



# 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 2843

Madrid, lunes 14 de junio de 2010



## TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2010/19242

TS Sala 3ª, Sección 4, Sentencia 10 marzo 2010. Ponente: D. Segundo Menéndez Pérez

### Adjudicación de concesión de canal múltiple de televisión

*El TS estima el recurso de casación interpuesto por la Generalidad de Cataluña contra la sentencia dictada por el TSJ de Cataluña, y en su lugar, desestima totalmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Ministerio de Ciencia y Tecnología, contra el pliego de cláusulas administrativas y particulares y de prescripciones técnicas para la adjudicación de la concesión de un canal múltiple de televisión digital terrenal con cobertura nacional y emisión en abierto. La Sala considera que la exigencia de aportación de datos técnicos no conculca la competencia exclusiva del Estado en la materia de telecomunicaciones.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El primero de los dos motivos de casación que formula la representación procesal de la Administración de la Generalidad de Cataluña, denuncia al amparo del art. 88.1.c) de la Ley de la Jurisdicción un vicio de falta o insuficiencia de motivación y, además, otro de incongruencia interna.

El motivo no debe prosperar, pues su desarrollo argumental hace en realidad supuesto de la cuestión. Así, arranca de la idea de que la tesis correcta es la que la parte defiende, esto es, de que hay necesidad de distinguir claramente entre la red de telecomunicaciones, de un lado, y las obligaciones de cobertura que se imponen a un concesionario de un canal múltiple de televisión digital terrestre, de otro; y a partir de ahí, localiza aquellos vicios en una respuesta de la Sala de instancia que a su juicio no acierta a reflejar ni a valorar esa necesaria distinción.

Amén de ello, aunque es cierto que esa respuesta pudiera haber sido más explícita, lo es también que expone de un modo comprensible, en

el sentido de que no genera dudas sobre lo que ahí dice y argumenta, cuál es la razón por la que a juicio de aquella Sala es evidente que las obligaciones de cobertura se establecen sobre la red de telecomunicaciones, conculcando con ello la competencia exclusiva que en esa materia atribuye al Estado el art. 149.1.21 de la Constitución.

**SEGUNDO.-** El otro motivo de casación denuncia al amparo del art. 88.1.d) de la LJ la infracción de los artículos 149.1, reglas 21 y 27, de la Constitución y 16 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (texto de 1979), así como de la jurisprudencia que los interpreta. Y añade, pero ya sin cita de preceptos concretos, que la sentencia de instancia infringe también las leyes estatales 66/1997 y 11/1998, el Real Decreto 2169/1998 y la Orden del Ministerio de Fomento de 9 de octubre de 1998, que aprobó el Reglamento Técnico de Prestación del Servicio de Televisión Digital Terrestre.

El argumento es, en suma, que las previsiones impugnadas y anuladas del Pliego de cláusulas administrativas particulares y prescripciones téc-

nicas del concurso público que convocó la Administración de la Generalidad para otorgar la concesión de la explotación de un canal múltiple de televisión digital terrestre de cobertura nacional y emisión principalmente en abierto, no invaden la competencia exclusiva del Estado en materia de telecomunicaciones, si este título competencial se interpreta, como debe ser, en un sentido no expansivo. La sentencia recurrida infringe aquellos preceptos: de un lado, al identificar las obligaciones de cobertura que se imponen al concesionario como obligaciones sobre la red de telecomunicaciones; y, de otro, al entender que se regulan cuestiones técnicas relativas a esa red, cuando lo cierto es que sólo se requiere la presentación de documentación que acredite las condiciones, algunas de ellas técnicas, en las que prestará el servicio de televisión digital terrestre el licitador.

El motivo debe prosperar.

**TERCERO.-** La delimitación e interpretación armónica de los dos títulos competenciales en juego: el de uno de los incisos de la regla 21ª de aquel art. 149.1, en el que se atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de telecomunicaciones; y el de la regla 27ª del mismo artículo, que le atribuye esa misma competencia, pero sólo sobre las normas básicas del régimen de prensa, radio y televisión y, en general, de todos los medios de comunicación social, puede extraerse, como bien hace la parte recurrente, de la STC 168/1993. Los tres últimos párrafos de su fundamento jurídico núm. 4 contienen la doctrina constitucional que a continuación transcribimos:

“(…) el otorgamiento de concesiones para la gestión indirecta del servicio, por su estrecha conexión con los medios de comunicación social solicitantes de concesiones, que se sirven como instrumento de las emisoras de radiodifusión sonora para ejercer los derechos fundamentales que el art. 20 CE consagra (SSTC 12/1982, fundamento jurídico 2.º; 206/1990, fundamento jurídico 6.º y 119/1991, fundamento jurídico 5.º), es una medida que, por su finalidad, encuentra un acomodo natural y específico en el título del art. 149.1.27 CE referido a las normas básicas del régimen de radio y,

## SUMARIO

### TS

#### CIVIL

Posesión de vivienda matrimonial con carácter de precario **3**

#### PENAL

Absolución del delito continuado de acceso a datos reservados de carácter personal **6**

#### ADMINISTRATIVO

Adjudicación de concesión de canal múltiple de televisión **1**

#### SOCIAL

Denegación de fijeza a personal laboral al margen de los procesos de selección **14**

Diferencias retributivas entre personal y funcionarios docentes de centros de adultos **15**

RS RESEÑA DE SENTENCIAS **16**

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

en general, de todos los medios de comunicación social y, en consecuencia, dado el carácter ejecutivo de la potestad controvertida, su adopción incumbe a las Comunidades Autónomas con competencias en la materia. Ello es así puesto que aquí prima la naturaleza de un servicio de difusión y comunicación social, cuyo ejercicio la concesión autoriza, frente al soporte técnico de la emisora o red de radiocomunicación de que se sirve. Es un corolario ineluctable de este pronunciamiento que no sólo la resolución de solicitudes de concesión de emisoras de radiodifusión en ondas métricas con modulación de frecuencia, su otorgamiento y la regulación del procedimiento de adjudicación de las mismas, sino también facultades accesorias de esta principal como son la inspección de los servicios e imposición de sanciones derivadas de infracciones a esa normativa autonómica, deben corresponder también a quien ostenta aquella potestad principal (STC 108/1993).

En definitiva, todos estos aspectos y otros de la radiodifusión conectados con las libertades y derechos fundamentales recogidos en el art. 20 CE, en los que prevalece la consideración de la radio y la televisión como medio de comunicación social mediante un fenómeno que no es sustancialmente distinto al de la prensa, encuentran un natural acomodo en el art. 149.1.27 CE a efectos de la distribución de competencias.

En cambio, aquellos aspectos claramente atinentes a la regulación de los extremos técnicos del soporte o instrumento del cual la radio y la televisión se sirven -las ondas radioeléctricas o electromagnéticas- quedan dentro de la materia radiocomunicación y, por tanto, de la competencia estatal ex art. 149.1.21 CE para ordenar el dominio público radioeléctrico. Y es constitucionalmente legítimo que el Estado regule desde una concepción unitaria -dada la unidad intrínseca del fenómeno- la utilización del dominio público radioeléctrico y proceda a una ordenación conjunta de todas las variantes de telecomunicación y de radiocomunicación, en particular, y no sólo las destinadas a emisiones de radio y televisión cualificadas por su recepción por un gran número de usuarios. Pero es indudable que siendo el contenido del título competencial del art. 149.1.21 CE virtualmente más expansivo que el otro del art. 149.1.27 CE, debe ser interpretado restrictivamente para evitar una ex-

clusión de las competencias autonómicas sobre radio y televisión”.

Hay ahí, por tanto, una exigencia de interpretación restrictiva del título de la regla 21ª. Y, en la misma línea, una indicación de que son los aspectos claramente atinentes a la regulación de los extremos técnicos del soporte o instrumento del cual se sirven la radio y la televisión, los que quedan dentro de ella.

CUARTO.- Trasladando esa interpretación constitucional a las previsiones de aquel Pliego impugnadas por la Administración del Estado y anuladas por la Sala de instancia, llegamos a las siguientes conclusiones:

A) La cláusula 17.2.Tercero.4, comienza disponiendo en su primer párrafo que “los licitadores incluirán su propuesta de cobertura para el ámbito de Cataluña, en los términos que plantea el Plan Técnico Nacional de la TDT, aprobado en el Real Decreto 2169/1998, de 9 de octubre, como mínima”. Añade en el segundo que “asimismo, la propuesta de los licitadores indicará el calendario detallado de despliegue de los servicios. Éste deberá satisfacer, como mínimo, las fases de despliegue que se indican a continuación, quedando excluidas las propuestas que presenten plazos inferiores...” (1ª fase, a cubrir entre el primero y el segundo año de vigencia de la concesión, se dará servicio a un 60% de la población de Cataluña. Y fases sucesivas hasta la 4ª, a cubrir entre el sexto y octavo año, en que se dará servicio, como mínimo, a todas las poblaciones de 1.000 habitantes o más). Y concluye en el párrafo quinto estableciendo que “no obstante, el Gobierno de la Generalidad de Cataluña, mediante acuerdo, podrá ampliar los plazos de las previsiones iniciales de extensión de cobertura contenidas en este pliego, o asumidas de forma contractual a modo de compromiso expreso por el adjudicatario, cuando la evolución tecnológica de la TDT así lo aconseje”.

Hay ahí la imposición a los licitadores de un calendario de despliegue de los servicios del canal de televisión que satisfaga, como mínimo, las fases que se indican. Sin embargo, aunque ese despliegue requiere como condición previa y necesaria que la disponibilidad del espectro radioeléctrico y de las redes de telecomunicación que lo ocupan lo permita, ahí, en esa cláusula, no se constriñe ni condiciona la competencia exclusiva del Estado sobre ese bien de dominio público y su ocupación. Ni supone desconocer que las

decisiones de disponibilidad del espectro radioeléctrico necesarias para alcanzar el despliegue pretendido corresponden al Estado. La cláusula parte en realidad de previsiones iniciales sobre lo que permitirá ese instrumento o soporte del que se ha de servir el canal de televisión, e impone al licitador una propuesta acorde con ellas. Pero de ella, en sí misma, nada se deriva para terceros ajenos a la relación contractual que se trabe entre la Administración concedente y el adjudicatario de la concesión.

En definitiva, no vemos, a diferencia de lo que sí ve la Sala de instancia, que en sentido propio, jurídico, “las obligaciones de cobertura se establezcan sobre la red de telecomunicaciones, ya que inciden en la cobertura que debe tener y en su despliegue temporal”. Ni vemos que aquella cláusula haga referencia, en ese mismo sentido, “a obligaciones que deberán cumplirse por la red de telecomunicaciones”, como afirmaba el Abogado del Estado en su demanda. Ni a ella, en sí misma o por sí sola, cabría ligar el efecto o consecuencia jurídica, también apuntada en ese mismo escrito de demanda, de generar una hipotética responsabilidad patrimonial del Estado frente al concesionario que no pudiera cumplir el despliegue comprometido. Ni vulnera realmente, por la cobertura o despliegue al que aspira, “la reserva de espectro radioeléctrico practicada por el Estado”, alegada finalmente en el apartado C) del fundamento de derecho octavo del repetido escrito de demanda.

B) En la misma línea, el análisis de las previsiones y referencias de carácter técnico que se incluyen en la cláusula 17.2.Tercero.3 (último inciso de su párrafo cuarto) y 6 (únicas a las que se refiere la Sala de instancia cuando analiza este extremo de la impugnación), no nos muestra en modo alguno que ahí se exijan requerimientos técnicos de nuevo cuño que imponga la Administración concedente, o que, como se afirmaba en aquel escrito de demanda, incidan “en la regulación de aspectos técnicos de la red”, o que, como también se decía en él, estén “regulando una red de telecomunicaciones”. Más bien, lo único que hay es la exigencia de que el licitador aporte informaciones de ese carácter (así, en aquel último inciso y en la práctica totalidad del número 6) y la remisión (en lo restante de este número) a las normas estatales, comunitarias e internacionales que regulan tales requerimientos, con una indicación (incluida en él) bien expresiva, pues

se dice en ella que “en general, y en todo lo que se refiere a aspectos técnicos en este concurso, deberá cumplirse la normativa vigente aplicable a cada caso”.

Por tanto, no consideramos suficiente para anular esos extremos del Pliego la razón, única en que parece basarse la sentencia de instancia, de que la exigencia de aportación de datos técnicos conculque aquella competencia exclusiva del Estado en la materia de telecomunicaciones.

C) Por fin, el Anexo I del Pliego, referido a las características técnicas del canal múltiple, a las que se remiten las cláusulas 1.1 y 5.2, se limita a transcribir literalmente lo que sobre ellas notificó a la Administración de la Generalidad la Dirección General de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información del Ministerio de Ciencia y Tecnología. Con ello, no vemos que se haga algo distinto de informar a los licitadores, incorporando al Pliego un elemento que han de conocer. Ni vemos tampoco, a diferencia de lo que parece entender la Sala de instancia, que al hacerlo se desconozca o invada por esa Administración una competencia ajena, sino, más bien, lo contrario.

QUINTO.- Dado el fallo de la sentencia recurrida, en el que sólo se anulan las previsiones de las que nos hemos ocupado en las tres letras del fundamento de derecho anterior, “desestimando las demás pretensiones de la demanda”; y dado que dicha sentencia sólo ha sido recurrida en casación por la Administración de la Generalidad de Cataluña, no por la del Estado, lo antes razonado conduce a estimar el recurso de casación y a desestimar totalmente el recurso contencioso-administrativo.

SEXTO.- De conformidad con lo dispuesto en el art. 139 de la LJ, no procede imponer las costas causadas, ni en la instancia, ni en este recurso de casación.

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey, y en ejercicio de la potestad de juzgar que emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución,

#### FALLO

Ha lugar al recurso de casación que la representación procesal de la Administración de la Generalidad de Cataluña interpone contra la sentencia de fecha 19 de enero de 2007, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del

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).

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el recurso núm. 1012 de 2003. Sentencia que casamos, dejándola sin efecto. Y en su lugar, desestimamos totalmente ese recurso contencioso-administrativo, sin imponer las costas causadas, ni en la instancia, ni en este recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitiva-

mente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Antonio Martí García.- Celsa Pico Lorenzo.- Enrique Lecumberri Martí.- Ricardo Enríquez Sancho.- Santiago Martínez-Vares García.- Segundo Menéndez Pérez.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente de esta Sala Excmo. Sr. D. Segundo Menéndez Pérez, todo lo cual yo el Secretario, certifico.



2010/14195

TS Sala Iª, Sentencia 18 enero 2010. Ponente: Dª Encarnación Roca Trías

Inexistencia de título oponible "erga omnes"

## Posesión de vivienda matrimonial con carácter de precario

*El TS declara no haber lugar al recurso de casación de la demanda confirmando la sentencia impugnada que consideró, a diferencia del juez "a quo", que la sentencia de separación matrimonial que atribuía la vivienda a la esposa, propiedad del esposo y de su hermana demandante, no crea por sí sola un título de ocupación oponible "erga omnes" y no tiene el alcance modificador del carácter de precario en el disfrute del inmueble, sin que altere el régimen sustantivo de los derechos en cuya virtud se ocupaba anteriormente la vivienda. La sentencia recurrida afirma que sólo sería posible la oponibilidad del título judicial de ocupación creado en el proceso matrimonial en el caso de que la vivienda perteneciese en su totalidad al esposo no adjudicatario que estaba presente en el proceso matrimonial, señalando que la demandante -hermana del esposo- no pudo participar en el procedimiento matrimonial, por lo que la demandada no puede oponer más derecho que el que tenía, que no es otro que el precario.*

Formulan voto particular los Excmos. Sres Magistrados D. Xavier O'Callaghan Muñoz y D. Antonio Salas Carceller.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de los hechos probados.

1º La demandante Dª Amparo, es propietaria de la mitad de una vivienda junto con su hermano, D. Gabriel. D. Gabriel contrajo matrimonio con la demandada, Dª Marta y los cónyuges establecieron su domicilio conyugal en la referida vivienda.

2º Interpuesta demanda de separación contenciosa por parte de Dª Marta, el uso y disfrute de la citada vivienda fue atribuido a la demandada en este litigio Dª Marta.

3º Dª Amparo demandó a Dª Marta, ejerciendo la acción de desahucio por precario y con la finalidad de obtener el desalojo de la vivienda.

4º La sentencia del Juzgado de 1ª Instancia núm. 2 de Valladolid, de

10 noviembre 2004, desestimó la demanda. Entendió la sentencia que la situación de la vivienda poseída por la demandada no se ajustaba al precario, ya que presentaba una peculiaridad porque la titularidad era compartida con el marido de la demandada y "ello significa que el título originario que justifica la posesión se encuentra no simplemente en la concesión graciosa de la actora, sino esencialmente en la copropiedad que ostenta el esposo de la demandada, del que dimana el uso actual por ella, es decir, el derecho a poseer inherente al condominio que corresponde a ese copropietario está judicialmente atribuido a la demandada y su hija". De este modo, "no cabe considerar precarista al condómino (o a quien ocupa su posición) que posee la cosa común frente a los demás partícipes, ya que (...) no puede ser equiparado con quienes disfrutan de una cosa por mera tolerancia o sin título amparador".

