



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 2870

Madrid, miércoles 15 de septiembre de 2010



TS SOCIAL

2010/101830

TS Sala 4ª, Sentencia 23 junio 2010. Ponente: D. José Luis Gilolmo López

Es una medida empresarial válida

Obligación de redactores de EFE de cubrir sus informaciones con cámara de vídeo

Recorre en casación el Comité Intercentros de la Agencia EFE frente a sentencia que declaró válida y ajustada a derecho la decisión empresarial consistente en imponer a los trabajadores de la agencia la obligación de utilizar cámaras de vídeo para la captación de imágenes y sonido en sus coberturas y elaboración de sus informaciones y proceder después al montaje o edición de las mismas. El TS desestima el recurso, ya que la medida no incurre en infracción del convenio y entra de plano dentro del ámbito de dirección del empresario, sin que esto implique en ningún caso simultaneidad de funciones ni exista polivalencia funcional, como alega el recurrente, pues el uso obligatorio de cámaras no añade a las funciones propias de los afectados, otras que incumban a otro grupo profesional. Además, ello ser hará cuando lo justifique el particular interés de la noticia y siempre con carácter ocasional tal y como se acordó

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. El proceso de conflicto colectivo que ha dado lugar al presente recurso de casación común u ordinaria versa sobre la interpretación de la parte del Anexo I ("Glosario de puestos por divisiones funcionales") del vigente Convenio colectivo de la Agencia EFE, S.A. (BBOOEE 24-10-2006 y 28-2-2009), en lo referente a tres concretos puestos de trabajo, encuadrados en el área o "División Funcional" denominada de "Información", y sus respectivas descripciones de funciones, e incluidos los tres en el mismo grupo profesional y en el mismo nivel retributivo.

La definición y las funciones de esos tres puestos de trabajo, según figuran en la inicial norma convencional de referencia (BOE 24-10-2006), tienen el siguiente tenor literal:

Redactor: Es el profesional que efectúa las labores de búsqueda o cobertura, elaboración, supervisión y presentación de la información, en el soporte que se le solicite en cada momento, ya sea mediante el contacto directo con las fuentes, como por medio de la edición y la adaptación elaboradas por otros redactores, desde su lugar de trabajo o desplazados fuera de él.

Redactor Gráfico: Es el profesional que efectúa las labores de búsqueda o cobertura, elaboración y presentación de la información, en soporte gráfico.

Reportero de Televisión: Es el profesional que efectúa las labores de búsqueda o cobertura, elaboración y presentación de la información, en formato audiovisual".

2. El Comité Intercentros de Agencia EFE, SA solicitaba en el es-

critor rector del presente proceso, iniciado por demanda interpuesta el 6 de agosto de 2009, "que se declare nula y no ajustada a Derecho la decisión empresarial consistente en imponer a los trabajadores de Efe (excepto los "reporteros de televisión"), indistintamente de su categoría o puesto, la obligación de utilizar cámara de vídeo para la captación de imágenes y sonido en sus coberturas y en la elaboración de sus informaciones, y proceder después al montaje o edición de ellas; condenando a la empresa a estar y pasar por esta declaración con todas las consecuencias legales inherentes a la misma".

3. La sentencia de instancia, dictada el 2 de noviembre de 2009 (Proc. 182/2009) por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en la que, en contra de lo afirmado por la entidad demandante en el ordinal séptimo del escrito rector, no consta acreditado que la empresa haya impuesto unilateralmente a todos sus trabajadores la obligación de utilizar cámara de vídeo y de proceder después al montaje o edición de la información captada por ella (sólo "impuso la toma de imágenes y sonido y su posterior volcado a ordenadores" al triple conjunto de puestos de trabajo -redactor, redactor gráfico y reportero de televisión- que se integran en la nueva "División Funcional" núm. 1, denominada "Información" (art. 16.1 del Convenio), es decir, en el mismo Grupo profesional, y que pertenecen también al mismo nivel retributivo: hecho probado 4º y fundamento de derecho 2º), ha desestimado la demanda porque, según resume de modo literal su tercer y último fundamento jurídico, "la instrucción impartida por la empresa no incurre en infracción del Convenio Colectivo y entra de plano dentro del ámbito del poder de dirección de la empresa".

SEGUNDO.- 1 El recurso de casación, que ha sido interpuesto en exclusiva por el Comité Intercentros, articula un primer motivo que se ampara en el apartado e) del art. 205 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) y denuncia la infracción de los artículos 14.3, 12.1, 29.5 y Anexo I del ya mencionado Convenio Colectivo de la Agencia EFE SA (BOE 24-10-2006), así como de la nueva Disposición adicional sexta introducida por los acuerdos que

SUMARIO

TS

CIVIL

Escasa fuerza disitintiva de marca en relación al empleado como rótulo y nombre comercial **3**

Responsabilidad en orden a asumir costes de empresa de salvamento contratada **5**

PENAL

Destinatario de la droga calificado como autor de un delito consumado contra la salud pública **7**

ADMINISTRATIVO

Reserva de aprovechamiento lucrativo de los sectores de uso predominante residencial **13**

SOCIAL

Obligación de redactores de EFE de cubrir sus informaciones con cámara de vídeo **1**

RS RESEÑA DE SENTENCIAS **16**

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

modificaron el citado Convenio Colectivo 2005-2007, y que constituyen el Convenio de 2008 (BOE 28-2-2009), aduciendo con todo ello que la resolución impugnada vulnera la eficacia vinculante de los convenios colectivos que se deriva del artículo 37.1 de la Constitución. La representación de los trabajadores sostiene, en síntesis y reiterando así parcialmente los argumentos de su demanda, que el Convenio (art. 14.3) contiene una regulación detallada y garantista del concepto de "puesto de trabajo" (que los recurrentes equiparan a un sistema de clasificación profesional, no a una simple referencia al lugar en el que cada trabajador desempeña su tarea), concluyendo que "cualquier posible modificación futura debería efectuarse mediante acuerdo". Y con relación al pacto del que da cuenta el hecho probado sexto, los recurrentes aducen que la significación del mismo estriba en que en él se confirió a la empresa la facultad de ordenar el empleo de cámaras de vídeo a los redactores, pero sólo bajo determinados requisitos y condiciones y, además, con una vigencia temporal limitada al 31 de marzo de 2009, fecha ésta a partir de la cual, según dice, "caducaba esa facultad empresarial". La interpretación contraria que efectúa la sentencia impugnada hace decir al Comité de Empresa que "se resienta la eficacia normativa y vinculante del convenio colectivo que garantiza el art. 37.1 CE".

2. El segundo y último motivo del recurso, amparado también en el art. 205.e) LPL, denuncia la infracción de los artículos 22.5, 39.5 y 41 del Estatuto de los Trabajadores (ET) y sostiene, en esencia, que la conducta empresarial o bien constituye un supuesto de polivalencia funcional, para lo que, según asegura, no ha existido pacto, o bien entraña una alteración unilateral del contenido funcional de los puestos de trabajo de "redactor" y de "redactor gráfico" que excede de la movilidad funcional permitida por el art. 39.5 ET al no haber sido negociada ni sometida a las reglas legales en materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo, sin que, para este último caso, la empresa haya dado razón alguna de carácter organizativo o productivo puesto que únicamente se basó en sus poderes de dirección y organización.

TERCERO.- 1. Antes de dar respuesta a los motivos arriba enunciados, lo que haremos de forma conjunta porque en ambos se tratan aspectos complementarios e insepa-

rables de una misma cuestión (los límites de las facultades empresariales en materia de atribución funcional de sus trabajadores), hemos de rechazar las dos causas de inadmisión que aduce el Sr. Abogado del Estado en su escrito de impugnación (respaldadas ambas por el Ministerio Fiscal) y que consisten en imputar al recurso, en primer lugar, falta de contenido casacional por mantener los mismos argumentos ya desestimados en la instancia y, en segundo lugar, el planteamiento de una cuestión nueva en el segundo de los motivos de casación porque, según sostiene el representante de la empresa, "las supuestas infracciones de procedimiento de los arts. 22.5, 39.5 y 41 (sic) del...ET, lo cual sólo puede referirse a una sedicente falta de acuerdo entre la empresa y los trabajadores,... no fue debatido en la instancia...".

2. Con relación a la primera causa, aunque ciertamente el recurso reitera en gran medida la argumentación esgrimida en la instancia, esta Sala no comparte las alegaciones del impugnante porque los dos motivos del recurso, cumpliendo en lo esencial con las previsiones de los artículos 205 y concordantes de la LPL y 477.1 de la LEC, en los términos que han sido delimitados por la jurisprudencia (por todas, puede verse al respecto la STS 4ª de 4-12-2008, R. 179/2007, y la doctrina legal y constitucional que en ella se cita), denuncian, como se vio, la vulneración de determinadas normas del ordenamiento y fundamentan con suficiente extensión y claridad tales denuncias. Por otro lado, pese a que el segundo motivo de casación articulado por los recurrentes intenta plantear el mismo problema desde una perspectiva jurídica algo distinta a como lo hacía la demanda, ya que, por ejemplo, en ésta nada se decía sobre la hipotética existencia de la "polivalencia funcional" que contempla el art. 22.5 del ET, ello no supone ahora el planteamiento de una cuestión nueva porque, como luego tendremos ocasión de comprobar, en nada incide en la resolución del pleito y, en cualquier caso, ese posible defecto de planteamiento no debe determinar la inadmisión del recurso sino su desestimación.

CUARTO.- El recurso entero no puede prosperar, en primer lugar, porque es doctrina reiterada de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo que, en materia de interpretación de los convenios colectivos, y es precisamente esto lo que aquí se dilucida, los órganos de instancia gozan de

un amplio margen de apreciación por haberse desarrollado ante ellos la actividad probatoria relativa a la voluntad de las partes y a los hechos concomitantes. Así lo han declarado, entre otras muchas, nuestras sentencias de 20-3-1997 (R. 3588/96), 27-9-2002 (R. 3741/01), 16-12-2002 (R. 1208/01), 25-3-2003 (R. 39/02), 30-4-2004 (R. 156/03) y 25-3-2009 (R. 85/08).

Partiendo de esta premisa, los argumentos esgrimidos en el recurso carecen de fuerza suficiente para desvirtuar los de instancia, al menos en los términos fácticos que se desprenden de la incombata declarada de hechos probados. En ellos se asegura que, sólo después de que la empleadora, por su propia y exclusiva voluntad, impartiera a distintos profesionales de su plantilla unos cursos elementales para el manejo de cámaras de vídeo y sonido (con lo que, incluso si admitiéramos a efectos dialécticos que el empleo de vídeos modificara en algo el contenido funcional de las tareas de los trabajadores afectados por el presente conflicto, nos hallaríamos ante funciones "equivalentes" a las propias en el sentido previsto por el art. 22.3 ET), se impuso a los tres puestos de trabajo de redactores la obligación de tomar imágenes y sonido para su posterior volcado a los ordenadores, sin que tal obligación se extendiera al resto del personal (hecho probado 4º).

Según nos informan los incombata hechos probados 5º y 6º, planteado un primer proceso de conflicto colectivo en junio de 2008 con la finalidad de que aquella decisión empresarial fuera declarada nula, tal pretensión fue desistida porque el 14 de octubre del mismo año se llegó a un acuerdo en el seno de la Comisión negociadora del convenio que, entre otras cosas, supuso (apartado 3º) el "compromiso de ambas partes de comenzar la negociación sobre el uso de las cámaras de vídeo, asunto que deberá estar resuelto no más tarde del 31 de marzo de 2009".

En ese mismo acuerdo se pactó (apartado 4º) que "cuando lo justifique el particular interés de la noticia, y siempre con carácter ocasional, la empresa podrá asignar tareas que impliquen la utilización del formato audiovisual para el puesto de trabajo de redactor, sin que en ningún caso esto implique simultaneidad de funciones, debiendo dar traslado por escrito al trabajador afectado con carácter previo. Esta facultad empresarial podrá ser ejercitada durante la vigencia

del actual convenio colectivo y durante la negociación del siguiente, según lo establecido en el apartado tercero. El Comité Intercentros, por su parte, retirará la demanda de conflicto colectivo actualmente interpuesta con el objeto de que esta cuestión pueda ser negociada con el debido sosiego en el seno de la Comisión Negociadora del próximo convenio colectivo, y sin que ello, lógicamente, suponga una renuncia del Comité a su derecho de interponer cuantas demandas de conflicto colectivo considera oportunas con respecto a éste o a cualquier otro tema, en defensa de los trabajadores".

El también incombata hecho probado 7º da cuenta de que "el 28.1.09 se constituyó la prevista Comisión Negociadora de la Agencia Efe SA, que tras diversas reuniones no alcanzó acuerdos positivos".

Parece claro, pues, que, con los descritos antecedentes, la conducta empresarial consistente en imponer o, mejor, encomendar a quienes ocupan los tres puestos de trabajo afectados en principio por el presente conflicto (redactores, redactores gráficos y reporteros de televisión) la obligación de tomar imágenes y sonido para su posterior volcado a ordenadores, no entraña, sino todo lo contrario, la vulneración de la normativa convencional invocada en el recurso, que regula el nuevo sistema de clasificación profesional en la empresa en función de las tareas prevalentes (art. 14.4), ni ha supuesto un cambio de funciones distintas a las que igualmente preveía la regulación pactada.

