras que hubieran sido de mucho mayor provecho para el expediente (...)".

El hecho VII se encabeza con esta expresión:

"¿Qué se hizo y con qué resultado?"; y a continuación dice lo que continúa:

(a) Que hubo alegaciones de la actora con un escrito de 9 de junio de 2008, acompañada de una manifestación de todos los funcionarios del juzgado núm. 5 de Martorell I en la que se afirmaba "que no reconocían ninguna de las manifestaciones contenidas en el escrito de queja remitido, ni han vivido ninguno de los episodios narrados en el mismo y que el trato (de la actora) siempre había sido cordial amable".

(b) Que informó la Juez Decana de Martorell incluyendo en su informe dos datos antitéticos porque, por un lado, exponía el dato objetivo de que no presenció los hechos y la demandante siempre había sido respetuosa con ella y, por otro, afirmaba también lo siguiente: subjetivamente (...) "comparto los adjetivos empleados en el informe de los Mossos, ya que en Martorell esta fuerza policial ha sido respetuosa desde su despliegue el 1 de noviembre de 2007 de forma que no se han producido incidentes, como os que dice, sí que han tenido lugar en otras localidades como Sant Feliu de Llobregat".

(c) Que informó la Secretaria del Juzgado número 5 de Martorell, presente en el incidente de 25 de abril de 2008, en un escrito de 24 de julio de 2008 en el que ratificó la denuncia de los Mossos.

El hecho VIII, precedido de la expresión "¿y qué no se hizo dada la extraordinaria y muy lesiva consecuencia que podía tener (y a la postre tuvo) el expediente instruido?", señalaba estas omisiones:

(a) No se recabó ningún tipo de testimonio ni ratificación de los Mossos D'Esquadra denunciados.

(b) Se dio carta de naturaleza a la manifestación de la Secretaria del Juzgado número 5 de Martorell, pero se despreció la manifestación suscrita por todos los funcionarios adscritos al Juzgado número 5 de Martorell, cuando ambas manifestaciones eran contradictorias.

(c) No se atendió ninguna de las alegaciones de la recurrente y en cambio se valoró la manifestación subjetiva -como ella misma la calificaba- de la Sra. Jueza Decana de Martorell que no había estado presente en ninguno de los incidentes enjuiciados".

El hecho IX refiere que la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña entendió que había incurrido en una falta grave consideración para con funcionarios de la policía judicial y, por este motivo, no resultaba idónea para desempeñar funciones jurisdiccionales, y así lo propuso al Consejo General del Poder Judicial.

TERCERO.- La demanda incluye luego un apartado de "Fundamentos de Derecho" en el que se aducen estos tres principales motivos de impugnación:

1) La no acreditación de los hechos denunciados.

2) La improcedencia de calificar tales hechos como una falta grave de desconsideración.

3) El incumplimiento del trámite de audiencia establecido en el artículo 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común.

Y finaliza con un epígrafe quinto que señala que la indemnización reclamada debe comprender dos conceptos: los emolumentos que se habrían percibido desde la fecha el cese hasta aquella otra en que se habría producido la caducidad del nombramiento como juez sustituta; y la reparación de la lesión producida en el honor de la demandante, para la que se fija un importe equivalente al "doble del salario no percibido".

Sobre esa falta de prueba que es reprochada, se dice que la denuncia de los Mossos no fue ratificada en ningún momento y frente a ella se alza las alegaciones de la demandante, que niega tajantemente los hechos, por lo que los únicos elementos a considerar serían los siguientes: la opinión subjetiva de la Magistrada Decana; el escrito de la Secretaria del Juzgado núm. 5 de Martorell y la negación manifestada por escrito de todos los funcionarios de ese mismo Juzgado.

Se añade que pese a la contradicción evidenciada por los documentos existentes ningún testigo fue llamado por el órgano instructor.

Y se concluye que esos elementos no son prueba suficiente para considerar acreditados los incidentes imputados a la actora.

Por lo que hace a la procedencia o no de calificar esos hechos como falta de consideración, se argumenta que ha de constar una concreta actitud de descalificación, con independencia del mayor o menor acierto de las frases empleadas, y que para ello necesariamente ha de atenderse al contexto en que tuvieron lugar las expresiones.

Con ese presupuesto, se termina argumentando que nada se ha hecho en el expediente litigioso y, por esta razón, "resulta imposible determinar (...) si las expresiones que se imputan (...), de haber tenido lugar, pueden calificarse de irrespetuosas, o por el contrario consisten en una reconvención más o menos dura a funcionarios de la policía judicial que se equivocan, son reincidentes y, lo que es más claro, acaban de iniciarse en ese oficio".

Por último, en cuanto a la omisión del trámite de audiencia, lo que se aduce es que la demandante formuló sus alegaciones y, posteriormente, se incorporaron los escritos de 22 de julio de 2008 de la Juez Decana y 24 de julio de 2008 de la Secretaria del Juzgado núm. 5 de Martorell, que la Sala de Gobierno y el Consejo han basado sus decisiones en ambos informes; y que, frente a estos, no se ofreció a la demandante la posibilidad de realizar alegaciones.

CUARTO.- Lo que suscitan esos motivos de impugnación y esta Sala debe abordar son estas tres cuestiones que siguen.

La primera es decidir si en las actuaciones administrativas hay elementos de prueba bastantes sobre los incidentes que fueron imputados a la demandante y si los que pudiera haber tienen verosimilitud o entidad bastante para, con base en ellos, llegar a la convicción de que dichos incidentes deben tenerse por acreditados.

La segunda es valorar si esos hechos imputados, de haber razones para tenerlos como ciertos, justifican la decisión de cese de la demandante que fue adoptada por el Consejo en el acuerdo recurrido en el actual proceso jurisdiccional.

Y la tercera es comprobar si, tras la aportación de los escritos de la Juez Decana de Martorell y la Secretaria del Juzgado núm. 5, efectivamente se privó a la recurrente de la posibilidad de alegar contra ellos.

Más una puntualización procede hacer antes de continuar, y es que el acto de cese justificó esa decisión en la relación que la demandante observó durante su actuación jurisdiccional con los miembros del Cuerpo de Mossos D'Esquadra que la calificó

de trato desconsiderado e irrespetuoso, pero no tuvo en cuenta lo que la queja inicial también relataba sobre el comportamiento y manifestaciones observado ante determinadas personal que habían comparecido ante el Juzgado como víctimas de denuncias sobre violencia doméstica.

Por tanto, el actual enjuiciamiento ha de quedar ceñido únicamente a las imputaciones referidas al comportamiento de la recurrente con Mossos D'Esquadra.

QUINTO.- En relación con todo lo anterior, lo primero que procede es relacionar los elementos obrantes en las actuaciones administrativas y destacar los aspectos principales de su contenido en los términos que siguen:

A) El escrito de 22 de mayo de 2008 que dio origen a la actuación administrativa, dirigido por los Mossos D'Esquadra a la Juez Decana, relata de una manera detallada los hechos que son objeto de denuncia, con expresión de sus fechas el lugar en que ocurrieron, las personas que intervinieron y el contenido y características principales de las expresiones y conductas de la actora que se consideran improcedentes.

Ese relato, además, señala e identifica en relación con cada hecho las notas informativas por las que se tuvo conocimiento de esos hechos y las diligencias relacionadas con ellos; y, así mismo, acompaña dichas notas y diligencias.

Y los concretos hechos que se relatan en el escrito y las notas, expuestos en lo esencial, son los que continúan.

- Dos conversaciones telefónicas los días 24 de enero y 31 de marzo de 2008 con el Sargento Jefe de la Oficina de Atención al Ciudadano de la Comisaría de Martorell (nota 10598/08 redactada por este Sargento), en las que la recurrente se quejó de determinadas actuaciones policiales y lo hizo en ambas ocasiones con gritos y realizando en la segunda esta manifestación ante las explicaciones recibidas: "sempre van amb les mateixes tonteries".

- Dos incidentes con el Sargento Jefe de la Unidad de Investigación de la Comisaría de Martorell ocurridos los días 1 de febrero y el 2 de abril de 2008 (Nota 10627/2008), en los que, tras manifestarle en su presencia las quejas o discrepancia sobre la manera de actuar, lo hizo también gritando, utilizó las expresiones "ja sabia que tindria problemas amb vostés" y "sabia que sou uns incompetents", y así mismo les dijo que la habían desobedecido y podía incoarles unas diligencias previas.

El trato dispensado al Caporal de los Mossos D'Esquadra TIP núm. 000 en la oficina del Juzgado, en presencia de la Secretaria Judicial, el

25 de abril de 2008. Trato que según la nota 11390/2008 se produjo cuando la demandante manifestó sus quejas sobre cómo debían presentarse los atestados y se exteriorizó a través de una conversación que dicha nota describe así: "Que mentre el caporal parlava amb la secretaria, una doná que es trobava d'quina al caporal va dir en veu alta: ¿3 Fulls son un atestat?", i el caporal va respondret, girant-se i adreçant-se a aquesta persona si el motiu de no agafar el detingut era que només hem enviat 3 fulls?".

Que aquesta dona va dir:

"Vosté sap qui sóc jo'?" y el caporal va a respondre que no.

Que llavors la jutgessa va dir voste no esta parlant amb ningú, jo soc la jutgessa i voste es l'agent.

Qué el caporalli va dir que d'acord que ella era la jutgessa i ell l'agent però que quan "a acabés de parlar parlaria ell i ella "escoltaria.

Que la jutgessa va dir "No m'ha entés? Jo soc la jutgessa i voste és l'agent, voste no esta parlant amb ningú".

B) Las alegaciones presentadas por la demandante el 9 de junio de 2008 se dedica los tres primeros folios a explicar las razones de su discrepancia con la actuación de los Mossos D'Esquadra y a exponer los requerimientos que siempre hizo a este Cuerpo policial y, por lo que en concreto hace al indebido trato que se le imputaba, se limita a declarar lo siguiente:

"Por último, en ningún momento me he dirigido a ningún Mosso d'Esquadra de la manera en que consta en su informe, remitiéndome a lo manifestado por los funcionarios del Juzgado Mixto núm. 5 de Martorell en su escrito que "de mutuo propio redactaron y firmaron al tener conocimiento de las referencias expuestas a los mimos que consta en la queja. Sobre mi gesticulación, nadie me había hecho notar hasta ahora que gesticulaba en exceso, pero, aunque así fuera, no existe ninguna norma que limite la gesticulación del Juez".

C) El escrito de manifestaciones de los funcionarios, que fue acompañado por la recurrente a sus alegaciones, decía:

"Los funcionarios adscritos a este Juzgado: (...).

Quieren hacer constar que no reconocen ninguna de las manifestaciones contenidas en el escrito de queja remitido por la Sala del Tribunal Superior de Justicia, ni han vivido ninguno de los episodios narrados en el mismo.

También se hace constar por los arriba mencionados, que por la Juez Dª Fátima, siempre se ha tenido, tan-

to con el personal del juzgado como con los profesionales que asisten diariamente, un trato cordial y correcto".

D) La Juez Decana de Martorell en su informe manifestó que aunque no había presenciado los hechos sí consideraba creíble el comportamiento imputado a Dª Fátima por estos tres motivos:

1) Porque desde la fecha del su despliegue en Martorell el comportamiento del Cos de Policía Mossos D'Esquadra había sido en todo momento "Correcto y respetuoso" con todo el personal al servicio de la Administración de Justicia.

2) Porque le constaba que en la Fiscalía de San Feliu de Llobregat existían también quejas o incidencias respecto de actuaciones concretas en las que ha intervenido el Ministerio Fiscal y Dª Fátima.

3) Porque las expresiones que refería el inicial escrito de queja respecto de la actitud de Dª Fátima se corresponden habitualmente con el comportamiento que también había mantenido la recurrente con la informante bien como titular del Juzgado núm. 4 bien como Juez Decana.

Y terminaba con esta afirmación: "(...) ante las reacciones incomprensibles, el tono que utiliza, las formas que emplea, y la imposibilidad de mantener una conversación adecuada, esta Juez ha optado para el caso de tener una conversación con la Sra. Fátima, que esté presente la Sra. Secretaria Judicial Decana.

Quiero además Indicar que en alguna ocasión no he llegado a comprender alguna actuación de la Sra. Fátima, y a título de ejemplo, remito copia de los escritos que alguna ocasión no he llegado a comprender alguna actuación de la Sra. Fátima, Y a título de ejemplo, remito copia de los escritos que presentó en este decanato el pasado día 2 de julio, y sus respectivas contestaciones por esta Decana, considerando todo lo expuesto que se trata de una situación cuanto menos anómala para el buen funcionamiento de los Juzgados".

E) La Secretaria del Juzgado número 5 informó sobre los hechos acaecidos el 25 de abril de 2008 en las dependencias judiciales haciendo constar lo siguiente:

"(...) En mi presencia ambos mantuvieron una conversación en los mismos términos expuestos por el caporal núm. 000 de los Mossos d'Esquadra de Martorell en su nota informativa núm. 11390/08 de fecha 27 de abril de 2008, que se da aquí por reproducida".

F) El 14 de agosto de 2008 la demandante realizó alegaciones sobre el escrito de la Magistrado Decana y la Secretaria judicial.

SEXTO.- Ninguna de esas tres cuestiones suscitadas en los motivos de impugnación merece una respuesta favorable a la pretensión anulatoria principal deducida en la demanda por lo que se explicará a continuación.

En lo que se refiere a la prueba de los incidentes y comportamientos imputados, ya debe decirse que aparecen descritos con suficiente detalle, según ya se adelantó, tanto en el inicial escrito de queja de 22 de mayo de 2008 como en las notas informativas que dicho escrito referencia como base de lo que en él se relata; y dichos elementos deben ser tenidos como prueba válida y suficiente, primero, porque no hay razones para desconfiar de que hayan sido emitidos por los funcionarios que en ellos se indican y, en segundo lugar, porque hay otros elementos en esas mismas actuaciones que justifican racionalmente la verosimilitud de los hechos que en ellos se relatan.

Sobre la autenticidad de dichos elementos, debe subrayarse que es indiferente que tales escritos no fueran ratificados en el procedimiento administrativo que fue seguido, pues no era necesario desde el momento en que la aquí recurrente, si bien sostuvo en sus alegaciones una versión de los hechos diferente, no puso en duda que esos documentos que narraban tales hechos no hubieran sido emitidos por los miembros del Cuerpo de Mossos D'Esquadra que los suscribieron.