5º Dª Amparo apeló dicha sentencia, que fue revocada por la de la sección 3ª de la Audiencia Provincial de Valladolid, de 31 marzo 2005. Dice la Audiencia que "la sentencia no crea por sí sola un título de ocupación oponible erga omnes y no tiene el alcance modificador del carácter de precario en el disfrute del inmueble, sin que altere el régimen sustantivo de los derechos en cuya virtud se ocupaba anteriormente la vivienda. Solo sería posible esa oponibilidad del título judicial de ocupación creado en el proceso matrimonial en el caso de que la vivienda perteneciese en su totalidad al esposo no adjudicatario que estaba presente en el proceso matrimonial"; señala que la actora no pudo participar en el procedimiento matrimonial, por lo que la demandada no puede oponer más derecho que el que tenía, que no es otro que el precario y finaliza diciendo que "no obsta a la solución tomada el hecho alegado por la parte apelada de que no existe el precario entre copartícipes pues la parte apelada no es un copartícipe en la comunidad existente entre la actora y su hermano, pues los derechos de ocupación de la apelada no nacieron de la coparticipación de su esposo en la comunidad sino del título judicial de asignación del uso del domicilio familiar".

6º El recurso de casación presentado por la demandada Dª Marta fue admitido por auto de esta Sala de 20 mayo 2008. Se formula al amparo del art. 477.2, 3 LEC.

SEGUNDO. El primer motivo denuncia la infracción de los Arts. 90 b), 91, 96, 103.2, 1227 y 1280 CC, así como de los Arts. 39.1 y 2 CE. Dice la recurrente que la doctrina establecida por la jurisprudencia relativa a la oponibilidad erga omnes del convenio regulador homologado judicialmente, contradice expresamente el Fundamento primero de la sentencia recurrida "en la cual se refiere que la sentencia (refiriéndose a la sentencia en la que se aprueba el convenio regulador de la separación y se atribuye la vivienda objeto de la presente litis) no crea por sí sola título de ocupación oponible erga omnes y no tiene alcance modificador del carácter de precario en el disfrute del inmueble" (sic), por lo que la sentencia que homologa el convenio afirma que al haber sido objeto de esta homologación, eleva la condición del mismo a la categoría de documento público, conforme al art. 1280 CC, con eficacia frente a terceros desde su fecha.

El motivo se desestima.

El motivo presenta una evidente falta de técnica cuando cita disposiciones referidas a un convenio regulador (artículo 90 b) CC), que nunca existió, porque la separación se tramitó por el procedimiento contencioso. La lista de disposiciones que se entienden infringidas se completa con las que regulan las medidas que

debe tomar el juez cuando el procedimiento matrimonial deba seguirse en defecto de acuerdo de los cónyuges (artículo 91 CC) y el art. 103 CC, relativo a las medidas provisionales en estos procedimientos. Además se cita el artículo 1227 CC sobre documentos privados y el artículo 1280 CC sobre la interpretación de los contratos, en este caso, sin señalar cuál de sus dos párrafos se considera infringido.

Debe añadirse que mal pueden vulnerarse estas disposiciones en un litigio entre el cónyuge a quien se ha atribuido la posesión de la vivienda conyugal y un tercero, afectado por el procedimiento matrimonial, en este caso, la copropietaria de la vivienda.

TERCERO. Falta de interés casacional.

En el segundo motivo se alega interés casacional por infracción de los Arts. 1740 y 1741 y ss CC. Alega la doctrina, según la recurrente, consolidada, acerca de la diferencia entre comodato y precario y aporta las sentencias de 18 octubre 1994 y 2 diciembre 1992.

El motivo se desestima.

El presente motivo plantea de nuevo la cuestión de la facultad que tiene el tercero, propietario afectado por una sentencia dictada en procedimientos de separación o divorcio en la que se atribuye el uso de la vivienda al cónyuge no propietario. En general, el conflicto se plantea cuando el propietario ha permitido el uso de dicha vivienda a un pariente suyo, normalmente un hijo, en razón de su matrimonio, pero que quiere recuperar cuando se ha producido la crisis matrimonial. Este caso ofrece una característica especial, puesto que uno de los cónyuges, el marido, era copropietario de la vivienda antes de haber contraído matrimonio.

Esta Sala ha dictado las sentencias de 30 junio y 22 de octubre, ambas de 2009, en las que se recuerda que ha abandonado la tesis de las sentencias aportadas en alegación del interés casacional con la finalidad de unificar la doctrina de las Audiencias Provinciales.

Por lo tanto, debe recordarse en este momento la doctrina de esta Sala, de acuerdo con la cual, "la situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo para su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial". Esta doctrina es la que actualmente mantiene la Sala y debe aplicarse en el presente litigio.

## CUARTO. Nuevos supuestos.

Sin embargo, en la realidad se están planteando supuestos más complejos que los que inicialmente llegaban a los Tribunales, que se limitaban a la típica cesión de una vivienda a título gratuito, por el progenitor de uno de los cónyuges. La sentencia de 30 de junio de 2009 se refería a la cesión de uso de una vivienda a título gratuito efectuada entre dos hermanas y en el actual litigio, se trata de la cesión del uso exclusivo a uno de los copropietarios por parte del otro, para que utilice como vivienda familiar el piso copropiedad de ambos. Resulta, por tanto, necesario fijar criterios para facilitar la decisión en los diferentes casos posibles.

QUINTO. Distintas situaciones en la titularidad de la vivienda familiar.

En el tema de la atribución de la vivienda familiar a uno de los cónyuges, deben tenerse en cuenta dos tipos de situaciones que se pueden producir, al margen de las previstas en el párrafo primero del art. 96 CC:

1º Cuando un cónyuge es propietario único de la vivienda familiar o lo son ambos, ya sea porque exista una copropiedad ordinaria entre ellos, ya sea porque se trate de una vivienda que tenga naturaleza ganancial, no se produce el problema del precario, porque el título que legitima la transformación de la coposesión en posesión única es la sentencia de divorcio/separación. Se debe mantener al cónyuge en la posesión única acordada bien en el convenio regulador, bien en la sentencia.

Otra cuestión es la relativa a los terceros adquirentes de estos bienes, de la que esta sentencia se ocupa más adelante.

2º Cuando se trate de terceros propietarios que han cedido el inmueble por razón del matrimonio, salvo que exista un contrato que legitime el uso de la vivienda, la relación entre los cónyuges y el propietario es la de un precario. Debe enfocarse el tema desde el punto de vista del derecho de propiedad y no del derecho de familia, porque las consecuencias del divorcio/separación no tienen que ver con los terceros propietarios. Esta solución ha sido mantenida por la jurisprudencia desde la sentencia de 26 diciembre 2005.

SEXTO. Naturaleza del derecho de uso

De ello se va a deducir una importante conclusión: el Código civil no ha querido conferir a la atribución de la vivienda familiar la naturaleza de derecho real, a diferencia de lo que ha ocurrido en el Derecho catalán, en el que el art. 83.3 CF y el art. 233-22 del proyecto de Libro II del Código Civil Catalán se han decantado claramente por configurar el derecho de uso del cónyuge no propietario y de

los hijos como un derecho de esta naturaleza, al declararlo inscribible en el Registro de la propiedad.

El artículo 96 CC se limita a resolver a quién se atribuye el uso de la vivienda familiar, estableciendo la preferencia de los hijos comunes y del progenitor a quien se atribuya la guarda y custodia, o a aquel de los cónyuges cuyo interés resulte más digno de protección, sin pronunciarse sobre la naturaleza de dicho derecho.

Se trata de una situación en la que uno de los cohabitantes en el mismo domicilio es preferido al otro por razones que el ordenamiento jurídico considera protegibles y ello con independencia del título que ostente el titular de la vivienda, ya sea arrendamiento, exclusiva del titular o copropiedad con el cónyuge usuario.

La falta de calificación jurídica del derecho de uso establecido en el artículo 96 CC empezó a generar problemas interpretativos cuando el titular del arrendamiento era el cónyuge que había perdido la posesión, por lo que después de algunas sentencias del Tribunal Constitucional (SSTC 135/1986, 159/1989 y 126/1989), el artículo 15.2 LAU (Ley 29/1994, de 24 noviembre) estableció que en el caso de atribución del uso al cónyuge en virtud de lo dispuesto en el artículo 96 CC, éste debe notificarlo al arrendador, a los efectos de la subrogación.

SÉPTIMO. La posición de terceros adquirentes de la vivienda familiar.

Otra cuestión distinta es la relativa a los posibles supuestos en que puede encontrarse la vivienda frente a terceros que acrediten algún derecho sobre la misma. Ello obliga a distinguir distintas situaciones:

1ª El cónyuge titular del derecho de propiedad de la vivienda puede venderla o cederla a un tercero una vez dictada la sentencia en el procedimiento matrimonial. Puede ocurrir también que se trate de una vivienda en copropiedad de ambos cónyuges y que uno de ellos ejerza la acción de división. En estos casos, esta Sala ha venido sosteniendo que el derecho del cónyuge titular es oponible a los terceros, que hayan adquirido directamente del propietario único, o en la subasta consiguiente a la acción de división (ver SSTs de 27 diciembre 1999, 4 diciembre 2000, 28 marzo 2003 y 8 mayo 2006, entre otras).

Las razones se encuentran en la protección de la familia y de la vivienda, y se basan en la buena fe en las relaciones entre cónyuges o ex cónyuges. Es por ello que la Dirección General de los Registros ha considerado que el derecho de los hijos no tiene naturaleza de derecho real, sino que son solo beneficiarios.

2ª Puede ocurrir que el tercero sea el propietario y haya cedido el uso de la vivienda a uno de los cónyuges mediante un contrato, que puede ser anterior al matrimonio o durante el mismo.

En este caso, atribuida la vivienda al cónyuge no contratante, éste no se subroga en la misma relación que ligaba al cónyuge contratante con el propietario, porque el juez no puede crear un título que altere las relaciones contractuales existentes entre las partes (art. 96 CC).

La relación contractual no continúa con el cónyuge no contratante, con lo que se confirma de esta manera la doctrina sentada en nuestra sentencia de 3 de abril 2009 (recurso 1200/2004).

Por ello matizando nuestra anterior jurisprudencia, (contenida en las sentencias de 2 diciembre 1992 y 17 de julio 1994 y 14 de abril 2009 entre otras), debe señalarse que aunque el título que permitió al cónyuge el uso de la vivienda perteneciente al tercero tenga naturaleza contractual, no se mantiene esta relación con el otro cónyuge, que sea atributivo del uso por sentencia dictada en pleito matrimonial.

El ejemplo del contrato de arrendamiento es significativo, puesto que el artículo 15 LAU permite que se produzca subrogación, pero siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el párrafo segundo.

3ª Cuando el tercero propietario haya cedido el uso de forma totalmente gratuita y de favor al usuario de la vivienda, producida la crisis matrimonial y atribuido dicho uso al otro cónyuge, el propietario ostenta la acción de desahucio porque existe un precario.

La posesión deja de ser tolerada y se pone en evidencia su característica de simple tenencia de la cosa sin título, por lo que puede ejercerse la acción de desahucio (SSTs de 26 diciembre 2005, 30 octubre y 13 y 14 noviembre 2008 y 30 junio 2009).

La regla será, por tanto, que los derechos del propietario a recuperar el local cedido como vivienda dependen de la existencia o no de un contrato con el consorte que la ocupa: si se prueba la existencia del contrato, se seguirán sus reglas, mientras que si la posesión constituye una mera tenencia tolerada por el propietario, se trata de un precario y el propietario puede recuperarla en cualquier momento.

4ª De acuerdo con el Artículo 445 CC, "la posesión como hecho no puede reconocerse en dos personalidades distintas, fuera de los casos de indivisión". Por ello, la copropietaria tiene derecho a usar la vivienda y puede ceder su derecho para una finalidad concreta, de modo que cuando dicha finalidad desaparece, como

ocurre en el caso de crisis matrimonial, podrá recuperar la posesión para la comunidad.

La posesión tolerada inicial se refería a la totalidad del inmueble ocupado como vivienda y aunque el art. 445 CC admite la coposesión en los supuestos de indivisión, no es este el caso que se plantea, porque no se producía una coposesión al no ostentarla Dª Amparo por haberla cedido a su hermano.

Del art. 445 CC no debe deducirse que siempre que exista condominio, se produce una coposesión, sino que se trata de una excepción que justifica la posesión plural sobre una misma cosa.

El de la copropiedad es el único supuesto permitido en el Código para el caso en que dos o más personas ostenten la posesión conjunta sobre una misma cosa, pero ello no excluye la existencia de precario cuando se haya cedido dicha posesión por parte de uno de los copropietarios sin contraprestación o a título gratuito y de favor.

## OCTAVO. Conclusiones.

Estos razonamientos deben aplicarse a este litigio y, por tanto, debe concluirse que:

1º La demandada recurrente no tiene título que la legitime para seguir ostentando la posesión de la vivienda, porque existe una situación de precario.

2º La demandante ahora recurrida, Dª Amparo, está legitimada para ejercer la acción de desahucio por precario porque todo comunero puede ejercitar las acciones que sean favorables a la comunidad.

## NOVENO. Buena fe

El Tercer motivo denuncia la infracción del art. 7 CC, porque el Tribunal Supremo en reiterada y consolidada jurisprudencia, referida al objeto de la presente litis, califica la actitud de la demandante-apelante al pretender el desalojo de la esposa de la que es su vivienda familiar por atribución judicial, como contraria a la buena fe. Cita las sentencias de esta Sala de 18 diciembre 1994 y 2 diciembre 1992, de donde concluye que la sentencia cuya casación se pide se opone a la jurisprudencia sentada por esta Sala, que resuelve supuestos parecidos al planteado. Así mismo, cita jurisprudencia de las Audiencias Provinciales en relación a la distinción entre comodato y precario.

El motivo se desestima.

Ya se ha recordado en el motivo tercero la doctrina de esta Sala relativa a la cuestión que se plantea, que debe considerarse reproducido aquí. Por otra parte, no se ha probado en ningún momento en este litigio la

pretendida mala fe de la demandante, cuestión que surge de nuevo en el recurso de casación, por lo que no es admisible.

DÉCIMO. La desestimación de los motivos del recurso de casación presentado por D<sup>a</sup> Marta contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 3, de 31 marzo 2005 determina la de su recurso.

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

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

#### FALLO

1º Se desestima el recurso de casación presentado por la representación procesal de D<sup>a</sup> Marta contra la Sentencia de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Valladolid, de 31 marzo 2005, dictada en el rollo de apelación núm. 49/05.

2º Se confirma con este alcance la sentencia recurrida.

3º Se imponen a la recurrente las costas originadas por su recurso de casación.

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.- Juan Antonio Xiol Rios.-Roman Garcia Varela.-Xavier O'Callaghan Muñoz.- Jesus Corbal Fernandez.-Francisco Marin Castan.-José Ramon Ferrandiz Gabriel.- José Antonio Seijas Quintana.-Antonio Salas Carceller.-Encarnacion Roca Trias.

Firmado y rubricado. TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Civil Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMA. SRA. D<sup>a</sup> Encarnacion Roca Trias, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

#### VOTO PARTICULAR

Que formulan los Magistrados Excmos. Sres. D. Xavier O'Callaghan Muñoz y D. Antonio Salas Carceller, al amparo de lo previsto en los artículos 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Quedan aceptados los antecedentes de hecho de la sentencia en su in-

tegridad, haciendo constar nuestro respeto a la opinión mayoritaria de la Sala.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia dictada por el Pleno de la Sala en el Recurso de Casación núm. 1994/2005 formula una doctrina, con el fin de crear jurisprudencia, que se refiere directamente al caso enjuiciado y con la que mostramos nuestro desacuerdo.

A partir del fundamento de derecho quinto, se plantean distintas situaciones que son diferentes de la que se da en el caso y que vienen referidas a "la titularidad de la vivienda familiar", "la naturaleza del derecho de uso" y "la posición de los terceros adquirentes de la vivienda familiar", formulando la doctrina que se estima adecuada para cada caso, pero con simples argumentos de carácter "obiter", que no dan lugar a doctrina jurisprudencial, ya que ésta viene dada únicamente por las declaraciones que sirven de base para la resolución del recurso integrando la «ratio decidendi» de la resolución (sentencias de esta Sala de 25 junio 1994, 4 marzo 1999, 8 junio 2001, 15 diciembre 2003, 21 noviembre 2006 y la de Pleno de 11 enero 2007).

No obstante, como después referiremos, sí se formula determinada doctrina de carácter general en relación con el caso.

SEGUNDO.- Como reitera la sentencia, en el presente supuesto existe una copropiedad por mitad entre dos hermanos sobre la vivienda litigiosa; de modo que uno de ellos, D. Gabriel, que no es parte en este proceso, pasó a poseer dicha vivienda al contraer matrimonio con la demandada D<sup>a</sup> Marta, lo que hizo contando con el consentimiento de su hermana, ahora demandante, D<sup>a</sup> Amparo, titular del 50% restante, estableciendo allí el domicilio familiar durante los años que duró el matrimonio.