Conviene precisar que este nuevo sistema de clasificación profesional establecido en el Convenio (BOE 24-10-2006) se basa sobre todo en los "distintos cometidos laborales" (art. 13.2) en la empresa y regula "la forma de llevar a cabo la movilidad funcional y sus distintos supuestos" (art. 13.4). Los puestos de trabajo, que con anterioridad se clasificaban mediante las antiguas categorías laborales, aparecen ahora integrados por "Divisiones Funcionales" (art. 16) y, dentro de ellas, la denominada "Información" agrupa sin duda a quienes ocupan los puestos de "redactor", "redactor gráfico" y "reportero de televisión", cuyos cometidos primordiales aparecen descritos en el Anexo I del propio Convenio, aunque éste se encarga de aclarar que la enumeración de las tareas en cada Grupo Profesional, más que abarcar la totalidad de funciones que un trabajador debería realizar, solamente "aporta una serie de ejemplos de re-

ferencia a título enunciativo y no limitativo, por lo que otras tareas que por analogía sean asimilables a las descritas podrían ser propias de puestos de trabajo incluidos en el grupo profesional de que se trate" (segundo párrafo del art. 15 del Convenio).

Y si respecto al concreto soporte mecánico que pudiera utilizar la persona destinada en cada uno de tales puestos es posible que exista alguna duda con relación al texto original del referido Anexo 1, porque, en efecto, el "redactor" habrá de utilizar el "que se le solicite en cada momento", mientras que para el "redactor gráfico" el único soporte previsto es el "gráfico" y para el "reportero de televisión" lo es el "audiovisual", lo cierto y verdaderamente relevante de cara a la solución del presente litigio es que, en virtud del pacto alcanzado durante la negociación del Convenio siguiente, "que constituye el Convenio Colectivo 2008" según expresa literalmente la Resolución del 5 de febrero de 2009 de la Dirección General de Trabajo que acuerda su registro y publicación (BOE 28-2-2009), ha quedado despejada cualquier duda porque, aunque sea bajo las especiales circunstancias condicionantes que allí constan (justificación en el interés de la noticia, carácter ocasional, incompatibilidad con la simultaneidad de funciones y comunicación escrita previa al trabajador), dicho pacto ha facultado a la empresa para asignar al redactor las tareas que impliquen la utilización del formato audiovisual.

Esa facultad, tal como reza el Acuerdo, transformado ya en la Disposición adicional sexta del nuevo Convenio, podrá ser ejercida durante su vigencia y a lo largo de la negociación del siguiente. Y aunque el compromiso preveía que sobre el uso de las cámaras de vídeo, el asunto "deberá estar resuelto no más tarde del 31 de marzo de 2009", es evidente, a nuestro entender, que tal compromiso no constituye más -y no es poco- que una obligación de negociar sobre ese tema, no de alcanzar acuerdos en un determinado sentido, sin que en absoluto quepa entender, como postulan los recurrentes, que se haya instituido una suerte de "plazo de caducidad" sobre la tan repetida facultad empresarial.

El cumplimiento del pacto, en fin, en contra de lo que aducen los recurrentes, no ha supuesto el "cambio de funciones" al que se refiere el art. 39.5 del ET y no es sino la consecuencia de la eficacia normativa y vinculante que prevé el art. 37.1 de la Constitución, sin que en absoluto concorra aquí la figura de la polivalencia funcional en los términos que pudieran desprenderse del último párrafo del art. 22.5 del ET (posiblemente la realización de funciones propias de dos o más categorías, grupos o niveles) porque el uso obligatorio de cámaras de vídeo no añade a las funciones propias de los afecta-

dos otras que incumban a otro grupo profesional, pues se enmarcan con evidente naturalidad en las tareas que el apartado h) del art. 15.3.3 del Convenio (h. Acudir a los eventos donde pueda producirse información... Recoger la información en el formato que se indique (audiovisual, gráfico o literario)) atribuye a su Grupo profesional, máxime si reparamos en que, como dispone el segundo párrafo de ese mismo art. 15, todos los Grupos no dejan de ser más que ejemplos de referencia a título enunciativo y no limitativo.

Si a todo lo precedentemente expuesto añadimos lo que, con verdadero valor fáctico, nos informa la resolución impugnada cuando afirma que "la encomienda empresarial del uso de la cámara de vídeo es hoy por hoy marginal y esporádica en comparación con la información escrita o fotográfica al existir para 404 trabajadores un total de 120 videocámaras y... que entre enero y diciembre de 2009 se llevarán a efecto 1898 tomas videográficas que divididas por los 404 trabajadores nos arroja el dígito de 4,7 tomas por trabajador, en 9 meses nos daría 6,26 ordenes de grabación a un trabajador en el año" (apartado E del FJ 2º), luce con mayor claridad aún que la decisión empresarial combatida, además de encontrarse respaldada por el acuerdo con los representantes de los trabajadores, como igualmente concluye con acierto la sentencia de instancia, no excede en absoluto del ámbito de poder empresarial.

Las anteriores consideraciones, unidas a los razonamientos que contiene la propia resolución impugnada, conducen, como se adelantó y de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, a la desestimación del recurso y a la consecuente confirmación de la sentencia impugnada.

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 formulado por el Letrado D. José I. Alejos Sánchez, en nombre y representación de Comité Intercenros de Agencia Efe, S.A, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de fecha 2 de noviembre de 2009, en actuaciones seguidas a instancia de los recurrentes contra Agencia Efe, S.A., sobre conflicto colectivo. Sin costas.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Gonzalo Moliner Tamborero.- Jesús Gullón Rodríguez.- José

Luis Gilolmo López.- María Luisa Segoviano Astaburuaga.- María Lourdes Arastey Sahún.

Publicación.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la ante-

rior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. José Luis Gilolmo López hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.



2010/92247

TS Sala Iª, Sentencia 2 junio 2010. Ponente: D. José Ramón Ferrándiz Gabriel

Escasa fuerza disitintiva de marca en relación al empleado como rótulo y nombre comercial

El TS declara haber lugar al rec. de casación anulando la sentencia impugnada y confirmando la de primera instancia que había desestimado la demanda interpuesta, en la que se alega por los demandantes que la sociedad demandada, al utilizar el signo en cuestión, como rótulo y como nombre comercial, invadía la esfera de exclusiva reconocida a sus derechos sobre la marca registrada dado que generaba en los consumidores el riesgo de confusión. La Sala declara que resulta plenamente justificada la desestimación de la acción ejercitada por una parte por la escasa fuerza distintiva, como marca de servicios de hostelería, del término empleado por la actora, por tratarse del nombre de un producto utilizado de forma general en multitud de platos culinarios, y por otra parte por las diferencias gráficas, fonéticas y conceptuales existentes entre este signo y el signo empleado por la demandada para identificar su restaurante, el cual además aparece acompañado de un elemento gráfico de indudable eficacia identificadora como es el dibujo de cuatro cocineros dentro de un rectángulo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. D. Paulino y D. Severiano, titulares de la marca española número 2.116.441, denominativa, formada exclusivamente por el término "La Sepia" y concedida para identificar servicios de restauración, y Martínez Sarmentero, SL, licenciataria de dicha marca y titular de dos establecimientos destinados a negocios del mismo tipo en Valladolid, identificados con aquellas palabras, ejercitaron en la demanda las acciones previstas en los artículos 40 y 41 de la Ley 17/2.001, de 7 de diciembre, de marcas, contra Francisco-Mar-H, SL, titular de un restaurante abierto en la referida ciudad e identificado con la denominación "La Casa de la Sepia", y un dibujo de cuatro cocineros dentro de un rectángulo.

Alegaron los demandantes que la sociedad demandada, al utilizar el mencionado signo, como rótulo y como nombre comercial, invadía la esfera de exclusiva reconocida a sus derechos sobre la marca registrada con el número 2.116.441, dado que generaba en los consumidores el riesgo de confusión contra el que reacciona el artículo 34, apartado 2, letra b), de aquella Ley.

La sociedad demandada negó la posibilidad de que su signo produjera confusión con el de los demandantes y, por medio de reconvencción, ejercitó la acción de nulidad, tanto de la marca número 2.116.441, como de otra, registrada a nombre de Martínez Sarmentero, SL con el número 2.549.795 - mixta, formada por el dibujo de un molusco cefalópodo, con las palabras "La Sepia" en su interior -, la cual había sido concedida para identificar, también, servicios de restauración. Alegó la actora reconvencción que el registro de ambas había infringido la prohibición absoluta prevista en la letra c), del apartado 1, del artículo 5 de la mencionada Ley 17/2.001, ya que se trataba de marcas compuestas exclusivamente de signos que servían en el comercio para designar especie.

En la primera instancia demanda y reconvencción fueron desestimadas. La acción de defensa de la marca número 2.116.441, ejercitada en el primer escrito, fracasó por haber considerado el órgano judicial inexistente el riesgo de confusión vinculado por los actores a la coexistencia de dicho signo y los usados por la demandada para identificar su establecimiento y su empresa. Y la acción de nulidad,

por entender que no se había infringido con el registro de las marcas de los demandantes la prohibición absoluta señalada por la demandada y, en todo caso, por haber las mismas adquirido carácter distintivo mediante el uso posterior al registro, en los términos que señala el artículo 5, apartado 2, de la Ley 17/2.001.

En la segunda instancia, sin embargo, la acción de nulidad de los registros fue estimada, manteniéndose la desestimación de la que, en defensa de la marca, se había ejercitado en la demanda.

La sentencia de apelación ha sido recurrida en casación por los demandantes, por tres motivos.

SEGUNDO. En el primero de los motivos de su recurso de casación, D. Paulino, D. Severiano y Martínez Sarmentero, SL denuncian la infracción del artículo 5, apartado 1, letra c), de la Ley 17/2.001, de 7 de diciembre, de marcas.

Alegan los recurrentes que dicho precepto había sido deficientemente interpretado y aplicado por la Audiencia Provincial, ya que la prohibición absoluta que establece debía haberse puesto en relación con los productos o servicios para los que la marca había sido concedida, y no se hizo así.

En la sentencia recurrida se justificó la aplicación de la sanción de nulidad por ser la palabra "sepia" el nombre de un producto que se utiliza de forma general en bares y restaurantes como formando parte de una multitud de platos, que es genérico en el mundo de la restauración y que, por ello, no puede servir para distinguir los productos y servicios de un comerciante dedicado a este negocio de los de sus competidores.

El motivo se estima.

Al constituir su función principal indicar la procedencia empresarial de los productos o servicios para los que se concede - artículos 4, apartado 1, de la Ley 17/2.001, de 7 de diciembre, y 2 de la Directiva 89/104/CEE, de 21 de diciembre de 1.988 -, la marca ha de tener originariamente aptitud para distinguir en el mercado los de una empresa de los de las demás.

Las prohibiciones absolutas responden a la necesidad de impedir el acceso al registro de signos que, intrínsecamente, carezcan de esas condiciones, que se estiman precisas para que cumplan la mencionada función.

Entre ellas, se encuentra la que aplicó la Audiencia Provincial, prevista en la letra c) del apartado 1 del artículo 5 de la Ley 17/2.001. Dicha norma prohíbe el ingreso en el mundo tabular, como marcas, de aquellas que se compongan exclusivamente de signos o indicaciones que puedan

servir en el comercio para designar la especie a la que pertenezca el producto o servicio al que está destinada según la solicitud de registro.

Responde la prohibición de registro de los llamados signos descriptivos a su nula aptitud, en cuanto medios de información sobre las propiedades o características del producto o del servicio, para cumplir la tarea de instrumento de identificación de un determinado origen empresarial. Y, a la vez, se explica también porque un mercado regido por la libre competencia ha de mantener disponibles esos instrumentos informativos para que puedan ser utilizados por todos los que suministran o prestan el mismo tipo de producto o servicio.

Precisamente por ello la concurrencia de la prohibición se ha de detectar, tras un examen del signo tal como lo pueden percibir los consumidores del producto o servicio de que se trate - informados y razonablemente atentos y perspicaces -, poniéndolo en relación con el producto o el servicio cuyo origen empresarial se trata de identificar.

No es, por tanto, correcto derivar la prohibición de un examen en abstracto del signo ni de su relación con productos o servicios distintos de aquellos para los que fue registrado.

En la sentencia recurrida se declaró que el término "sepia" identifica en el mercado una especie de producto, lo que es cierto. Pero no hay que olvidar que, para determinar la concurrencia de la prohibición de que se trata, lo que se ha de examinar no es si el signo informa sobre la especie de cualquier producto o servicio, sino sólo de aquel para el que, precisamente, fué concedido.

La conclusión resulta evidente: el signo denominativo "La Sepia" tiene originariamente plena fuerza identificadora del origen empresarial de unos servicios de restauración, aunque no la tenga para determinada clase de productos y aunque estos constituyan uno de los objetos de la actividad comercial a que su titular se dedique.