Y en lo que concierne a su verosimilitud, merece ser acogida, al ser más creíble la versión de los funcionarios policiales por todo lo siguiente:

1) La descripción fáctica es detallada y circunstanciada, con expresión de las actuaciones en que tuvieron lugar los incidentes imputados, las personas que intervinieron en ello, su fecha y lugar y no sólo el tono de voz atribuido a la actora sino las concretas expresiones con que acompañó su actitud.

2) La actora, en sus alegaciones, insiste más en las posibles discrepancias que mantuvo sobre la actuación policial que en negar el habitual tono de voz o las expresiones que le son atribuidas, y da una respuesta evasiva a todo esto último cuando dice que "no existe ninguna norma que limite la gesticulación del juez".

3) La Juez Decano, pese a reconocer que no presenció los hechos, sí ofrece su personal testimonio de haber constatado directamente que esa manera de proceder era habitual en la actora y de que miembros del Ministerio Fiscal le han referido episodios de la mismas características.

4) La Secretaria del Juzgado en su informe ratificó como cierto uno de los incidentes.

5) En el escrito de los funcionarios acompañado por la actora a sus alegaciones los firmantes del mismo reconocen no haber vivido los episodios narrados en el escrito de queja, por lo que no puede atribuírsele eficacia probatoria sobre los hechos que aquí son objeto de polémica.

SÉPTIMO.- Pasando ahora a la cuestión del segundo motivo de impugnación, tampoco puede compararse la tesis de la recurrente de que esos hechos e incidentes que se han de tener por probados no merecen ser valorados como una falta grave de desconsideración hacia las personas que directamente fueron las destinatarias de las actitudes y expresiones que le han sido imputadas a la actora como causa de su cese.

Debe comenzarse aclarando a este respecto que no se trata aquí de dilucidar si el comportamiento profesional de la policía autonómica fue o no correcto, o si la actora en su ejercicio jurisdiccional podía o no comunicar a ese cuerpo de funcionarios las disfunciones que creyera advertir. La cuestión es esta otra: determinar si es correcto dirigirse habitualmente a gritos a tales funcionarios, utilizar las expresiones que antes fueron referenciadas y adoptar frente a ellos las actitudes que también con anterioridad quedaron descritas.

Pues bien, la respuesta es que todo ese proceder tiene una inequívoca connotación de grave falta de respeto por todo lo siguiente.

Porque la utilización habitual de gritos para dirigirse a otra persona ya es contraria a las pautas normales de una convivencia educada entre particulares pero, sobre todo, es abiertamente incompatible con el ejercicio de cualquier clase de poder público en una sociedad civilizada, pues, en ésta, todo poder público es antes una servidumbre de actuar con prudencia y responsabilidad en el ejercicio de la competencias públicas que se tengan atribuidas que un ejercicio de arrogancia ante los inferiores.

Y porque esa falta de respeto es especialmente grave en estos concretos comportamientos de la demandante aquí acreditados: la directa calificación de "incompetentes" a los Mossos D'Esquadra y la pretensión manifestada a uno de ellos, en los hechos de 25 de abril de 2008, de que la condición de Juez de la recurrente hacía imposible a dichos funcionarios policiales tomar la iniciativa de dirigir la palabra a ella aunque fuera en términos respetuosos.

Y la conclusión final de todo ello tiene que ser considerar correcta la decisión del Consejo del Poder Judicial de aplicar, como así hizo, la causa de remoción prevista para los magistrados suplentes en el artículo

201.4. d) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pues el proceder de la actora en su ejercicio jurisdiccional como Juez sustituta que ha quedado probado demuestra una clara falta de aptitud o idoneidad para el desempeño de las funciones de dicho cargo.

OCTAVO.- El último motivo de impugnación debe fracasar también porque, como también se puso de manifiesto con anterioridad, con posterioridad a los informes de la Juez Decana y de la Secretaria Judicial se ofreció a la actora un trámite de alegaciones que efectivamente utilizó en el 14 de agosto de 2008; y porque, en todo caso, también en el actual proceso jurisdiccional ha tenido ocasión de alegar y probar cuanto conviniera a sus intereses.

NOVENO.- Lo que se ha venido razonando hace procedente desestimar el recurso contencioso-administrativo y no se aprecian razones para hacer una expresa imposición de costas procesales.

## FALLO

1.- Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D<sup>a</sup> Fátima contra el Acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial de 19 de septiembre de 2008, al ser conforme a Derecho en lo que se ha discutido en el actual proceso.

2.- No hacer especial pronunciamiento sobre costas.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. José Díaz Delgado.- Juan José González Rivas.- Nicolás Antonio Maurandi Guillen.- Pablo María Lucas Murillo de la Cueva.- Ramón Trillo Torres.

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

La demanda fue interpuesta el 29 de julio de 2003 por D<sup>a</sup> Raquel contra su hermano de madre, D. Salvador, y su hermana de doble vínculo D<sup>a</sup> Tarsila, después de haber fallecido la madre de todos ellos D<sup>a</sup> Noelia el 10 de noviembre de 2002, solicitando, con base fundamentalmente en la referida cláusula testamentaria y como petición principal, la nulidad de pleno derecho de tres donaciones de sendas fincas, dos de ellas comprendiendo el pleno dominio y la otra sólo la nuda propiedad, hechas por D<sup>a</sup> Noelia a D. Salvador mediante escrituras públicas de 19 de junio de 1987, 5 de septiembre de 1994 y 24 de enero de 2002 respectivamente; la nulidad de pleno derecho de la donación de la nuda propiedad de cuatro fincas por D<sup>a</sup> Noelia a su hija D<sup>a</sup> Tarsila mediante escritura pública de 24 de enero de 2002; y la nulidad y cancelación de las inscripciones registrales causadas por todas esas donaciones, así como de las posteriores en su caso, de modo que como inscripciones vigentes quedaran las correspondientes a D<sup>a</sup> Noelia con la reserva de la sustitución fideicomisaria que se dejó sin efecto en virtud de esas mismas donaciones.

Alternativamente, para el caso de no acordarse la nulidad, se interesaba que las donaciones en cuestión, así como otra más, se declarasen inoficiosas por no respetar la legítima de D<sup>a</sup> Raquel y se acordara su reducción en cuanto al exceso.

Los dos demandados comparecieron y contestaron conjuntamente a la demanda solicitando se declarase caducada o prescrita la acción de nulidad en cuanto a las donaciones de 19 de junio de 1987 y 5 de septiembre de 1994 y, en cualquier caso, se desestimara totalmente la demanda por razones de fondo alegando, fundamentalmente y en lo que aquí interesa, que la cláusula testamentaria antes transcrita facultaba a D<sup>a</sup> Noelia para disponer de los bienes heredados de sus padres también a título lucrativo.

La sentencia de primera instancia desestimó totalmente la demanda razonando, en cuanto a la nulidad, que la controvertida cláusula testamentaria, al autorizar a la fiduciaria para disponer de los bienes heredados de su padre por actos inter vivos, excluía los actos de disposición mortis causa pero comprendía claramente, interpretando los testamentos conforme al art. 675 CC, los actos de disposición a título gratuito, "o al menos actos dispositivos a título gratuito a favor de alguno de los hijos de la fiduciaria, con tal de que quede algún bien de la masa hereditaria del testador fideicomitente a favor de los demás, como una sustitución fideicomisaria de residuo ordinaria 'eo quod supererit'".

"En cuanto a la petición subsidiaria de reducción de las donaciones por inoficiosas, la desestimación se fundaba en que la actora atribuía a



2010/71265

TS Sala 1<sup>a</sup>, Sentencia 13 mayo 2010. Ponente: D. Francisco Marín Castán

Aplicación del criterio restrictivo sobre sus facultades

## Nulidad de donaciones realizadas por fiduciario testamentario

*El TS estima el recurso de casación anulando la sentencia impugnada y, en su lugar, estima la demanda declarando nulas las donaciones de las fincas que, en perjuicio de la actora -una de las fideicomisarias de los dos testamentos litigiosos-, fueron realizadas en favor de los demás fideicomisarios por la persona designada como fiduciaria en sendas disposiciones testamentarias. Dado que en las citadas cláusulas se facultaba a la fiduciaria para disponer por actos "inter vivos" sin mayor especificación, el TS aplica la doctrina jurisprudencial de acuerdo con la cual las facultades del fiduciario deben interpretarse con criterio restrictivo.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión jurídica que plantea el presente recurso de casación, cuyo motivo único se funda en infracción de los arts. 781 y 783 en relación con los arts. 675 y 765, todos del CC, y de la jurisprudencia de esta Sala sobre la interpretación de las cláusulas testamentarias relativas al fideicomiso de residuo en cuanto a la amplitud de las facultades de disposición del fiduciario sobre los bienes heredados del fideicomitente, consiste en determinar si la cláusula común a dos determinados testamentos, facultando al fiduciario para disponer por actos inter vivos, debe entenderse limitada a los actos de dispo-

sición a título oneroso, tesis de la demandante, o comprender también los actos de disposición a título gratuito.

La cláusula en cuestión, inserta en los respectivos testamentos de D. Alfredo y D<sup>a</sup> Marcelina, reza literalmente así: "Cuarta: Sin perjuicio de lo dispuesto en la cláusula anterior (relativa al usufructo a favor del cónyuge del testador si le sobreviviese), instituye universal heredera a su hija Celestina, conocida por Noelia, con la condición de que caso de no disponer por actos intervivos de los bienes que adquiera del testador pasen necesariamente a su fallecimiento a sus hijos Raquel y Tarsila y Salvador y los que tuviere"

los bienes que seguían perteneciendo a D<sup>a</sup> Noelia al momento de su muerte un valor coincidente con el catastral, muy inferior al real, y que por ello no podía considerarse probado que las donaciones litigiosas perjudicaran la legítima de la demandante, sin perjuicio del deber de los dos hermanos demandados de colacionar los bienes donados en el acto de la partición de la herencia de su madre.

Interpuesto recurso de apelación por la demandante, el tribunal de segunda instancia lo desestimó y confirmó íntegramente la sentencia apelada. Partiendo de la coincidencia de ambas partes en que la cláusula controvertida disponía un fideicomiso de residuo, el tribunal, con base también en el art. 675 CC, considera que la expresión "por actos inter vivos" no podía ser "más genérica e ilimitada" en su significación gramatical, al no haberse recurrido "a ninguna reserva o limitación que cupiera entender había sido su intención (la del testador) excluir de tales facultades las relativas a los 'actos de disposición gratuita', por lo que se interpretó con fidelidad la voluntad del testador máxime cuando éste no apostilló la frase 'por actos inter vivos' con 'por título oneroso'".

En cuanto a la petición subsidiaria de la demanda sobre reducción de las donaciones por inoficiosas, su desestimación se confirmaba por haber quedado agotada la herencia de D. Alfredo por su propio testamento y el acto dispositivo llevado a cabo por su única heredera.

Contra la sentencia de apelación recurre en casación la actora-apelante mediante el único motivo ya referido, y como su recurso no contiene ningún otro concerniente a la reducción de las donaciones por inoficiosas y lo que pide en el escrito de interposición es que se case la sentencia impugnada y se dicte otra estimando las peticiones de la recurrente "con arreglo a los motivos expresados en el presente recurso", necesariamente ha de entenderse, como señala la parte recurrida en su escrito de oposición, que la petición subsidiaria de su demanda debe tenerse por abandonada.

SEGUNDO.- Las objeciones formales de la parte demandada-recurrida al único motivo del recurso, reprochándole falta de técnica casacional por citar globalmente un conjunto de preceptos y el intento de convertir la casación en una tercera instancia mediante una valoración de la prueba testifical por la propia parte recurrente, no impiden entrar a conocer del mismo, pues si se prescindiera de la última parte del alegato del motivo, ciertamente improcedente en cuanto se apoya en el resultado de la prueba testifical para impugnar la sentencia recurrida y por tanto no respeta el ámbito propio del recurso de casación, en conjunto el motivo aparece correctamente formulado porque las cuatro normas citadas

guardan relación con la cuestión debatida, los arts. 675 y 765 CC se invocan en relación directa con el principal objeto de controversia y, en fin, la jurisprudencia que asimismo se cita como infringida es la que, según la parte recurrente, desautoriza la interpretación que el tribunal sentenciador hace de dicha cláusula.

En suma, la esencia del motivo consiste en que a partir de las sentencias de esta Sala de 22 de julio de 1994 y 12 de febrero de 2002 las cláusulas testamentarias que pura y simplemente autorizan al fiduciario a disponer de los bienes heredados del testador por actos inter vivos, sin más especificaciones, deben interpretarse como comprensivas únicamente de los actos de disposición a título oneroso, ya que para entender autorizados también los actos de disposición a título gratuito es necesario que el testamento lo declare expresamente.

A esta jurisprudencia, que concierne especialmente al art. 781 en relación con el art. 675, ambos del CC, se añaden unas consideraciones sobre el art. 765 del mismo Cuerpo legal en relación con la expresa mención que se hace en la cláusula a los tres nietos del testador pero sin especificar ni designar las partes que habrían de heredar cada uno, lo que determinarían que deba aplicarse la presunción de querer que sus nietos heredasen sus bienes por partes iguales, como resultaría del advierio "necesariamente", voluntad desconocida por la fiduciaria al donar los bienes a solamente dos de sus hijos excluyendo al tercero.

TERCERO.- Pues bien, procede estimar el motivo así planteado porque si bien no es del todo cierto que la sentencia de esta Sala de 22 de julio de 1994 (rec. 2169/91) se pronuncie sobre la exclusión de los actos de disposición a título gratuito en caso de no facultarse expresamente al fiduciario, ya que de lo que trata es, en rigor, de la subrogación cuando lo que autoriza la cláusula testamentaria es simplemente a "disponer en vida", no lo es menos que la misma sentencia sí declara que las facultades del fiduciario "han de interpretarse con criterio restrictivo, especialmente, porque lo normal es la sustitución fideicomisaria con deber de conservar, y aunque la figura del fideicomiso no encaje de manera plena en el marco de las sustituciones comprendidas en el artículo 781 del Código Civil, ofrece notas comunes con ellas y permite la aplicación, en aspectos concretos, de sus preceptos reguladores".

Sí es contundente, en cambio, la sentencia de 12 de febrero de 2002 (rec. 3102/96) cuando, en relación con una cláusula sobre los bienes "de que no hubiera dispuesto" la fiduciaria, declara que "en el poder de disposición del fiduciario en el fideicomiso de residuo no se comprenden los actos dispositivos a título gratui-

to, a no ser que se haya previsto expresamente por el fideicomitente".