Una vez producida la ruptura matrimonial y atribuido el uso de la vivienda familiar a la esposa -D<sup>a</sup> Marta - por resolución judicial (artículo 96 del Código Civil), la cotitular, D<sup>a</sup> Amparo, insta el desahucio por precario de aquella.

Pues bien, con independencia del derecho de uso que, como partícipe en la comunidad pueda asistir a D<sup>a</sup> Amparo -que, en cualquier caso, no podría actuar sin dirigirse igualmente contra su condómino D. Gabriel - no cabe considerar que la posesión actual de la esposa D<sup>a</sup> Marta sea ostentada a título de simple precario, como en sentido contrario se viene a concluir en la sentencia al sentar como doctrina, en su fundamento de derecho séptimo "in fine", que "no se excluye la existencia de precario cuando se haya cedido dicha posesión por parte de uno de los copropietarios sin contraprestación o a tí-

tulo gratuito y de favo", para concluir finalmente, en el fundamento octavo, que:

"1º) La demandada recurrente no tiene título que la legitime para seguir ostentando la posesión de la vivienda, porque existe una situación de precario; y

2º) Que la demandante ahora recurrida, D<sup>a</sup> Amparo, está legitimada para ejercer la acción de desahucio por precario porque todo comunero puede ejercitar las acciones que sean favorables a la comunidad".

TERCERO.- La disconformidad con dichos pronunciamientos, así como con los razonamientos que los sustentan, nace de la distinta consideración que nos merece la naturaleza del uso de la vivienda que ostenta la esposa, D<sup>a</sup> Marta, que no puede desligarse del propio título en virtud del cual poseía el esposo, D. Gabriel, en tanto copropietario de la vivienda en un cincuenta por ciento, lo que le atribuía el mismo derecho a poseer que el que correspondía a su hermana, también copropietaria en igual proporción, D<sup>a</sup> Amparo.

La atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges en los supuestos de crisis matrimonial comporta una prestación forzosa por parte del que no goza de dicho uso, lo que significa cumplir en parte con los deberes familiares de atención que, en caso de privación de dicho uso por un tercero, puede determinar el incremento de otras prestaciones en concepto de cargas familiares (artículo 91 Código Civil).

De ahí el evidente interés que, al menos teóricamente, puede tener el esposo en mantener a la esposa en el uso de la vivienda que fue familiar. Igualmente, el seguimiento del proceso sin la presencia de D. Gabriel implica que -sin haber sido oído- el mismo no pueda obtener en su día la atribución del uso de la vivienda por alteración de circunstancias como prevé el citado artículo 91 del Código Civil, con el resultado de que el copropietario que no tenía el uso de la cosa ha obtenido la posesión íntegra de la misma sin demandar al comunero que anteriormente la disfrutaba.

En definitiva, la posesión actual de la esposa, D<sup>a</sup> Marta, no constituye precario en tanto tal figura está constituida por "una situación de hecho que implica la utilización gratuita de un bien ajeno, cuya posesión jurídica no nos corresponde" (por todas, la reciente sentencia de esta Sala núm. 1064/2008, de 6 de noviembre).

La situación de precario que en tales casos ha sido reconocida por esta Sala en supuestos de ruptura matrimonial (sentencias, entre las más recientes, núm. 910/2008, de 2 de octubre; 1077/2008, de 13 de noviembre y 1078/2008, de 14 de

noviembre) respondía al hecho de que no existía un título posesorio y sí una situación de precario, que era común a ambos cónyuges, lo que evidentemente no ocurre en el caso de que se trate de la posesión de un comunero.

CUARTO.- De todo lo anterior, derivamos una conclusión, que no es otra que la estimación del motivo primero del recurso de casación. Haciendo abstracción de la mala técnica casacional de alegar preceptos heterogéneos, como los relativos al convenio regulador (artículo 90), a las medidas provisionales (artículo 103) a la fecha del documento privado (artículo 1227) y al documento público (artículo 1280), entendemos que se ha producido la infracción del artículo 96 del Código civil en el sentido de que la atribución del uso de la vivienda conyugal a la esposa (demandada en la instancia) por una sentencia firme, ha sido burlada por la actuación de la hermana (demandante en la instancia) del esposo (que no ha sido parte en este proceso).

La demanda se instó por desahucio por precario y se estimó por la Audiencia Provincial en sentencia objeto del presente recurso de casación, revocatoria de la dictada en primera instancia que había desestimado la demanda.

Entendemos que no hay precario. La vivienda era propiedad del esposo y su hermana. Como copropietarios tienen el uso (artículo 394 del Código civil) solidario de la cosa común; cada uno la puede utilizar sin perjudicar al otro o a los otros copropietarios, pudiendo mediar acuerdo entre ellos sobre el uso.

Esto es lo que ocurrió en el presente caso: la copropietaria, hermana del esposo, acordó con éste que la vivienda sería utilizada por el matrimonio. Producida la separación conyugal y atribuido el uso de la vivienda a la esposa, tal atribución no se basa en un precario, sino en una copropiedad con uso convenido entre los copropietarios y uso ahora atribuido judicialmente. No hay precario alguno. El título de la esposa, como título judicial, se basa en el título de propiedad del esposo, copropiedad compartida con su hermana con la cual acordaron que el uso sería del matrimonio.

En consecuencia, no debe prosperar el desahucio, sin perjuicio de los derechos que puedan hacer valer entre sí los hermanos copropietarios. Debe, pues, según este voto particular, casarse la sentencia recurrida y confirmar y hacer nuestra la dictada en primera instancia.

Dado en Madrid, a dieciocho de enero de dos mil diez.

Xavier O'Callaghan Muñoz.- Antonio Salas Carceller.- Firmado y rubricado.



TS Sala 2ª, Sentencia 30 diciembre 2009. Ponente: D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre

## Absolución del delito continuado de acceso a datos reservados de carácter personal

*Interpone recurso de casación el condenado en la instancia como autor responsable de un delito continuado de acceso a datos reservados de carácter personal, que el TS estima, absolviendo al recurrente en segunda sentencia. Entre otros pronunciamientos señala la Sala que el art. 197,2 CP 95, en su inciso final preceptúa, según jurisprudencia de esta Sala, que el acceso a datos reservados debe hacerse en perjuicio del titular de los datos, perjuicio añadido al acceso que no se da en el presente caso. Estima la Sala que el dato del nombre del médico de cabecera -dato al que tuvo acceso el acusado, también médico, utilizando indebidamente el programa informático de consulta clínica-, no es un dato que el hombre medio de nuestra cultura considere "sensible" por ser inherente al ámbito de la intimidad más estricta. Dicho de otro modo, un dato perteneciente al reducto de los que, normalmente, se pretende no trasciendan fuera de la esfera en que se desenvuelve la privacidad de la persona y de su núcleo familiar, pues es un dato de conocimiento público, al menos potencial -y no inherente a la intimidad, dato administrativo al alcance de todos los empleados del centro de salud, como lo eran tanto el acusado como la víctima- y no se trata de un dato personal secreto como "ámbito propio y reservado" frente a la acción y conocimiento de los demás.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso interpuesto por Juan Carlos

PRIMERO.- El motivo primero por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 por vulneración e infracción del art. 11.1, ambos de la LOPJ, y del art. 24.2 CE, al haberse vulnerado el derecho a la presunción de inocencia. Se argumenta en el motivo que el Tribunal "a quo" declara probado en la sentencia recurrida que la prueba que dio lugar al presente procedimiento la obtuvo el denunciante Dr. Bienvenido de forma ilegal, por tanto ni la citada prueba que consistía en el acceso a su propia historia clínica ni el resto de la prueba practicada puede ser valorada por el Tribunal y por tanto no ha existido prueba que desvirtúe el principio de inocencia que ampara al recurrente Dr. Juan Carlos. El motivo debe ser desestimado.

Como venimos afirmando -por todas STS. 1142/2009 de 24.11-, el derecho a la presunción de inocencia se configura, en tanto regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima acti-

vidad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. De modo que, como declara la STC. 189/98 de 28.9 "sólo cabrá constatar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado". Así pues, el Tribunal de casación debe comprobar que el Tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y su práctica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, contradicción efectiva y publicidad y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo.

Consecuentemente debe otorgarse un amplio contenido a la presunción de inocencia, como regla de juicio, lo que permite un triple control del proceso inferencial seguido por los jueces ordinarios.

1º El de la práctica de la prueba y el respeto a las garantías.

2º El de la exposición por el órgano judicial de las razones que le han conducido a constatar el relato de hechos probados a partir de la actividad probatoria practicada.

3º el de la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante (SSTC. 169/86, 107/89, 384/93, 206/94m, 24/97, 81/98, 189/98, 1/99, 235/2002, 300/2005, 66/2006).

SEGUNDO.- En el caso presente la sentencia enjuiciada se limita en el apartado III del Fundamento Derecho tercero, al analizar la declaración del denunciante, a señalar "obiter dicta", por cuanto este extremo no fue objeto de debate procesal al no haber sido alegado en la instancia -que de entrada el mismo ha admitido que accedió a su propia historia clínica (sin duda de forma irregular, ya que como paciente no podía hacerlo por ese medio, y como médico y funcionario del IB-salud, tampoco) y constató así los dos accesos. Ello implica diferenciar, a efectos del art. 11.1 LOPJ, un concepto de prueba ilícita referido exclusivamente a la que es obtenida violentando derechos y libertades fundamentales, y otra suerte de ilicitud probatoria simplemente ordinaria, que se ha dado en llamar prueba irregular, cuyos efectos no podrían ser parejos a la anterior por mor del derecho fundamental a la prueba (art. 24.2 CE).

Las diferencias entre la prueba ilícita y la prueba irregular, en orden a la eficacia probatoria en el proceso penal, no son sin embargo apreciables en un primer grado, ya que tanto una como otra carecen de virtualidad al respecto, dependiendo en el segundo caso de la naturaleza, gravedad y acumulación de irregularidades y sobre todo, de la indefensión practicada (art. 238.1 LOPJ).

La diferencia entre la prueba ilícita y la prueba irregular, por tanto, habrá de advertirse en un segundo grado, en relación con las pruebas relacionadas con ellas, ya que para las derivadas de las pruebas ilícitas se impone asimismo la ineficacia como lógica consecuencia de una fuente de contaminación -la llamada en el ámbito anglosajón doctrina del fruto podrido o manchado ("the tainted fruit") o, genéricamente, doctrina de los "frutos del árbol envenenado (The fruit o the poisonous tree doctrine), mientras que para las derivadas de las simplemente irregulares no se produce tal radical consecuencia, en base a lo dispuesto en el art. 242 LOPJ. (SSTS. 22.4.99, 23.6.99) y nada obsta a que la convicción se ob-

tenga por otros acreditamientos en la materia.

Al examinar cual es la trascendencia mediata a los efectos inhabilitantes de la prueba obtenida con violación del derecho fundamental, en el sentido de superar las diversas interpretaciones y la integración, en los más justos términos, de lo que el mandato legal contiene como severa proscripción del uso de prácticas constitucionalmente reprobables en la obtención de elementos probatorios y de la búsqueda de eficacia, en términos de estricta justicia, para el proceso penal, impone una alternativa, de la que se hacen eco sentencias como la del Tribunal Constitucional 8/2000 de 17.1 y la de esta Sala 550/2001 de 3.4, entre otras, asentadas sobre las siguientes aseveraciones en orden a la transferencia mediata de la nulidad por vulneración del derecho fundamental a una prueba que directamente no produjo esa vulneración:

a) Que en primer lugar, hemos de partir de una fuente probatoria obtenida, efectivamente, con violación del derecho fundamental constitucionalmente conocido, y no afectada simplemente de irregularidad de carácter procesal, por grave que sea ésta.

b) Que la nulidad institucional de una prueba en el proceso no impide la acreditación de los extremos penalmente relevantes mediante otros medios de prueba de origen independiente al de la fuente contaminada, pues si no existe una "conexión causal" entre ambos ese material desconectado estará desde un principio limpio de toda contaminación.

c) Por último, y esto es lo más determinante, que no basta con el material probatorio derivado de esa fuente viciada se encuentre vinculado con ella en conexión exclusivamente causal de carácter fáctico, para que se produzca la transmisión inhabilitante debe de existir entre la fuente corrompida y la prueba derivada de ella lo que doctrinalmente se viene denominando "conexión de antijuricidad", es decir, desde un punto de vista interno, el que la prueba ulterior no sea ajena a la vulneración del mismo derecho fundamental infringido por la originaria sino que realmente se haya transmitido, de una a otra, ese carácter de inconstitucionalidad, atendiendo a la índole y características de la inicial violación del derecho y de las consecuencias que de ella se derivaron, y desde una perspectiva externa, que las exigencias marcadas por las necesidades esenciales de la tutela de la efectividad del derecho infringido requieran el rechazo de la eficacia probatoria del material derivado.

En definitiva, que para que tan nocivos efectos se produzcan es siempre necesario que la admisión a valoración de una prueba cualquiera también, de alguna forma, la vigen-

cia y efectividad del derecho constitucional infringido por la originaria que, de este modo, le transmite una antijuricidad que la obligación de tutela de aquel derecho está llamada a proscribir. De no ser así, aunque la segunda prueba haya sido obtenida a causa de la constitucionalmente inaceptable, conservará su valor acreditativo, pues esa vinculación causal se ha producido en virtud de unos resultados fácticos que no pueden excluirse de la realidad y no existen razones de protección del derecho vulnerado que justifiquen unas consecuencias más allá de la inutilización del propio producto de esa vulneración.

Recordaba la STS 2210/2001 de 20.11, que el tema ha sido abordado en diversas sentencias del TC. que han deslindado cuidadosamente la causalidad material de la causalidad jurídica en relación a la extensión que ha de dársele a la nulidad de una prueba y las consecuencias que de ella se deriven, de suerte que no es la mera conexión de causalidad la que permite extender los efectos de la nulidad a otras pruebas, sino la conexión de antijuricidad la que debe darse.

En palabras de la STS 161/99 de 3.11, es la conexión de antijuricidad con las otras pruebas lo que permite determinar el ámbito y extensión de la nulidad declarada, de suerte que si las pruebas incriminadoras "tuvieran una causa real diferente y totalmente ajenas (a la vulneración del derecho fundamental) su validez y la consiguiente posibilidad de valoración a efectos de enervar la presunción de inocencia sería indiscutible..."

Doctrina que constituye un sólido cuerpo jurisprudencial del que pueden citarse las SSTC 81/98, 49/99, 94/99, 154/99, 299/2000, 138/2001. En idéntico sentido podemos decir con la STS 498/2003 de 24.4 y la muy reciente 1048/04 de 22.9, que hay que diferenciar entre las pruebas originales nulas y las derivadas de estas ya directa o indirectamente, de acuerdo con lo prevenido en el art. 11.1 LOPJ., de aquellas otras independientes y autónomas de la prueba nula y ello porque si bien desde una perspectiva de causalidad material pueden aparecer conectadas con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho deben estimarse independientes jurídicamente por proceder de fuentes no contaminadas, como serían aquellas pruebas obtenidas fruto de otras vías de investigación tendente a establecer el hecho en que se produjo la prueba prohibida.

Por tanto la valoración en juicio de pruebas que pudiesen estar conectadas con otras obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos requiere un análisis a dos niveles: en primer lugar, ha de analizarse si existe o no conexión causal entre ambas pruebas, conexión que constituye el presupuesto para poder

hablar de prueba derivada. Solo si existiera dicha conexión procedería el análisis a la conexión de antijuricidad (cuya existencia legitimaría la posibilidad de valoración de la prueba derivada).

De no darse siquiera la conexión causal no sería necesario ni procedente analizar la conexión de antijuricidad, y ninguna prohibición de valoración en juicio recaería sobre la prueba en cuestión. En definitiva, se considera lícita la valoración de pruebas causalmente conectadas con la vulneración de derechos fundamentales, pero jurídicamente independientes, esto es, las pruebas derivadas o reflejas (SSTC. 81/98 de 2.4, 22/2003 de 10.2).

De este modo se ha mantenido la desconexión de antijuricidad por gozar de independencia jurídica, en supuestos de declaración autoincriminadora, no solo del acusado en plenario (STC. 49/2007 de 12.3) sino incluso de imputado en instrucción (SSTC. 167/2002 de 18.9, 183/2003 de 23.3), pues como precisa la STC. 136/2006 de 8.5, "los derechos a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a que las declaraciones se presten con asistencia letrada son garantías constitucionales que constituyen medio eficaz de protección frente a cualquier tipo de coerción o compulsión ilegítima, por lo que el contenido de las declaraciones del acusado puede ser valorado siempre como prueba válida.

En consecuencia, "las garantías frente a la autoincriminación reseñadas permiten afirmar, cuando han sido respetadas, la espontaneidad y voluntariedad de la declaración. Por ello, la libre decisión del acusado de declarar sobre los hechos que se le imputan permite, desde una perspectiva interna, dar por rota, jurídicamente, cualquier conexión causal con el inicial acto ilícito.