El éxito de este primer motivo hace innecesario que entremos en el examen del segundo, en el que los recurrentes señalan como infringidos los artículos 5, apartado 2, y 53, apartado 3, de la Ley 17/2.001.

En efecto, si los signos cuestionados tenían en el momento del registro capacidad distintiva de los servicios de restauración para los que se registraron se hace improcedente examinar si la adquirieron después con su uso en el mercado.

TERCERO. En el tercer motivo del recurso los demandantes señalan la infracción del artículo 34 de la Ley 17/2.001, de 7 de diciembre, de marcas.

Alegan los recurrentes que el Tribunal de apelación había interpretado deficientemente el mencionado precepto, al no acoger su recurso de apelación contra la decisión desestimatoria del Juzgado de Primera Instancia.

Debe indicarse que la Audiencia Provincial, decidió anular el registro de las marcas de los demandantes, tras confrontar los rótulos de los establecimientos de las dos partes en litigio - que no era lo que se había pedido en la demanda, en la que, como se indicó al principio, se afirmó la existencia de un riesgo de confusión entre la marca número 2.116.441, registrada a favor de D. Paulino y D. Severiano, y los signos usados por la sociedad demandada, como rótulo y nombre comercial.

En todo caso, la argumentación en que se apoya la sentencia, completada por la del Juzgado de Primera Instancia - que había efectuado la comparación entre los signos señalados como conflictivos por los demandantes -, no se aparta de los criterios del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, para una interpretación uniforme de la Directiva 89/104/CEE, de 21 de diciembre de 1.988, permiten identificar el riesgo de confusión como un concepto esencialmente comunitario.

Conforme a tales criterios, el riesgo de confusión consiste en que el público pueda creer que - en este caso - los servicios de restauración identificados con los signos confrontados proceden de la misma empresa o, en su caso, de empresas vinculadas económica o jurídicamente, dado que el riesgo de asociación no es una alternativa al de confusión, sino que sirve para precisar su alcance - sentencia de dicho Tribunal de 22 de junio de 1.999, C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer & Co. GmbH c. Klijsen Anel BV, 17 -.

El riesgo se ha de investigar teniendo en cuenta todos los factores pertinentes - sentencias de 11 de noviembre de 1.997, C-251/95, Sabel BV c. Puma AG, Rudolf Dassler Sport, 22; de 22 de junio de 1.999, C-342/97, 18; de 22 de junio de 2.000, C-425/98, Marca Mode CV c. Adidas AG y otra, 40; de 10 de abril de 2.008, C-102/07, Adidas AG y otra c. Marca Mode CV y otras, 29 - y en consideración a la impresión de conjunto producida por los signos en el consumidor medio, que las percibe como un todo, sin detenerse a examinar sus diferentes detalles - sentencia de 11 de noviembre de 1.997, C-251/95, 23 -. No obstante, también puede existir un elemento dominante en el que recaiga la mayor fuerza identificadora - sentencia de 11 de noviembre de 1.997, C-251/95, 23 -.

Por último, si el riesgo de confusión es elevado cuando se trata de signos con una intensa fuerza distintiva, resulta menor cuando la marca

anterior no goza de especial notoriedad y contiene pocos elementos imaginarios - sentencias de 11 de noviembre de 1.997, C-251/95, 23 y 25, y de 22 de junio de 1.999, C-342/97, 20 -.

A la vista de esos criterios no cabe atribuir a la sentencia recurrida la infracción que en el motivo se le atribuye. Antes bien, resulta plenamente justificada la desestimación de la acción ejercitada en la demanda, en cuanto resultado de combinar la escasa fuerza distintiva, como marca de servicios de hostelería, del término "La Sepia" - independiente de la que pueda tener como rótulo de un establecimiento en Valladolid - a la vista de las diferencias gráficas, fonéticas y conceptuales existentes entre él y el signo "La Casa de la Sepia", que, como se indicó, aparece acompañado de un elemento gráfico de indudable eficacia identificadora.

CUARTO. No procede un especial pronunciamiento sobre las costas, en aplicación del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Los dos recursos de apelación interpuestos contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia debieron haber sido desestimados, con el efecto en costas que resulta de aplicar aquel precepto.

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

FALLO

Declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por registrada a favor de D. Paulino, D. Severiano y Martínez Sarmentero, SL contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos con fecha trece de junio de dos mil seis, la cual casamos y anulamos.

En lugar de dicha sentencia, con imposición de costas a los respectivos apelantes, desestimamos los recursos de apelación interpuestos por D. Paulino, D. Severiano y Martínez Sarmentero, SL, así como por la demandada Francisco-Mar-H-SL, contra la sentencia dictada con fecha siete de febrero de dos mil seis por el Juzgado de Primera Instancia número Cuatro de Burgos, la cual confirmamos íntegramente.

Las costas de las apelaciones quedan a cargo de los respectivos apelantes.

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.-Jesus Corbal Fernandez.-José Ramon Ferrandiz

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

2010/92249

TS Sala 1ª, Sentencia 2 junio 2010. Ponente: D. José Ramón Ferrándiz Gabriel

Responsabilidad en orden a asumir costes de empresa de salvamento contratada

El TS declara no haber lugar a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia impugnada, confirmando la valoración de la prueba realizada por el tribunal "a quo" que le llevó a condenar a las demandadas, fletante y fletadora del buque en el que se transportaba la madera comprada y asegurada por las actoras, a asumir los costes derivados de la necesidad de contratar una empresa de salvamento para remolcar el buque averiado, ya que la situación de peligro que había hecho necesario el salvamento se debió a que el buque carecía de las condiciones de navegabilidad ya en el momento de emprender la travesía.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Los recursos extraordinarios que se han de decidir derivan de un proceso en el que fueron demandantes:

1º) Previsión Española Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros, aseguradora del transporte de una partida de madera, comprada en Brasil por su asegurada - Maderas Coloniales, SL -.

2º) Sur Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros, aseguradora del transporte de otra partida de madera, también comprada en Brasil por su asegurada - Compañía de Coordinación de Comercio Internacional, SA -.

Una y otra partida, debían ser transportadas desde un puerto brasileño hasta el de Marín, en el buque "Stamatina".

Fueron en el proceso demandadas:

1º) Brisa Lines, SA, porteadora, en régimen de conocimiento de embarque, y fletadora por tiempo del "Stamatina".

2º) Oceanmaris Management Inc., propietaria y fletante del repetido buque.

La materia sobre la que el proceso versa - res de qua agitur - se identifica por los hechos siguientes:

a) "Stamatina", que había salido del puerto brasileño de Belem el veintiuno de marzo de dos mil uno, se detuvo definitivamente en alta mar, cerca de las Azores, el nueve de abril siguiente, a consecuencia de una avería en sus motores que le impedía continuar.

b) Ante tal peligrosa situación para el buque y la carga, el capitán solicitó el remolque a una empresa de salvamento, celebrando con ella un contrato tipo el mismo día.

c) En cumplimiento de lo pactado, la otra parte remolcó el "Stamatina" hasta el puerto portugués de Leixoes, en el que el capitán declaró la avería gruesa. Según lo convenido en los conocimientos de embarque, dicha avería debería ser liquidada conforme a las Reglas de York y Amberes.

d) Para determinar la retribución de los prestadores de los servicios de salvamento se siguió, conforme a lo convenido, un procedimiento arbitral en Londres, terminado por un laudo de catorce de febrero de dos mil uno que determinó las cantidades que los titulares del buque, la carga, el flete y el combustible debían pagar a los salvadores.

e) Las aseguradoras demandantes, que habían incluido en la cobertura de los seguros respectivos la avería gruesa, pagaron, por sus aseguradas, aquellas cantidades y alegaron en la demanda que la situación de peligro que había hecho necesario el salvamento era imputable a las demandadas, por las deficiencias de navegabilidad del "Stamatina". Por lo que, utilizando la técnica de la subrogación - artículo 780 del Código de Comercio - pretendieron la condena de Brisa Lines, SA y Oceanmaris Management Inc al pago de las cantidades a que tendrían derecho, de no haber sido indemnizadas, las cargadoras, sus aseguradas.

Las dos acciones fueron estimadas en ambas instancias.

Contra la sentencia de la segunda, Brisa Lines, SA ha interpuesto recursos extraordinarios, por razones procesales y sustantivas.

SEGUNDO. En el primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, Brisa Lines, SA - con apoyo en el artículo 469, apartado 1, ordinal segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil - denuncia la infracción del artículo 218, apartado 1, de la misma Ley.

Alega que la sentencia recurrida no había decidido todos los puntos litigiosos objeto de debate en la se-

gunda instancia. Señala que la Audiencia Provincial había incurrido en error, determinante del defecto de exahustividad, al considerar extemporáneamente planteada en dicha instancia su oposición, tanto a pagar los honorarios del árbitro y los letrados que habían intervenido en el procedimiento arbitral tramitado para liquidar el salvamento, como a que la responsabilidad de las dos demandadas fuera calificada como solidaria, dado que dichas cuestiones las había planteado ya en el escrito de contestación a la demanda.

En general, para averiguar si una sentencia está viciada o no de incongruencia por omisión o "ex silentio" se hace necesario, previamente, interpretarla para conocer si en ella han sido estimadas o desestimadas, aunque sea implícitamente, las pretensiones deducidas por la parte actora y los medios de defensa opuestos por el demandado.

Y si la conclusión es afirmativa, deberá deslindarse el defecto de exahustividad del de motivación, de naturaleza y régimen distinto.

En el caso objeto de enjuiciamiento aquel defecto no existe, pese al error en que, efectivamente, incurrió el Tribunal de apelación al calificar como nuevas las cuestiones a que se ha hecho referencia. En efecto, la Audiencia Provincial confirmó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia - que había incluido en la liquidación de la avería gruesa los honorarios de árbitro y letrados y condenado a las dos demandadas como deudoras solidarias - y basó su decisión al respecto - según se lee en los fundamentos de derecho sexto y décimo de la sentencia ahora recurrida -, pese a aquella equivocada calificación, en el ordinal duodécimo del artículo 811 del Código de Comercio - que incluye los gastos de liquidación en el concepto de avería gruesa o común -, por un lado, y en lo que había argumentado "anteriormente sobre la responsabilidad solidaria", por otro lado.

No hay duda de que la oposición de la ahora recurrente fue rechazada por la Audiencia Provincial, de modo expreso - no obstante haber sido calificada como extemporánea -.

El motivo se desestima.

TERCERO. El segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal de Brisa Lines, SA se refiere, con el mismo apoyo que el anterior, a la valoración de la prueba.

En él denuncia la infracción del artículo 218, apartado 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Considera la recurrente que el Tribunal de apelación no había valorado correctamente alguno de los medios de prueba practicados en la primera instancia. En concreto, afirma que, de haberlo hecho, debería haber de-

clarado que las deficiencias del "Stamatina", advertidas en el puerto de partida, fueron subsanadas antes de que se iniciara el viaje y, al fin, que el buque reunía en ese momento las condiciones de navegabilidad precisas para efectuar el transporte de las partidas de madera - por lo que no procedía que las reglas sobre responsabilidad por culpa interfirieran en las de liquidación del salvamento o de la avería gruesa -.

El motivo debe ser desestimado.

El artículo 218, apartado 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en aquel se señala como infringido, se refiere a la motivación de las sentencias, requisito interno de las mismas que nada tiene que ver con el valor que se atribuya a los medios de prueba practicados sobre los temas necesitados de ésta.

Debe recordarse, por otro lado, que en la Ley de Enjuiciamiento Civil no hay norma que permita denunciar mediante el recurso extraordinario por infracción procesal el error en la valoración de la prueba - sentencias de 4 y 22 de diciembre de 2.009 y 16 de febrero de 2.010, entre otras -, salvo que se hubiera producido la conculcación del artículo 24 de la Constitución Española, en cuyo caso, el cauce adecuado para la denuncia de la infracción no sería el utilizado por la recurrente, sino el previsto en el ordinal cuarto del apartado 1 del artículo 469 de la Ley procesal.

CUARTO. El tercer motivo del mismo recurso se refiere a la carga de la prueba. En él señala la recurrente como infringido el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al haberle atribuido el Tribunal de apelación "las consecuencias perjudiciales de la falta de prueba sobre la navegabilidad del buque", la cual, afirma, correspondía lograr a las demandantes, por razón de recaer la misma sobre hechos constitutivos de la pretensión que dedujeron.

En la sentencia recurrida se declaró probado que el "Stamatina" carecía, ya en el momento de emprender la travesía, de las condiciones de navegabilidad precisas para efectuar el transporte de las partidas de madera aseguradas por las demandantes.

Por ello, hay que entender que, en este punto, el Tribunal de apelación no aplicó - ni bien ni mal - las reglas sobre la carga de la prueba, ya que las mismas sólo entran en juego cuando el hecho al que la norma de cuya aplicación se trate no hubiera quedado probado. De modo que sólo se infringen si, en el caso de ausencia de elementos de juicio susceptibles de fundar la convicción del Juez sobre la existencia o inexistencia de los hechos alegados, es identificada deficientemente la parte sobre la que, según aquellas, ha de recaer el perjuicio derivado de la ausencia de demostración - sentencias de 25 de

noviembre de 2.002, 30 de noviembre de 2.005 y 6 de mayo de 2.009, entre otras muchas -.