Y esta misma doctrina se sigue por la sentencia de 7 de noviembre de 2008 (rec. 976/03) al señalar que únicamente ha de ser expresa la facultad de disposición mortis causa, regla interpretativa que, por otra parte, es la plasmada en el apdo. 2 del art. 426.53 del Código Civil de Cataluña cuando dispone que "la facultad de disponer a título gratuito, que debe establecerse de forma expresa, se entiende que se atribuye para hacerlo solo por actos entre vivos y comprende también la de disponer a título oneroso".

Si a todo ello se une que en el presente caso el testador fideicomitente designó expresamente a los tres hijos de la fiduciaria, habidos de dos matrimonios diferentes, expresando su voluntad de que los bienes de que la fiduciaria no hubiera dispuesto a su fallecimiento pasaran a ellos "necesariamente", la conclusión que se impone es, con arreglo al art. 765 CC, que la voluntad de los testadores, causantes comunes de su hija y sus nietos, era que éstos les sucedieran por partes iguales en lo que quedara de lo heredado por su hija, designio igualitario que desde luego quedaba burlado si la fiduciaria, como efectivamente hizo, donaba los bienes procedentes de sus padres a dos de sus hijos excluyendo al tercero, como también entendió, en un caso similar, la sentencia de esta Sala de 8 de mayo de 1986.

En consecuencia la sentencia recurrida debe ser casada por haber infringido los arts. 675 y 765 CC en relación con la jurisprudencia que los interpreta en materia de fideicomiso de residuo.

CUARTO.- La casación de la sentencia impugnada, determinante a su vez de que quede sin efecto la confirmación de la de primera instancia, comporta, con arreglo a todo lo antedicho, que proceda estimar la petición principal de la demanda sobre nulidad de las donaciones impugnadas, sin que pueda apreciarse la caducidad ni la prescripción opuestas en la contestación a la demanda porque ni el plazo de cuatro años establecido en el art. 1301 CC es aplicable a la nulidad por falta de poder de disposición del transmitente ni la acción para impugnar las donaciones litigiosas podía ejercitarse, según puntualizan las ya citadas SSTs 12-2-02 y 7-11-08, antes de morir la fiduciaria.

QUINTO. - Conforme a los arts. 394 y 398 LEC las costas de la primera instancia deben imponerse a la parte demandada, mientras que las de la segunda instancia no deben imponerse especialmente a ninguna de las partes porque el recurso de apelación de la demandante tenía que haber sido estimado.

SEXTO.- Conforme al art. 398.2 LEC no procede condenar a ninguno

de los litigantes en las costas causadas por el recurso de casación.

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

#### FALLO

1º.- ESTIMAR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la demandante D<sup>a</sup> Raquel, representada ante esta Sala por el Procurador D. Jorge Deleito García, contra la sentencia dictada con fecha 7 de marzo de 2006 por la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Alicante en el recurso de apelación núm. 11/06.

2º.- CASAR LA SENTENCIA RECURRIDA, dejándola sin efecto y por tanto quedando sin efecto también la de primera instancia.

3º.- ESTIMAR LA DEMANDA interpuesta en su día por dicha recurrente contra D. Salvador y D<sup>a</sup> Tarsila y en consecuencia:

A) Declarar nulas las donaciones de las fincas registrales núm. NUM000, NUM001 y NUM002 del Registro de la Propiedad de Jijona hechas por D<sup>a</sup> Celestina, conocida por Noelia, a D. Salvador mediante escrituras públicas de 19 de junio de 1987, 5 de septiembre de 1994 y 24 de enero de 2002 respectivamente.

B) Declarar nula la donación de las fincas registrales núm. NUM003, NUM004, NUM005 y NUM006 del Registro de la Propiedad de Jijona hechas por D<sup>a</sup> Celestina, conocida por D<sup>a</sup> Noelia, a D<sup>a</sup> Tarsila mediante escritura pública de 24 de enero de 2002.

C) Anular y ordenar la cancelación de las inscripciones causadas por las referidas donaciones a favor de los indicados donatarios en el Registro de la Propiedad de Jijona, así como las posteriores que de las mismas traigan causa siempre que no se perjudiquen los derechos de terceros hipotecarios, de forma que las inscripciones que queden vigentes sean las que correspondan a favor de D<sup>a</sup> Noelia con la reserva de la sustitución fideicomisaria que en su día se dejó sin efecto en virtud de las antedichas donaciones.

D) Condenar a los demandados en las costas de la primera instancia.

4º.- Y no imponer especialmente a ninguna de las partes las costas de la segunda instancia ni del recurso de casación.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala.

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.-Francisco Marin Castan.-

José Antonio Seijas Quintana.- Encarnación Roca Trias.-Rafael Gimeno-Bayon Cobos.-FIRMADO Y RUBRICADO. Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Francisco Marin Castan, 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.

2010/91572

TS Sala 1ª, Sentencia 2 junio 2010. Ponente: D. Encarnación Roca Trias

### Una vez excluida la accesoriadad Vulneración del derecho a la imagen al publicarse para una finalidad distinta para la que se cedió

*El TS estima el recurso de casación interpuesto por la actora con motivo de la demanda en el ejercicio de las acciones de defensa del derecho al honor y a la propia imagen, por relacionar a la demandante con una propaganda de reclutamiento militar que está abocada al "INEM", y en tanto la misma cedió su imagen mediante un contrato -por tiempo indefinido y sin limitación alguna de soportes y medios- a la Dirección General de Reclutamiento del Ministerio de Defensa para su utilización en las "campanas de captación, reclutamiento y enseñanza militar".*

*Considera la Sala que la publicación efectuada por la revista en cuestión constituye una extralimitación porque no cumple la finalidad para la que se cedió, ya que se ha producido una modificación del folleto, por lo que concluye que no existió consentimiento de la recurrente. En relación a la accesoriadad de la fotografía utilizada en la publicación e invocada en la sentencia recurrida para desestimar la demanda, entiende que la publicación del folleto modificado en la revista demandada no es accesorio, porque va más allá de la información facilitada y del interés público de la noticia, consistente en el despido de veteranos militares al introducir otro tipo de connotaciones subjetivas. Concluye el Tribunal que se ha producido una vulneración del honor profesional de la actora a través de la utilización ilegítima y deshonrosa de su imagen.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de los hechos probados.

1º El 25 de abril de 2003, Dª Ana, profesional del ejército, cedió su imagen mediante un contrato "por tiempo indefinido y sin limitación alguna de soportes y medios" a la Dirección General de Reclutamiento del Ministerio de Defensa para su utilización en las "campanas de captación, reclutamiento y enseñanza militar".

2º En estas campañas se publicó un folleto con el título "Da un paso más", "El valor de un profesional", en el que aparecen las imágenes de tres militares, entre ellas la de la demandante.

3º Con fecha de 23 de noviembre de 2003 se publicó en la revista *Interviú*, páginas 32 y 33, un reportaje con el siguiente título "Operación despido Colectivo". Encabezaba dicha información el titular "Defensa prescindir de casi 1.000 cabos y oficiales de complemento por considerarlos muy veteranos". En el reportaje aparece el mismo folleto de las fuerzas armadas, con la imagen de los tres militares, pero con el texto modificado, en el que se dice: "El próximo 31 de diciembre el Partido Popular echa de las fuerzas armadas a personal militar. Cuando el número de reclutamiento es nulo, el gobierno se permite echar al personal", con el logo "Da un paso más al INEM" "Españoles de las Fas al paro, extranjeros a cubrir las plazas de estos" "El valor de un profesional a precio muy barato".

4º Dª Ana demandó a Grupo Zeta, S.A., Ediciones Zeta, S.A., *Interviú* y Dª Teresa, directora de la citada revista por haber publicado su imagen en el citado reportaje, en un folleto distinto del autorizado.

5º El Juzgado de 1ª instancia núm. 1 de Roda dictó sentencia en fecha 14 diciembre 2006, en la que estimó parcialmente la demanda y concedió una indemnización menor a la solicitada. Sus argumentos son los siguientes:

a) Existió un atentado contra la imagen de la demandante, "al publicar la revista sin su consentimiento unas fotografías de ella cedidas con una finalidad completamente distinta a la publicada".

b) La intromisión ilegítima "no resultaba ni imprescindible ni necesaria para dar cumplida satisfacción al reseñado interés general".

c) La publicación de la imagen de la actora es accesorio respecto a la información que se da en el reportaje.

d) Además dicha imagen se ve deteriorada y desprestigiada, "lo que además podría suponerle graves conflictos laborales".

6º Apelaron los demandados; la sección 2ª de la Audiencia Provincial de Albacete, en sentencia de 25 sep-

tiembre 2007, estimó el recurso de apelación. Consideró que la publicación del prospecto era necesaria para formar la opinión pública y que era aplicable el supuesto de excepción del artículo 8.2 de la Ley Orgánica de Protección del derecho al honor, por el carácter accesorio de la fotografía. Declara que "existiendo accesoriadad cuando la imagen no es elemento principal, porque no es necesaria la presencia, ni tiene especial relación con el objeto de la captación o proyección, y no hay nada desmerecedor o de desdoro para el "afectado"; y todo ello al encontrarse el rostro de la demandante junto con otros más y lo que predomina no es tanto la imagen personal sino la imagen del Ejército, pues los gorros y uniformes castrenses son protagonistas del pasquín, todo ello incluido en un artículo junto con mucha más imagen y extensión siendo de reducida dimensión el panfleto en cuestión".

7º Dª Ana presenta recurso de casación, al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2,1 LEC, que fue admitido a trámite por auto de esta Sala de 8 septiembre 2008.

SEGUNDO.- El motivo primero alega la vulneración del derecho al honor de Dª Ana, aplicando la jurisprudencia al respecto y aporta diversas sentencias del Tribunal Constitucional. Señala que la fotografía aparece publicada sin el consentimiento de la recurrente y se ve desvirtuada por los comentarios añadidos al panfleto, de modo que en vez de servir para hacer campaña para propiciar la entrada de los jóvenes en el ejército, se producen duras críticas, que van en descrédito de la recurrente. El motivo segundo abunda en la misma argumentación, por lo que van a examinarse conjuntamente.

Se estiman los motivos primero y segundo.

De nuevo se presenta a la consideración de esta Sala un supuesto en el que se produce la confrontación entre el derecho a la información y el derecho a la imagen. La doctrina del Tribunal Constitucional, en la STC 81/2001, de 26 de marzo, entre otras, señala que los derechos al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, reconocidos en el art. 18.1 CE, a pesar de su estrecha relación en tanto que derechos de la personalidad, derivados de la dignidad humana y dirigidos a la protección del patrimonio moral de las personas, tienen, no obstante, un contenido propio y específico.

Se trata, dicho con otras palabras, de derechos autónomos, de modo que, al tener cada uno de ellos su propia sustantividad, la apreciación de la vulneración de uno no conlleva necesariamente la vulneración de los demás. Además, se considera que "El carácter autónomo de los derechos del art. 18.1 CE supone que

ninguno de ellos tiene respecto de los demás la consideración de derecho genérico que pueda subsumirse en los otros dos derechos fundamentales que prevé este precepto constitucional, pues la especificidad de cada uno de estos derechos impide considerar subsumido en alguno de ellos las vulneraciones de los otros derechos que puedan ocasionarse a través de una imagen que muestre, además de los rasgos físicos que permiten la identificación de la persona, aspectos de su vida privada, partes íntimas de su cuerpo o que se la presente en una situación que pueda hacer desmerecer su buen nombre o su propia estima.

En tales supuestos la apreciación de la vulneración del derecho a la imagen no impedirá, en su caso, la apreciación de la vulneración de las eventuales lesiones del derecho a la intimidad o al honor que a través de la imagen se hayan podido causar, pues, desde la perspectiva constitucional, el desvalor de la acción no es el mismo cuando los hechos realizados sólo pueden considerarse lesivos del derecho a la imagen que cuando, además, a través de la imagen puede vulnerarse también el derecho al honor o a la intimidad, o ambos derechos conjuntamente".

Esta constatación lleva a afirmar, en cuanto al canon de enjuiciamiento a aplicar, que, cuando se denuncia que una determinada imagen gráfica ha vulnerado dos o más derechos del art. 18.1 CE, deberán enjuiciarse por separado esas pretensiones, examinando respecto de cada derecho si ha existido una intromisión en su contenido, y posteriormente si, a pesar de ello, esa intromisión resulta o no justificada por la existencia de otros derechos o bienes constitucionales más dignos de protección dadas las circunstancias del caso (STC 156/2001, de 2 de julio).

En el actual recurso debe aplicarse esta metodología y examinar, en primer lugar, si se ha producido una vulneración de alguno de los derechos fundamentales implicados.

Son conocidas las definiciones que el Tribunal Constitucional ha ofrecido respecto del derecho a la propia imagen (artículo 18,1 de la Constitución). Se entiende que "como un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que pueden tener dimensión pública y a impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad (informativa, comercial, científica, cultural, etc.) perseguida por quien la capta o difunde" y se añade que en la Constitución se configura como un derecho autónomo, aunque guarda una muy estrecha relación con el derecho al honor y, sobre

todo, con el derecho a la intimidad. Sin embargo, lo específico del derecho a la propia imagen es la protección frente a las reproducciones de la misma que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima y pretende salvaguardar un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás.

Este derecho no tiene, como todos los demás, un carácter absoluto, sino que se encuentra limitado por otros derechos y bienes constitucionales como el derecho a la comunicación de información y las libertades de expresión y de creación artística, tal como señala la propia STC 81/01 (ver asimismo STC 139/2001, de 18 junio).

Las sentencias de esta Sala han definido también este derecho. Así, por no citar más que las más recientes, la de 17 de febrero de 2009 en la utilización legítima de la imagen de un policía, atribuyéndole una voz y unas palabras supuestas, obtenida en una rueda informativa con una finalidad sarcástica en un programa de televisión de carácter humorístico, entiende que no ha intromisión, argumentando que el "(...)art. 7.5 LPDH considera intromisión ilegítima la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el art. 8.2 LPDH"; esta sentencia se refiere a la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 231/1988; 99/1994; 117/1994; 81/2001; 139/2001; 156/2001; 83/2002; 14/2003) y señala que

"En resumen, el derecho a la propia imagen "garantiza un ámbito privativo de la propia personalidad ajeno a injerencias externas, impidiendo la obtención, reproducción o publicación por un tercero de una imagen que contenga los rasgos físicos que permita reconocer su identidad"(...).

Con relación al otro derecho implicado, la libertad de expresión, reconocida en el art. 20 CE, la sentencia de esta Sala, que ahora se está resumiendo dice que "(...)tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información (SSTC 104/1986, de 17 de julio y 139/2007, de 4 de junio), porque en tanto ésta se refiere a la narración de hechos, la de expresión alude a la emisión de juicios personales y subjetivos, creencias, pensamientos y opiniones.

Comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a aquel contra quien se dirige (SSTC 6/2000, de 17 de enero, F. 5; 49/2001, de 26 de febrero, F. 4; y 204/2001, de 15 de octubre, F. 4), pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura,

sin los cuales no existe "sociedad democrática" (SSTEDH de 23 de abril de 1992, Castells c. España, § 42, y de 29 de febrero de 2000, Fuentes Bobo c. España, § 43). Fuera del ámbito de protección de dicho derecho se sitúan las frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y por tanto, innecesarias a este propósito, dado que el art. 20.1 a) CE no reconoce un pretendido derecho al insulto(...).

Sin embargo, cuando se trata de interpretar cuándo se produce una causa que excluye la lesión al derecho fundamental, como en el caso de que la imagen es un elemento accesorio de la publicación, la sentencia de esta Sala de 22 de febrero de 2007, en relación a la aparición en un vídeo grabado en la vía pública por una agencia de detectives respecto de otra persona con finalidad de ser visionado como prueba en un proceso laboral dice: que existe accesoriedad cuando "(...) la imagen no es elemento principal, porque no es necesaria la presencia, ni tiene especial relación con el objeto de la captación o proyección, y no hay nada desmerecedor o de desdoro para el "afectado".

Finalmente, la sentencia de 26 de febrero de 2009 en relación al aspecto patrimonial del derecho a la imagen, cuando se cede a un medio distinto, destaca la afección a la dignidad profesional y dice que "Por otra parte, desde la perspectiva del contenido estrictamente constitucional del derecho, la consideración de que la reproducción de la imagen de los demandantes por la entidad demandada en un medio diferente a aquel para el que, en principio, se otorgó la autorización, constituye una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, choca con el escollo insuperable que representa el hecho de que la explotación publicitaria y, por ende, económica, se concentra en la imagen del jugador del Fútbol Club Barcelona Ronaldo, cuya destreza y aptitudes deportivas se trata de ensalzar, hasta el punto de la magnificencia, para relacionarlas con las cualidades y la calidad del producto publicitado, que se identifican de ese modo referencial e indirecto con aquéllas.

La reproducción de la imagen de los demandantes en ese contexto es meramente instrumental y accesorio, y, esto es determinante, en modo alguno afecta a su dignidad personal o profesional, pues no puede decirse con fundamento que el spot publicitario tendía a menoscabar el prestigio o reputación de los deportistas (...).

No puede olvidarse que las imágenes se reprodujeron sin alteración alguna de las que fueron captadas originariamente, y sin mediar comentario, expresión o manifestación de ninguna clase capaz de menoscabar el prestigio y reputación de

los efigiados o de inducir en el público algún sentimiento de menosprecio hacia la dignidad personal y profesional de aquellos cuya imagen se difundía".

De donde debe deducirse que lo que debe ser objeto de examen en el presente recurso es una cuestión que tiene tres aspectos: el relativo a la libertad de información, la protección de la imagen desde el punto de vista profesional y la consiguiente protección del honor y si existe en este caso el elemento de accesoriedad que considera concurrente la sentencia recurrida.

TERCERO.- El caso planteado carece de precedentes en la jurisprudencia de la Sala. Los más próximos se han producido en relación a la utilización de imágenes no consentidas de policías o similares, como cargos públicos, cuando su imagen es obtenida en lugares públicos y se encuentran en el desempeño de su cargo en atención al interés informativo. Sin embargo aquí, puede entenderse que se produce una confrontación entre el derecho a la información y el derecho a la imagen, y, en la medida que se transmiten mensajes en el folleto que desmerecen la persona de la recurrente, se habría producido una vulneración del derecho al honor a través de la divulgación in consentida de su imagen, de modo que ambos derechos tanto el de la imagen, como el del honor han de ser estudiados en su dimensión constitucional por separado, según la doctrina constitucional expuesta.

1º En relación al derecho a la imagen, es cierto que Dª Ana dio consentimiento para su utilización con unos fines determinados, que eran los de fomentar el reclutamiento por el Ministerio de Defensa. La publicación efectuada por la revista *Interviú* constituye una extralimitación porque no cumple la finalidad para la que se cedió desde el momento en que se ha producido una modificación del folleto, por lo que hay que concluir, que no concurría el consentimiento de la recurrente.

2º A partir de aquí y siendo cierto que se ha utilizado la imagen sin el consentimiento de la actora, el problema está no tanto en determinar si la imagen es accesorio (que tampoco lo es) y por tanto la situación creada por la publicación de los folletos por la revista demandada no podría haber dentro de los supuestos de excepción del artículo 8.2 Ley Protección del Derecho al Honor, sino en un estadio anterior, ya que si la imagen transmite algo más que información que justifique el interés público de la noticia, puede entenderse que se está realizando una crítica al sistema de reclutamiento militar que conduce al despido, lo que puede resultar desmerecedor para la actora, ya que la finalidad de "honrar a las fuerzas armadas" que guió la cesión de su imagen, se ve perjudicada por la modifi-

cación del folleto cuyo objetivo es desprestigiar precisamente a la institución, transmitiendo no los valores de reclutamiento sino un reclutamiento "precario" al relacionarse con situaciones de despido. Por tanto, relacionar a la demandante con una propaganda de reclutamiento militar que está abocada al "INEM", debe ser considerado como una utilización de la imagen de la actora desmerecedora de la institución a la que trata de representar.

3º Respecto de la alegada accesoriedad, a la que ya se ha hecho referencia, debe entenderse que la publicación del folleto modificado en la revista demandada no es accesorio, porque va más allá de la información facilitada y del interés público de la noticia, consistente en el despido de veteranos militares al introducir otro tipo de connotaciones subjetivas.

4º Por último, en la medida en que la imagen transmitida es deshonrosa para la actora, se ha producido también una vulneración del derecho al honor al transmitir una imagen de la ahora recurrente que poco tiene que ver con lo que se pretendía al cederla, sin que pueda prevalecer el interés público de la información al exceder ésta de la información propiamente dicha. Porque desde el derecho al honor, debe entenderse que a través de la imagen, se transmiten unos valores en relación a la persona de la recurrente que son ofensivos para ésta en el contexto en que se producen.

De acuerdo con los anteriores razonamientos, debe señalarse que se ha producido una vulneración del honor profesional de la actora a través de la utilización ilegítima y deshonrosa de su imagen.

CUARTO.- La estimación de los motivos del recurso de casación presentado por la representación procesal de Dª Ana contra la sentencia de la AP de Albacete, sección segunda, de 25 de septiembre de 2007 determina la de su recurso y la anulación de la sentencia recurrida.

En consecuencia, esta Sala debe asumir la instancia y dictar sentencia, reponiendo la sentencia dictada por el Juzgado único de Primera Instancia e Instrucción de La Roda, de 14 de diciembre de 2006 que estimó en parte la demanda.

En virtud de lo establecido en el art. 398 LEC, no se imponen las costas del recurso de casación.

Se imponen a la parte apelante las costas del recurso de apelación.

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

#### FALLO

1º Se estima el recurso de casación formulado por la representación pro-

cesal de D<sup>a</sup> Ana, contra la sentencia de la sección 2 de la Audiencia Provincial de Albacete, de 25 de septiembre de 2007, dictada en el rollo de apelación núm. 108/2007.

2º Se casa y anula la sentencia recurrida.

3º En su lugar, se repone la sentencia dictada por el Juzgado único de 1ª Instancia e Instrucción de La Roda, de 14 de diciembre de 2006, dictada procedimiento ordinario núm. 323/2005, en cuyo Fallo dice: "Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la representación de D<sup>a</sup> Ana contra Grupo Zeta, S.A., en la persona de su legal representante, Ediciones Zeta, S.A., en la persona de su legal representante, y contra la Cargo000 de la Revista Interviu, D<sup>a</sup> Teresa, debo declarar y declaro:

1º) Que la actora, D<sup>a</sup> Ana, no presntó su consentimiento para incluir su imagen en la revista Interviu, sin que consintiera la manipulación sobre sus insignias o cargos llevadas a cabo sobre el panfleto publicado, ni sobre el contenido del recorte fotográfico manipulado.

2º) Que se ha causado un daño moral contra su honor profesional y su propia imagen. Que como consecuencia de lo anterior debo condenar y condeno a las demandadas a que abonen solidariamente a la actora la suma de dieciocho mil trescientos noventa y seis euros con sesenta céntimos de euros -18.396,60 euros- en concepto de indemnización para reparación del daño causado; y todo ello, sin hacer especial pronunciamiento de las costas causadas en esta instancia".

4º No se imponen las costas del recurso de casación a ninguna de las partes.

5º Se imponen a la parte apelante Grupo Zeta, S.A., Ediciones Zeta, S.A. y a D<sup>a</sup> Teresa, las costas del recurso de apelación.

Líbrese 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. Román García Varela.- Francisco Marín Castán.- José Antonio Seijas Quintana.- Encarnación Roca Trías.- Rafael Gimeno-Bayón Cobos.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Excm. Sra. D<sup>a</sup> Encarnación Roca Trías Encarnación Roca Trías, 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.



2010/5742

TS Sala 2ª, Sentencia 4 febrero 2010. Ponente: D. Diego Antonio Ramos Gancedo

Principio de intervención mínima

## Absolución del delito continuado de prevaricación

*Se estima el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó como autor de un delito continuado de prevaricación. El TS dicta segunda sentencia por la que absuelve al recurrente del expresado delito, por cuanto no es suficiente la mera ilegalidad, la mera contradicción con el derecho, pues ello supondría anular en la práctica la intervención de control de los tribunales del orden contencioso-administrativo, ampliando desmesuradamente el ámbito de actuación del derecho penal, que perdería su carácter de última "ratio". El principio de intervención mínima implica que la sanción penal sólo deberá utilizarse para resolver conflictos cuando sea imprescindible.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Audiencia Provincial de Zaragoza condenó al acusado como autor criminalmente responsable de un delito continuado de prevaricación del art. 404 en relación con el art. 74 C.P.

Esta calificación jurídica trae causa de las resoluciones adoptadas por el acusado en su condición de Cargo004 de la localidad de la localidad A. por las que disponía la incoación de expediente disciplinario al Cargo000 de ese Ayuntamiento y, simultáneamente, se acordaba la medida cautelar de suspensión de funciones por determinado tiempo, que se reseñan en la extensa declaración de Hechos Probados, incumpliendo las instrucciones impartidas por organismos administrativos superiores como la Delegación del Gobierno y la Subdirección General de Función Pública Local del Ministerio de Administraciones Públicas y determinados Autos dictados por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo que se detallan en el relato histórico de la sentencia.

El recurrente, por su parte, alega la indebida aplicación del art. 404 C.P. por considerar que ni las resoluciones fueron arbitrarias o injustas ni el acusado obró en ningún momento con conciencia de la injusticia o ilegalidad de sus decisiones.

SEGUNDO.- En la fundamentación jurídica de la sentencia, donde el Tribunal consigna los argumentos y razonamientos jurídicos que justifican la calificación jurídica de los hechos, se pone de manifiesto que la jurisdicción contencioso-administrativa tiene por misión corregir la ile-

galidad que pudiera cometer la Administración, mientras que el sistema penal, a través del delito de prevaricación administrativa, trata de sancionar la arbitrariedad de la autoridad o funcionario público, lo que es un plus diferente de la mera legalidad.

Por tanto -añade- corresponde, a la jurisdicción penal verificar la "injusticia" de la resolución, pudiendo entenderse referido dicho requisito a la falta absoluta de competencia jurídica de decisión del sujeto activo, a la carencia de los elementos formales indispensables o a su propio contenido sustancial, entendiéndose cumplido este supuesto cuando existe una contradicción patente, notoria e inquestionable con el ordenamiento jurídico o la resolución que se dicte en un procedimiento administrativo lo sea sin cumplir lo que legalmente está preceptuado con carácter esencial, de manera que se adjetiva en el Código Penal de 1995 con su arbitrariedad, en correspondencia con la Constitución Española, que en el art. 9.3 garantiza la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

A partir de este enunciado, la sentencia, como conclusión a una amplia argumentación, establece que con independencia de quién tenga realmente la competencia para incoar expediente disciplinario y establecer la medida de separación del servicio de los funcionarios con habilitación nacional, lo cierto es que en relación con el tema de la competencia, "ningún reproche cabe hacer al acusado, el cual ya ha quedado acreditado que recibió asesoramiento al respecto, habiendo recibido la confirmación de que era competente para llevar a cabo las actuaciones enjuiciadas del

mismo Ministerio de Administraciones Públicas y en consecuencia, falta en este punto, ese plus de arbitrariedad que requiere la jurisprudencia a la hora de dictar la resolución".

En un segundo apartado del análisis que conduce al Tribunal a quo a la aplicación del art. 404 C.P., la sentencia fundamenta la subsunción en este tipo delictivo en que "las resoluciones dictadas por el Cargo004 de la localidad A. adolecen de múltiples irregularidades" que contravienen el Ordenamiento jurídico en esta clase de procedimiento administrativo sancionador.

Como tales irregularidades señala que la Subdirección General de Función Pública Local remitió en 10 de junio de 2005 escrito al acusado en el que pone de manifiesto que la incoación del expediente disciplinario no se ha notificado al interesado, Pascual, contraviniendo lo dispuesto en el art. 58 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Sin embargo, lo cierto es que el acusado, según el apartado séptimo del "factum", dictó en 29 de junio de 2005 nuevo Decreto en el que se dejaba sin efecto la providencia de 24 de mayo anterior en la que se disponía la medida cautelar de suspensión de funciones -que es el elemento esencial y nuclear que informa todo el procedimiento que estamos examinando-, y, por otra parte, esta decisión cautelar ya había sido notificada al interesado junto con el decreto de la alcaldía de 9 de junio por el que se acordaba la incoación de expediente disciplinario (hecho probado Quinto). Y la providencia de 24 de mayo, con el mismo contenido de "separación provisional del servicio", fue notificada al afectado por la misma "esa misma mañana, sobre las 12,30 horas", según señala el hecho probado Tercero.

Cabe expresar que, en todo caso, y al margen de la realidad de las notificaciones que han quedado constatadas, lo relevante es que si esa irregularidad procedimental se hubiera producido efectivamente, tal omisión únicamente tendría ubicación en el tipo penal, de haberse ejecutado con conciencia y voluntad de impedir al afectado la utilización de las apelaciones y recursos contra la decisión adoptada tanto en vía administrativa como jurisdiccional, lo cual es patente que no ha sucedido.