A su vez, desde una perspectiva externa, esta separación entre el acto ilícito y la voluntaria declaración por efecto de la libre decisión del acusado atenúa, hasta su desaparición, las necesidades de tutela del derecho fundamental material que justifican su exclusión probatoria, ya que la admisión voluntaria de los hechos no puede ser considerada un aprovechamiento de la lesión del derecho fundamental" (STC 161/1999 de 27.9, 8/2000 de 17.1, 136/2000 de 29.5, 66/2009 de 9.3), máxime cuando se trata de declaraciones temporales no cercanas al hecho cuya existencia se ha obtenido con la prueba tildada de ilícita o irregular, y ha tenido oportunidad de conocer las condiciones en que el hecho incriminatorio fue conocido e incorporado al proceso (ver STS. 1129/2006 de 15.11).

No otra cosa ha acaecido en el supuesto actual en el que con independencia de la forma en que el denunciante accedió a su propia historia clínica y constató los dos accesos an-

teriores, lo cierto es que el recurrente en el acto de la vista, tal como destaca la sentencia en su fundamento jurídico segundo, reconoció haber realizado esos dos accesos informáticos al historial médico del Dr. Bienvenido, (el segundo a través de la enfermera Sra. Adoración) explicando de forma detallada el modo en que llevó a cabo el primer acceso.

Consecuentemente aun admitiendo el acceso irregular del denunciante a su propia historia clínica, no produce efectos anulatorios sobre el resto de las pruebas existentes en la causa.

TERCERO.- El motivo segundo por infracción de precepto constitucional amparo del art. 5.4 LOPJ. por haberse vulnerado el art. 24.1 y 2 CE. al no respetarse el principio acusatorio en su doble vertiente de conocer la acusación y de tener derecho a no sufrir indefensión.

Se sostiene en el motivo que los elementos objetivos contenidos en los escritos de acusación del Ministerio Fiscal y de la acusación particular y elevados a definitivos en el acto del juicio oral, se concretaban en un primer término, a dos accesos del Dr. Juan Carlos a datos médicos de salud obrantes en el historial clínico del Dr. Bienvenido y, en segundo lugar, a la utilización por parte del recurrente a esos datos para desacreditar el prestigio o buen nombre del Dr. Bienvenido.

En cambio, el tribunal a quo ha condenado al Dr. Juan Carlos por haber accedido al dato personal del nombre del médico del Dr. Bienvenido sin estar autorizado a ello y con intención de perjudicarlo, lo que vulnera el art. 24.1 y 2 CE. ya que dichos hechos no fueron objeto de investigación ni del auto de apertura del juicio oral, sino que por el juzgado de instrucción se calificaron a casi-públicos, ni de acusación, ya que se calificaron de públicos por el Ministerio Fiscal e indirectamente por la acusación particular, por lo que el Dr. Juan Carlos no fue informado ni pudo haber prueba a su defensa.

El desarrollo argumental del motivo hace necesario recordar que entre las garantías que incluye el principio acusatorio se encuentra -dice la STC. 60/2008 de 26.5- la de que nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que, por lo tanto, haya podido defenderse, habiendo precisado a este respecto que por "cosa" no puede entenderse únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un "factum", sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae no sólo sobre los hechos, sino también sobre su calificación jurídica" (SSTC 4/2002, de 14 de enero; 228/2002, de 9 de diciembre; 35/2004, de 8 de marzo; 7/2005, de 4 de abril).

En consecuencia, el pronunciamiento del Tribunal debe efectuarse precisamente en los términos del debate, tal como han sido planteados en las pretensiones de la acusación, no pudiendo el Tribunal apreciar hechos o circunstancias que no hayan sido objeto de consideración en ésta y sobre las cuales, el acusado, por tanto, no haya tenido ocasión de defenderse en un debate contradictorio (SSTC. 40/2004 de 22.3, 183/2005 de 4.7). Además este Tribunal ha afirmado que con la prospectiva constitucional del derecho de defensa, lo que resulta relevante es que la condena no se produzca por hechos (o perspectivas jurídicas) que de facto no hayan podido ser plenamente debatidos (por todas STC. 87/2001 de 2.4).

En similar sentido las SSTC. 34/2009 de 9.2, 143/2009 de 15.6, precisan que "al definir el contenido del derecho a ser informado de la acusación, el Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente en anteriores resoluciones que "forman parte indudable de las garantías que derivan del principio acusatorio las que son contenido del derecho a ser informado de la acusación", derecho que encierra un "contenido normativo complejo", cuya primera perspectiva consiste en la exigencia constitucional de que el acusado tenga conocimiento previo de la acusación formulada contra él en términos suficientemente determinados para poder defenderse de ella de manera contradictoria (SSTC. 12/81 de 10.4, 95/95 de 19.6, 302/2000 de 11.9).

Esta exigencia se convierte así en instrumento indispensable para poder ejercer la defensa, pues mal puede defenderse de algo quien no sabe qué hechos en concreto se le imputan. Se ha señalado también que a efectos de la fijación de la acusación en el proceso, el instrumento procesal esencial es el escrito de conclusiones definitivas, el cual debe contener "los hechos relevantes y esenciales para efectuar una calificación pública e integrar un determinado delito", que es lo que ha de entenderse "por hecho punible a los efectos de la necesidad constitucional de conocer la acusación para poder ejercer el derecho de defensa" (STC. 87/2001 de 2.4).

Por ello no es conforme con la Constitución ni la acusación implícita, ni la tácita, sino que la acusación debe ser formulada de forma expresa y en términos que no sean absolutamente vagos e indeterminados (SSTC. 36/96 de 11.3, 33/2003 de 13.2, 299/2006 de 23.10, 347/2006 de 11.12).

Esta Sala Segunda tiene asimismo declarado (SSTS. 609/2002 de 10.10, 368/2007 de 9.5, 279/2007 de 11.4, 922/2009 de 30.9) que el principio acusatorio exige la exclusión de toda posible indefensión para el acusado, lo cual quiere decir "en primer término, que el hecho objeto de

acusación y el que es base de la condena permanezcan inalterables, esto es, que exista identidad del hecho punible, de forma que el hecho debatido en juicio, señalado por la acusación y declarado probado, constituya supuesto fáctico de la calificación de la sentencia. La otra condición consiste en la homogeneidad de los delitos objeto de condena y objeto de acusación" (SS. T.C. 134/86 Y 43/97).

El T.S. por su parte tiene declarado sobre la cuestión aquí examinada que "el sistema acusatorio que informa el proceso penal especial exige que exista la debida correlación entre la acusación y la sentencia de forma tal que la defensa del imputado tenga oportunidad de alegar, proponer prueba y practicar en su práctica y en los debates, habiendo conocido con antelación suficiente aquello de lo que se le acusa, y sin que la sentencia de forma sorpresiva pueda condenar por algo de lo que antes no se acusó y respecto de lo cual consiguiente no pudo articularse la estrategia exigida por la Ley en garantía de la posición procesal del imputado", de ahí que "la acusación ha de ser precisa y clara respecto del hecho y del delito por el que se formula y la sentencia ha de ser congruente con tal acusación sin introducir ningún elemento nuevo del que no hubiera existido antes posibilidad de defenderse" (S.T.S. 7/12/96); y que "el establecimiento de los hechos constituye la clave de la bóveda de todo el sistema acusatorio del que el derecho a estar informado de la acusación es simple consecuencia" (S.T.S. 15/7/91). "los hechos básicos de la acusación constituyen elementos substanciales e inalterables y la sentencia tiene que ser congruente respecto de los mismos, sin la introducción de ningún nuevo elemento del que no existiera posibilidad de defensa" (SS. T.S. 8/2/93, 5/2/94 Y 14/2/95).

En suma, como se precisa en S. 26/2/94 es evidente:

"a) Que sin haberlo solicitado la acusación no puede introducir un elemento "contra reo" de cualquier clase que sea.

b) Que el derecho a ser informado de la acusación exige su conocimiento completo.

c) Que el inculcado tiene derecho a conocer temporánea y oportunamente el alcance y contenido de la acusación a fin de no quedar sumido en una completa indefensión.

d) Que el objeto del proceso no puede ser alterado por el Tribunal de forma que se configure un delito distinto o una circunstancia penológica diferente a las que fueron objeto del debate procesal y sobre la que no haya oportunidad de informarse y manifestarse el acusado". En definitiva, se garantiza que nadie será acusado en proceso penal con una acu-

sación de la que no se ha tenido conocimiento suficiente y, por tanto, que no recibirá un trato de desigualdad frente al acusador que le ocasiona indefensión (SS. TC. 54/85 de 18 abril y 17/89 de 30 de enero).

Constituye asimismo, según el citado T.C., el primer elemento del derecho de defensa, que condiciona todos los demás, pues mal puede defenderse de algo que no sabe en concreto -s. 44/83 de 24 de mayo- Consiste substancialmente este derecho en asegurar el conocimiento del acusado acerca de los hechos que se le imputan y de los cargos que contra él se formulan -SS 14/86 de 12 noviembre, 17/88 de 16 febrero y 30/89 de 7 de febrero- y se satisface, pues, siempre que haya conocimiento de los hechos imputados para poder defenderse de los mismos- s. 170/90 de 5 noviembre.-

También el Tribunal Supremo ha reconocido que el derecho a la tutela efectiva comporta, entre otros, el derecho a ser informado de la acusación, como primer elemento del derecho de defensa, que condiciona a todos los demás, SS 4/11/86, 21/4/87 Y 3/3/89, teniendo derecho el acusado a conocer temporáneamente el alcance y contenido de la acusación a fin de no quedar sumido en una completa indefensión, cual sucede si de modo sorpresivo es blanco de novedosas imputaciones exteriorizadas y hechas saber cuando han precluido sus posibilidades de alegación y de proposición de pruebas exculpatorias S.S. 9/9/87, 8/5/89, 25/5/90, 18/5/92, 1824/93 de 14 julio, 1808/94 de 17 octubre, 229/96 de 14 marzo, 610/97 de 5 mayo, 273/98 de 28 febrero, 489/98 de 2 abril, 830/98 de 12 junio, 1029/98 de 22 septiembre y 1325/2001 de 5 julio, entre otras. La STS. 669/2001 de 18 abril es suficientemente esclarecedora al precisar:

"Una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, SS. 15/3/97 y 12/4/99, entre otras, han declarado que lo verdaderamente importante, para no vulnerar el principio acusatorio, es que el relato fáctico de la acusación sea respetado en las líneas esenciales, no en todos sus detalles, muchos de ellos irrelevantes en la mayor parte de los casos, pero también se ha mantenido para ser respetuoso con el derecho constitucional a ser informado de la acusación y con el derecho de defensa el relato fáctico de la calificación acusatoria debe ser completo (debe incluir todos los elementos fácticos que integran el tipo delictivo objeto de la acusación y las circunstancias que influyen sobre la responsabilidad del acusado) y específico (debe permitir conocer con precisión cuales son las acciones o expresiones que se consideran delictivas) pero no exhaustivo, es decir que no se requiere un relato minucioso y detallado, por así decirlo pormenorizado, ni la incorporación ineludible al texto del escrito de elementos fácticos que obren en las

diligencias sumariales y a los que la calificación acusatoria se refiere con suficiente claridad (S.T.S. 4/3/99). La cuestión, por tanto, es si tal cambio en el relato histórico implica una mutación sustancial a los efectos del principio acusatorio y del correlativo derecho de defensa. Es sabido que las modificaciones de detalles o de aspectos meramente secundarios no conculcan tales principios y pueden ser introducidos por el Tribunal sentenciador en su resolución, con objeto de ser más respetuosos con la descripción de la verdad material de lo acontecido. Sobre este particular hemos de señalar:

1) Que lo que es objeto de contradicción en el debate del juicio oral es lo que se refleja en los respectivos escritos de acusación y de defensa, esto es, los elementos fácticos y jurídicos que enmarcan el objeto del proceso penal.

2) Que tal marco no es inflexible, sino que, por un lado, puede traspasarse con la introducción de elementos episódicos, periféricos o de mero detalle, no afectantes al derecho de defensa, y por otro, se ensancha o se acorta en el momento en que las partes elevan a definitivas sus conclusiones provisionales, dándose oportunidad de nuevos elementos probatorios posteriores que desvirtúen los introducidos en dicha fase procesal, para salvaguardar el derecho de defensa.

3) Que las modificaciones que se introduzcan no pueden modificar esencial o substancialmente los elementos fácticos del relato histórico que las acusaciones sometan a la consideración del Tribunal, si no se ha producido una petición condenatoria al menos alternativa por parte de las mismas.

4) Por último, tal modificación sustancial debe obviamente valorarse de acuerdo con las particularidades del caso enjuiciado.

CUARTO.- La aplicación de la doctrina expuesta debe implicar la desestimación del motivo.

El escrito de calificación provisional de la acusación particular de agosto 2007 se señala como el acusado... médico de profesión y excoordinador del Centro de Salud de Artá (Mallorca) y ostentando tal cargo, siendo las 15,34 horas del día 6.10.2005, ostentando tal cargo, sin el conocimiento, ni el consentimiento en la autorización del perjudicado Dr. Bienvenido, también médico de profesión y destinado en el mismo Centro de Salud de Artá, accedió al historial clínico de éste último, sin que existiera entre ambos ninguna relación asistencial o profesional que justificara dicho acceso... asimismo, siendo las 17,41 horas del día 20.4.2006, el acusado Sr. Juan Carlos... indicó a la enfermera que tenía asignada en el citado Centro de Salud, D<sup>a</sup> Adoración, que accediera al

historial clínico del perjudicado Dr. Bienvenido, lo que ésta cumplimentó, siguiendo las instrucciones del acusado, mediante tres accesos al historial clínico del perjudicado... realizados a las 17,41'43" horas, a las 17,41'51" horas y a las 17:42'57" horas, respectivamente del indicado día 20 de abril de 2.006. Por su parte el Ministerio Fiscal en escrito de acusación de enero de 2.008 se recogía que el acusado... en Artá, a las 15,34 horas del día 6.10.2005, médico de profesión y aprovechando el cargo de coordinador del Centro de Salud de dicha localidad, sin autorización de Bienvenido, también médico de profesión y destinado en el mismo Centro de Salud, accedió al "historial clínico" de éste, sin existir entre ambos ninguna relación asistencial que justificase dicho acceso, al no ser el acusado su médico de cabecera, para averiguar de este modo si en el mismo figuraba algún antecedente médico de interés, tanto físico como psíquico, al haber oído rumores sobre ello.

La sentencia recurrida en su relato de Hechos probados consigna como el acusado... en su condición de médico del Ib-Salut y coordinador del Centro de Salud de la localidad de Artá, accedió en dos ocasiones, a través del programa informatizado de consulta clínica, al historial clínico del también médico en el mismo Centro Bienvenido y obtuvo así el dato allí registrado referente al nombre de su médico de cabecera. Dichos accesos, producidos sin consentimiento ni autorización de aquél y sin que existiera entre ambos ninguna relación asistencial, tuvieron lugar los días... No consta debidamente acreditado, que, además accediera a algún otro dato de la historia clínica del Dr. Bienvenido. Siendo así no se aprecia infracción del principio acusatorio.

El recurrente conoció perfectamente lo que el Ministerio Fiscal y la acusación particular le imputaban: haber accedido al historial clínico del denunciante, sin su conocimiento y sin su autorización, sin existir entre ambos relación asistencial que lo justificara, añadiéndose por el Ministerio Fiscal que tal acceso tenía como finalidad averiguar algún antecedente médico de interés, físico o psíquico de aquél, y en base a esta acusación articuló su defensa en el sentido de que esos accesos se limitaron a conocer el nombre del médico que le atendía. La sentencia recurrida acoge precisamente su versión, esto es, no considera probado que accediera a otro dato de la historia clínica del Dr. Bienvenido que no fuera el nombre de su médico de cabecera.