QUINTO. Como se apuntó al principio, las aseguradoras demandantes, por considerar que la situación de peligro que había llevado a la necesidad del salvamento había sido generada, culposamente, por la fletante y fletadora demandadas, en la medida en que pusieron a disposición de las cargadoras para el transporte un buque que carecía de las condiciones precisas de navegabilidad, así como que la existencia de los contratos de seguro no liberaba a las responsables de los perjuicios causados, ejercitaron en la demanda, contra aquellas, las acciones de sus aseguradas, una vez satisfecha la contribución de las mismas al coste del salvamento.

A lo largo de la tramitación del proceso Brisa Lines, SA, ahora recurrente, con el propósito de aludir cualquier imputación alegó, en primer término, que el "Stamatina" reunía en el puerto de partida de las condiciones de navegabilidad precisas para la ejecución del transporte.

Ahora, en el tercero de los motivos de su recurso de casación, la recurrente denuncia la infracción del artículo 5 de la Ley de 22 de diciembre de 1.949 de transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque y de la jurisprudencia que lo interpreta.

Alega que, en contra de lo afirmado en la sentencia de segunda instancia, había obrado diligentemente al exigir de la propietaria y fletante del buque la subsanación de los defectos que afectaban a la navegabilidad del mismo y al no haber iniciado el viaje hasta haberlo obtenido.

El motivo se desestima porque la recurrente, al negar lo que el Tribunal de apelación había declarado probado, incurre en una petición de principio, dado que extrae consecuencias jurídicas de una premisa, que, por venir negada en la sentencia recurrida, debería previamente haber quedado probada.

Lo que no cabe en casación - sentencias de 2 de diciembre de 2.008, 20 de abril y 19 de mayo de 2.009, entre otras muchas -.

SEXTO. Brisa Lines, SA también alegó durante la tramitación del proceso que el laudo por el que las cargadoras - aseguradas por las demandantes - resultaron condenadas a pagar a los salvadores del buque su contraprestación, no había liquidado una avería gruesa, sino un contrato de salvamento, precisando quienes debían pagarla, junto con los gastos generados para auxiliar al buque en la situación de peligro.

No acogidos sus argumentos en las dos instancias, dicha sociedad denuncia, por medio de la casación:

En el motivo séptimo, la infracción de las Reglas de York y Ambers sobre liquidación de la avería gruesa - las cuales, efectivamente, se incorporaron a los contratos de transporte por voluntad expresa de quienes lo celebraron -.

Alega la recurrente que lo que debería haberse liquidado era la avería común, previamente a discutir si procedía reclamar a las demandadas su contribución a los gastos.

El motivo se desestima.

En primer término, porque, aunque se hubiera liquidado mediante el arbitraje el salvamento, es lo cierto que la responsabilidad de quienes causaron por culpa la situación de peligro y los daños consecuentes, podía ser exigida por las cargadoras, como perjudicadas, y, en el caso previsto en el artículo 780 del Código de Comercio, por sus aseguradoras - como, efectivamente, éstas han hecho -.

Pero, además, aquellas reglas - incorporadas a los contratos de transporte - no consta hayan sido incumplidas, en contra de lo que la recurrente sostiene.

En efecto, según las mismas, los gastos ordinarios para la salvación común de los bienes comprometidos en el viaje marítimo entran en el concepto de avería gruesa - Regla A y artículo 811 del Código de Comercio - y se someten, como tales, al régimen proporcional por el que se rige la contribución a ella, cuando hubieran sido pagados a los salvadores por quien los debía - Regla VI -, el cual puede reclamar su parte respectiva a cada uno de los demás titulares de los intereses en riesgo o, como sucede en el caso, a quien, con su falta, causó la situación de peligro.

En el motivo octavo, la infracción de los artículos 811 y 812 del Código de Comercio, de los que el primero enumera los daños y gastos susceptibles de ser incluidos en el concepto de avería gruesa y el segundo sanciona el régimen de la contribución a ellos.

Insiste la recurrente en que no se ha procedido a la liquidación de la avería gruesa y que lo único que han hecho las aseguradoras demandantes es pagar el precio del salvamento por sus aseguradas, para reclamarlo después.

Parte la recurrente del error de considerar - sin argumento alguno que razonablemente lo justifique, en concreto - que quién ha pagado los gastos de salvamento, o su parte correspondiente, no puede reclamar contra quien, con su falta, causó la situación de peligro que había hecho necesario auxiliar o asistir al buque, sin haber procedido previamente a la liquidación de la avería gruesa en la que dichos gastos quedan integrados. Y, aún más, en el error de no tener en cuenta que las sentencias de am-

bas instancias han liquidado la avería gruesa, a partir de la condena arbitral al pago del coste del salvamento y sus gastos, incluidos los de la liquidación.

El motivo se desestima.

En el motivo noveno, la infracción del artículo 1.257 del Código Civil. Vuelve la recurrente a alegar que el laudo arbitral, en el que las demandantes habían fundado su reclamación, no liquidó la avería gruesa, sino tan sólo un contrato celebrado con los salvadores por el capitán del "Stamatina", respecto del que tanto ella - en su condición de fletadora por tiempo -, como las cargadoras, tenían la condición de terceros, para los que dicho contrato era "res inter alios".

El motivo se desestima.

El Convenio de Londres sobre salvamento marítimo de 28 de abril de 1.989 - BOE número 57, de 8 de marzo de 2.005 - no había sido ratificado por España cuando el salvamento tuvo lugar y su artículo 6 - que, al regular los contratos de salvamento, dispone que el capitán estará facultado para celebrarlos en nombre del propietario del buque y ambos para hacerlo en nombre del propietario de los bienes que se encuentren a bordo - no estaba en vigor en aquel momento.

Pero, con independencia de ello, no cabe desconocer que de lo que se ha tratado en el proceso no es de identificar a quién debe satisfacer el crédito contractual de los salvadores de Stamatina - ya extinguido -, sino a quien debe responder finalmente del daño patrimonial producido a las cargadoras por la necesidad del salvamento. Con otras palabras, a quien es imputable la situación de peligro y consiguiente necesidad de la asistencia que generó aquella deuda a favor de una de las partes del contrato celebrado por el capitán.

La suma cobrada por los salvadores no sólo es contraprestación según el contrato. También es medida del daño sufrido por quien la debió pagar, por el comportamiento de quien dio lugar, culposamente, a su origen.

SÉPTIMO. Negó la recurrente en el proceso su responsabilidad por las condiciones de navegabilidad del Stamatina, dada su condición de fletadora por tiempo de dicho buque y, por ello, de mera encargada de su gestión comercial.

Alega que la fletante, Oceans Management Inc., había sido la obligada a poner a su disposición, y a la de las cargadoras, un buque en perfecto estado de navegabilidad y que ella no podía dar órdenes al capitán mas que sobre el aspecto comercial de la navegación.

A esta cuestión la recurrente dedica, desde distintos puntos de vista,

los siguientes motivos:

El cuarto, en el que denuncia la infracción del artículo 6 de la Ley 22 de diciembre de 1.949, de transporte de mercancías en régimen de conocimiento de embarque, el cual sanciona la responsabilidad del porteador por los daños causados a terceros por la conducta del capitán, en relación con el artículo 8, que se refiere a la responsabilidad civil del naviero por actos de dicho capitán.

Reitera la recurrente en este motivo su condición de fletadora por tiempo, así como que la fletante conservó la dirección técnica y náutica sobre el buque, por medio del capitán.

Es cierto que en el "time charter", modalidad de fletamento que efectivamente vinculaba a las dos sociedades demandadas, la fletadora, esto es, la ahora recurrente, asume la gestión comercial del buque, mientras que la fletante, se reserva su control y dirección técnica, por medio del capitán que continúa a sus órdenes.

Pero debe tenerse en cuenta, para desestimar el motivo:

1º) Que en la sentencia recurrida se identifica como causa remota de la necesidad del salvamento, la deficiente navegabilidad del buque, ya advertida en el momento de iniciación del viaje.

2º) Que es obligación de todo porteador cuidar de que el buque tenga las condiciones de navegabilidad precisas para la realización del transporte, cuanto menos en el momento de emprender viaje - artículos 5, regla 1ª, de la Ley de 22 de diciembre de 1.949 y 3, letra a), del Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos de embarque, de 25 de agosto de 1.924 -.

3º) Que la fletadora no se exonera de responsabilidad, aunque lo sea por tiempo, en el caso en que la falta de condiciones del buque para navegar sea atribuible a su actuación negligente - artículos 8 de la Ley de 22 de diciembre de 1.949 y 4, apartado 1, del citado Convenio de 1.924 -.

4º) Que la recurrente ha sido condenada como porteadora, condición no atacada y que, en último caso, resulta de la firma del conocimiento de embarque por su agente.

Y 5º) que la evidencia de los vicios del "Stamatina" en orden a su navegabilidad, ya en el momento de emprender el viaje, llevaron razonablemente a considerar negligente el comportamiento de Brisa Lines, SA en dicho momento, al no haber hecho lo exigible para que el transporte se realizara en condiciones.

OCTAVO. En el motivo duodécimo, afirma Brisa Lines, SA producida la infracción de los artículos

1.137 y 1.138 del Código Civil, referidos a las obligaciones solidarias y parciarias.

Alega la recurrente que su condena a pagar a las demandantes, solidariamente con la otra demandada, una suma de dinero era contraria a las dos mencionadas normas, conforme a las que sólo ha lugar a la solidaridad cuando la obligación lo determine.

El motivo se desestima, dado que no es conforme con la jurisprudencia, que aplica las reglas de las obligaciones "in solidum" en estos casos de concurrencia de un porteador contractual y otro efectivo, sin perjuicio de las reclamaciones que entre ellos puedan después ser planteadas -sentencias de 24 de abril y 17 de julio de 1.997-.

NOVENO. La ahora recurrente opuso oportunamente a la pretensión deducida en su contra la excepción sustantiva de prescripción de la acción.

En las dos instancias se ha negado que fueran aplicables a la acción ejercitada en la demanda los artículos 22 de la antes mencionada Ley de 22 de diciembre de 1.949 y 3, apartado 6, del Convenio de 1.924, al haberla calificado ambos Tribunales como distinta de la prevista en los mencionados preceptos. Lo que llevó a los dos a declarar aplicable el artículo 1.964 del Código Civil, en relación con el 943 del de Comercio.

En el motivo primero de su recurso de casación Brisa Lines, SA denuncia la infracción del artículo 22 de la Ley de 1.949, por no haber sido aplicado y entender la recurrente que debía haberlo sido.

En el motivo segundo, subsidiariamente formulado, acusa la aplicación indebida del artículo 1.964 del Código Civil y, en último término, afirma la procedencia de haber aplicado el artículo 1.968, ordinal segundo, del mismo Código -referido a las acciones dirigidas a exigir una responsabilidad extracontractual-.

Como se indicó al principio, la acción ejercitada en la demanda, mediante la técnica de la subrogación, no fue otra que la nacida para las cargadoras de un contrato de transporte en régimen de conocimiento de embarque, como consecuencia del perjuicio patrimonial que les causó, no en la carga pero sí para salvarla, una incorrecta ejecución de la prestación debida por la porteadora.

Por ello, eran aplicables los artículos 22 de la Ley de 1.949 y 3, apartado 6, del Convenio de 1.924, como sostiene la recurrente.

Lo cual no significa, sin embargo, que el motivo deba ser estimado, ya que, correctamente interpretadas las mencionadas normas, el día inicial del cómputo no pudo ser el de entre-

ga de la carga en el puerto al que fue remolcado el buque por los salvadores - como sostiene la recurrente a fin de obtener la declaración de la prescripción extintiva - sino aquel en el que el daño indirecto que se trata de indemnizar quedó plenamente determinado. Esto es, aquel en el que, con la notificación del laudo que puso fin a una situación de incertidumbre, concluyó el procedimiento arbitral previsto en el contrato de transporte para la verificación del "an" y el "quantum" de la deuda.

Procede, por ello, desestimar ambos motivos, dado que la acción se ejercitó a tiempo, como declaró la Audiencia Provincial, aunque con otros argumentos.

DÉCIMO. En los motivos décimo y undécimo del recurso de casación pretende Brisa Lines, SA que demos al seguro, en ejecución del cual una de las demandantes abonó a los salvadores el coste del salvamento, el tratamiento de un contrato nulo, con el argumento de que en el momento en que el mismo se perfeccionó ya se había producido el siniestro y, por tanto, que consideremos que aquel pago no fue más que un acto de complacencia, sin eficacia alguna para provocar una subrogación "ex lege" a favor de quién lo efectuó sin deberlo.

Denuncia, por ello, la infracción del artículo 4 de la Ley 50/1.980, de 8 de octubre, de contrato de seguro, en relación con el artículo 769 del Código de Comercio - motivo décimo -, así como la infracción del artículo 780 de éste Código - motivo undécimo -.