TERCERO.- Considera también la sentencia que las resoluciones dictadas por el acusado se integran en el delito de prevaricación porque, "igualmente, la sentencia de 30 de mayo de 2006 (dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Zaragoza) señala en el F. J. Sexto que las resoluciones dictadas por la Alcaldía de la localidad A. aparecen desprovistas de toda motivación, vulnerando palmariamente el art. 54.1.a) de la Ley 30/1992, lo que supone causa de anulación....".

Es incuestionable que una resolución administrativa que lesiona intereses importantes de la persona, debe estar suficientemente motivada, exteriorizando las concretas razones objetivas por las que se adopta y las disposiciones legales que la justifican.

Como es también indudable que la ausencia de tan relevante exigencia convierte en nula la resolución que se adopte con esa deficiencia, que es justamente lo que dispuso la sentencia del Juzgado contencioso antes mencionada. La falta de la necesaria y exigible motivación de las resoluciones del Cargo004 acusado que apreció la autoridad judicial, permiten calificar aquéllas de irregulares o ilegales, pero no necesariamente en delictivas.

CUARTO.- Como establecía la STS núm. 363/2006, de 28 de marzo, recordando entre otras la de 4 de diciembre de 2003, el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación. Garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas, respetando coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal (Sentencias de 21 de diciembre de 1999 y 12 de diciembre de 2001, entre otras).

Es por eso, como en esa misma sentencia se afirma, que no se trata de sustituir a la Jurisdicción Administrativa, en su labor de control de la legalidad de la actuación de la Administración Pública, por la Jurisdicción Penal a través del delito de prevaricación, sino de sancionar supuestos límite, en los que la actuación administrativa no sólo es ilegal, sino además injusta y arbitraria.

La acción consiste en dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo.

Ello implica, sin duda, su contradicción con el derecho, que puede manifestarse, según reiterada jurisprudencia, bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas esenciales de procedimiento, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder (STS núm. 727/2000, de 23 de octubre), o en palabras de otras sentencias, puede venir determinada por diversas causas y entre ellas se citan: la total ausencia de fundamento; si se han dictado por órganos incompetentes; si se omiten trámites esenciales del procedimiento; si de forma patente y clamorosa desbordan la legalidad; si existe patente y abierta contradicción con el ordenamiento jurídico y desprecio de los intereses generales (STS núm. 2340/2001, de

10 de diciembre y STS núm. 76/2002, de 25 de enero).

Pero no es suficiente la mera ilegalidad, la mera contradicción con el Derecho, pues ello supondría anular en la práctica la intervención de control de los Tribunales del orden Contencioso-Administrativo, ampliando desmesuradamente el ámbito de actuación del Derecho Penal, que perdería su carácter de última "ratio".

El principio de intervención mínima implica que la sanción penal sólo deberá utilizarse para resolver conflictos cuando sea imprescindible. Uno de los supuestos de máxima expresión aparece cuando se trata de conductas, como las realizadas en el ámbito administrativo, para las que el ordenamiento ya tiene prevista una adecuada reacción orientada a mantener la legalidad y el respeto a los derechos de los ciudadanos.

**"El Derecho Penal solamente se ocupará de la sanción a los ataques más graves a la legalidad, constituidos por aquellas conductas que superan la mera contradicción con el Derecho para suponer un ataque consciente y grave a los intereses que precisamente las normas infringidas pretenden proteger."**

El Derecho Penal solamente se ocupará de la sanción a los ataques más graves a la legalidad, constituidos por aquellas conductas que superan la mera contradicción con el Derecho para suponer un ataque consciente y grave a los intereses que precisamente las normas infringidas pretenden proteger.

De manera que es preciso distinguir entre las ilegalidades administrativas, aunque sean tan graves como para provocar la nulidad de pleno derecho, y las que, trascendiendo el ámbito administrativo, suponen la comisión de un delito. A pesar de que se trata de supuestos de graves infracciones del derecho aplicable, no puede identificarse simplemente nulidad de pleno derecho y prevaricación.

En este sentido, conviene tener presente que en el artículo 62 de la

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se contienen como actos nulos de pleno derecho, entre otros, los que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional; los dictados por órgano manifiestamente incompetente; los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento y los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta, lo que revela que, para el legislador, y así queda plasmado en la Ley, es posible un acto administrativo nulo de pleno derecho por ser dictado por órgano manifiestamente incompetente o prescindiendo totalmente del procedimiento, sin que sea constitutivo de delito (STS núm. 766/1999, de 18 de mayo).

No basta, pues, con la contradicción con el derecho. Para que una acción sea calificada como delictiva será preciso algo más, que permita diferenciar las meras ilegalidades administrativas y las conductas constitutivas de infracción penal. Este plus viene concretado legalmente en la exigencia de que se trate de una resolución injusta y arbitraria, términos que deben entenderse aquí como de sentido equivalente.

Respecto de esta distinción, la jurisprudencia anterior al Código Penal vigente, y también algunas sentencias posteriores, siguiendo las tesis objetivas, venía poniendo el acento en la patente y fácil cognoscibilidad de la contradicción del acto administrativo con el derecho. Se hablaba así de una contradicción patente y grosera (STS de 1 de abril de 1996), o de resoluciones que desbordan la legalidad de un modo evidente, flagrante y clamoroso (SSTS de 16 de mayo de 1992 y de 20 de abril de 1994) o de una desviación o torcimiento del derecho de tal manera grosera, clara y evidente que sea de apreciar el plus de antijuridicidad que requiere el tipo penal (STS núm. 1095/1993, de 10 de mayo).

Otras sentencias de esta Sala, sin embargo, sin abandonar las tesis objetivas, e interpretando la sucesiva referencia que se hace en el artículo 404 a la resolución como arbitraria y dictada a sabiendas de su injusticia, vienen a resaltar como elemento decisivo de la actuación prevaricadora el ejercicio arbitrario del poder, proscrito por el artículo 9.3 de la Constitución, en la medida en que el ordenamiento lo ha puesto en manos de la autoridad o funcionario público.

Y así se dice que se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dictan una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. Cuando se

actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa (SSTS de 23-5-1998; 4-12-1998; STS núm. 766/1999, de 18 mayo y STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre), lo que también ocurre cuando la arbitrariedad consiste en la mera producción de la resolución -por no tener su autor competencia legal para dictarla- o en la inobservancia del procedimiento esencial a que debe ajustarse su génesis (STS núm. 727/2000, de 23 de octubre).

Puede decirse, como se hace en otras sentencias, que tal condición aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley (STS núm. 1497/2002, de 23 septiembre), o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor (STS núm. 878/2002, de 17 de mayo) o cuando la resolución adoptada -desde el punto de vista objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la Ley basada en cánones interpretativos admitidos (STS núm. 76/2002, de 25 de enero).

Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el derecho, orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable.

Además, es necesario que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución. Los términos injusticia y arbitrariedad, como antes dijimos, deben entenderse aquí utilizados con sentido equivalente, pues si se exige como elemento subjetivo del tipo que el autor actúe a sabiendas de la injusticia, su conocimiento debe abarcar, al menos, el carácter arbitrario de la resolución. De conformidad con lo expresado en la citada STS núm. 766/1999, de 18 mayo, como el elemento subjetivo viene legalmente expresado con la locución "a sabiendas", se puede decir, en resumen, que se comete el delito de prevaricación previsto en el artículo 404 del Código Penal vigente cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración.

Será necesario, en definitiva, en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar que sea contraria al Derecho, es decir, ilegal; en tercer lugar, que esa contradicción con el derecho o ilegala-

lidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; en cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto, y en quinto lugar, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho.

Conviene resaltar que la omisión del procedimiento legalmente establecido, ha sido considerada como una de las razones que pueden dar lugar a la calificación delictiva de los hechos, porque las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen normalmente la función de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el derecho (STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre). Así se ha dicho que el procedimiento administrativo tiene la doble finalidad de servir de garantía de los derechos individuales y de garantía de orden de la Administración, y de justicia y acierto en sus resoluciones.

Por un lado tiene una finalidad general orientada a someter la actuación administrativa a determinadas formas que permitan su comprobación y control formal, y por otro, otra de mayor trascendencia, dirigida a establecer determinados controles sobre el fondo de la actuación de que se trate. Ambas deben ser observadas en la actividad administrativa, pudiendo dar lugar en caso contrario a la nulidad o a la anulabilidad (artículos 53.1, 62 y 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre).

Sin embargo no se puede identificar de un modo automático la omisión del procedimiento con la calificación de los hechos como delito de prevaricación. En este sentido, de un lado, es posible una nulidad de pleno derecho sin que la resolución sea constitutiva de delito. De otro, el artículo 63.2 de la citada Ley 30/1992, en el ámbito administrativo, dispone que el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados.

En general, pues, la mera omisión de los requisitos puramente formales no supondrá por sí misma la arbitrariedad e injusticia de la resolución. En este sentido, las STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre y la STS núm. 76/2002, de 25 de enero, antes citadas, no se refieren a la omisión de cualquier trámite sino de los esenciales del procedimiento.

Otra cosa ocurrirá cuando omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de

los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto, pues en esos casos, la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen precisamente para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la Ley establece para la actuación administrativa concreta en la que adopta su resolución. Son, en este sentido, trámites esenciales (STS núm. 331/2003, de 5 de marzo).

Insistía en estos criterios doctrinales la STS núm. 755/2007 de 25 de septiembre al señalar que no es suficiente la mera ilegalidad, pues ya las normas administrativas prevén supuestos de nulidad controlables por la jurisdicción contencioso-administrativa sin que sea necesaria en todo caso la aplicación del Derecho Penal, que quedará así restringida a los casos más graves. No son, por tanto, identificables de forma absoluta los conceptos de nulidad de pleno derecho y prevaricación.

La jurisprudencia se ha ocupado de la cuestión en numerosos precedentes, estableciendo la diferencia entre la ilegalidad administrativa y la prevaricación.

Así, la jurisprudencia anterior al Código Penal vigente, y también algunas sentencias posteriores, siguiendo las tesis objetivas, venía poniendo el acento en la patente y fácil cognoscibilidad de la contradicción del acto administrativo con el derecho. Se hablaba así de una contradicción patente y grosera (STS de 1 de abril de 1996), o de resoluciones que desbordan la legalidad de un modo evidente, flagrante y clamoroso (SSTS de 16 de mayo de 1992 y de 20 de abril de 1995) o de una desviación o torcimiento del derecho de tal manera grosera, clara y evidente que sea de apreciar el plus de antijuridicidad que requiere el tipo penal (STS núm. 1095/1993, de 10 de mayo).

Otras sentencias de esta Sala, sin embargo, sin abandonar las tesis objetivas, e interpretando la sucesiva referencia que se hace en el artículo 404 a la resolución como arbitraria y dictada a sabiendas de su injusticia, vienen a resaltar como elemento decisivo de la actuación prevaricadora el ejercicio arbitrario del poder, proscrito por el artículo 9.3 de la Constitución, en la medida en que el ordenamiento lo ha puesto en manos de la autoridad o funcionario público.

Y así se dice que se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dictan una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad.

Cuando se actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa (SSTS de 23-5-1998; 4-12-1998; STS núm. 766/1999, de 18 mayo y STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre), lo que también ocurre cuando la arbitrariedad consiste en la mera producción de la resolución -por no tener su autor competencia legal para dictarla- o en la inobservancia del procedimiento esencial a que debe ajustarse su génesis (STS núm. 727/2000, de 23 de octubre). En el mismo sentido, la STS núm. 226/2006, de 19 de febrero.

Puede decirse, como se hace en otras sentencias, que tal condición aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley

*"Para que una acción sea calificada como delictiva será preciso algo más, que permita diferenciar las meras ilegalidades administrativas y las conductas constitutivas de infracción penal. Este plus viene concretado legalmente en la exigencia de que se trate de una resolución injusta y arbitraria,..."*

(STS núm. 1497/2002, de 23 septiembre), o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor (STS núm. 878/2002, de 17 de mayo) o cuando la resolución adoptada -desde el punto de vista objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la Ley basada en cánones interpretativos admitidos (STS núm. 76/2002, de 25 de enero).

Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el derecho, orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable.

Este mismo criterio ha sido seguido posteriormente en otras sentencias, tal como la STS núm. 627/2006, de 8 de junio, en la que se

dice que "La jurisprudencia de la Sala II, por todas STS de 2 de abril de 2003 y de 24 de septiembre de 2002, exige para rellenar el contenido de la arbitrariedad que la resolución no sólo sea jurídicamente incorrecta, sino que además no sea sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley. Frecuentemente una situación como ésta ha sido calificada mediante distintos adjetivos ("palmaria", "patente", "evidente" "esperpéntica", etc.), pero, en todo caso, lo decisivo es el aspecto sustantivo, es decir, los supuestos de hecho en los que esos adjetivos han sido utilizados.

En particular la lesión del bien jurídico protegido por el art. 404 CP (1995) se ha estimado cuando el funcionario adopta una resolución que contradice un claro texto legal sin ningún fundamento, para la que carece totalmente de competencia, omite totalmente las formalidades procesales administrativas, actúa con desviación de poder, omite dictar una resolución debida en perjuicio de una parte del asunto administrativo (ver STS 647/2002, con mayores indicaciones jurisprudenciales)".

Además, es necesario que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución.

QUINTO.- En el caso, la sentencia del Juzgado de lo Contencioso dice que las resoluciones dictadas por el Cargo004 aparecen desprovistas de toda motivación, por cuya razón se anularon las mismas. Pero la ausencia de motivación en la resolución administrativa no significa necesariamente que éstas se hubieran adoptado sin ningún motivo o razón objetiva y real que justificase la decisión de incoar expediente disciplinario y la medida cautelar.

Es muy importante subrayar que la sentencia de lo contencioso y también la sentencia que constituye el objeto de este recurso de casación, se abstienen absolutamente de afirmar la inexistencia de esas razones.

Y en este orden de cosas, resulta significativo y elocuente que ya el Juzgado de lo Contencioso dictara Autos de 16 de septiembre y 26 de octubre de 2005 por los que se levantaba la suspensión provisional de funciones decretada en las resoluciones recurridas "disponiendo el último de los Autos citados su sustitución por la medida de prohibición de acceso a los expedientes objeto de denuncia..." (Hecho Probado decimoprimer), lo que la lógica más elemental induce a considerar seriamente que el secretario del Ayuntamiento hubiera podido tener una intervención sospechosa en tales expedientes que justificara las resoluciones del Cargo004.

Pero tampoco es desdeñable en esta cuestión el contenido del epígrafe Decimosexto de los Hechos Pro-

bados que describe que “El 30 de mayo de 2006, por el órgano instructor designado por Cargo003 del Ayuntamiento de la localidad A., se formula propuesta de sanción respecto de Pascual, por ocho faltas muy graves, dos graves y una leve, interesando la separación del servicio y el traslado con cambio de residencia.