Si este dato, es una información cuasi pública a la que el recurrente podía tener acceso lícito, como se indicó en el auto de 28.9.2007 del Juzgado de Instrucción 2 de Manacor al resolver el recurso de reforma y subsidiario de apelación planteado por

el denunciante contra el sobreesimiento de las actuaciones en relación a la enfermera Sra. Adoración, y en el escrito de impugnación del Ministerio Fiscal de 21.9.2007 al que se refiere el anterior auto en el que al referirse a la actuación de aquélla averiguando el nombre del médico de cabecera, entendió que esa actuación no era "descubrir" un secreto, toda vez que para tener acceso a lo interesado, al no tratarse de un dato privado, sino público, tiene acceso al mismo cualquier particular a través de tres formas, al ser un dato administrativo; e incluso por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma en auto de 29.11.2007 desestimando el recurso de apelación, subsidiariamente interpuesto y que confirmó el sobreesimiento de la enfermera razonando que al actuar a petición del médico, solo para obtener el dato de quien era el facultativo que atendía al Sr. Bienvenido, es un dato que oscurece el dolo propio del delito de revelación de secretos; o si, por el contrario, tal dato del médico de cabecera al formar parte de los que se contienen en la historia clínica, constituye un dato reservado que afecta a la intimidad, por lo que acceso al mismo, sin estar autorizado, está penalizado en el art. 197.2 CP. postura de la sentencia recurrida, en modo alguno ha producido indefensión al hoy recurrente, pues, siendo objeto de debate, precisamente, los distintos medios o caminos que permiten conocer el médico de Cabeceera asignado a un concreto paciente (ver otrosí cuarto del escrito de acusación de D. Bienvenido, apartado D, Documental anticipada) tuvo oportunidad de articular su defensa como hubiera considerado oportuno y alegar las eximentes o atenuantes que estimase de aplicación, posibilidad que subsistiría en esta sede casacional, por cuanto si bien es consustancial a este recurso el circunscribirse al examen de los errores legales que pudo cometer el tribunal de consustancial al enjuiciar los temas que las partes le plantearon, sin que quepa "ex novo" y "per saltum" formular alegaciones relativas a la aplicación de preceptos sustantivos no invocados, es decir, sobre cuestiones jurídicas no formalmente propuestas ni debatidas por las partes (SSTS. 1256/2002 de 4.7, 545/2003 de 15.4), la misma jurisprudencia (STS. 707/2002 de 26.4) admite dos clases de excepciones a este criterio.

En primer lugar, cuando se trate de infracciones constitucionales que puedan ocasionar materialmente indefensión. Y en segundo lugar, y sería el caso presente, cuando se trate de infracciones de preceptos penales sustantivos cuya subsanación beneficie al reo (por ejemplo la apreciación de una circunstancia eximente o atenuante) y que puedan ser apreciadas sin dificultad en el trámite casacional porque la concurrencia de todos los requisitos exigibles para la estimación de las mismas, conste en el propio relato fáctico de la sentencia im-

pugnada, independientemente de que se haya aducido o no por la defensa. Otra cosa conduciría a una injusticia manifiesta, contraria a la dignidad humana y al respeto a la persona en el ámbito procesal, porque obligaría al Juez a condenar a un inocente que no alegó el dato exculpativo o a condenar más gravemente, estando en una situación de atenuación de su responsabilidad, tan solo porque su alegación no consta en el acto del juicio, expresa o formalmente aducida por su abogado defensor.

QUINTO: El motivo tercero por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.1 LECrim. por consignar la sentencia como hechos probados conceptos que por su carácter jurídico impliquen la predeterminación del fallo. Así según el tribunal a quo "son hechos probados que el Dr. Juan Carlos, accedió y obtuvo así el dato.

Dichos accesos, producidos sin conocimiento ni autorización. Para continuar incidiendo nuevamente en que dichos accesos fueron realizados a través del programa informático, y visualizar el dato referido, bastando una simple comparación con el art. 197.2 en el que se recoge el delito por el que se condena al recurrente para que en idéntico orden se contengan los siguientes conceptos gemelos a los anteriores: sin estar autorizado, se apodere de datos, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio. Consecuente aquellas palabras y conceptos "datos", "informáticos", "sin estar autorizado", "acceso", sin los que definen y dan la esencia del logro por lo que están predeterminando el fallo.

El motivo debe ser desestimado.

El motivo por quebrantamiento de forma por consignarse en los hechos probados conceptos jurídicos que predeterminan el fallo exige para su estimación, según reiterada doctrina jurisprudencial (SSTS. 23.10.2001, 14.6.2002, 28.5.2003, 18.6.2004, 11.1.2005, 11.12.2006, 26.3.2007, 2.10.2007 y 28.11.2007):

a) Que se trate de expresiones técnico-jurídicas que definan o den nombre a la esencia del tipo aplicado.

b) Que tales expresiones sean tan sólo asequibles por regla general para los juristas y no sean compartidas en el uso del lenguaje común.

c) Que tengan valor causal respecto al fallo.

d) Que suprimidos tales conceptos jurídicos, dejen el hecho histórico sin base alguna.

El vicio sentencial denunciado no es viable -dice la STS. 401/2006 de 10.4 -, cuando el juzgador emplea expresiones en el relato fáctico que están en el lenguaje común, que no son sino meramente descriptivas,

pero no técnicas en sentido jurídico, de modo que es válido que se utilicen en la redacción de las sentencias, al conformar su relato histórico, y que desde luego, aunque las emplee el legislador también al describir los tipos penales, no por ello puede decirse que predeterminan el resultado

■

*""El recurrente conoció perfectamente lo que el Ministerio Fiscal y la acusación particular le imputaban: haber accedido al historial clínico del denunciante, sin su conocimiento y sin su autorización, sin existir entre ambos relación asistencial que lo justificara, añadiéndose por el Ministerio Fiscal que tal acceso tenía como finalidad averiguar algún antecedente médico de interés, físico o psíquico de aquél, y en base a esta acusación articuló su defensa en el sentido de que esos accesos se limitaron a conocer el nombre del médico que le atendía. La sentencia recurrida acoge precisamente su versión, esto es, no considera probado que accediera a otro dato de la historia clínica (...) que no fuera el nombre de su médico de cabecera.""*

■

correspondiente a la subsunción judicial, pues en ocasiones se convierten en imprescindibles, arrojando más claridad semántica que, si por un purismo mal entendido, se quisieran construir a base de sinónimos o locuciones equivalentes, muchas veces con aportaciones de frases retor-

cidas, fruto de un incorrecto léxico, en todo caso, poco comprensible para la ciudadanía. Como dice la Sentencia 1519/2004, de 27 de diciembre, lo que la Ley de Enjuiciamiento Criminal prohíbe por este motivo es la utilización de expresiones estrictamente técnicas que describen los tipos penales, como sería decir que el acusado dictó una resolución injusta o arbitraria (sin más descripciones) en el delito de prevaricación, o llevó a cabo un vertido contaminante (sin describir el mismo) en el delito medioambiental, por solo poner dos ejemplos.

No lo será, cuando se diga que A mató a B, en el delito de homicidio, aunque tal verbo (matar) sea precisamente el utilizado en el art. 138 del Código penal. O en palabras de la Sentencia 152/2006, de 1 de febrero, la predeterminación del fallo, como vicio impugnabile de cualquier sentencia penal, tiende a evitar que la estructura lógica del razonamiento decisorio, sustituya lo descriptivo por lo valorativo. Con su articulación se impone al órgano judicial la necesidad de una nítida separación entre el juicio histórico y el juicio jurídico, pero no hay, en el sentido propio de esta expresión, consignación de conceptos jurídicos predeterminantes, cuando se relatan unos hechos susceptibles de ser calificados como delito, pues ésta es previamente la finalidad de la premisa menor del silogismo sentencial cuando la conclusión de la sentencia es un fallo condenatorio (STS. 28.5.2002).

Por ello, en un cierto sentido los hechos probados tienen que predeterminar el fallo, pues el "factum" en cuanto es la base de la calificación jurídica de los hechos enjuiciados es lógicamente predeterminante de ésta, salvo manifiesta incongruencia, por ello debe relativizarse la vigencia de este vicio formal (SSTS. 429/2003 de 21.3, 249/2004 de 26.2, 280/2004 de 8.3, 409/2004 de 24.3, 893/2005 de 6.7). En esta dirección la STS. 7.11.2001, nos dice:

"En realidad el relato fáctico debe, en todo caso, predeterminar el fallo, pues si no fuese así, la absolución o condena carecería de imprescindible sustrato fáctico. Lo que pretende este motivo casacional no es evitar dicha predeterminación fáctica -imprescindible- sino que se suplante el relato fáctico por su significación jurídica, es decir, que se determine la subsunción no mediante un relato histórico sino mediante una valoración jurídica que se lleve indebidamente al apartado de hechos probados".

SEXTO.- Articula a continuación la parte cuatro motivos de casación por infracción de Ley, por aplicación indebida del art. 197.2, in fine del CP. alegando en síntesis que el nombre del médico de cabecera del Dr. Bienvenido era de acceso permitido al personal administrativo, enfermeras, médicos y al coordinador del Centro de Salud, por lo que el recu-

rente en su doble condición de médico del IB. Salud y Coordinador del Centro de Salud estaba autorizado a conocerlo (motivo cuarto); que el recurrente actuó en la creencia de que como médico y como coordinador del Centro de Salud estaba autorizado a conocer el nombre del médico de Dr. Bienvenido y por tanto, actuó sin dolo (motivo quinto), que el conocimiento del dato personal consistente en la identidad del médico de cabecera del Dr. Bienvenido por parte del recurrente, médico del Ib Salud y Coordinador del Centro de Salud no es un dato protegido penalmente (motivo sexto); y que toda vez que el delito se consuma tan pronto como el sujeto activo "accede" a los datos, ha de entenderse que la norma refiere la existencia de un perjuicio añadido para que la violación de la reserva integre el tipo; perjuicio añadido que no se da en el presente caso (motivo séptimo), motivos todos que en cuanto afectan a la estructura típica y requisitos del delito del art. 197.2 pueden ser analizados conjuntamente.

Siendo así debemos recordar que el art. 197.2 se encuentra ubicado en el capítulo primero "Del descubrimiento y revelación de secretos, del Título X del Libro II del Código Penal que se rotula como "Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio". En este sentido los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen garantizados por el art. 18.1 CE, forman parte de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada.

Salvaguardan estos derechos un espacio de intimidad personal y familiar que queda sustraído a intromisiones extrañas, destacando la necesaria protección frente al creciente desarrollo de los medios y procedimiento de captación, divulgación y difusión de la misma y de datos y circunstancias que pertenecen a la intimidad. Por intimidad, por tanto, se pueden entender diversos conceptos, siendo significativo a estos efectos que la terminología usada para referirse a dicho concepto varía en los distintos países, así en Italia se habla de "riservatezza", en Francia de "vie privée", en los países anglosajones de "privacy", y en Alemania de "privatsphäre", pero que vienen a coincidir en la existencia de una esfera de privacidad que cabe considerar secreto en el sentido de ser facultad de la persona su exclusión del conocimiento de terceros.

El Código actual ha hecho además especial referencia a la llamada "libertad informática, ante la necesidad de conceder a la persona facultades de control sobre sus datos en una sociedad informatizada, siguiendo las pautas de la Ley Orgánica de Regulación del tratamiento Automatizado de Datos personas (LORTAD) 5/92 de 29.10, relacionada con el Convenio del Consejo de Europa de 28.1.81, y la Directiva 95/46 del Par-

lamento de la Unión Europea relativos a la protección de tales datos y a su libre circulación. Esta segunda dimensión de la intimidad conocida como libertad informática o habeas data, encuentra su apoyo en el art. 18.4 CE, en donde taxativamente se dispone que "la Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos".

De esta proclamación se deriva su poder de acción del titular para exigir que determinados datos personales no sean conocidos, lo que supone reconocer un derecho a la autodeterminación informativa, entendido como libertad de decidir qué datos personales pueden ser obtenidos y tratados por otros. La llamada libertad informática significa, pues, el derecho a controlar el uso de los datos de carácter personal y familiar que pueden recogerse y tratarse informáticamente (habeas data); en particular -como señala la doctrina- entre otros aspectos, la capacidad del ciudadano para oponerse a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquél legítimo que justificó su obtención (SSTC. 11/98 de 13.1, 45/99 de 22.3).

Esta evolución del concepto de intimidad puede apreciarse en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional así en un primer momento la intimidad se configura como el derecho del titular a exigir la no injerencia de terceros en la esfera privada, concibiéndola pues, como un derecho de corte garantista o de defensa. En un segundo momento a partir de la STC. 134/99 de 15.7, la intimidad pasa a ser concebida como un bien jurídico que se relaciona con la libertad de acción del sujeto, con las facultades positivas de actuación para controlar la información relativa a su persona y su familia en el ámbito público: "el derecho a la intimidad garantiza al individuo un poder jurídico sobre la información relativa a una persona o a su familia, pudiendo imponer a terceros (sean estos simples particulares o poderes públicos, su voluntad de no dar a conocer dicha información, prohibiendo su difusión no consentida" (SSTC. 134/99 de 15.7 y 144/99 de 22.7). En esta dirección la STS 358/2007 de 30.4 destacó analizando el art. 197 CP, que dicho precepto contiene varias conductas en una compleja redacción y sanciona en primer lugar al que se apodere de los papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales de otra persona, al quien interceptare las comunicaciones de otro y al que utilizare artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o la imagen o de cualquier otra señal de comunicación, en todos los casos sin su consentimiento y con la finalidad de descubrir sus secretos o vulnerar su intimidad. Se trata de conductas distintas que no

precisan que el autor llegue a alcanzar la finalidad perseguida. En los dos primeros casos requiere sin embargo un acto de apoderamiento o de interceptación efectivos, mientras que en el supuesto de utilización de artificios basta con la creación del peligro que supone su empleo con las finalidades expresadas para la consumación de la infracción penal.

También sanciona a quien, sin estar autorizado, se apodere, en perjuicio de tercero, de datos reservados de carácter personal o familiar de otro, que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Así como a quien simplemente acceda a ellos por cualquier medio sin estar autorizado y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.

El bien jurídico protegido es la intimidad individual. Aunque la idea de secreto puede ser más amplia, como conocimientos solo al alcance de unos pocos, en realidad deben estar vinculados precisamente a la intimidad pues esa es la finalidad protectora del tipo. En este sentido, la STS núm. 666/2006, de 19 de junio, en la que se dice que "la idea de secreto en el art. 197, 1º CP resulta conceptualmente indisociable de la de intimidad: ese "ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás" (SSTC 73/1982 y 57/1994 entre muchas)". Así se desprende de la ubicación del precepto en el Título dedicado a los delitos contra la intimidad, y es coherente con su propia redacción, pues en el primer apartado relaciona los papeles, cartas o mensajes de correo electrónico con otros documentos o efectos personales.

Y en el segundo apartado se refiere a datos reservados de carácter personal o familiar. En relación a la conducta enjuiciada, interesa resaltar que el tipo objetivo requiere solamente un acto de apoderamiento, sin necesidad de que el autor llegue a descubrir los secretos o vulnerar la intimidad en el primer caso, y en el mero acceso de los datos protegidos en el segundo. El tipo subjetivo exige, sin embargo, aquella finalidad, junto con el dolo en el acto de apoderamiento o de acceso.

Centrándonos en el análisis de los delitos recogidos en el segundo apartado del art. 197, éstos tienen un sentido claramente distinto a los recogidos en el apartado primero: ya que las conductas afectan a datos que no están en la esfera de custodia del titular, sino en bancos de datos y pueden causar perjuicios a terceros distintos del propio sujeto al que se refiere la información concernida. Un sector doctrinal considera que en el art. 197.2 se protegen, en realidad, dos bienes jurídicos. Por una parte, la intimidad del sujeto pasivo, en relación con las conductas de apode-

rarse, acceder y utilizar los datos. Por otra parte, la integridad de los datos, en relación con los comportamientos de modificar o alterar. Distinción, no obstante, relativa por el hecho de quien pretende modificar o alterar, primero debe acceder, con lo que se habría lesionado también la intimidad en estas modalidades de conducta.

Consecuentemente, como ya hemos indicado, lo que se protege en este apartado segundo es la libertad informática entendida como derecho del ciudadano a controlar la información personal y familiar que se encuentra recogida en ficheros de datos, lo que constituye una dimensión positiva de la intimidad que constituye el bien jurídico protegido. Según el art. 3 a) de la Ley Orgánica 15/99 de 13.12, de Protección de Datos de Carácter Personal (LPDP) dato de carácter personal es "cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables. No se define, sin embargo, qué datos son reservados, ni siquiera se utiliza la denominación de datos de carácter familiar.

Advierte la doctrina que el calificativo de reservado carece en absoluto de sentido, debiendo descartarse -como después se analizará más extensamente- la tesis de que la protección penal haya de limitarse a solo cierto tipo de datos personales de mayor relevancia, con exclusión de otros, cuya protección quedaría reservada al ámbito administrativo.

Prueba de que ello no es así lo proporciona el apartado 5º que agrava la pena que corresponde a las conductas realizadas sobre esos datos de especial relieve, lo que evidencia que los demás están incluidos dentro del apartado 2. Por ello en el sentido del tipo el entendimiento más adecuado del carácter reservado de los datos es considerar que son tales los que no son susceptibles de ser conocidos por cualquiera. El precepto insiste en ello al aclarar por partida doble que el delito lo comete el que accede a los datos o los utiliza "sin estar autorizado", evidencia de que no son datos al alcance de cualquiera. Los datos, además, ha de estar "recogidos (registrados) en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado.

Fichero es todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso (art. 3 b. LPDP). En el sentido del art. 197.2 debe exigirse que se trate de un conjunto organizado de información relativa a una generalidad de personas. Dado el carácter reservado de los datos, los ficheros o registros han de ser de acceso y utilización limitada a personas concretas y con finalidades específicas, siendo indiferente, su naturaleza: personal,

académica o laboral, médica, económica, etc... Se trata, en realidad de informaciones de carácter personal relacionadas más con la privacidad que con la intimidad. No tienen por qué ser informativos, porque se acoge también a cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Las conductas van dirigidas a datos que se hallen registrados, es decir a bancos de datos preexistentes, entendiéndose por la doctrina que no es típica la creación clandestina de bancos de datos, que queda en el ámbito administrativo sancionador. Se apodere se ha interpretado por un sector doctrinal en sentido estricto como el apoderamiento que precisan los delitos contra el patrimonio.