Ambos se desestiman, porque en ellos incurre la recurrente, de nuevo, en una petición de principio, al partir de un hecho contrario al declarado probado como cierto en la sentencia recurrida, según la cual el contrato de seguro de que se trata quedó perfeccionado con anterioridad al salvamento.

UNDECIMO. Las costas de los recursos quedan a cargo de la recurrente, en aplicación del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

FALLO

Declaramos no haber lugar a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuesto por Brisa Lines, SA contra la Sentencia dictada con fecha siete de abril de dos mil seis por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid, con imposición de las costas a la recurrente.

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.-Xavier O'Callaghan Muñoz.-José Ramon Ferrandiz Gabriel.-Antonio Salas Carceller.-Rubricado. Publicación.- Leída y pu-

blicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. José Ramon Ferrandiz Gabriel, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.



TS Sala 2ª, Sentencia 31 marzo 2010. Ponente: D. José Ramón Soriano Soriano

Destinatario de la droga calificado como autor de un delito consumado contra la salud pública

Desestimando los recursos de casación interpuestos por los acusados, la Sala acoge el formulado por el Ministerio Fiscal contra sentencia que condenó a los primeros por delito contra la salud pública. Formula Voto Particular el Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarda.

El Alto Tribunal dicta segunda sentencia por la que establece la consumación del delito, ya que el modo de transporte constituye un elemento secundario que no invalida los criterios que para casos de introducción de droga desde el extranjero tiene establecidas esta Sala, ya que tanto da que el envío u objeto transportado viaje por sí mismo en un medio de transporte o que lo traslade un tercero a quien se le asigna tal cometido. Se afirma en este aspecto que tan "destinatario de la droga es la persona que en el envío postal figura como receptora de la mercancía, como quienes son destinatarios del transporte que realiza otro que actúa como correo".

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso del Ministerio Fiscal.

PRIMERO.- En motivo único y sirviéndose de la vía procesal prevista en el art. 849-1 L.E.Cr., el Mº Fiscal se alza contra la sentencia estimando indebidamente aplicados los arts. 16 y 62 del C.P., calificando los hechos cometidos por Luis Manuel y Encarna como de tentativa, cuando en realidad se trata de una infracción consumada.

1. Muestra su total desacuerdo con los argumentos de la sentencia, que basa su absolución en un déficit del principio acusatorio, al indicar que en el "factum" la Audiencia no puede añadir hechos nuevos no alegados por la acusación pública como es el concierto previo entre los acusados con objeto de poder condenar por delito consumado.

La extrañeza del Fiscal se acentúa ante tal decisión cuando se comprueba que en el fundamento jurídico del tribunal muestra su convicción de que tal acuerdo previo existió, deducido de una serie de datos indiciarios especialmente del conocimiento recíproco de los números de teléfono y

las llamadas telefónicas detectadas entre ellos en los días inmediatamente anteriores a los hechos.

Ante tal argumentación la Fiscalía se remite a la afirmación factual de la sentencia en la que se dice que "los procesados recurrentes iban a recibir la droga y que habían acudido al aeropuerto de Madrid-Barajas para recogerla y posteriormente proceder a su distribución a terceras personas", conducta que en sí misma consideraba tendría cabida en el art. 368 C.P. en cuanto tiende a "promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas".

Invoca a continuación jurisprudencia de esta Sala, haciendo especial referencia a la sentencia núm. 52/2008 de 5 de julio, en la que se establece el criterio general de la Sala 2ª opuesto a las formas imperfectas de delito dados los términos amplios en que el injusto típico se describe en el art. 368 C.Penal.

Concluye con una observación certera, realizada por la propia sentencia que invoca -una entre varias- que establecen una doctrina inconcusa relativa a la delimitación de los grados de ejecución en los "envíos

de droga por correo o por otro sistema de transporte". Por último el Fiscal nos dice que sería perfectamente integrable el "factum" con las afirmaciones fácticas contenidas en los fundamentos 5º y 6º de la sentencia, en cuanto expresan la convicción del tribunal acerca del acuerdo previo.

2. El motivo del Fiscal está adecuadamente argumentado y su resolución deberá venir de la mano de las intervenciones de individuos en el proceso de introducción de la droga en el país a través de un medio de transporte.

La acusada Encarna, en el escrito de impugnación a la pretensión del Fiscal, nos dice en su página 6ª, ab initio, que "precisamente en este ámbito de envíos internacionales es donde opera con mayor habitualidad la aplicación de la tentativa".

Pues bien, no le falta razón al Fiscal recurrente y a la recurrida, ya que el modo de transporte constituye un elemento secundario que no invalida los criterios que para casos de introducción de droga desde el extranjero tiene establecidas esta Sala, ya que tanto da que el envío u objeto transportado viaje por sí mismo en un medio de transporte o que lo traslade un tercero a quien se le asigna tal cometido. En este aspecto tan "destinatario de la droga es la persona que en el envío postal figura como receptora de la mercancía, como quienes son destinatarios del transporte que realiza otro que actúa como correo".

3. Sobre este particular es plenamente clarificadora la moderna sentencia de esta Sala núm. 729/2009 de 24 de junio, en la que después de invocar otras que de forma adecuada sostienen esta línea de interpretación (Cfr. núm. 1415/2005; núm. 1365/2005; núm. 919/2006; núm. 77/2007; núm. 94/2007; núm. 697/2007; núm. 208/2008; núm. 526/2008, etc.), nos dice que resultan paradigmáticas las núm. 426 de 16 de mayo de 2007 y la núm. 205 de 24 de abril de 2008.

En la primera se dice que "únicamente cabe sostener la tentativa, cuando se trata de envíos desde el extranjero, si concurren los siguientes elementos:

1º) Que no se haya intervenido en la operación previa destinada a traer la droga desde el extranjero.

2º) Que no sea el destinatario de la mercancía.

3º) Que no se llegue a tener disponibilidad efectiva de la droga intervenida". De la propia redacción literal se desprende que tales requisitos deben darse de manera conjunta.

En similares términos y con igual claridad resume la segunda lo siguiente: "... se deben distinguir dos posiciones distintas:

a) Si el acusado ha participado en la solicitud o en la operación de importación, o figura como destinatario de la sustancia es autor del delito en grado de consumación, por tener la posesión mediata de la droga y ser un cooperador necesario y voluntario en una operación de tráfico.

b) Si la intervención del acusado tiene lugar después de que la droga se encuentre en nuestro país, habiéndose solicitado su intervención por un tercero, sin haber intervenido en la operación previa, sin ser destinatario de la mercancía y sin llegar a tener la disponibilidad de la droga intervenida se trata de un delito intentado". Por lo tanto, se entiende que el destinatario de la mercancía debe responder del delito en grado de consumación, aunque se trate de un destinatario-intermediario por ser un cooperador necesario y voluntario de una operación de tráfico.

4. En atención a tal doctrina bastaría con que los acusados "fueran destinatarios de la droga importada" y de ello no cabe la menor duda, dados los términos del "factum", para entender que el delito se hallaba consumado, sin más aditamentos.

El relato histórico probatorio nos dice que "toda esta droga iba a ser entregada por el procesado a los también procesados Luis Manuel y Encarna.... quienes habían accedido al aeropuerto de Madrid-Barajas para recoger la droga y posteriormente proceder a su distribución entre terceras personas", y tal conducta es promotora del tráfico (del que forman parte como un eslabón comercial más los recurrentes) o del consumo de cocaína, lo que conforme al art. 368 C.P. constituye e integra un delito consumado.

Pero a mayor abundamiento y aunque no hiciéramos uso de esa posibilidad de integrar los hechos probados con las afirmaciones fácticas de la fundamentación jurídica, como en determinados casos esta Sala admite, bastaría, como sugiere el Fiscal, que lo afirmado en hechos probados se interpretase de acuerdo con las consideraciones argumentales referidas por la Audiencia en los fundamentos de derecho. No se trata de una integración del probatum, sino de una interpretación del mismo, que legítimamente puede tomar en consideración las razones o consideraciones lógicas en el plano valorativo, tenidas en cuenta y asumidas por el tribunal de instancia, en tanto la sentencia constituye un todo inescindible.

Por esa vía si el conocimiento de los números de teléfonos recíprocos y del flujo de llamadas, algunas desde Colombia, no sirven para llegar a la convicción de que existió un acabado y detallado acuerdo previo, si son indicativas de la existencia de cierta cooperación o coordinación necesaria para llevar a cabo la operación de introducción de droga de Colombia a España.

En tal sentido no le falta razón al Fiscal cuando afirma que los términos del relato probatorio se tornan absurdos si las personas que son receptoras de la droga que ha de entregarse otra en el aeropuerto de acuerdo con las instrucciones que reciben por teléfono después de una llamada para verificar el contacto, niegan que existió acuerdo previo, ya que en mayor o menor medida los términos del "factum" implican o llevan consigo un mínimo de concertación, coordinación o acuerdo.

5. Ítem más, aunque partiéramos de la hipótesis de que no existió el más mínimo acuerdo previo (lo que se compagina mal con el flujo intenso y abundante de llamadas telefónicas entre los tres acusados), tampoco sería preciso ese dato para estimar consumado el delito y ello no sólo por ser destinatarios de la droga, sino además porque como tales asumen, dentro de una operación de importación o introducción de droga en España desde el extranjero, una tarea, cometido o "rol" que le ha sido asignado, siendo conscientes que constituyen una pieza de toda la trama que en conjunción con otros, tratan de culminar la operación de introducción de cocaína desde el exterior.

Es perfectamente factible que los "cerebros" o "dueños del negocio" no realicen tareas de riesgo, pero sí las asignan y atribuyen a las personas que colaboran con ellas, y así, sin acuerdo previo todas las piezas del engranaje operativo, que con aportación causal propia y conscientes de la actividad aportada por otros, cooperan a la realización de actos de tráfico de drogas, como son el transporte, introducción, depósito y posterior distribución de la mercancía ilícita que fue el objeto de la operación desbaratada, son merecedores de la calificación jurídica de autores.

En conclusión y en palabras de la sentencia invocada por el Fiscal, dictada por esta Sala el 5 de julio de 2008 (núm. 52) "tratándose de envíos de droga por correo o por otro sistema de transporte es doctrina consolidada que si el acusado hubiese participado en la solicitud u operación de importación, o bien figurase como destinatario de la misma, debe estimarse autor de un delito consumado, por tener la posesión mediata de la droga remitida y por constituir un cooperador necesario en una operación de tráfico (SS. 27.9.93, 23.2.94, 5.5.94, 9.6.94, 23.12.94, 20.4.96, 23.4.96, 21.6.99, 19.9.2000, 15.11.2000, 28.1.2001, 3.12.2001 y 29.9.2002)".

En atención a lo expuesto el motivo deberá ser acogido.

Recurso de Encarna.

SEGUNDO.- Elementales razones de sistemática casacional, aconsejan el cambio de orden en la resolución de los distintos motivos planteados,

comenzando por el formalizado con el número quinto. En él y en base al art. 849-2 L.E.Cr. se alega error de hecho en la apreciación de la prueba derivada de documentos, no contradichos, que obran en actuaciones.

1. Como documentos invoca los informes periciales analíticos de la sustancia intervenida, haciendo notar que no existe diligencia de entrega de droga con peso bruto, lo que supone una razón para decretar la nulidad radical al no poderse verificar la correspondencia de la sustancia intervenida y la entregada al laboratorio.

A su vez sostiene que no coinciden las tres planchas intervenidas, conteniendo cocaína con las analizadas por el Laboratorio, en particular, en el atestado se atribuye a todas ellas el "color blanco", mientras que en la analítica en dos lotes se matiza que el color era "marfil" y en otro caso "anaranjado", circunstancia que los policías intervinientes no hacen constar en el atestado.

2. Como tiene reiteradamente afirmado esta Sala, las pruebas periciales poseen naturaleza personal y son incapaces de fundamentar una alteración del relato probatorio por la vía del error facti, aunque en casos especiales y concurriendo determinadas circunstancias pueden actuar como documentos a efectos casacionales. Estos casos de reducen a los dos siguientes:

a) Cuando existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de modo que se altere relevantemente su sentido originario.

b) Cuando contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar razones que lo justifiquen.

3. En la sentencia se advierte que no han concurrido tales condicionamientos, por la sencilla razón de que el tribunal ha considerado como datos finales el resultado analítico de las sustancias entregadas. El tribunal ha tomado en consideración el dictamen pericial, sin que se halle contradicho o refutado por otras pruebas, ni entre en contradicción con ellas. Únicamente es advertible el deslizamiento de un error material de cálculo, de naturaleza elemental y perfectamente corregible, que no podía dar lugar a la estimación del motivo, dada la clara doctrina sostenida por esta Sala de casación, según la cual, la alteración del "factum" sólo podrá

ser acogida cuando la modificación interesada sea capaz de modificar el sentido o términos del fallo o parte dispositiva de la sentencia. En nuestro caso el primer lote de droga (véase página 180 de las actuaciones) se cuantifica en 752,5 gramos, mientras que el "factum" recoge 762,5. Todas las demás cantidades son exactamente las reflejadas en el documento analítico.