Por Orden de 14 de julio de 2006 de la Secretaría de Estado de Cooperación Territorial, por delegación del Ministro de Administraciones Públicas, se resolvió el expediente disciplinario incoado a Pascual el uno de agosto de 2005, encontrando desproporcionadas las sanciones propuestas por el Ayuntamiento y acordando no haber lugar a la imposición de las sanciones de destitución del cargo o separación del servicio al Cargo000 del Ayuntamiento de la localidad A. (Zaragoza). Idéntica resolución dictó el citado órgano, a 23 de enero de 2007, respecto del expediente de fecha 6 de febrero de 2005”.

“Desproporcionadas las sanciones propuestas” no significa otra cosa que falta de correspondencia o de equilibrio entre la gravedad de las faltas o infracciones cometidas y la gravedad de la sanción de las mismas, pero en todo caso, no excluyen de las infracciones a sancionar.

SEXTO.- Aprecia el Tribunal de instancia una conducta dolosa en el acusado por persistir en dictar resoluciones en las que se disponía la incoación de expediente disciplinario y se adoptaban la medida cautelar de suspensión provisional de funciones, haciendo oídos sordos a los requerimientos que en sentido contrario le hacían, por un lado, la Delegación del Gobierno y el Ministerio de Administraciones Públicas y, de otro, los Autos dictados por el Juzgado de lo Contencioso.

Sin embargo, una lectura atenta del extenso apartado de Hechos Probados, no se compadece con una actuación arbitraria del acusado que, plenamente consciente de la injusticia de sus resoluciones, impone por las vías de hecho su voluntad clamorosamente contraria al Ordenamiento Jurídico, sustituyendo la Ley por su personal capricho huérfano de todo apoyo justificativo.

En efecto, el epígrafe Sexto del “factum” declara probado que

“La Subdirección General de Función Pública Local, tras recibir escrito procedente de la Delegación del Gobierno en Aragón, en la que se le comunicaba que las actuaciones de la Alcaldía-Presidencia de la localidad A., adolecen, a su juicio, de incorrecciones, remitió a dicha delegación y al propio acusado, en fecha 10 de junio de 2005, escrito en el que, sin discutir la potestad de la Alcaldía para incoar un expediente disciplinario al Cargo000 del Ayuntamiento le comunica sus ob-

jeciones en relación con el Decreto de Alcaldía de 24 de mayo de 2005, poniendo de manifiesto una serie de irregularidades del mismo y en el cual se dice que la incoación del expediente disciplinario no se ha notificado al interesado, Pascual, contraviniendo lo dispuesto en el art. 58 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, advirtiéndole que si lo que la Alcaldía pretende es abrir un expediente disciplinario al Cargo000 del Ayuntamiento ateniéndose a la estricta legalidad, deberá dictar un nuevo decreto en el que se dejen sin efecto la providencia y el decreto de 24 de mayo de 2005, consignando la fecha real en que se dicta y declarando que la suspensión provisional de funciones del afectado comenzará a surtir efectos a partir de esta última fecha”.

Es claro que con dicho escrito se legitimaba al Cargo004 a abrir expediente disciplinario al Cargo000 y la suspensión provisional de funciones del afectado, previa resolución dejando sin efecto las precedentes, y notificando la nueva disposición al afectado, que fue lo que hizo el acusado.

En cuanto a los Autos judiciales, ciertamente el de fecha 16 de septiembre de 2005 acordó levantar la suspensión provisional de funciones decretada por el Cargo004 acusado, pero esta resolución judicial se dejó sin efecto por el siguiente Auto de 26 de octubre, sustituyendo la sustitución de la medida por la prohibición de acceso a los expedientes objeto de la denuncia y del apartamiento de aquellos asuntos sobre los que pueda haber una sospecha fundada de irregularidades (Hecho Probado Decimoprimer). ya mencionado con anterioridad).

Pero es que, en este mismo Hecho Probado se deja constancia de que es el propio Juzgado de lo Contencioso el que en Auto de 22 de diciembre de 2005 acuerda “... no procediendo la reincorporación (del Cargo000) en tanto subsista la medida cautelar, que no podrá ir más allá del 1 de febrero de 2006”, que es una manera de confirmar la separación provisional de funciones acordada o, cuanto menos, que así pudo ser interpretada por el acusado.

SÉPTIMO.- Las consideraciones que hasta aquí han quedado consignadas conducen a esta Sala a apreciar graves deficiencias en los argumentos del Tribunal a quo que fundamentan la subsunción de los hechos en el tipo delictivo de prevaricación.

Por el contrario, no aparece con el nivel de certeza que requiere un pronunciamiento condenatorio, ni la realidad de una actuación arbitraria, injusta, absolutamente contraventora del orden jurídico adoptada sin ningún tipo de fundamento y, además, con consciencia plena

de que se está cometiendo una grave injusticia por el solo capricho del autor.

Porque la simple discordancia de la resolución con la normativa reguladora de la cuestión administrativa que resuelve, tanto en el ámbito competencial, como en el de procedimiento o en el de fondo, no transforma automáticamente en delictiva la actuación del funcionario o Autoridad que la dicte, lo que vaciaría de contenido la jurisdicción contencioso administrativa, sino que ese elemento normativo del tipo únicamente concurre cuando la contradicción sea patente e incuestionable, apartándose de la legalmente procedente de una manera ostensible, incidiendo significativamente en los administrados o en la comunidad con perjuicio potencial o efectivo sobre los intereses del ciudadano o de la causa pública, que exigiría que cuando se dicte “a sabiendas”, provoque los efectos sancionadores del Derecho Penal, la consciente aplicación torcida del derecho, y si existiera alguna duda razonable de que la resolución fuera manifiestamente injusta, desaparecería el aspecto penal de la infracción -Sentencia 28 octubre 1993-.

Junto al requisito objetivo, la infracción penal ha de llevar consigo un segundo requisito subjetivo, o intención deliberada en el agente, con plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado, lo que el texto penal asume con la gráfica expresión gramatical “a sabiendas”, elemento de la culpabilidad en el que reside la primera diferencia cualitativa entre la ilegalidad administrativa y la tipicidad penal, sin que la intención dolosa quepa deducirla de consideraciones más o menos fundadas al ser necesaria una prueba evidente del comportamiento anímico.

En consecuencia, procede la estimación del motivo y, por tanto, la casación y anulación de la sentencia impugnada sin necesidad de examinar el resto de los motivos, dictándose otra por esta Sala en la que se absuelva al acusado del delito imputado.

#### FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, con estimación de su motivo segundo y sin entrar en el examen de los restantes, interpuesto por la representación del acusado Pedro; y, en su virtud, casamos y anulamos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Primera, de fecha 29 de octubre de 2008, en causa seguida contra el mismo por delito de prevaricación.

Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas en su recurso. Y, comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte, a la

mencionada Audiencia, a los efectos legales oportunos con devolución de la causa que en su día remitió.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Carlos Granados Pérez.- Andrés Martínez Arrieta.- José Ramón Soriano Soriano.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.- Diego Ramos Gancedo.

#### SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de febrero de dos mil diez.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Calatayud, con el núm. 52 de 2007, y seguida ante la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Primera, por delito de prevaricación contra el acusado Pedro, mayor de edad, hijo de Pedro y de Carmen, nacido el día 29 de diciembre de 1956, natural de Calatayud y vecino de la localidad A., sin antecedentes penales y en libertad por esta causa, y en la que se dictó sentencia por la mencionada Audiencia, con fecha 29 de octubre de 2008, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Diego Ramos Gancedo, hace constar lo siguiente:

#### ANTECEDENTES

ÚNICO.- Procede dar por reproducidos e incorporados al presente, los hechos probados de la sentencia de instancia.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Los que figuran en la primera sentencia de esta Sala.

#### PARTE DISPOSITIVA

Fallamos: Que debemos absolver y absolvemos con todos los pronunciamientos favorables al acusado Pedro del delito continuado de prevaricación de los arts. 404 y 74 C.P. que le venía siendo imputado.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Carlos Granados Pérez.- Andrés Martínez Arrieta.- José Ramón Soriano Soriano.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.- Diego Ramos Gancedo.

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



2010/84374

TS Sala 4ª, Sentencia 31 marzo 2010. Ponente: D. Mariano Sampetro Corral

## Posible modificación de Convenio en ultractividad por acuerdo entre las partes

*Desestima el TS el recurso de casación formulado por el sindicato de controladores aéreos demandante contra sentencia que rechazó la acción sobre impugnación de convenio colectivo.*

*Declara la Sala, entre otros pronunciamientos, que el convenio colectivo no impide a las partes negociadoras que, de común acuerdo, puedan alterar el término de vigencia pactado como ocurre con cualquier acuerdo o norma, ni concluir un acuerdo sobre algún aspecto concreto, conforme a un principio de modernidad en el que se funda la adecuación de la sucesión de las normas en los sistemas contemporáneos de fuentes de derecho.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Según hechos probados de la sentencia recurrida, el ente público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA) y la Unión Sindical de Controladores Aéreos (USCA) suscribieron, en fecha 18 de diciembre de 1998 el I Convenio Colectivo, cuyo objeto era regular las relaciones laborales y el ejercicio de la profesión de los controladores de la circulación aérea que prestan servicios en AENA, (se publicó el convenio en el BOE de 18 de marzo de 1999). Dicho Convenio finalizaba el 31 de diciembre de 2004, habiendo sido denunciado, en fecha 28 de octubre de tal año, por el sindicato USCA ante la Dirección General de Trabajo.

El día 20 de enero de 2005 se constituyó la comisión Negociadora del II Convenio Colectivo Profesional entre AENA y el colectivo de controladores de circulación aérea, quienes acordaron, en su sesión constitutiva que será de aplicación lo establecido en el punto 4.4 del Acuerdo segundo del I Convenio Colectivo, sin perjuicio de que ambas partes pudieran alcanzar acuerdos sobre modificaciones puntuales del aludido I Convenio, durante el proceso negociador, los que habrían de determinar la vigencia y eficacia de los mismos.

La repetida Comisión Negociadora aprobó el Acta núm. 4/2008 de 25 de marzo, que modificaba parcialmente el punto 2 del art. 100 del I Convenio; el Acta núm. 5/2008, que contenía el documento sobre la organización del trabajo en núcleos y el Acta

6/2008 sobre modificaciones parciales del Texto del I Convenio, del Anexo I del mismo y del "documento sobre habilitaciones locales". Así mismo, en fecha 26 de marzo de 2008, se acordó por la Comisión Permanente, entre otros puntos, modificar el Anexo II del I Convenio, titulado "Dotaciones a las Dependencias LECM y LECB". En todos estos casos no se celebró la Asamblea Nacional prevista en los Estatutos del Sindicato USCA cuya finalidad es el tratamiento de temas de ámbito nacional.

La pretensión colectiva, seguida por el trámite de impugnación de convenios colectivos ha pretendido la nulidad de las citadas actas y documentos, en los términos que se expresan en la demanda y dicha pretensión ha sido desestimada por la sentencia, hoy recurrida, dictada por la Audiencia Nacional en fecha 29 de abril de 2009. Argumenta al efecto esta sentencia, en síntesis, lo siguiente:

1) Que la Comisión Negociadora está legitimada para elaborar y aprobar las actas que se impugnan, y que también la Comisión Permanente del I Convenio actuó dentro de sus límites cuando aprobó el Acta 4/2008. 2) Que tampoco son contrarios al Derecho ni perjudican los intereses de los controladores de los Centros de Control de Madrid y Barcelona los apartados que cita del Acta núm. 5/2008 de 25 de marzo de la Comisión Negociadora que aprueba el Documento sobre la Organización de Trabajo en Núcleos (DOTN) y su implantación en las dependencias LECM y LECB. En forma general, sostiene la

sentencia que la Comisión Negociadora estaba legitimada para aprobar tales acuerdos por lo dispuesto en el punto 2 del Acuerdo Séptimo del I Convenio Colectivo de AENA y el Colectivo de Controladores a la Circulación Aérea; y que, de otra parte, la parte actora no ha acreditado que ninguna de tales normas pactadas sea contraria a Derecho, ni perjudique los intereses de los controladores de los Centros de Control de Madrid y Barcelona.

Frente a esta sentencia de instancia se ha interpuesto por el Sindicato Profesional Independiente de Controladores Aéreos (SPICA) el presente recurso de casación que articula en dieciséis motivos que, seguidamente, se pasan a examinar.

SEGUNDO.- El motivo primero del actual recurso pretende, con amparo en el art. 205.d) de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), sobre error en la apreciación de la prueba basada en documentos que obran en autos, que se de una nueva redacción al hecho probado sexto en el sentido de eliminar del mismo la frase: "cuya finalidad es el tratamiento de temas de ámbito nacional" y de incluir el texto de los artículos 13 y 14 de los Estatutos del Sindicato USCA a fin de acreditar que la Asamblea Nacional tiene como función primordial "manifestarse en todos aquellos asuntos que afecten a la totalidad del colectivo" según lo dispuesto en la letra b) del citado artículo 14.

Este motivo debe ser rechazado, porque es doctrina de esta Sala del Tribunal Supremo (por todas STS de 28 de mayo de 2009; Rec. 127/2008), que "para que la denuncia del error pueda ser apreciada es precisa la concurrencia de los siguientes requisitos: a) Que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico; b) que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental obrante en autos sin necesidad de argumentaciones o conjeturas; c) que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos y d) que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia.

Y, en el caso presente, el motivo carece de significado y trascendencia la redacción propuesta, ya que según figura en autos (Fundamento de Derecho 4º), la petición principal del sindicato accionante consiste en declarar que son contrarias a derecho y perjudican los intereses de los Controladores de los centros de Madrid y Barcelona, los acuerdos contenidos en las actas de la comisión negociadora recogidos en el hecho probado 5º, así como en el Acta de la Comisión Permanente del I Convenio. En esta misma dirección, consta en el hecho probado primero de la demanda que "el conflicto colectivo afecta

a los trabajadores de AENA con categoría de Controlador de la Circulación Aérea (CCA), que prestan sus servicios en los Centros de Control de Tránsito Aéreo de Madrid y Barcelona, aproximadamente 550 trabajadores". Por lo tanto la alegación realizada en esta fase procesal de interposición del recurso, es inadmisible por extemporánea y constituye, además, una alegación nueva, que ha de ser desechada.