Otro sector se inclina por una interpretación más amplia, comprendiendo los supuestos en que se copian los datos, dejando intactos los originales o simplemente se capta, se aprehende, el contenido de la información, acepción en la que "apoderarse" resultaría equivalente a acceder al dato que se castiga también en el inciso final. Utilizar es usar sin apoderarse de ellos. Modificar es alterar los mismos, tanto si se trata de mejorar como de perjudicar la situación del sujeto al que afectan. Las conductas tienen que producirse sin estar autorizado para acceder, manipular o modificar el banco de datos y realizarse en perjuicio de tercero, tercero que puede ser distinto al titular de los datos produciéndose una triple implicación de sujetos (sujeto activo, titular de los datos y eventual perjudicado) que responde, a la idea de que el titular de los datos no puede ser sujeto activo del delito porque él es el sujeto pasivo, dado que lo tutelado es su intimidad.

SÉPTIMO.- En el caso que analizamos el recurrente cuestiona la concurrencia de estos elementos. En primer lugar entiende que dada su doble condición de médico del IB-Salud y de Coordinador del Centro de Salud de la localidad de Artá tenía derecho a acceder al dato del médico de cabecera.

Ciertamente el art. 4 del RD. 137/84 de 11.1, sobre estructura básica de salud regula específicamente las funciones del Coordinador médico disponiendo que "el personal del Equipo de Atención Primaria dependerá funcionalmente de un coordinador médico, el cual, sin perjuicio de desempeñar sus propias actividades, realizan las actividades específicas propias de su cargo, entre las cuales figurarán las de relación con los demás Servicios e Instituciones Sanitarias y con la población".

2) El nombramiento, que en todo caso será por tiempo definido, recaerá sobre uno de los componentes del equipo de atención primaria.

3) El coordinador médico armonizará los criterios organizativos del conjunto de profesionales sanitarios, y no sanitarios tengan éstos vincula-

ción estatutaria o funcional por su pertenencia a los Cuerpos Técnicos del Estado al Servicio de la Sanidad Local.

Dicho art. 4 en relación con el art. 3.3h) de la citada norma considera que los Equipos de Atención Primaria son elementos organizativos de carácter y estructura jerarquizados, bajo la dirección de un Coordinador Médico. Relacionando ambos preceptos argumenta el recurrente que en el contexto del Centro de Salud, el coordinador estaba autorizado a conocer el dato administrativo de quien era el médico de cabecera de un médico, que estaba bajo su dirección y subordinado a él invocando al efecto el art. 8 de la LO. 15/99 de Protección de datos de carácter personal (" Datos relativos a la salud. Sin perjuicio de lo que se dispone en su art. 11 respecto de la cesión, las instituciones y los centros sanitarios públicos y privados y los profesionales correspondientes podrán proceder al tratamiento de los datos de carácter personal relativos a la salud de las personas que a ellos acudan o hayan de ser tratados en los mismos, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación estatal o autonómica sobre sanidad"), y el art. 16.5 de Ley 41/2002, reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (" usos de la historia clínica:

5. El personal sanitario debidamente acreditado que ejerza funciones de inspección, evaluación, acreditación y planificación, tiene acceso a las historias clínicas en el cumplimiento de sus funciones de comprobación de la calidad de la asistencia, el respeto de los derechos del paciente o cualquier otra obligación del Centro en relación con los pacientes y usuarios o la propia Administración sanitaria"). El motivo equivoca el planteamiento de la cuestión debatida. Una cosa es que el recurrente en su condición de coordinador pudiera estar autorizado a conocer el nombre del médico de cabecera, en el cumplimiento de las funciones a que se refiere el citado art. 16.5 y otra muy distinta es que, sin expediente incoado ni denuncia alguna, acceda a este dato de la forma en que lo hizo: introduciendo en la agenda de sus pacientes el nombre del denunciante, que no era paciente suyo, esto es, con una utilización incorrecta del programa informático de que disponía.

OCTAVO.- En relación a que el Sr. Juan Carlos actuó en la creencia de que como médico y como coordinador del Centro de Salud estaba autorizado a conocer el nombre del médico de Dr. Bienvenido y por tanto, actuó sin dolo, sin que el Tribunal explique ni motive el camino argumental para declarar probado que su ánimo fue doloso (motivo quinto) es necesario recordar que los juicios de valor sobre intenciones y los elementos subjetivos del delito pertenecen a

la esfera del sujeto, y salvo confesión del acusado en tal sentido, solo pueden ser perceptibles mediante juicio inductivo a partir de datos objetivos y materiales probados (STS. 22.5.2001). En esta dirección la STS. 1003/2006 de 19.10, considera juicios de inferencia las proposiciones en que se afirma o eventualmente se niega, la concurrencia de un hecho subjetivo, es decir de un hecho de conciencia que, por su propia naturaleza no es perceptible u observable de manera inmediata o directa.

Esta conclusión -se afirma en las SSTs. 120/2008 de 27.2 y 778/2007 de 9.10, debe deducirse de datos externos y objetivos que consten en el relato fáctico y aun cuando el propio juicio de inferencia se incluya también en el relato fáctico como hecho subjetivo es revisable en casación tanto por la vía de la presunción de inocencia, art. 852 LECrim. en relación con el art. 5.4 LOPJ., como por la del art. 849.1 LECrim., por cuanto el relato de hechos probados de una sentencia es vinculante cuando expresa hechos, acontecimientos o sucesos, pero no cuando contiene juicios de inferencia, que puedan ser revisados vía recurso, siempre que se aporten elementos que pongan de relieve la falta de lógica y racionalidad del juicio, en relación con los datos objetivos acreditados (SSTs. 30.10.95, 31.5.99).

Por tanto, los juicios de valor no son hechos en sentido estricto y no son datos aprehensibles por los sentidos, si bien son revisables en casación por el cauce procesal del art. 849.1 LECrim, y ello supone que el elemento subjetivo expresado en el hecho probado pertenece a la tipicidad penal y supone una actividad lógica o juicio de inferencia porque como lo subjetivo y personal aparece escondido en los pliegues de la conciencia, puede ser inducido únicamente por datos externos, concluyentes y suficientemente probados en la causa (SSTs. 151/2005 de 27.12, 394/94 de 23.2). Ahora bien lo que realmente se alega en el motivo es la concurrencia de un error de prohibición (creencia de que estaba el recurrente actuando lícitamente).

El error de prohibición constituye el reverso de la conciencia de la antijuricidad como elemento constitutivo de la culpabilidad y exige que el autor de la infracción penal ignore que su conducta es contraria a Derecho o, expresado de otro modo, que actúe en la creencia de estar obrando lícitamente, como decía el texto del anterior artículo 6 bis a) en su párrafo 3º, o como del modo aún más expresivo podemos leer ahora en el mismo párrafo del vigente artículo 14 "error sobre la licitud del hecho constitutivo de la infracción penal". Sólo hay un error de esta clase cuando se cree obrar conforme a Derecho, sin que tenga nada que ver con esto el caso en que el autor del delito piense que la infracción cometida es más leve de como en realidad la san-

ción la Ley Penal. Únicamente se excluye (o atenúa) la responsabilidad criminal por error de prohibición cuando se cree obrar conforme a Derecho, no cuando hay una equivocación sobre cuál sea la sanción jurídica que se puede derivar de la propia conducta.... Conviene añadir, además, que el error de prohibición no puede confundirse con el caso en que exista en el sujeto una situación de duda, como ha señalado la referida sentencia de 14 de noviembre de 1997, núm. 1141/1997.

La duda es incompatible con el concepto de creencia errónea. La creencia para que sea propiamente tal ha de ser firme, es decir, sin duda al respecto (véase el Diccionario de la Real Academia de la Lengua). Hay que considerar que existe suficiente conciencia de la antijuricidad cuando el autor duda y pese a tal duda se decide a actuar mediante la conducta delictiva. Este conocimiento eventual del injusto es un concepto paralelo al del dolo eventual: en estos casos hay culpabilidad del mismo modo que en los casos de dolo eventual hay dolo.

En este sentido la STS. 698/2006 de 26.6, precisa que para excluir el error no se requiere que el agente tenga seguridad respecto de un proceder antijurídico, pues basta con que tenga bien determinante comprobar las circunstancias concurrentes, como la específica preparación y profesionalidad del sujeto y lo que le es exigible en el marco de su actuación. en el mismo sentido habrá de ponderarse si al sujeto le era imposible llevar a cabo una comprobación más eficiente de la situación fáctica concurrente, lo mismo en sentencia 181/2007 de 7.3, insistiendo en que "la duda es incompatible con el concepto de creencia errónea" o cuando "se pone en situación de ignorancia deliberada, sin querer saber aquello que puede y debe saber" (STS. 126/2007 de 5.2). Por ello para que el error comporte la exención de la responsabilidad criminal es esencial que sea probado por quien lo alega (SSTs. 280/98 de 20.2 y 22.3.2001) y como se dice en las SS. 1171/97 de 29.9 y 302/2003 de 27.2:

a) Queda excluido el error si el agente tiene normal conciencia de la antijuricidad o al menos sospecha de lo que es un proceder contrario a Derecho (Sentencia de 29 noviembre 1994), de la misma manera y en otras palabras (Sentencia de 16 marzo 1994), que basta con que se tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuricidad no la seguridad absoluta del proceder incorrecto.

b) No es permisible la invocación del error en aquellas infracciones cuya ilicitud es notoriamente evidente, la STS. 11.3.96, afirma que no cabe invocarlo cuando se utilizan vías de hechos desautorizadas por el Ordenamiento Jurídico que a todo el mundo le consta están prohibidas pues su ilicitud es notoriamente evi-

dente. La apreciación del error de prohibición no puede basarse solamente en las declaraciones del propio sujeto (STS. 1145/2006 de 23.11), sino que precisa de otros elementos que les sirvan de apoyo y permitan sostener desde un punto de vista objetivo, la existencia del error. El análisis debe efectuarse sobre el caso concreto, tomando en consideración las condiciones del sujeto en relación con las del que podría considerarse hombre medio, combinando así los criterios subjetivo y objetivo, y ha de partir necesariamente de la naturaleza del delito que se afirma cometido, pues no cabe invocar el error cuando el delito se comete mediante la ejecución de una conducta cuya ilicitud es de común conocimiento.

En el caso presente, en cuanto a la conciencia de la ilicitud el propio método utilizado para acceder al dato de la identidad del médico por un procedimiento de acceso subrepticio, cuando según el propio recurrente había otros de acceso semipúblico, revela el conocimiento de la antijuricidad de su conducta y la concurrencia del dolo en su proceder, dolo que no debe confundirse con el móvil, pues en tanto que el primero es único e inmediato, el segundo es plural y mediato (amistad, afinidad ideológica, motivos profesionales etc...) de modo que mientras no se incorpore el móvil o animo especial al tipo del injusto (animo de lucro, por ejemplo, en los delitos patrimoniales que lo exigen) no tendrá ningún poderío destipificador y solo podrá moverse en el ámbito de las atenuantes o agravantes genéricas o específicas, que se recojan (SSTS. 2.2.87, 390/97 de 25.3, 1688/99 de 1.12, 474/2005 de 17.3).

NOVENO.- En cuanto a la infracción denunciada en el motivo sexto cual es que el dato personal consistente en la identidad del médico de cabecera del Dr. Bienvenido por parte del recurrente, médico del Ib-Salud y Coordinador del Centro de Salud, no es un dato protegido penalmente, es necesario realizar unas consideraciones previas, tal como precisó la STS. 1461/2001 de 11.7:

a) En principio, todos los datos personales automatizados, son "sensibles" porque la Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento de Datos Personales (LORTAD) 5/92 de 29.10, no distingue a la hora de ofrecerles protección (véase art. 2.1º y 3º de dicha Ley). Datos en principio, inocuos al informatizarlos, pueden ser objeto de manipulación, permitiendo la obtención de información. No existen, por consiguiente, datos personales automatizados reservados y no reservados, por lo que debe interpretarse que todos los datos personales automatizados quedan protegidos por la comunicación punitiva del art. 197.2 CP.

b) Tampoco hacen distinción alguna, ni la Ley vigente de Protección

de Datos Personales, LO. 15/99 de 13.12, que ha sustituido a la LORTAD, ni la Directiva 95/46 de la Unión Europea, ni el Convenio del Consejo de Europa, en la propia LORTAD.

c) No es posible, a su vez, interpretar que "los datos reservados" son únicamente lo más sensibles, comprendidos en el "núcleo duro de la privacidad", (v.g. ideología, creencias, etc.) para quedar los no reservados en el grupo de los sancionables administrativamente, por cuanto dicho enfoque hermenéutico chocaría con una interpretación sistemática del art. 197 CP, ya que si en él se prevé un tipo agravado para esta clase de datos (numero 5) "a sensu contrario" los datos tutelados en el tipo básico, serían los no especialmente protegidos (o "no reservados") en la terminología de la Ley. En consecuencia y en línea de principio, no importa la trascendencia e importancia objetiva de los datos personales y familiares.

No cabe, pues, diferenciar a efectos de protección entre datos o elementos "objetivamente" relevantes para la intimidad que serían los únicos susceptibles de protección penal y datos "inocuos" cuya escasa significación los situaría directamente fuera de la intimidad penalmente protegida. En esta dirección la STS. 725/2004 de 11.6 nos dice que el art. 197. 2 CP no hace distinciones respecto del objeto de la acción que tengan fundamento en normas no penales y se refiere a "datos reservados de carácter personal o familiar" registrados en soportes informáticos, electrónicos o telemáticos de archivos o registros públicos o privados. Es decir, que el legislador ha querido alcanzar todos los datos de estas características porque, indudablemente, todos son merecedores de protección penal.

Ahora bien si debe exigirse que los datos o información pertenezcan al ámbito privado y personal o familiar del sujeto. La STS. 358/2007 de 30.4, recordó que aunque en el segundo apartado del art. 197 se refiere a datos reservados de carácter personal o familiar, no siendo preciso que pertenezcan al núcleo duro de la privacidad, pues de ser así se aplicaría la agravación del apartado quinto del artículo 197, si es necesario que afecten a la intimidad personal. Hay que distinguir entre la irrelevancia "objetiva" del contenido e importancia de la información para que la protección penal opere en el caso de datos de carácter personal o familiar, a que se refiere el art. 197.2, que, desde el punto de vista sustancial y aisladamente considerados, son generalmente inocuos; y la necesaria equiparación que debe establecerse entre "secreto" y "reservados" a efectos de la intimidad personal y familiar. En efecto de una interpretación teleológica y sistemática se debe concluir que el término "reservados" que utiliza el Código hay que

entenderlo como "Secretos" o "no públicos", parificándose de este modo el concepto con el art. 197.1 CP. Secreto será lo desconocido u oculto, refiriéndose a todo conocimiento reservado que el sujeto activo no conozca o no esté seguro de conocer y que el sujeto pasivo no desea que se conozca.

DÉCIMO.- En el caso actual, según los hechos probados, el único dato que el acusado obtuvo con uso inadecuado del programa informático de consulta clínica, fue el relativo al nombre del médico de cabecera del también médico del mismo Centro Bienvenido, no estando debidamente acreditado que, además accediera a algún otro dato de su historia clínica. Resulta evidente que toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley, formando parte de su derecho a la intimidad (art. 7.1 Ley 41/2002 de 14.11, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica).

La historia clínica definida en el art. 3 de esta ley como el conjunto de documentos que contienen los datos, valoraciones e informaciones de cualquier índole sobre la situación y la evolución clínica de un paciente a lo largo del proceso asistencial, estaría comprendida en ese derecho a la intimidad, pero aunque en el capítulo V historia clínica, en el art. 14 relativo a la definición y archivo de la historia clínica se señala que ésta comprende el conjunto de los documentos relativos a los procesos asistenciales de cada paciente, con la identificación de los médicos y de los demás profesionales que han intervenido en ellos, con objeto de obtener la máxima integración posible de la documentación clínica de cada paciente, al menos en el ámbito de cada Centro, lo cierto es que el art. 15 relativo al contenido de la historia clínica de cada paciente, en el apartado 2 al especificar su contenido mínimo, en los dieciséis datos que enumera no se refiere al nombre del facultativo, dato, por tanto, que aunque pudiera referirse a la intimidad personal, no puede entenderse secreto o reservado de los efectos del tipo del art. 197.2 CP., al tener la posibilidad de acceso al mismo cualquier persona a través de las formas que la propia acusación particular señaló en su escrito de conclusiones: a través del personal administrativo de cada Centro de Salud o Punto de Atención Continuada con consulta de la hoja de datos administrativos de cada paciente; llamando al servicio de cita previa ("call center") al numero 902079079 y/o contactando con los servicios de la Tarjeta Sanitaria de la Gerencia de atención Primaria. Consecuentemente la propia Administración Sanitaria considera que no se debe proteger como dato accesible y privado el nombre del médico de ca-

becera, siendo un dato totalmente inocuo dentro del historial clínico del paciente, no pudiendo equipararse el acceso al conocimiento de un dato médico como puede ser el conocimiento de una enfermedad -máxime si es psíquica- con el acceso a un dato meramente administrativo.