4. A su vez la recurrente no precisó el aspecto o parte del "factum" que ha de ser alterado, sustituido o completado, como un "prius" para propugnar una nueva subsunción de los hechos o una modificación de sus circunstancias jurídico relevantes.

La razón no es otra que el motivo no se ha canalizado por la vía procesal oportuna. En el fondo lo que sostiene la recurrente es la quiebra de la cadena de custodia o identificación de la droga ocupada y la después analizada. En principio, sobre este particular existen cinco lotes o sustancias a analizar. Las tres planchas con droga ocupadas en el aeropuerto, lo intervenido en casa de la recurrente (cocaína y cafeína), analizándose la primera y descartando la segunda, una vez detectada la naturaleza de sustancia no tóxica.

Pero es más, aunque la fuerza policial calificase de sustancia blanca la ocupada, ya que tenía este color el fardo de mayor peso (más de siete kilogramos), el color marfil es confundible con el blanco y el que sin ser "color naranja" tenía una tonalidad anaranjada, puede constituir un detalle secundario, respecto al cual la policía no se viera en la obligación de efectuar más precisiones. No obstante el dato sería importante como refuerzo a cualquier duda sobre la ruptura de la cadena de custodia, pero es lo cierto que la droga aprehendida se hallaba bien definida, se expresó su peso bruto, según se desprende de la página 17 de las diligencias (11.800 gramos) y en la siguiente se hace referencia a la intervenida en su casa. Pero lo determinante y concluyente es que en las páginas 178 y 179 de las diligencias sumariales se concretan hasta la saciedad toda clase de detalles, referencias, número de registro, etc. precisos para excluir radicalmente cualquier confusión acerca del origen o procedencia de la droga que se analiza.

El motivo, por lo expuesto, debe rechazarse.

TERCERO.- El primero de los motivos, con apoyo procesal en los arts. 5-4 LOPJ. y 852 L.E.Cr., lo dedica a atacar la sentencia que le condena por entender que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías sin indefensión y a la presunción de inocencia (art. 24-1 y 2 C.E.), todo ello en relación al art. 18-3 C.E.

1. El conjunto de infracciones denunciadas tiene una causa o denomi-

nador común, en cuanto dimanar de la observación y manipulación no autorizada del teléfono móvil del acusado Sr. Juan Pablo.

Estima esencial delimitar el presupuesto fáctico en cuyo contexto se produjo la hipotética infracción. En tal sentido nos dice "las presentes actuaciones principiaron por atestado de la Guardia Civil (diligencias policiales núm. 004) por el que se daba cuenta de la detención producida el pasado día 3 de mayo de 2008 de D. Juan Pablo en el aeropuerto de Barajas, cuando procedente de Cali (Colombia) se procedió por la fuerza actuante a pasar de forma aleatoria el correspondiente reconocimiento aduanero de su equipaje y al realizar el referido reconocimiento por escáner de Rayos X los agentes detectan en su interior bultos sospechosos que, después de un registro más exhaustivo, resultaron ser tres planchas de al parecer cocaína, procediendo seguidamente a su detención.

Sin embargo, una vez ya detenido D. Juan Pablo observa la policía judicial cómo el teléfono móvil que aquél portaba (ya intervenido una vez detenido) recibía diversas llamadas telefónicas del núm. 005, momento en que los agentes, sin ningún tipo de autorización judicial, proceden a realizar una llamada desde el teléfono intervenido al Sr. Juan Pablo, sin consentimiento de éste, al mismo número de teléfono del que provenían aquellas llamadas, y una vez responde su interlocutor, cuando pregunta por "Juan Pablo", el agente actuante suplanta la identidad de un tercero supuestamente acompañante o amigo del detenido manifestando, de forma artificiosa, que Juan Pablo en esos momentos no se puede poner al teléfono, que ha tenido un mal viaje y se encuentra indispuerto, preguntando por la cafetería "Medas" en dónde se encuentran, momento en el cual se realiza un operativo policial y se vuelve a realizar una llamada al teléfono entrante desde un móvil de la policía para observar a las personas que cogen el teléfono de entre las que se hallaban en dicha cafetería, momento en el cual, fruto de la intervención telefónica antedicha, observan a los supuestos sospechosos interlocutores de los agentes que, según el atestado, serían D. Luis Manuel y D^a Encarna".

2. De acuerdo con lo expuesto el censurante concluye que la observación, manipulación e intervención de su teléfono por la fuerza policial sin autorización judicial de ningún tipo es radicalmente nula, por violar el derecho constitucional al secreto de las comunicaciones. Se trataría de escuchas telefónicas "preventivas", tendentes a investigar posibles delitos, con infracción del principio de proporcionalidad.

Cita y desarrolla a continuación algunas sentencias de la Audiencia Provincial, especialmente de Cantabria y Madrid, insistiendo en que la

intervención no cumplió con los requisitos exigidos por el art. 579 L.E.Cr. y jurisprudencia que lo interpreta, muy al contrario, el efectuar las rellamadas y entablar comunicación con el interlocutor y proceder a su identificación y localización suplanta su identidad policial por la de un tercero supuestamente amigo o acompañante del verdadero titular del teléfono receptor, todo ello fruto de una unilateral decisión de los agentes de la Guardia Civil, lo que en realidad constituye un ardid realizado mediante la utilización de un terminal telefónico ajeno amparado por el secreto de las comunicaciones.

3. La Audiencia Provincial ha dado cabal respuesta al problema planteado en sus fundamentos jurídicos segundo y tercero, rechazando los argumentos de la parte afectada. Sobre este particular es obvio que en la lectura de derechos una vez detenido el recurrente, no procedía referir el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18-3 C.E.) ni ningún otro que no fuera de los previstos en el art. 520 L.E.Cr. La Audiencia deja claro que no existió ninguna actividad por parte de la policía que provocase la llamada originaria que fue espontánea, limitándose los agentes a tomar el número que reflejaba la pantalla y ya desde un teléfono ocupado y en su cometido de descubrir a otros implicados hacen una rellamada al hipotético interlocutor, que es precisamente quien sugiere que el portador de la droga le espere en la cafetería Medas, de la Terminal-4 del Aeropuerto de Madrid-Barajas. Así pues, la Audiencia concluye que no existió interceptación de comunicación alguna, y que el tráfico de llamadas y posterior entrada y registro en la casa de la recurrente ya fueron efectuados con autorización judicial.

4. Aunque con lo dicho por la Audiencia bastaría para rechazar el motivo, quizás quepa matizar y delimitar el alcance del derecho al secreto de las comunicaciones para mostrar que la utilización del teléfono ajeno y ejecución de una rellamada queda fuera del derecho al secreto de las comunicaciones.

En este sentido es un lugar común entre los constitucionalistas, el raquitismo o insuficiencia regulativa del desarrollo de tal derecho fundamental (art. 18-3 C.E. y 579 L.E.Cr.), especialmente este segundo precepto que deja en el aire ciertas cuestiones que gravitan alrededor del derecho y pueden afectarle directa o indirectamente. En efecto, quedan huérfanos de regulación algunos puntos como: definición de las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a escuchas telefónicas; la naturaleza de las infracciones susceptibles de poder dar lugar a la interceptación de la comunicación; la fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida; el procedimiento de transcripción de las conversaciones interceptadas; las precauciones a adoptar para conservar intactas y completas

las grabaciones realizadas a los fines de control eventual por el juez o por la defensa; las circunstancias en las que puede o debe procederse a borrar o destruir las cintas en determinados casos, especialmente en supuestos de sobreseimiento, etc.

Pues bien, estos y otros aspectos no tratados en preceptos específicos han ido configurándose sobre la base de la interpretación de normas internacionales vigentes en España, ex arts. 10-2 C.E., tales como Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 12) 1948; Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (art. 8) de 1950; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 17-1) 1966, además de la propia jurisprudencia constitucional y de este Tribunal.

Especialmente llamativa es la línea jurisprudencial seguida por el Tribunal Europeo de Estrasburgo después del caso Malone (S. 2-8-84), en que se engloba dentro del derecho al secreto de las comunicaciones los denominados datos "externos" o "de tráfico", referidos a la identidad de los interlocutores, momento temporal de la llamada, listado de llamadas efectuadas, duración de las mismas, etc. Sobre esta particular cuestión, aunque en alguna intromisión, como la observancia del listado de llamadas de un terminal, no pudieran incardinarse de modo preciso en lo que es una comunicación, sí afectaría al derecho a la intimidad y en nuestro ordenamiento, aún con menor grado de rigor argumentativo, se ha reservado a la autorización judicial.

Mas, en determinados supuestos o situaciones en que el sacrificio del derecho es mínimo y la urgencia de la intromisión se impone para la culminación de una investigación policial no se excluiría que ponderando los principios de racionalidad y proporcionalidad pudiera la policía judicial actuar por iniciativa propia en cumplimiento de sus cometidos sin acudir al juez, cuando de hacerlo se perjudica o desbarata la investigación policial. En cualquier caso sólo excepcionalmente y cuando la intervención afecte a ese listado de llamadas, al número de algún comunicante si la actuación reúne los caracteres de actividad idónea para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, necesaria o imprescindible, esto es, que no existan otros medios o medidas menos graves o que impongan menos sacrificios para los derechos de terceros, y por último que de su aplicación se deriven más ventajas que perjuicios para el interés general, podría excepcionalmente la policía judicial acudir a datos colaterales de la conversación o a obtener directamente el listado de llamadas o el número de alguna llamada, partiendo siempre de que forman o pueden formar parte del derecho al secreto de las comunicaciones. Desconectado de comunicaciones concretas, su repercusión incidiría en el

derecho a la intimidad, que en aspectos no sensibles podría ceder, en beneficio de la investigación de un delito grave (SS.T.S. 1235/2002 de 27 de junio; 666/2003 de 17 de junio, 215/2004 de 20 de abril, etc.).

5. Trasladando tal doctrina a nuestro caso es patente e incontestable que no nos hallamos ante ninguna comunicación telefónica, ni tampoco se ha vulnerado la intimidad al anotar el número de teléfono que insistentemente llamaba al móvil del detenido. Éste último, portador de una gran cantidad de cocaína (más de nueve kilogramos de alto grado de pureza) se le ocupa, interviene o requisas su móvil, que según propio testimonio cuando llegaran al aeropuerto terceras personas le llamarían para darle instrucciones sobre el destino de tal cantidad de droga.

El móvil, como instrumento o medio de comisión del mismo, ha sido objeto de desposesión legítima en una correcta diligencia de cacheo. Dicho teléfono lo posee transitoriamente la policía y puede y debe utilizarlo para hacer alguna llamada como medio de investigación del delito enderezado a descubrir toda la trama, especialmente la intervención de otros coautores. Así pues, la policía toma el número de la pantalla, que cualquiera puede ver y lleva a cabo una rellamada, sin hacerse pasar por el interesado, sino por un tercero que le acompañaba, accediendo a la cita que los terceros que responden a la llamada (los dos recurrentes) le sugieren, concretamente, en el Bar-Restaurante Medas de la T-4 de Barajas.

La llamada que hizo la policía con el teléfono incautado no interfería comunicación ajena alguna; era la propia comunicación de la policía, como ardid legítimo y elemental para descubrir a los responsables de un delito castigado con penas que van de 9 años y 1 día a 13 años y 6 meses aunque, como sagaz medida de prudencia y aseguramiento del éxito de la investigación, utilizaran el teléfono del acusado para efectuarla.

La Guardia Civil actuó conforme a las obligaciones que le vienen impuestas por el art. 282 L.E.Cr. en concordancia con los arts. 11.1 g) y 21 a 36 de la Ley Orgánica 2/1986 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado; art. 770-3 L.E.Cr.; 547 y ss. de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 14 de la Ley Orgánica 1/1999 de 21 de febrero de Protección de la Seguridad Ciudadana. Es más, como muy bien puntualiza el Mº Fiscal los agentes de la policía judicial habrían faltado a su deber si no hubieran anotado ese número entrante y practicado las diligencias necesarias para la localización de los autores de la llamada recibida en el móvil del detenido, procediendo a la rellamada al número de procedencia, en principio con el propio móvil del detenido, después para detectar a los

coautores en el aeropuerto desde un móvil de la pertenencia de la policía.

Pretender, como sostiene la recurrente, que no ocultaran su identidad, desvelando su condición de policías, es tanto como incurrir en responsabilidad profesional, porque la operación quedaría automáticamente frustrada. El presunto ardid o estrategia policial constituye un procedimiento legítimo no contrario a derechos fundamentales de terceros, tendente a descubrir o perseguir delitos graves, como es el que nos ocupa. El principio de proporcionalidad y un mínimo de oficio profesional así lo imponían. Abstenerse los agentes de usar de los medios legítimos que tienen a su alcance para descubrir el delito y perseguir a los delincuentes, quizá les hubiera puesto en la tesitura de responder por un delito de "omisión de perseguir delitos" que el art. 408 del Código Penal le impone.

Por todo lo expuesto el motivo ha de decaer.

CUARTO.- En el motivo segundo se denuncia, vía art. 5-4 LOPJ. y 852 L.E.Cr., la vulneración del derecho a la presunción de inocencia previsto en el art. 24-2 C.E.