TERCERO.- El segundo motivo, que se actúa, también, con cobijo en el repetido artículo 205.d) LPL, pretende la inclusión de un nuevo hecho probado Séptimo, a fin de que conste determinados apartados del Acta núm. 9/2008, de 26 de agosto, tratándose con ello de evidenciar, según el discurso del recurrente, el error del juzgador al afirmar (Fundamento Jurídico 4º), que no existe discriminación alguna en el art. 10.9 sobre Organización de Trabajo en Núcleos, aprobado por el Acta núm. 5/2008, de 25 de marzo.

El motivo debe ser desestimado al no concurrir uno de los elementos esenciales, para la revisión de hechos probados, cual es que el error resulte evidente. Los diferentes apartados del Acta núm. 9/2008, no evidencian por si mismos ningún error en la valoración de la prueba del juzgador. De otra parte dicho Acta 9/2008 no ha sido invocada en la demanda que inició el presente procedimiento, y, por lo tanto, su introducción, en esta fase del proceso, sosteniendo que ha sido interpretada erróneamente, implica alterar los términos del debate, máxime cuando la sentencia dictada en instancia únicamente contempla el Acta núm. 5/2008, de 25 de marzo, a la que luego se va a referir el recurrente en su motivo decimocuarto, en cuyo motivo el recurrente reconoce la subsanación, a la que tacha de haberse practicado con la técnica habitual del parcheo

CUARTO.- Los motivos tercero, cuarto y quinto se examinan conjuntamente, ya que todos ellos se interponen al amparo del art. 205.e) LPL sobre infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia y se denuncian como violados el art. 82.3 del Estatuto de los Trabajadores (ET) en relación con el Acuerdo Primero, punto 3 del I Convenio Colectivo, solicitando, finalmente, la nulidad del Acta de la Comisión Negociadora núm. 4/2008, de 25 de marzo (motivo tercero); la nulidad del Acta núm. 5/2008, de 25 de marzo de la misma Comisión (motivo cuarto) y la nulidad del Acta núm. 6/2008 de la misma fecha y Comisión (motivo quinto).

La parte recurrente en cada uno de los tres motivos fundamenta la nulidad en el hecho de que el sindicato USC viene obligado por sus Estatutos a obtener la autorización de su Asamblea Nacional, como requisito para aprobar y ratificar el I Convenio

y cualquier modificación que se produjera en el futuro, según el primer párrafo del núm. 3 del Acuerdo I del Convenio Colectivo, y al no haberlo hecho así, los acuerdos adoptados en las tres actas no son válidos.

El motivo debe ser rechazado, dado que, como alega el Ministerio Público, el recurrente pretende la nulidad de las Actas por una mera cuestión formal, pero la estimación de los motivos hubiera exigido haber acreditado, lo que no aparece en autos, la necesidad de ratificación de la Asamblea Nacional, planteando la pretensión en términos más amplios que los concretados en la demanda, ya que como antes se ha señalado y ahora se repite, el conflicto, según la delimitación hecha por la demanda, solo afectaba a los Controladores de los Centros de Control de Tránsito Aéreo de Madrid y Barcelona.

Es de señalar además que en la demanda no se argumentó, en forma alguna, contra el fondo de la alteración, sino que únicamente se denunció la modificación de un precepto sin haberse convocado previamente a la Asamblea Nacional de USCA para autorizar esa novación. Es de resaltar al respecto que la sentencia de instancia afirma que el sindicado actor -ahora recurrente- no ha acreditado que con ese cambio se ha infringido la legislación laboral, ni perjudicado los intereses de los controladores aéreos; y ello, como afirma la Unión Sindical de Controladores, en su escrito de impugnación del recurso: "sin perjuicio de resaltar la transitoriedad de los pactos alcanzados en el momento en que fueron impugnados, que obedecían a una reestructuración de la organización operativa vigente en los Centros de Control de Tránsito Aéreo de Madrid y Barcelona, conforme a las reglamentaciones administrativas que se citan en el siguiente motivo de impugnación y que resultaban -y resultan- de obligado cumplimiento".

En conclusión, pues, ni la estabilidad, ni tampoco la seguridad jurídica han sido afectadas, como se pretende en el actual recurso, con argumentos que no se hicieron valer en el escrito inicial del proceso, por cuyo motivo la sentencia de instancia no las ha podido analizar, ni las codemandadas rebatir en el acto del juicio oral. Parece, como también alega la mencionada parte impugnante, que ante los argumentos contenidos en la resolución recurrida por SPICA, en el sentido de que la demanda se limita a firmar simplemente que los pactos adoptados eran contrarios a la legalidad, ahora trata de justificar tales aseveraciones con fundamentaciones, que, en esta fase del proceso, resultan extemporáneas e ineficaces.

QUINTO.- El motivo sexto del recurso, con amparo en el repetido art. 205 de la LPL, denuncia infracción del apartado 4.4 del Acuerdo Segundo del Convenio litigioso en relación con el art. 86.3.2º ET. Se alega al

efecto que las Actas 4, 5 y 6/2008, son nulas porque modifican el I Convenio Colectivo, violando el art. 4.4 que establece: "Una vez producida la denuncia y durante el plazo que medie entre la fecha de finalización del Convenio y la publicación del que lo sustituya, se mantendrá en vigor todo su articulado"; y que, a su vez, infringe el art. 86.3.2 porque las modificaciones del I Convenio deben llevarse a cabo con la firma de un II Convenio y no mediante la firma de "acuerdos parche".

Este motivo debe ser rechazado en virtud de los argumentos siguientes: 1) El acuerdo VII, del I Convenio, como se dice en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia recurrida expresa la siguiente: "Cuando de una resolución de la autoridad competente se derivara la inaplicabilidad de alguna de las cláusulas de este Convenio, en su actual redacción, la Comisión Negociadora deberá reunirse a considerar si procede o no revisar, en todo o en parte, el contenido del Convenio". 2) La Comisión Negociadora aprobó el Acta 4/2008 que modifica parcialmente el punto 2 del artículo 100 del I Convenio, que se limitó, simplemente, a dejar sin efecto la inhabilitación para acceder al mismo u otro puesto de trabajo por promoción interna, en el supuesto de que el controlador aéreo cese por cambio de destino. El Acta 5/2008, impugnado, aprueba el "Documento sobre la Organización de Trabajo en Núcleos", cuyo objeto es la nueva Organización de Trabajo en Núcleos y, en concreto su implantación en las Dependencias LECM y LECB, con base en lo dispuesto en la Directriz de Seguridad de 7 de septiembre de 2007 de la Dirección General de la Aviación Civil. El Acta 6/2008, también aprobado por la Comisión Negociadora, realiza modificaciones parciales en el I Convenio como consecuencia de las previsiones establecidas en el documento, anteriormente citado, sobre organización del trabajo.

3) Las modificaciones del I Convenio recogidas en las Actas Quinta y Sexta se incluyen en el repetido Acuerdo Séptimo, en cuanto son consecuencias de las resoluciones adoptadas por la autoridad competente, que, en el caso de autos, es la Dirección General de Aviación Civil. 4) La modificación aprobada por el Acta número Cuatro, si bien no puede cobijarse bajo el Acuerdo séptimo, tampoco puede considerarse nula porque en el Acta constitutiva de la Comisión Negociadora del II Convenio, que tuvo lugar el 20 de enero de 2005, se acordó determinar que, "en tanto subsistan las previsiones establecidas en el punto 4.4 del Acuerdo Segundo del mencionado I Convenio Colectivo Profesional, será de aplicación lo establecido en el mencionado punto, sin perjuicio de que ambas partes pudieran alcanzar acuerdos sobre modificaciones puntuales del aludido I CCP, durante el proceso negociador, que habrán de

determinar la vigencia y eficacia de los mismos". 5) El artículo 86.3.2 ET, como el punto 4.4 del Acuerdo Segundo, constituyen garantías para el caso de desacuerdo durante el proceso negociador a fin de evitar vacíos en la regulación, pero esta ultraactividad no niega la posibilidad de que se acuerde una nueva norma paccionada, siempre que haya acuerdo de las partes negociadoras para modificar el contenido del Convenio denunciado hasta que se firme el nuevo Convenio, de modo que solo cuando no hay acuerdo entra en juego la previsión legal del Convenio. En este sentido, como ha declarado reiteradamente este Tribunal, (por todas STS de 18 de octubre de 2004 y 25 de febrero de 2008), el Convenio Colectivo no impide a las partes negociadoras que, de común acuerdo, puedan alterar el término de vigencia pactado como ocurre con cualquier acuerdo o norma, ni concluir un acuerdo sobre algún aspecto concreto, conforme a un principio de modernidad (STS 30 de junio de 1998) en el que se funda la adecuación de la sucesión de las normas en los sistemas contemporáneos de fuentes de derecho.

SEXTO.- El motivo séptimo, al amparo del art. 205.e) LPL, solicita la unidad de Acta de Comisión Negociadora 5/2008, que aprueba el Documento sobre Organización del Trabajo en Núcleos por infracción del apartado 4.4 del Acuerdo Segundo del Convenio Colectivo y art. 86.3.2 del ET en relación con el punto 2 del Acuerdo séptimo del Convenio Colectivo y la Directriz de Seguridad de 709/2007 y Resolución 27/12/2007, ambas de la Dirección General de Aviación Civil, y el art. 6.4 del Código Civil. El recurrente alega para fundamentar el fraude de ley determinante de la nulidad, que las directrices de Aviación Civil, en su valoración e interpretación particular, deben prevalecer sobre la realizada en la sentencia impugnada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. Se mantiene esta tesis sobre la base de que el documento sobre Organización de Trabajo en Núcleos fue pactado entre AENA y USCA en fraude de ley, porque ambos conocían que no existía norma alguna de la Dirección de Aviación Civil que les obligara a pactar la Organización de Trabajo en Núcleos, y que ello produjo el resultado de modificar la carrera profesional de los controladores aéreos de Madrid y Barcelona, cuando la citada Normativa de la Dirección General solo obligaba a fijar el máximo de diez sectores para operar.

El motivo debe ser rechazado, porque, como se expone en el Fundamento Jurídico Cuarto de la sentencia recurrida, el repetido documento, en forma global realiza una reestructuración de la organización operativa vigente en los Centros de Control de Tráfico Aéreo de Madrid y Barcelona, según la Directriz de Seguridad de 7 de septiembre de 2007 de la Di-

rección General de Aviación Civil, modificada posteriormente por Resolución de 27 de diciembre de 2007; siendo de resaltar que la Comisión Negociadora está legitimada para tal aprobación en virtud de lo dispuesto en el punto 2 del Acuerdo Séptimo del I Convenio Colectivo Profesional de AENA y el Colectivo de Controladores de la Circulación Aérea. Como afirma la Unión Sindical de Controladores Aéreos en su escrito de impugnación, los Acuerdos impugnados son válidos, dado que su objeto fue acomodar parcialmente el Texto del I Convenio Colectivo a las previsiones establecidas por la Reglamentación Administrativa dictada por la autoridad aeronáutica nacional en el ámbito civil, de modo que "todos y cada uno de los motivos que constituyen el recurso de casación... son consecuencia de la situación excepcional y transitoria que fue necesario atender a raíz de las disposiciones dictadas por la DGAC".

SÉPTIMO.- En el motivo octavo, con amparo en lo dispuesto en el art. 205.e) LPL, se alega infracción del art. 6.3 del Código Civil y el núm. 1 de la Directriz de Seguridad de la Dirección General de Aviación Civil de 7 de septiembre de 2007 y se pretende la nulidad del art. 2.4 del DOTN aprobado por el Acta 5/2008 de la Comisión Negociadora del Segundo Convenio de los Controladores Aéreos. Este motivo, como afirma el Ministerio Fiscal, es subsidiario de los motivos Cuarto, Sexto o Séptimo, y debe entenderse interpuesto para el supuesto que no se declare la nulidad total del Acta 5/2008 de la Comisión Negociadora de 25 de marzo que contiene el DOTN.

Este motivo debe ser rechazado, en cuanto, como afirma el Ministerio Fiscal, "olvida el recurrente la existencia de la resolución de 27-12-2007 de Aviación Civil, como fundamenta la sentencia (FJ 4º, págs. 6 y 7) y los recurridos en la impugnación de este motivo y del anterior". El número máximo de sectores establecido en la Directriz de Seguridad, en septiembre de 2007, fue modificado sustancialmente por la Resolución dictada por el mismo organismo en diciembre de 2007. Lo convenido no supone un ataque a la ultraactividad del Convenio, dado que, como se afirma en la sentencia recurrida, "fue aprobada por la Comisión Negociadora... legitimada por lo dispuesto en el punto 2 del Acuerdo Séptimo del I Convenio Colectivo Profesional de Aena y el Colectivo de Controladores de la Circulación Aérea".

OCTAVO.- El motivo noveno se articula al amparo del repetido art. 205.e) LPL y, en el mismo, se alegan como infringidos el art. 6.3 del Código Civil y el núm. 1 de la Directriz de Seguridad de la Dirección General de Aviación civil de 7 de septiembre de 2007; y lo que se solicita es la nulidad del art. 2.5 del DOTN por el

hecho de que la citada Directriz fija un máximo de diez sectores, en cuanto que el art. 2.5 dispone que "No obstante lo previsto en el apartado anterior, durante el periodo transitorio y provisional, el número máximo de Sectores en que un controlador de la circulación aérea puede estar habilitado será de 16 sectores".

Este motivo, también de carácter subsidiario, y en el que el recurrente se remite en cuanto a su fundamentación al motivo anterior, debe ser rechazado, conforme lo expuesto anteriormente.

NOVENO.- El motivo décimo, también con carácter subsidiario, pretende la nulidad del art. 9.5 del DOTN, y por las mismas razones que se exponen en el motivo octavo, por lo que, al igual que éste, debe ser rechazado. En relación a la crítica, que se hace el recurso del citado artículo nueve, consistente en que el mismo contiene una mera posibilidad y no un mandato imperativo y que, consecuentemente, viola la normativa sobre seguridad aérea, que en todo caso ha de respetarse, debe señalarse que el establecimiento del número de sectores durante el periodo transitorio de implantación, como se ha dicho antes, está ya examinado y abierto a la experiencia, de acuerdo, una vez más, con la resolución de la Dirección General de Aviación Civil de diciembre de 2007.

DÉCIMO.- El motivo undécimo, pide la nulidad del art. 9.1 del DOTN, también subsidiariamente, alegándose infracción del art. 14 de la Constitución Española y 17 ET, en relación con el art. 85.33 del Convenio Colectivo. Se pretende que existe discriminación de los controladores de las dependencias LECM y LECB, respecto de los controladores de las demás dependencias españolas, porque mientras estos ocupan las plazas obtenidas en concurso de méritos y perciben las retribuciones desde el primer día del mes siguiente, los controladores de Madrid y Barcelona, han tenido que esperar hasta el 1 de enero de 2.009 en perjuicio de sus derechos económicos y de su formación profesional.