Siendo así no resulta aplicable la propia jurisprudencia recogida en la sentencia recurrida (SSTS. 18.2.99, 11.7.2001, 2.12.2004, 29.9.2005 y 18.11.2005), el dato del médico de cabecera no es un dato que el hombre medio de nuestra cultura considera "sensible" por ser inherente al ámbito de su intimidad más estricta, dicho de otro modo, un dato perteneciente al reducto de los que, normalmente, se pretende no trasciendan fuera de la esfera en que se desenvuelve la privacidad de la persona y de su núcleo familiar, pues es un dato de conocimiento público, al menos potencial -y no inherente a la intimidad, dato administrativo al alcance de todos los empleados del Centro- y no se trata de un dato personal secreto como "ámbito propio y reservado" frente a la acción y conocimiento de los demás (SSTC. 73/82, 57/94). En este punto debe resaltarse como la propia sentencia (FJ. Tercero apartado III) destaca como el Dr. Jesús Manuel ha afirmado que todo el mundo en el Centro de Salud (y no ha excluido al acusado) conocía que él era el médico de cabecera del Dr. Bienvenido (afirmación que ha de ponerse en relación con otra, hecha por el propio Dr. Bienvenido, relativa en una ocasión, tuvo un proceso de baja por un cuadro banal y su médico, que era el Dr. Jesús Manuel, le extendió la baja, la cual, debió entregar al coordinador del Centro -el acusado- lo que evidenciaría que éste tuvo conocimiento de quien era su médico).

Consecuentemente, la cuestión no reviste carácter penal, y en todo caso no quiere decir, que tal conducta no puede ser objeto de acción en el ámbito administrativo sancionador, que parece el cauce procesal idóneo para solucionar este tipo de conflictos, respetando el principio de mínima intervención inherente al Estado Social y Democrático del Derecho (art. 1.1 CE.) en el que la respuesta penal constituye la "ultima ratio" del Derecho (ATS. 11.2.2009).

DÉCIMO.- El motivo por lo razonado debe ser estimado con la consiguiente absolución del recurrente, máxime cuando -como indica en el motivo séptimo, al amparo del art. 849.1 LECrim. por aplicación indebida del art. 197.2 CP. éste artículo, en su inciso final preceptúa, según jurisprudencia de esta Sala, que el acceso a datos reservados debe hacerse en perjuicio del titular de los datos, perjuicio añadido al acceso que no se da en el presente caso. Aun cuando la prosperabilidad del motivo precedente haría innecesario el estudio de la cuestión planteada, dado el contenido de la impugnación

del Ministerio Fiscal y la jurisprudencia en cierto punto equivoca sobre este extremo, se entiende conveniente analizar el sentido y alcance de la expresión “en perjuicio de un tercero” del inciso primero del art. 197.2, y “en perjuicio del titular de los datos o de un tercero” de su inciso final. Un sector doctrinal considera que “en perjuicio” es un elemento subjetivo del injusto, de manera que el propósito de perjudicar a otro debe presidir el apoderamiento, la utilización o modificación de los datos.

El inconveniente que tiene esta postura es que aunque anticipa el momento de la intervención penal -pues la consumación ya no tiene que esperar a la efectiva producción de resultado alguno-, a la vez limita el ámbito de lo punible, pues solo los comportamientos que vayan presididos de esa particular intención resultan típicos. Por ello otro sector de opinión estima que el “en perjuicio de tercero” no debe ser interpretado como un elemento subjetivo del injusto, sino como el resultado de la conducta, causalmente añadido a la simple utilización, modificación o al apoderamiento de los datos.

Esta es la línea que siguió esta Sala en la STS. 234/99 de 18.2, al matizar que parece razonable que no todos los datos reservados de carácter personal o familiar puedan ser objeto del delito contra la libertad informática, puesto que, precisamente porque el delito se consuma tan pronto el sujeto activo “accede” a los datos, esto es, tan pronto los conoce y tiene a su disposición (...), es por lo que debe entenderse que la norma requiere la existencia de un perjuicio añadido para que la violación de la reserva integre el tipo, un perjuicio que puede afectar, como hemos visto, al titular de los datos o a un tercero, perjuicio que se produce siempre que se trata de un dato considerado “sensible” por ser inherente al ámbito de su intimidad más estricta. Es cierto que esta postura ha sido objeto de críticas al limitar los datos que causan un perjuicio apreciable a los datos “sensibles”, los de mayor relevancia para la intimidad y ha sido matizada en otras posteriores, como la 1461/2001 de 11.7, que a la pregunta de si la expresión de tercero debe interpretarse como un plus en la lesión del bien jurídico protegido, entendió que existían argumentos para responder negativamente:

a) Si el ámbito de la intimidad protegida se restringe mucho, se produce el efecto de asimilar el perjuicio a la parte más básica de la intimidad (“núcleo duro de la privacidad”): salud, ideología, vida sexual, creencias, etc. que ya se castiga como subtipo agravado en el art. 197.5, lo que conllevaría la inaplicación del art. 197.2.

b) De la sentencia 18.2.99, parece colegirse que ese posible mayor perjuicio proviene y se traduce en el

desvelamiento de un dato personal o familiar, exclusivamente.

c) La conducta se consuma, sin necesidad de que un ulterior perjuicio se produzca como textualmente exprese las tantas veces referida sentencia de esta Sala.

d) Derivada de la anterior afirmación hemos de entender que sí el perjuicio se materializa habría que acudir a un concurso medial de infracciones penales.

e) El precepto analizado tutela o protege exclusivamente la intimidad y no contempla con tal previsión penal la lesión de otros bienes jurídicos. En realidad se trata de poner freno a los abusos informáticos contra la intimidad, es decir, contra aquellas manifestaciones de la personalidad individual o familiar cuyo conocimiento queda reservado a su titular.

f) En una interpretación sistemática, si quisiéramos establecer una simetría con las descripciones típicas contenidas en el art. 197.1 y referidas al aspecto subjetivo del tipo, advertiríamos que en esta figura delictiva, la acción típica se dirige “a descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro”, que en cierto modo estaría sustituida por la frase “en perjuicio de otro”, contenida en el tipo penal previsto en el art. 197.2, habida cuenta de que ambas infracciones penales, tratan de proteger idénticos bienes jurídicos.

g) Asimismo la STS. 123/2009 de 3.2 -citada por el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación al recurso- al analizar el hecho del “acceso” que se ubica en la modalidad básica del art. 197.2, indica que ésta modalidad básica incluye, a su vez, tres figuras diversas:

1ª Apoderamiento, utilización o modificación de datos.

2ª El mero acceso.

3ª La alteración o utilización.

h) Pues bien, por difícil que resulta comprenderlo, las modalidades 1ª y 2ª exigen que el sujeto actúe en perjuicio de tercero, la 3ª que se haga en perjuicio de tercero o del titular del dato, y lo que aquí es relevante, en la 2ª no se exige perjuicio alguno...

Baste advertir que el supuesto típico imputado -mero acceso-, es decir la modalidad 2ª, no exige tal perjuicio de tercero. El perjuicio de tercero es presupuesto de las otras modalidades típicas del apartado 2º del art. 197 CP. constituido por la conducta de “apoderarse, utiliza o modificar” y la de “alterar o utilizar” los datos a los que nos venimos refiriendo. Es decir reservados y de carácter personal o familiar existente en los ficheros o archivos allí indicados. Pero cuando la conducta típica es la des-

crita en la primera parte del inciso segundo del mismo apartado 2º del citado art. 197 CP. es decir el acceso a los datos por cualquier medio, no exige el perjuicio del tercero. Pues bien creemos que es necesario realizar una interpretación integradora en el sentido de que como en el inciso primero, se castigan idénticos comportamientos objetivos que el inciso 2º (apoderarse, utilice, modifique) no tendría sentido de que en el mero acceso no se exija perjuicio alguno y en conductas que precisan ese previo acceso añadiendo otros comportamientos, se exija ese perjuicio, cuando tales conductas ya serían punibles -y con la misma pena- en el inciso segundo.

La solución sería -partiendo de que en el término “tercero” debe incluirse el afectado, en su intimidad, sujeto pasivo, al que esencialmente se refiere el tipo- entender que los apoderamientos, accesos, utilizaciones o modificaciones de datos de carácter personal, realizadas en perjuicio de tercero se incluirían en el inciso inicial del art. 197.2, y en cambio, en el inciso segundo deberían ser subsumidas las conductas de acceso en perjuicio del titular de los datos.

Y en cuanto a la distinción entre datos “sensibles” y los que no lo son, debe hacerse en el sentido de que los primeros son por sí mismos capaces para producir el perjuicio típico, por lo que el acceso a los mismos, su apoderamiento o divulgación, poniéndolos al descubierto comporta ya ese daño a su derecho a mantenerlos secretos u ocultos (intimidad) integrando el “perjuicio” exigido, mientras que en los datos “no sensibles”, no es que no tengan virtualidad lesiva suficiente para provocar o producir el perjuicio, sino que debería acreditarse su efectiva concurrencia y en el caso presente, no se ha acreditado -ni se ha articulado prueba en este sentido- de que el acceso por parte del recurrente al nombre del médico cabecera -dato administrativo, y en principio, inocuo- del Dr. Bienvenido haya ocasionado perjuicio a éste como titular de al dato.

UNDÉCIMO.- Estimándose el recurso las costas se declaran de oficio.

#### FALLO

Que con estimación de los motivos sexto y séptimo por infracción de Ley, debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación, interpuesto por Juan Carlos, contra sentencia de 11 de febrero de 2009, dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Primera, en causa seguida por delito continuado de acceso a datos reservados de carácter personal, y en su virtud casamos y anulamos referida resolución dictando nueva sentencia, más conforme a derecho, con declaración de oficio de las costas del recurso. Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dic-

ta al Tribunal Sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

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

#### SEGUNDA SENTENCIA

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

En la causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Manacor, y fallada posteriormente por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca; y que fue seguida por un delito continuado de acceso a datos reservados de carácter personal, contra Juan Carlos, con DNI. núm.000, mayor de edad, nacido el día 9.2.53, sin antecedentes penales, no privado de libertad por esta causa; la Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gomez de la Torre, hace constar los siguientes:

#### ANTECEDENTES

Se aceptan los de la sentencia recurrida incluidos los hechos probados.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Tal como se ha razonado en los Fundamentos Jurídicos sexto, noveno, décimo y undécimo de la sentencia precedente, los hechos probados no constituyen el delito del art. 197.2 CP.

#### FALLO

Que debemos absolver y absolvemos al acusado Juan Carlos del delito continuado de acceso a datos reservados de carácter personal por el que viene siendo condenado, declarando de oficio las costas.

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

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



2010/26506

TS Sala 4ª, Sentencia 10 febrero 2010. Ponente: D. Juan Francisco García Sánchez

Aún existiendo trabajadores en la misma situación a los que sí se les reconoció

## Denegación de fijeza a personal laboral al margen de los procesos de selección

*Recorre en casación para la unificación de doctrina la actora, personal laboral del Ayuntamiento de Madrid, contra sentencia que le denegó la fijeza reclamada.*

*El TS desestima el recurso pues entiende que pretender obtener la condición de fija por el mero hecho de haber sido contratada temporalmente durante un período de tiempo o por tener reconocida la condición de trabajadora indefinida, vulnera las normas y los principios a los que está sometido el acceso al empleo público, ya que el puesto de trabajo afectado se cubriría sin respetar la igualdad de acceso de todos los ciudadanos y sin aplicar las reglas de selección en función del mérito y la capacidad. Añade la Sala, que el hecho de que el organismo demandado haya aplicado este criterio en otros casos reconociendo como fijos a trabajadores en la misma situación, no justificaría la admisión de la pretensión sino que, si ello perjudica a la recurrente o a otros interesados, la solución es la impugnación de esas decisiones, no su generalización a otros supuestos en contra de la Constitución y las leyes.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La actora en el proceso de origen presta servicios en el Ayuntamiento de Madrid con categoría de Licenciada en Educación Física, y procede del extinguido Instituto Municipal de Deportes, en el que había prestado servicios como interina desde el 14 de diciembre de 1995 hasta el 20 del mismo mes y año, y desde el 1 de agosto de 1996 hasta la extinción del mencionado Instituto.

En la demanda que inicia las presentes actuaciones la trabajadora solicita que se declare su condición de empleada laboral fija en virtud de lo previsto en Acuerdo sobre condiciones económicas y de empleo del personal laboral al servicio del Ayuntamiento de Madrid y sus Organismos Autónomos de 26 de julio de 2005 en relación con el Acuerdo de la Comisión Permanente de Consolidación de 16 de febrero de 2006. La sentencia de instancia estimó la demanda, pero su decisión fue revocada en sede de suplicación por la Sentencia dictada el día 13 de abril de 2009 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que acordó en definitiva rechazar la pretensión.

Contra este último pronunciamiento recurre la actora, aportando como

Sentencia contradictoria la dictada por la misma Sala de lo Social de Madrid de 13 de octubre de 2008, que declaró fija a una trabajadora también procedente del Instituto Municipal de Deportes, a la que se le había reconocido por sentencia -luego revocada en suplicación- la condición de indefinida. La sentencia de contraste confirma el fallo estimatorio de instancia, aplicando el Acuerdo de la Comisión Permanente de Consolidación de Empleo Temporal de 16 de febrero de 2006. La parte recurrida objeta que no hay contradicción, porque la sentencia de contraste no ha resuelto sobre la aplicación del Acuerdo de 16 de febrero de 2006, sino sobre el acuerdo de 17 de marzo de 2006, que establece la posposición del proceso de consolidación para el personal procedente de los organismos autónomos. La objeción no puede aceptarse, porque ambas cuestiones están relacionadas y para excluir la aplicación del acuerdo de 17 de marzo de 2006, denominado de consolidación monográfica del Instituto Municipal de Deportes, la sentencia de contraste establece precisamente que a la actora de aquel proceso le es aplicable el acuerdo de 10 de febrero de 2006, lo que niega la sentencia recurrida a una trabajadora que se encuentra en la misma situación.

Así pues, la contradicción debe estimarse, por lo que hay que entrar a

examinar la infracción que se denuncia del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el artículo 3.1.b) del mismo texto legal, alegando que el Acuerdo sobre condiciones económicas y de empleo del personal laboral al servicio del Ayuntamiento de Madrid y sus Organismos Autónomos de 26 de julio de 2005 resulta aplicable a la actora, porque en julio de 2005 era ya empleada del Ayuntamiento, como consecuencia de la subrogación que se produce con respecto al personal procedente del Instituto Municipal de Deportes en virtud del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, aparte de que el mencionado acuerdo era también aplicable a los organismos autónomos de la entidad demandada.

SEGUNDO.- La doctrina en la materia ya ha sido unificada por nuestra Sentencia de 14 de diciembre de 2009 (rec. 1654/09), a cuya fundamentación "in extenso" nos remitimos, debiendo seguir ahora el mismo criterio, por elementales razones de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación de la ley (arts. 9.3 y 14 de la Constitución española).

Se razona en su 4º fundamento que... el acceso al empleo público está sometido a los principios de igualdad, mérito y capacidad, como se desprende de los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución y estos principios son aplicables tanto en el marco del acceso a los puestos de funcionarios, como en el que corresponde al empleo laboral estable, como muestra la regulación contenida en la actualidad en el artículo 55.1 del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), aprobado por Ley 7/2007, a tenor del cual "todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y de acuerdo con lo previsto en el presente Estatuto y en el resto del ordenamiento jurídico", sin que la remisión que el artículo 83 realiza a los convenios colectivos lleve a conclusión contraria, pues lo que se autoriza a éstos es a concretar los procedimientos de selección que garanticen la aplicación de esos principios en el ámbito del empleo público laboral, pero no a establecer formas de reclutamiento de personal que contraríen las exigencias constitucionales de igualdad, capacidad y mérito, pues tanto el número 1 del artículo 55 como su número 2, sobre los principios de los procesos de selección, son aplicables a todo el empleo público, como por lo demás puede verse en la regulación de la selección del personal laboral en los artículos 28 a 33 del Real Decreto 364/1995, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración General del Estado. El mismo criterio regía con anterioridad a la entrada en vigor del EBEP, pues, de conformidad con el artículo 19.1 de la Ley 30/1984, "las Administraciones Públicas seleccionarán su personal, ya sea funcionario, ya sea laboral, de

acuerdo con la oferta pública mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre, en los que se garanticen en todo caso los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad". A estos principios se remite también el artículo 91.2 de la Ley 7/1985, reguladora de las bases del régimen local, a tenor del cual la selección de todo el personal de las Corporaciones Locales "sea funcionario o laboral, debe realizarse de acuerdo con la oferta de empleo público, mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre en los que se garanticen, en todo caso, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad".