1. A juicio de la recurrente no existe prueba de cargo suficiente para fundar una sentencia condenatoria en atención a una serie de circunstancias o argumentos, que resumidamente agrupa del siguiente modo:

a) Considerándose nula la observación telefónica practicada sobre el móvil del Sr. Juan Pablo, devendrían igualmente nulas todas las pruebas derivadas directa o indirectamente de la anterior (conexión de antijuricidad).

b) No ha existido investigación previa de carácter policial que incrimine a la acusada, al surgir la ocupación de la droga de forma sorpresiva o aleatoria.

c) La recurrente no conocía de nada a Juan Pablo, persona detenida en el aeropuerto con las bolsas conteniendo droga.

d) Luis Manuel reconoció en su declaración judicial que había quedado en el aeropuerto con Juan Pablo para recogerle y a la señora Encarna la había conocido dos días antes y había hablado de buscar trabajo.

e) El porteador o transportista de la droga había quedado expresamente en el aeropuerto con Luis Manuel, mientras - según su testimonio - no conoce de nada a la chica que acompañaba a aquél, que era la recurrente.

Por todo ello concluye que el mero hecho de acompañar o encontrarse en un determinado momento con una determinada persona no puede equivaler sin más a otorgarle cualquier

tipo de participación activa en hipotéticas conductas ilícitas.

Por último, como adición al motivo, impugnaba la cadena de custodia de la droga por faltar prueba fehaciente de que la sustancia intervenida fuera o se correspondiera con la finalmente analizada.

2. La sentencia combatida, en los fundamentos jurídicos 5º y 6º explica ampliamente la serie de pruebas incriminatorias y la inconsistencia e incoherencia de las exculpaciones ofrecidas frente a ciertos datos o elementos que sugieren la participación en el hecho ilícito que evitan desarrollar pormenorizadamente los fundamentos incriminatorios de la condena.

No es de más recordar algunos aspectos reflejados en la fundamentación jurídica que confirman esta idea. Entre las pruebas de cargo figuran:

1) Cuando se produce la rellamada desde el teléfono ocupado a Juan Pablo lo coge y contesta Encarna y a continuación lo pasa a Luis Manuel.

2) Cuando se produce la segunda llamada al teléfono de Luis Manuel y se procede a su detención él y la recurrente están juntos en el Restaurante Medas como confirman los agentes (prueba testifical: art. 717 L.E.Cr.).

3) Ante la excusa de que iba a esperar una amiga al aeropuerto no da en momento alguno el nombre de esa amiga a efectos de comprobación.

4) Existen cinco conversaciones anteriores por teléfono, según los listados de llamadas, judicialmente obtenidas, llevadas a cabo entre estos dos acusados.

5) En el momento de la detención se le ocupa a la procesada recurrente el móvil núm. 006 en el cual se reciben tres llamadas desde el de Luis Manuel (núm. 005) los días 1 y 2 de mayo de 2008, y en sentido inverso dos llamadas el día 1 de mayo, lo que es significativo si tenemos en cuenta que los hechos sucedieron el 3 de mayo de 2008.

6) Finalmente, las alegaciones de que no conoce a Juan Pablo se desvirtúan por las dos llamadas del teléfono de la recurrente al del introducido de la droga el 21 de abril de 2008 (fol. 244), fecha precisamente en que aquél emprende su viaje a Colombia desde Barcelona (véase billete, folio 41: prueba documental).

3. Con todos esos datos no cabe atribuir a simple coincidencia el encuentro en el aeropuerto para hacerse cargo de la mercancía ilícita que un conciudadano suyo (los tres acusados son colombianos) traía de aquel país, sino a un proyectado plan del que la recurrente formaba parte.

Existió, pues, prueba directa e indiciaria, debidamente obtenida y regularmente introducida en el plenario en donde se practicó bajo la vigencia de los principios de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción, siendo objeto de una valoración procesal acorde a las pautas de la lógica y de la experiencia.

La incautación de droga en su propia casa en disposición de ser vendida (11 papelinas), sin que conste que fuera drogadicta o la destinara al propio consumo, completa la prueba incriminatoria.

En orden a la supuesta ruptura de la cadena de custodia la simple consideración del atestado y los folios 178, 179 y 180 de las diligencias, se comprueba, como pudo explicarse en el motivo quinto, objeto del fundamento segundo de esta sentencia, que existió perfecta y segura coincidencia entre lo incautado y lo analizado por el Laboratorio.

El motivo, por ello, ha de rechazarse.

QUINTO.- A la vista del rechazo de los motivos 5º, 1º y 2º, y habida cuenta de la estimación del motivo único articulado por el Mº Fiscal, en el que se considera a ambos recurrentes autores del hecho delictivo en grado de consumación, como destinatarios que eran de la mercancía ilícita, carecen de sentido los motivos 3º y 4º de esta recurrente.

En el tercero, vía art. 849-1 L.E.Cr., se discute la individualización penológica, con infracción del art. 66 por un lado y el 16 y 62 C.P. por otro, establecidos para la individualización penológica de un responsable de delito en grado de tentativa. Reputando el hecho consumado y debiendo proceder a nueva individualización, carece de utilidad el motivo.

Otro tanto hemos de decir del siguiente (motivo 4º) por igual cauce procesal se propugna la participación de la recurrente en concepto de cómplice (art. 29 C.P.), por haber acompañado a la persona que había de recibir la mercancía, pero en ningún caso su intervención fue secundaria o colateral, sino en calidad de destinataria o receptora de la droga. El respeto a los hechos probados y la actuación conjunta e indistinta de ambos recurrentes, los sitúa en la posición de coautores, por cuanto ambos sin distinciones ni matices eran los que debían hacerse cargo de la droga. Así lo expresan los hechos probados de donde se trasluce una intervención coordinada e indistinta de ambos.

Los dos motivos, 3º y 4º deben rechazarse y con ellos el recurso de esta procesada.

Recuso de Luis Manuel.

SEXTO.- En el motivo primero aglutina dos quejas en una sola peti-

ción, ambas por vulneración de derechos fundamentales. En la primera, a través del art. 5-4 LOPJ, considera infringido el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24-1 y 120-3 C.E.); y en segundo término, vía art. 849-2 L.E.Cr. (debió referirse al núm. 1), considera vulnerado el derecho a la intimidad personal y al secreto de las comunicaciones con infracción del art. 18.3, en relación al 579 L.E.Cr.

1. En el primero considera insuficientes las explicaciones dadas por el tribunal, sobre todo cuando califica de absurdas o falsas las razones que tenían para acudir al aeropuerto. Estima que siempre declaró lo mismo y da una versión de los hechos uniforme, insistiendo en que conoció a Juan Pablo trabajando en la Hostelería en Barcelona y habían quedado en el aeropuerto para llevarlo a la estación de autobuses.

Respecto del derecho al secreto de las comunicaciones supuestamente violado reitera los argumentos de la recurrente Encarna.

2. En lo concerniente a la tutela judicial efectiva ninguna repercusión cabe oponer a la sentencia, si nos atenemos al contenido esencial de ese derecho que implica:

a) Posibilidad de acceder a los juzgados y tribunales en defensa de derechos e intereses legítimos.

b) El de tener la oportunidad de alegar y probar las propias pretensiones en un proceso legal y en régimen de igualdad con la parte contraria sin sufrir indefensión.

c) El de alcanzar una respuesta razonada y fundada en derecho dentro de un plazo razonable.

d) El de ejercitar los recursos establecidos por la ley frente a las resoluciones que se estimen desfavorables.

e) El de obtener la ejecución del fallo judicial recaído en la resolución firme.

Lo que no puede pretender el recurrente es que la versión, absolutamente insuficiente ofrecida en el ejercicio del derecho de defensa, reconocido su derecho a faltar a la verdad, prevalezca frente a la objetiva e imparcial alcanzada por el tribunal, haciendo uso de una facultad que sólo a él compete con exclusividad (art. 117-3 C.E. y 741 L.E.Cr.).

La justificación argumentativa de la condena frente a los argumentos aducidos por el procesado se contiene en el Fundamento 5º. En él entre otras cosas se dice: "no tiene sentido llamar a una persona a la que has conocido en Barcelona y no tienes certeza de donde está, para que acuda a recogerse a Madrid. A la estación de autobuses se puede llegar por otros medios sin introducir a un semidesconocido en un asunto tan delicado como trans-

portar casi siete Kg. de cocaína, Juan Pablo debía recibir instrucciones sobre lo que hacer con la droga al llegar a Madrid, instrucciones que podían ser o no la de dirigirse a la estación de autobuses, las instrucciones se le darían por teléfono y el teléfono desde el que recibe la llamada es el de Luis Manuel. Cuando se produce la llamada a este teléfono lo coge y contesta Encarna que a continuación se lo pasa a Luis Manuel. Cuando se produce la segunda llamada al teléfono de Luis Manuel y se procede a su detención y a la de Encarna están juntos según declararon los guardias civiles en el juicio...".

Consecuentemente ninguna arbitrariedad o argumentación absurda se ha deslizado en la sentencia.

3. Respecto a la presunta violación del derecho al secreto de las comunicaciones ya tuvimos ocasión de afirmar que la policía judicial obró legítimamente en el cumplimiento de su deber cuando usó de las posibilidades legales que le imponía la obligación de descubrir el delito y a los delincuentes implicados, sin que en modo alguno se violara o interceptara ninguna comunicación, sino que valiéndose de un instrumento del delito previamente requisado, como pieza de convicción, pudo descubrirse a otros coautores implicados en el hecho.

Todo lo dicho respecto a la corriente debe entenderse reproducido en este momento. De acuerdo con lo antes afirmado es obvio que el tribunal argumentó y razonó acerca de las pruebas que justificaban la sentencia condenatoria sin que se produjera vulneración alguna del secreto de las comunicaciones. Piénsese que el flujo de llamadas y el mandamiento de entrada y registro estaban amparados por una orden judicial, consecuencia del previo auto injerencial.

El motivo debe rechazarse.

SÉPTIMO.- En el siguiente motivo (2º) se invoca violación del derecho a la presunción de inocencia (art. 24-2 C.E.) al amparo del art. 5-4 LOPJ, y 849-2 L.E.Cr. (citado por error, debió referirse al art. 852 L.E.Cr.).

1. El impugnante considera que no se ha aportado a este procedimiento ninguna prueba de cargo contundente que permita desvirtuar la presunción de inocencia que por mandato constitucional le ampara, ya que no se puede considerar como prueba de cargo que la Sala considere absurdo que lo declarado en el acto del juicio oral por los coacusados Luis Manuel y Encarna, sea falso, pues lo que no podemos dejar de hacer mención es que todas las ocasiones en las que ha declarado Juan Pablo, ha dicho que el recurrente no tenía conocimiento del transporte de droga y que lo único que le pidió es que le fuera a recoger para llevarle a la estación Sur de autobuses de Madrid.

No existe respecto al recurrente incremento inusual de su patrimonio, no maneja o tiene elevadas cantidades de dinero en efectivo, no realiza operaciones extrañas y distintas de las prácticas comerciales ordinarias, tiene su trabajo en el sector de hostelería y no tiene vínculos o conexiones con actividades de tráfico de estupefacientes o con personas o grupos con ellos relacionados.

A continuación nos dice que aun cuando los hechos declarados probados pudieran ser objetivamente constitutivos de un delito del art. 368, 369-1.6 C.P., subjetivamente no podrían calificarse de tal al faltar prueba cierta y definitiva sobre el "animus possidendi", necesario para integrar el tipo.

2. Los argumentos son inasumibles, pues quedó acreditado plenamente que el acusado, junto con su acompañante, eran los destinatarios de la droga, así que aunque sea por unos instantes, son ellos los que tenían que hacerse cargo de la misma, sin perjuicio de que el destino subsiguiente fuera hacerla llegar a manos de otros.

Por todo ello el motivo ha de declinar.

OCTAVO.- En el motivo tercero, con sede en el art. 849-1 L.E.Cr. considera indebidamente aplicado el art. 368, 369-1.6 del C.Penal.

1. El recurrente protesta porque dentro del tipo delictivo por el que se le condena no se especifican los elementos que lo integran, especialmente aquellos que consideran ejecutado el tipo del injusto en grado de tentativa al objeto de descender la pena uno o dos grados, conforme al art. 16 y 62 C.P.

Sorpresivamente en las alegaciones legales o doctrinales que desarrollan el motivo, se aparta del enunciado e insiste en que por violar el derecho al secreto de las comunicaciones debe reputarse nula la prueba y todas las consecuencias probatorias derivadas, conforme a la doctrina de los frutos del árbol envenenado, establecida en el art. 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Entiende pues violado el art. 18-1 y 3 de la Constitución española.

2. A la vista de los términos en que se formula el motivo, hemos de remitirnos a todo lo explicitado en el motivo primero de Encarna, dándolo por reproducido.

De todos modos el sugerido problema de la rebaja de la pena en uno o dos grados, también carece de sentido, porque la calificación adecuada según este Tribunal, estimando el motivo del Fiscal, es la de autores de un delito consumado.