La sentencia recurrida, invocando la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2006, establece que, en el presente caso, las diferencias de trato denunciadas obedecen a la reestructuración de la organización operativa vigente en los Centros de Control de Madrid y Barcelona, según las previsiones establecidas tanto en la Directriz de Seguridad de septiembre de 2007, como en la resolución de diciembre del mismo año, lo que conlleva un periodo de transición, cuya duración viene determinada por múltiples aspectos y no aprecia la discriminación denunciada pues "la fijación de esa fecha (1 de febrero de 2009) no es arbitraria sino que está justificada por los procesos singulares de redistribución que han de celebrarse". Es decir, la estipulación que

se tacha de nulidad, como también afirma el Ministerio Fiscal, "obedece a razones coyunturales perfectamente razonables atendidas las circunstancias derivadas de la implantación de la nueva Organización de Trabajo en Núcleos, que solo se producirán a partir del 1.2.2009, conservando mientras tanto las mismas retribuciones que poseían con anterioridad al inicio del periodo de transición, según el art. 9.3."

UNDÉCIMO.- En el motivo duodécimo se denuncia, igualmente con carácter subsidiario, infracción del art. 14 de la Constitución Española y del art. 17 ET en relación con el art. 99.11 del Convenio Colectivo, y se pretende la nulidad del art. 9.11 del DOTN, por discriminar a los controladores LECM y LECB, alegándose que mientras el resto de los controladores pueden concursar a resultados, conforme el art. 99.11 del Convenio, los controladores de Madrid y Barcelona se ven privados de esta forma de promoción profesional.

El motivo debe ser rechazado. Como afirma la sentencia recurrida, no cabe hablar de discriminación, sino de diferencias coyunturales, durante la implantación de la Organización del Trabajo por Núcleos, cuyo inicio se produce en relación a los controladores de Madrid y Barcelona.

DECIMOSEGUNDO.- Se alega en este motivo decimotercero, violación del art. 14 de la Constitución Española, y 17 ET, en relación con el art. 99.3 del Convenio Colectivo; y se pretende que el art. 10.4 del DOTN vulnera el art. 99.3 del Convenio Colectivo y constituye una discriminación de los controladores de Madrid, dado que se acordó que en los Centros de Control de Madrid y Barcelona no se sacarían a concurso las vacantes de controlador PTD que se produjeran en el núcleo específico de TMA, si llegara a producirse un exceso de dotaciones y hasta que dicho exceso no se haya podido absorber.

El motivo debe ser desestimado. La sentencia cuya nulidad se pretende afirma que las situaciones antes aludidas se justifican por razones coyunturales perfectamente razonables derivadas de la implantación de la nueva organización del Trabajo en Núcleos. Consecuentemente, si el juicio, en principio más objetivo del Tribunal, determina que las variaciones establecidas en la nueva regulación son razonables, el recurrente, tendría que haber fundamentado el criterio contrario, lo que no ha hecho. De todas maneras, como dictamina el Ministerio Fiscal: "el motivo no puede estimarse porque si se produce un exceso de dotaciones evidentemente no se producen vacantes, por lo que no resulta infringido el art. 99.3 del Convenio".

DECIMOTERCERO.- La recurrente solicita, en el motivo decimocuarto, con carácter subsidiario, la

nulidad del art. 10.9 del DOTN, aprobado por el repetido Acta núm. 5/2008 de la Comisión Negociadora, por infracción del art. 14 de la Constitución, en relación con los artículos 169 y 126 del Convenio Colectivo.

Se solicita la nulidad porque si alguno de los controladores de Madrid y Barcelona accediesen a la situación de licencia especial retribuida (LER), no se les computaría como integrante de su salario el complemento personal de núcleo.

El motivo debe ser rechazado.

La sentencia impugnada declara que no ha existido discriminación y esta Sala también considera que no existe discriminación, dado que el citado complemento, de una parte, es de nueva creación y por lo tanto no se suprime a los controladores aéreos que pasan a la situación LER, sino que simplemente no se le conceden en el momento de crearlo, de la misma manera que se estableció, cuando se creó la referida licencia, en el sentido de que el personal que pasara a la LER no percibiría ningún complemento personal absorbido; y, de otra parte, las rectificaciones que ha podido hacer la Comisión Negociadora, posteriormente a la publicación del DOTN, no forman parte del debate hoy litigioso y si, efectivamente, (como afirma una de las partes impugnantes), el Acta núm. 9/2008 acredita que la mencionada Comisión ha modificado los artículos antes citados del I Convenio litigioso, al objeto de evitar que los controladores aéreos que accedan a la LER no se vieran privados de la parte proporcional del complemento personal de núcleos, lo procedente sería no haber incluido en este recuso ni éste ni el motivo segundo".

DECIMOCUARTO.- Denuncia este motivo decimoquinto, por la misma vía procesal del art. 205.e) LPL, con carácter subsidiario, la infracción del art. 14 de la Constitución Española y 17 del ET en relación con el art. 85.3 del Convenio Colectivo. Y se pretende, la declaración de nulidad del art. 10.10 del DOTN, al incumplir el art. 85.3 del Convenio, que establece las reglas para el cómputo del tiempo para acceder a un nivel profesional, en cuanto dicho art. 10.10 establece una excepción que discrimina a los Controladores de Ruta, respecto a los que acceden de TMA al computarles el tiempo de forma diferente para el mismo puesto de trabajo, sin justificación objetiva y razonable para ello.

El motivo debe ser rechazado. Como afirma el Ministerio Público, el recurrente no solo desconoce que existe la justificación objetiva y razonable de atender a las circunstancias derivadas de la nueva implantación de trabajo en núcleos, que, lógicamente, el art. 85.3 del Convenio no pudo proveer "sino que la exposición del motivo adolece del mínimo fundamento al no razonar la forma y consecuencias de la discriminación denunciada".

DECIMOQUINTO.- El motivo decimosexto, también con carácter subsidiario y al amparo del art. 205.e) LPL, denuncia infracción del art. 14 de la Constitución Española y 17 ET, en relación con el art. 85.2.2.1 y 85.3.2.2 del Convenio Colectivo, pretendiendo, ahora, la nulidad de la excepción contenida en el art. 10.11 del DOTN.

El motivo, como igualmente dictamina el Ministerio Público, debe ser rechazado "por las mismas razones expuestas anteriormente". No existe la discriminación pretendida, según afirma la sentencia recurrida, por cuanto son medidas "que obedecen a razones coyunturales perfectamente razonables derivadas de la implantación de la nueva organización del trabajo en núcleos". El sindicato recurrente, sigue sin tener en cuenta que la implantación del régimen transitorio impugnado, no estaba previsto, ni por tanto, regulado, en el I Convenio Colectivo y que, consecuentemente, sus normas no contemplan las condiciones ahora requeridas para alcanzar el nivel de pericia para obtener el nivel profesional correspondiente; siendo de resaltar que el Tribunal "a quo" ya calificó las nuevas medidas como razonables y adecuadas, sin que de contrario se haya acreditado lo contrario.

DECIMOSEXTO.- Conforme, a lo argumentado anteriormente procede desestimar íntegramente el presente recurso; sin costas a tenor de lo dispuesto en el art. 231.2 LPL.

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

#### FALLO

Que desestimamos el recurso de CASACION interpuesto por el Letrado D. José Javier Ruiz Beato, en nombre y representación de SINDICATO PROFESIONAL INDEPENDIENTE DE CONTROLADORES AÉREOS (SPICA), contra la sentencia dictada en fecha 29 de abril de 2009 por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en el proceso de Impugnación de Convenio núm. 176/2008, instado por el Sindicato Independiente de Controladores Aéreos (SPICA). Sin costas.

Devuélvase las actuaciones al Órgano Jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

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

Publicación.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Mariano Sampedro Corral 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.



### TS CIVIL

2010/31651

TS Sala 1ª, Sentencia 25 marzo 2010.  
Ponente: D. José Ramón Ferrándiz Gabriel

#### Improcedente indemnización por incumplimiento de pacto de exclusiva de fabricante con distribuidora

El TS declara no haber lugar a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación confirmando la sentencia impugnada que declaró injustificada la decisión tomada por la distribuidora demandante antes de interponer la demanda de resolver el vínculo contractual, al no quedar probado el incumplimiento de la entidad fabricante demandada del pacto de exclusiva que la demandante afirma convenido en el contrato suscrito entre ambas para la distribución de sus productos y por ello no vinculada a no vender sus productos a nadie más que a la demandante, careciendo por tanto de fundamento la reclamación pedida de indemnización de los daños producidos.

2010/71262

TS Sala 1ª, Sentencia 14 mayo 2010.  
Ponente: D. José Antonio Seijas Quintana

#### Perfección de contrato de arrendamiento con opción de compra sin mediar entrega del precio

El TS declara no haber lugar al rec. de casación interpuesto contra la sentencia de apelación que declaró que la mercantil demandada había ejercitado válidamente su derecho de opción de compra sobre el local arrendado, propiedad de los actores, por lo que éstos no pueden pretender la nulidad de la cesión posterior realizada por dicha mercantil a un tercero, la cual es plenamente válida y eficaz y surte todos los efectos legales. Declara el TS que el ejercicio de la opción y la perfección de la compraventa se producen con la comunicación por el optante al concedente del ejercicio del derecho, aunque no medie entrega de la cosa ni

el pago del precio, pues entrega y precio pertenecen a la fase de consumación de la compraventa, y en el contrato de arrendamiento con opción de compra litigioso nada se había pactado sobre la necesidad del pago del precio de la compraventa simultáneamente al ejercicio de la opción sino que tal pago está referido al otorgamiento de la escritura pública.



### TS PENAL

2010/37596

TS Sala 2ª, Sentencia 18 febrero 2010.  
Ponente: D. Enrique Bacigalupo Zapater

#### Contratos excluidos de la responsabilidad civil por delitos de apropiación indebida y estafa

Se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por los responsables civiles subsidiarios contra sentencia dictada en causa seguida por delitos de apropiación indebida y estafa. El TS dicta segunda sentencia por la que establece que de los contratos invocados por las recurrentes hay contratos que no han sido suscritos por el acusado, que representaba a las firmas ahora recurrentes. Por tal razón solamente esos contratos deben ser excluidos de la responsabilidad civil de las firmas recurrentes, pues sólo fue incluido uno de ellos por la Audiencia en el fallo de la sentencia recurrida entre los contratos que generan el deber de indemnizar.

2010/37601

TS Sala 2ª, Sentencia 23 marzo 2010.  
Ponente: D. Joaquín Delgado García

#### Absolución del delito continuado de falsedad en documento mercantil

Se estima el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por delito continuado de falsedad en documento mercantil. El TS dicta segunda sentencia por la que absuelve al recurrente del expresado delito, ya que la falsedad no está en el documento, sino en

lo que dijo el acusado al perjudicado al entregarle los pagarés como medio de pago. Hubo mendacidades verbales que no se reflejaban en los respectivos documentos, que firmó el propio titular de la cuenta, aunque lo hiciera con unos rasgos no correspondientes a su firma habitual.



### TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2010/62109

TS Sala 3ª, Sección 7ª, Sentencia 29 marzo 2010.  
Ponente: D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

#### Procedente rehabilitación en el Cuerpo de la Guardia Civil

Acuerda el Tribunal estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Acuerdo del Consejo de Ministros, anulando el mismo y declarando que la solicitud de rehabilitación para el reingreso en el Cuerpo de la Guardia Civil, ha sido estimada por silencio positivo. Explica la Sala que se impone la estimación del recurso, porque no se niega en la contestación a la demanda, que el plazo para resolver hubiera transcurrido, y, efectivamente, así sucedió, aunque el que deba tenerse en cuenta sea, no el de tres meses a que se refiere el art. 43,2 de la Ley 30/1992, sino el de seis meses de que dispone la Administración para dictar resolución expresa, según su artículo 42,2.

2010/62114

TS Sala 3ª, Sección 8ª, Sentencia 20 marzo 2010.  
Ponente: D. José Díaz Delgado

#### Falta de desatención de juez hacia secretaría judicial

El TS desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra Acuerdo del Pleno del CGPJ, por el que se imponen al recurrente dos sanciones de advertencia como autor de faltas leves en la persona de la secretaria judicial y de trato degradante respecto del funcionario interino de ese juzgado del cuerpo de Auxilio Judicial. Indica la Sala, entre otros aspectos,

que la forma en que se dirige públicamente hacia la secretaria, supone la falta de desatención objeto del presente recurso, por lo que procede confirmar la sentencia recurrida, atendiendo además que la sanción impuesta ha sido moderada y ajustada al principio de proporcionalidad que debe presidir el derecho sancionador y disciplinario.



### TS SOCIAL

2010/71359

TS Sala 4ª, Sentencia 24 marzo 2010.  
Ponente: Dª Mª Lourdes Arastey Sahún

#### Reconocimiento de incremento salarial

Desestima el TS el recurso de casación formulado por la empresa de telecomunicaciones demandada contra sentencia que acogió la demanda de conflicto colectivo sobre incremento salarial adicional. Señala la Sala que en el supuesto de autos el pacto de los negociadores plasmado en los preceptos del convenio colectivo de empresa supone el derecho de los trabajadores a un incremento salarial a comienzo del año en cuestión, equivalente al 2%, a cuenta del eventual porcentaje superior del IPC real de ese año, más un 0,6% adicional también del IPC real.

2010/19310

TS Sala 4ª, Sentencia 15 febrero 2010.  
Ponente: D. Jesús Gullón Rodríguez

#### Extinción de contrato de inserción no constitutiva de despido

Desestima el TS el rec. de casación para la unificación de doctrina formulado por las auxiliares de ayuda a domicilio accionantes contra sentencia que rechazó su pretensión frente al ayuntamiento demandado sobre despido, entendiendo que se trataba de contratos de la modalidad de inserción.

Explica la Sala que aunque es cierto que en el modelo oficial de los contratos de duración determinada suscritos se eligió la especificación de obra o servicio determinado, la realidad es que se concertaron por un tiempo cierto, en virtud de la subvención otorgada por la Junta de Extremadura como medida de fomento del empleo de experiencia en colaboración con las administraciones locales, dentro también de la exigible finalidad legal de formación para las trabajadoras desde el momento en que la realización de esa actividad social de ayuda a domicilio, de evidente interés general y social, se pretendía que fuese un medio de adquisición de experiencia laboral y mejora de la ocupabilidad, cuya duración, por otra parte, no se extendió más allá del límite legal previsto para esa modalidad contractual, en coherencia con esa finalidad formativa, que era de tres años.