Y más adelante -aunque en el propio fundamento- se añade: Pues bien, es evidente que si se otorga la condición de fijo por el mero hecho de haber sido contratado temporalmente por un determinado periodo de tiempo o por tener reconocida, a partir de octubre de 1996, la condición de trabajador indefinido se están vulnerando las normas y los principios de referencia, pues los puestos de trabajo afectados se habrán cubierto sin respetar la igualdad de acceso de todos los ciudadanos y sin aplicar las reglas de selección en función del mérito y la capacidad.

En resumen, lo que pretende la actora es acceder al empleo público estable al margen de cualquier procedimiento de selección y sin otro mérito que la permanencia en una situación -irregular o no- de contratación temporal y esta pretensión no puede ser acogida, aunque el organismo demandado haya podido aplicar ese criterio en otros casos. Si lo ha hecho y ello perjudica a la actora o a otros interesados, la solución será la impugnación de esas decisiones con la exigencia de las responsabilidades que procedan, no su generalización a otros supuestos en contra de la Constitución y las leyes. Por ello, la sentencia recurrida tampoco ha podido infringir los artículos 1282 y 1284 del Código Civil, porque, aparte de que la denuncia no se fundamenta, cualquiera que sea el alcance de los acuerdos prevalecen sobre ellos las normas imperativas a que se ha hecho referencia.

A la vista de lo hasta aquí dicho y consignado, debe desestimarse el recurso, sin que haya lugar a la imposición de costas (art. 233.1 LPL), por tener reconocido la recurrente el beneficio de justicia gratuita.

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

### FALLO

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por Dª Eugenia contra la Sentencia dictada el día 3 de abril de

2009 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el Recurso de suplicación 5502/08, que a su vez había sido ejercitado frente a la Sentencia que con fecha 2 de julio de 2008 pronunció el Juzgado de lo Social número 28 de Madrid en el Proceso 130/08, que se siguió sobre derechos, a instancia de la mencionada recurrente contra el Ayuntamiento de Madrid. Sin costas.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Fernando Salinas Molina.- Gonzalo Moliner Tamborero.- Jesús Souto Prieto.- Juan Francisco García Sánchez.- Luis Fernando de Castro Fernández.

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

2010/26508

TS Sala 4ª, Sentencia 10 febrero 2010. Ponente: D. Antonio Martín Valverde

No son discriminatorias

## Diferencias retributivas entre personal y funcionarios docentes de centros de adultos

*Desestima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por los educadores de adultos accionantes contra sentencia que rechazó su pretensión frente a la Junta de Andalucía sobre complemento específico establecido para los funcionarios docentes con funciones de dirección de centro.*

*Señala la Sala que las diferencias de trato resultantes en el supuesto enjuiciado de los distintos regímenes retributivos es objetiva y razonable, teniendo en cuenta que derivan, por una parte, de la previsión legal de fuentes diferenciadas de regulación de las respectivas relaciones de servicios, y por otra parte, de las divergencias en el acceso al empleo y en el estatuto jurídico de uno y otro colectivo de empleados públicos.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión que plantea el presente recurso de casación

para unificación de doctrina, que ya ha sido resuelta por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo en asuntos similares, se refiere a la retribución del personal laboral al servicio de la Junta de Andalucía, y más concretamente a la asignación a trabajadores de régimen laboral del complemento específico establecido para funcionarios que desempeñan la misma labor profesional. En el caso concreto, se trata de determinar si los profesores de educación de adultos de régimen laboral que desempeñan cargos de responsabilidad o dirección tienen o no derecho al “complemento específico” establecido para los funcionarios docentes con funciones de dirección de centro de enseñanza de adultos.

Para los funcionarios docentes con cargo directivo el art. 3 de la Orden de 24 de septiembre de 2001 ha previsto la asignación de tal complemento en distintas cuantías. Por su parte, el personal laboral de la Junta de Andalucía, incluido el personal laboral al servicio de centros docentes dependientes de esta Comunidad Autónoma, se rige por las disposiciones del Convenio Colectivo del personal laboral de la Junta de Andalucía, norma paccionada que no incluye un complemento a título de dirección o responsabilidad pero que contiene una regulación de la retribución del trabajo de los docentes que da lugar a una estructura salarial diferente, de la que forman parte los complementos de convenio y de docencia de adultos.

La sentencia recurrida ha denegado el derecho reclamado por los demandantes, mientras que la sentencia aportada para comparación, dictada por la Sala de suplicación de Sevilla, ha decidido lo contrario en un litigio sustancialmente igual.

SEGUNDO.- Nuestras sentencias de unificación de doctrina de 22 de septiembre de 2009 (rcud 3895/2008) y de 12 de marzo de 2003 (rcud 3594/2001) han resuelto la misma cuestión litigiosa que debemos resolver ahora, si bien con alguna diferencia de matiz que conviene considerar. La sentencia de 12-3-2003 (citada) ha dado respuesta a una reclamación del complemento específico para el mismo grupo profesional de profesores de educación de adultos, pero a título de “sexenios”. La sentencia de 22-9-2009 (citada) tiene por objeto una reclamación de diferencias salariales de un empleado del grupo profesional “administrativo” por desempeño de puesto de trabajo en el servicio de relaciones con los contribuyentes de una determinada delegación provincial; la reclamación se refiere también al complemento específico del personal funcionario que desarrolla el mismo cometido profesional. Ambas sentencias precedentes han dado la razón a la Junta de Andalucía.

Una observación atenta de los fundamentos de la decisión en las sentencias de unificación de doctrina citadas

permite afirmar que las diferencias de matiz detectadas entre las controversias en ella resueltas y la del presente recurso no afectan al carácter sustancial de la identidad, a los efectos de aplicación de la jurisprudencia. El razonamiento de las mismas se basa en los distintos sistemas de fuentes de regulación de la retribución de los funcionarios y del personal laboral, y no en las características particulares de la labor profesional desempeñada. De ahí que el juicio positivo de contradicción que en ellas permitió acceder al fondo de la cuestión debatida se declaró en las mismas, aun reconociendo que en los litigios respectivos las sentencias comparadas versaban en un caso sobre “colectivos diferentes” (STS 22-9-2009), y en el otro sobre “disposiciones distintas” (STS 12-3-2003). Si, como parece lógico en la casación unificadora, aplicamos a la solución del presente asunto el mismo razonamiento de las sentencias de unificación de doctrina precedentes, debemos hacer abstracción del título en virtud del cual se atribuye uno u otro complemento retributivo, otorgando relevancia únicamente al hecho de que los respectivos regímenes de retribución de docentes laborales y funcionarios se encuentran claramente diferenciados.

Pues bien, a partir de la premisa anterior, lo correcto en derecho es aplicar cada uno de estos regímenes retributivos - el de los funcionarios y el de los trabajadores de régimen laboral - de acuerdo con sus principios y reglas propios. Es justamente esto lo que ha hecho la sentencia recurrida, que se encarga de destacar además que el global de la retribución de los docentes laborales supera al de los funcionarios perceptores del complemento específico.

TERCERO.- El recurso, en conclusión, debe ser desestimado, de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal.

Siguiendo de cerca los precedentes en la materia de esta Sala y del Tribunal Constitucional, la argumentación de apoyo de la decisión adoptada se puede resumir como sigue: 1) la Constitución proscribiera la discriminación en materia de retribución, entendiéndose por tal la que otorga “relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación” incurriendo así en “arbitrariedad” (STC 125/2003); 2) no obstante, en lo que concierne a los empleados o servidores públicos, “el legislador cuenta con un amplio margen de discrecionalidad a la hora de configurar el estatus del personal al servicio de las Administraciones” (STC 57/1990 y las que en ella se citan), margen que puede dar lugar, y que ha dado lugar, a “estructuras” normativas o regulaciones profesionales diferenciadas, “que son creación del derecho, y pueden quedar definidas por la presencia de muy diversos fac-

tores” (STC 293/1993 y las que en ella se citan); 3) la diversidad entre funcionarios y personal laboral en lo que concierne a condiciones de empleo y condiciones de trabajo ha sido establecida por el legislador en numerosas disposiciones, habiéndose consolidado en el vigente Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007, de 12 de abril), cuyo normativa remite a distintas fuentes de regulación de la retribución, fijada por medio de las leyes de presupuestos para los funcionarios, y por vía de convenio colectivo y de contrato de trabajo para el personal laboral (STS 22-9-2009, citada); 4) en particular, el complemento específico para el personal funcionario de la Junta de Andalucía está previsto en el art. 46 y en la Disposición Adicional 5ª de la Ley 6/1985, de Ordenación de la Función Pública de dicha Comunidad Autónoma, para “retribuir las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad”, mientras que el art. 49.1 de la propia Ley 6/1985 “remite absolutamente a la negociación colectiva las condiciones salariales del personal laboral”, cuyo desarrollo ha originado otros complementos retributivos distintos no asignados a los funcionarios (STS 22-9-2009, citada); y 5) las diferencias de trato resultantes de la aplicación de estos distintos regímenes retributivos es objetiva y razonable, teniendo en cuenta que derivan por una parte de la previsión legal de fuentes diferenciadas de regulación de las respectivas relaciones de servicios, y por otra parte de las divergencias en el acceso al empleo y en el estatuto jurídico de uno y otro colectivo de empleados públicos (STS 12-3-2003 y 22-9-2009, citadas).

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

### FALLO

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Dª Almudena, Dª Juana, D. Carlos Antonio Y D. Bernabe, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, de fecha 19 de marzo de 2009, en el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia dictada el 11 de junio de 2008 por el Juzgado de lo Social núm. 8 de Málaga, en autos seguidos a instancia de dichos recurrentes, contra LA Consejería DE EDUCACION DE LA JUNTA DE ANDALUCIA, sobre RECLAMACION DE CANTIDAD.

Devuélvase las actuaciones al Organismo 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.

(...)

## 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

2010/19170

TS Sala 1ª, Sentencia 18 marzo 2010.  
Ponente: D. Román García Varela

#### Imprudencia del desahucio al no existir transformación de la vivienda en local de negocio

El TS declara no haber lugar al rec. de casación con motivo de la demanda de desahucio, confirmando la sentencia impugnada que apreció que la parte actora no había aportado ninguna prueba concluyente de que la transformación en vivienda del local comercial arrendado se hubiera efectivamente producido por su inquilino, negando igualmente que concurriera la segunda causa de resolución alegada, al apreciar que no se ha constituido ningún subarriendo, cesión o traspaso del local que faculte a dicha parte a exigir la resolución contractual por no haber prestado su consentimiento al mismo. Señala que sólo se ha tolerado un uso del local por las asociaciones deportivas que en nada altera el control que del mismo tiene el arrendatario y que no ha supuesto modificación alguna en la relación arrendaticia ni introducción en la misma de terceros, por lo que no concurre el interés casacional invocado.



### TS PENAL

2009/315062

TS Sala 2ª, Sentencia 18 diciembre 2009.  
Ponente: D. José Manuel Maza Martín

#### Delito de distribución de pornografía infantil

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por delito de distribución de pornografía infantil. Subraya el TS que el hecho de utilizar un programa de los denominados "peer to peer" o "p2p", supone objetivamente por sí sólo la accesibilidad ajena, y

por ende, la posible distribución a terceros, de los contenidos de los archivos que se van "descargando". Y semejante realidad incuestionable se ve incluso ratificada en esta ocasión, en cuanto a la efectividad de la distribución, por el hecho de que las actuaciones tengan su origen en la denuncia realizada por un padre al conocer que su hijo, menor de edad, mientras que intentaba acceder a unas películas, comenzó a recibir de otro equipo, que acabó comprobándose que era precisamente el del recurrente, una serie de imágenes pornográficas en las que participaba incluso un bebé de cortísima edad.

2009/327305

TS Sala 2ª, Sentencia 22 diciembre 2009.  
Ponente: D. Diego Antonio Ramos Gancedo

#### Absolución del delito de estafa por incongruencia con el acta de acusación

El TS estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por el condenado en la instancia como autor de un delito de falsedad en documento público cometido por particular y otro delito de estafa, y en segunda sentencia absuelve al recurrente del delito de estafa. Señala la Sala, entre otros pronunciamientos, que la estafa tipificada en el art. 251,1 CP 95 sanciona al que atribuyéndose falsamente facultad de disposición de una cosa, la enajena. De ningún modo puede aceptarse la subsunción que se hace en la sentencia recurrida, por una parte, porque la calificación jurídica se construye sobre unos hechos de los que en ningún momento se acusó al procesado, incurriendo así la sentencia en una incuestionable incongruencia con el acta de acusación, y, de otra, porque los elementos subjetivos que conforman la acción típica del delito del art. 251,3 CP 95 aplicado, son singulares y específicos respecto del tipo básico del art. 248 CP 95 del que se acusaba, que no los contempla, por lo que la heterogeneidad entre ambos injustos es incuestionable. Por ello, ha sido vulnerado el principio acusatorio, ocasionando una material e irreparable indefensión al acusado debiendo ser estimado el motivo, casándose la sentencia impugnada y dictándose otra por esta misma Sala absolviendo al recurrente del delito de estafa impropia sancionado por el Tribunal de instancia.



### TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2009/251564

TS Sala 3ª, Sección 5ª, Sentencia 30 octubre 2009.  
Ponente: D. Pedro José Yagüe Gil

#### Reposición de zona portuaria a anterior situación

El TS declara que ha lugar al recurso de casación, casando y revocando la sentencia impugnada y, en su lugar, declara disconforme a derecho y anula la resolución relativa a la aprobación definitiva del "Plan Especial del Puerto de Marín-Pontevedra" y declara ilegales las obras de relleno del mar en cuanto realizadas al amparo del plan especial impugnado, y condena a las Administraciones recurridas a la reposición de la zona portuaria a la anterior situación y estado, toda vez que el plan especial recurrido, extralimitándose en sus competencias, pretende amparar y legitimar por sí mismo la ejecución de infraestructuras portuarias que conllevan importantes rellenos sobre el mar, de modo que, como dichas obras se hallan incluidas en el anexo I de la Directiva 85/337/CEE, así como en el correlativo Anexo RDLeg. 1302/1986, queda claro que el plan especial en cuestión debió someterse a evaluación de impacto ambiental antes de su aprobación definitiva. Se formula voto particular por el Magistrado Excmo. Sr. D. Pedro José Yagüe Gil.



### TS SOCIAL

2010/11628

TS Sala 4ª, Sentencia 21 enero 2010.  
Ponente: D. Mariano Sampedro Corral

#### Falta de legitimación de sindicato para negociar

Desestima el TS el rec. de casación formulado por el sindicato accionante contra sentencia que rechazó que su exclusión de la mesa de negociación del Convenio Colectivo para el Personal Docente e Investigador contratado laboralmente por las Universidades Públicas de Andalucía

vulnere su derecho fundamental a la acción y libertad sindical. Declara el Tribunal que, al margen de la representatividad que tuviera el demandante en una situación anterior funcional de los trabajadores a quienes representa, o pudiera tener en una posterior convocatoria de dichos ex-funcionarios, ahora liberalizados, carece conforme a los hechos probados no impugnados de legitimación inicial para negociar, al tener una representación muy inferior a la exigida.

2009/327336

TS Sala 4ª, Sentencia 21 diciembre 2009.  
Ponente: Dª Mª Lourdes Arastey Sahiún

#### Reconocimiento a trabajadora de prestación por vejez SOVI por cotización asimilada

Estima la Sala General del TS el rec. de casación para la unificación de doctrina formulado por la beneficiaria demandante contra sentencia que rechazó su derecho a percibir prestación de vejez SOVI. Explica la Sala que el beneficio otorgado por la dispo. adic. 44 LGSS, sobre periodos de cotización asimilados por parto, es aplicable a todas las mujeres que no hubieran trabajado por haber tenido hijos, siendo relevante, a juicio del Tribunal, el dato de que el colectivo de las pensionistas SOVI esté integrado fundamentalmente por mujeres, y que, si no acreditara ulteriores trabajos y cotizaciones bajo la vigencia del sistema de seguridad social, es mayoritariamente porque abandonaron el mercado laboral a consecuencia de su matrimonio y ulterior maternidad.



### TDC TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

2009/233662

Tribunal de Defensa de la Competencia, Resolución 29 septiembre 2009. Ponente: Dª Pilar Sánchez Niñez

#### Archivo de actuaciones al no haber indicios de abuso de posición de dominio

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia tiene que resolver si la reventa de Mediapro a La Sexta de derechos de retransmisión televisiva, en abierto y en directo, de más de un partido de fútbol de la Liga española por jornada, en las temporadas 2007-2008 y 2008-2009, constituyen una infracción de la defensa de la competencia. En este sentido el Consejo acuerda no incoar expediente sancionador alguno y archiva las actuaciones incoadas pues ni por las características de la cesión ni por la discreta presencia de La Sexta en el mercado, aprecia este Consejo elementos suficientes que muestren indicios de una conducta de abuso de posición de dominio, sin que se requiera para esta apreciación que Mediapro ostente posición de dominio.