El motivo sobre la individualización penológica, lo vuelve a reiterar en el motivo siguiente (4º), denun-

ciando la infracción del art. 66, en relación al 16 y 62 (por error se cita el 52) del Código Penal, analizando la queja como error iuris (art. 849-1 L.E.Cr.).

Consecuentemente, y ante la carencia del sentido, debe rechazarse. Así pues se desestiman los motivos 3º y 4º y con ellos el recurso.

NOVENO.- Las costas procesales a la vista de la desestimación de los recursos de los dos procesados se les imponen expresamente, conforme dispone el art. 901 L.E.Criminal.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal por estimación de su motivo único y en su virtud casamos y anulamos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Quinta, con fecha catorce de julio de dos mil nueve.

Y debemos declarar y declaramos no haber lugar a los recursos de casación interpuestos por las representaciones de los procesados Encarna y Luis Manuel contra la anteriormente mencionada sentencia de catorce de julio de dos mil nueve y con expresa imposición a dichos recurrentes de las costas ocasionadas en sus respectivos recursos.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte a la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Quinta, a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Giménez García.- José Ramón Soriano Soriano.- Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.- José Antonio Martín Pallín.

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta y uno de marzo de dos mil diez.

En el Sumario incoado por el Juzgado de Instrucción núm. 20 de Madrid con el número 20/2008 y fallado posteriormente por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Quinta, contra los procesados Juan Pablo, nacido en Barcelona el 26/05/1962, hijo de Enrique y de Rosario, con DNI: núm. 007; Encarna, nacida en Cerrito Valle (Colombia) el día 25/03/1969, hija de Rosa Concha y de Bernardo con NIE núm. 002 y Luis Manuel, nacido en Colombia el 28/09/1977, hijo de Rafael y de María, con NIE núm. 001, todos ellos sin antecedentes penales; y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia Provincial que ha sido casada y anulada por la pronunciada por esta Sala Segunda del Tri-

bunal Supremo en el día de la fecha, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano.

ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se admiten y dan por reproducidos los que se contienen en la sentencia revocada y anulada dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Madrid con fecha catorce de julio de dos mil nueve, incluso su relato de hechos probados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los de la mencionada sentencia de instancia, salvo en aquello que contradigan los argumentos de este Tribunal, en los concretos extremos relacionados con el motivo que se estima.

SEGUNDO.- En orden a la nueva individualización de la pena, esta Sala entiende justa y proporcionada la imposición de la pena mínima de 9 años y 1 día de prisión con las accesorias y multa de 300.000 euros a cada uno.

PARTE DISPOSITIVA

Fallamos: Que debemos condenar y condenamos a los procesados Encarna y Luis Manuel como autores responsables de un delito consumado de tráfico de drogas en cantidad de notoria importancia, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de 9 años y 1 día de prisión con inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y una multa de 300.000 euros a cada uno, manteniendo los demás pronunciamientos de la sentencia recurrida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Giménez García.- José Ramón Soriano Soriano.- Miguel Colmenero Menéndez de Lurca.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.- José Antonio Martín Pallín.

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

VOTO PARTICULAR

Voto Particular a la Sentencia de esta Sala núm. 266/2010, de 31 de marzo de 2010, formulado por el Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Lurca.

Con el máximo respeto por la opinión de los Magistrados integrantes de la mayoría, debo formular por es-

crita mi discrepancia con el resultado del análisis del motivo primero del recurso interpuesto por Encarna, que se desarrolla en el Fundamento Jurídico Tercero de la Sentencia de casación, en el que se queja de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, alegación que la mayoría desestima y que, por el contrario, entiendo que debió ser estimada.

1. Según se recoge en el citado Fundamento Jurídico, una vez detenido el acusado que portaba la droga, la Policía observó cómo en su teléfono móvil, que le había sido incautado una vez detenido, recibía distintas llamadas de un mismo número. Ante ello, los agentes policiales procedieron a realizar una rellamada a dicho número, comunicando al interlocutor que el portador del teléfono, el detenido Juan Pablo, no se encontraba bien, y citándose en una de las cafeterías de la terminal. Una vez en el lugar, los agentes realizaron otra llamada, esta desde su propio teléfono, procediendo a la detención de su receptor, que resultaron ser los otros dos recurrentes.

2. La mayoría de la Sala parece entender que la observación del listado de llamadas contenido en la memoria de un teléfono móvil no afecta al derecho al secreto de las comunicaciones, sino al derecho a la intimidad, que, siempre bajo una habilitación legal (artículo 282 y 770.3 LECrim; 11.1 g y 21 a 36 de la LO de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad; 547n y ss LOPJ; y 14 de la LO de Protección de la Seguridad Ciudadana), permitiría determinadas invasiones menores por parte de la Policía en casos de urgencia.

3. Hemos de comenzar señalando que, en realidad, la observación del listado de llamadas contenido en la memoria de un teléfono móvil permite conocer unos datos coincidentes en gran parte con aquellos a los que se accede al examinar la información que aparece en pantalla cuando se recibe una llamada, especialmente si procede de un número no oculto. Esos datos son, al menos, la misma existencia de la llamada en un momento preciso desde un determinado número al teléfono del sospechoso. El listado puede, incluso, estar en pantalla cuando el teléfono es intervenido al sospechoso, por lo que es irrelevante a estos efectos que para conocer su contenido sea preciso realizar alguna acción sobre el aparato añadida a la mera observación de lo que la pantalla ofrece. El acceso casual a una determinada información para cuyo acceso sea imprescindible la autorización judicial previa, no suprime el conocimiento de la información como un hecho de la realidad, pero la carencia de la autorización impide su utilización legítima como elemento de investigación o como elemento de prueba.

4. La cuestión, por lo tanto, se centra en establecer si tal observa-

ción afecta o no al derecho al secreto de las comunicaciones, ya que para su restricción o invasión es precisa en todo caso la resolución judicial, aunque si se trata de invasiones de menor intensidad, alguna sentencia del Tribunal Constitucional ha aceptado su justificación por medio de providencia.

El Tribunal Constitucional, a quien le corresponde la determinación del alcance y los límites de los derechos fundamentales, ha incluido en el derecho al secreto de las comunicaciones los llamados datos externos de la comunicación, para cuyo conocimiento sea preciso incidir en el mismo proceso de comunicación, mientras éste tiene lugar, con independencia del acceso al contenido de lo comunicado y siendo también indiferente que el momento en que se accede a tales datos o en el que éstos se difunden a terceros, sea posterior a su obtención, coincidiendo sustancialmente con la doctrina emanada del TEDH, especialmente desde la Sentencia del Caso Malone, en la que el citado Tribunal entendió que aunque el mecanismo del que se sirven las empresas de comunicación para relacionar las llamadas y facturar a sus clientes no implica interceptación de la comunicación, sin embargo en los listados figuran datos -los números de los teléfonos de destino- que son parte integrante de las comunicaciones telefónicas por lo que dicho sistema afecta al art. 8.1 del CEDH, no siendo posible disponer de dichos datos sin consentimiento de su titular. En esa Sentencia se reconocía expresamente la posibilidad de que el art. 8 de la Convención pueda resultar violado por el empleo de un artificio técnico que, como el llamado "comptage", permite registrar cuáles hayan sido los números telefónicos marcados sobre un determinado aparato, aunque no el contenido de la comunicación misma.

5. La STC núm. 114/1984, ya afirmó que "El derecho al secreto de las comunicaciones protege a los comunicantes frente a cualquier forma de interceptación o captación del proceso de comunicación por terceros ajenos, sean sujetos públicos o privados".

La STC núm. 34/1996, advertía que el derecho al secreto de las comunicaciones "cubre no sólo el mensaje sino también, en su caso, otros aspectos suyos y, entre ellos, la identidad de los interlocutores", y que "se pretende garantizar así la "impenetrabilidad de la comunicación" por terceros con eficacia erga omnes".

La misma idea aparece también en la STC núm. 127/1996, en la que se recordaba que "este Tribunal, en la STC 114/1984, declaró que "el concepto de "secreto" tiene un carácter "formal", en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo

reservado. Esta condición formal del secreto de las comunicaciones (la presunción iuris et de iure de que lo comunicado es "secreto" en un sentido sustancial), ilumina sobre la identidad del sujeto genérico sobre el que pesa el deber impuesto por la norma constitucional" (fundamento jurídico 7.º), habiendo advertido en párrafo anterior la misma sentencia que, "sea cual sea el contenido objetivo del concepto "comunicación" la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados: el derecho posee eficacia erga omnes), ajenos a la comunicación misma. La presencia de un elemento ajeno en aquellos entre los que media el proceso de comunicación, es indispensable para configurar el ilícito constitucional aquí perfilado".

6. La STC núm. 123/2002, que examina directamente un supuesto de acceso al listado de llamadas proporcionado por la compañía telefónica a la Policía, se recuerda, con cita de la STC núm. 70/2002, que la protección del derecho al secreto de las comunicaciones alcanza al proceso de comunicación mismo, pero finalizado el proceso en que la comunicación consiste, la protección constitucional de lo recibido se realiza en su caso a través de las normas que tutelan la intimidad u otros derechos, de modo que, añade, la protección de este derecho alcanza a las interferencias habidas o producidas en un proceso de comunicación. Precizando esta idea, señala más adelante que "este derecho garantiza a los interlocutores o comunicantes la confidencialidad de la comunicación telefónica que comprende el secreto de la existencia de la comunicación misma y el contenido de lo comunicado, así como la confidencialidad de las circunstancias o datos externos de la conexión telefónica: su momento, duración y destino; y ello con independencia del carácter público o privado de la red de transmisión de la comunicación y del medio de transmisión -eléctrico, electromagnético u óptico, etc.- de la misma. Por ello, la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas requiere la interferencia directa en el proceso de comunicación ("mutatis mutandi" respecto de las comunicaciones postales STC 70/2002) mediante el empleo de cualquier artificio técnico de captación, sintonización o desvío y recepción de la señal telefónica como forma de acceso a los datos confidenciales de la comunicación: su existencia, contenido y las circunstancias externas del proceso de comunicación antes mencionadas. De modo que la difusión sin consentimiento de los titulares del teléfono o sin autorización judicial de los datos de esta forma captados supone la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones".

Concluyendo en el FJ6: "La aplicación de la doctrina expuesta conduce a concluir que la entrega de los listados por las compañías telefóni-

cas a la policía sin consentimiento del titular del teléfono requiere resolución judicial, pues la forma de obtención de los datos que figuran en los citados listados supone una interferencia en el proceso de comunicación que está comprendida en el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas del art. 18.3 CE. En efecto, los listados telefónicos incorporan datos relativos al teléfono de destino, el momento en que se efectúa la comunicación y a su duración, para cuyo conocimiento y registro resulta necesario acceder de forma directa al proceso de comunicación mientras está teniendo lugar, con independencia de que estos datos se tomen en consideración una vez finalizado aquel proceso a efectos, bien, de la lícita facturación del servicio prestado, bien de su ilícita difusión. Dichos datos configuran el proceso de comunicación en su vertiente externa y son confidenciales, es decir, reservados del conocimiento público y general, además de pertenecientes a la propia esfera privada de los comunicantes. El destino, el momento y la duración de una comunicación telefónica, o de una comunicación a la que se accede mediante las señales telefónicas, constituyen datos que configuran externamente un hecho que, además de carácter privado, puede asimismo poseer un carácter íntimo”.

7. La aplicación de esta doctrina al conocimiento sin consentimiento del titular del listado de llamadas contenido en la memoria de un teléfono móvil se llevó a cabo en la STC 230/2007, en la que se concluía que “acreditado y reconocido por las resoluciones judiciales el presupuesto fáctico del acceso policial al registro de llamadas del terminal móvil intervenido al recurrente sin su consentimiento ni autorización judicial, dicho acceso no resulta conforme a la doctrina constitucional reiteradamente expuesta sobre que la identificación de los intervinientes en la comunicación queda cubierta por el secreto de las comunicaciones garantizado por el art. 18.3 CE y, por tanto, que resulta necesario para acceder a dicha información, en defecto de consentimiento del titular del terminal telefónico móvil intervenido, que se recabe la debida autorización judicial”.

La STC núm. 56/2003, señalaba, de forma coincidente con lo hasta aquí recogido, que “...la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas requiere la interferencia directa en el proceso de comunicación (“mutatis mutandi” respecto de las comunicaciones postales: STC 70/2002, de 3 de abril) mediante el empleo de cualquier artificio técnico de captación, sintonización o desvío y recepción de la señal telefónica como forma de acceso a los datos confidenciales de la comunicación, es decir, a su existencia, contenido y a las circunstancias externas del proceso de comunicación. De este modo la difusión sin consen-

timiento de los titulares del teléfono o sin autorización judicial de los datos captados supone la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones (STC 123/2002, de 20 de mayo, F. 5). Decíamos también en la citada STC 123/2002, que la aplicación de la doctrina expuesta conducía a concluir que la entrega de los listados por las compañías telefónicas a la Policía, sin consentimiento del titular del teléfono, requiere resolución judicial, pues la forma de obtención de los datos que figuran en los citados listados supone una interferencia en el proceso de comunicación que está comprendida en el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas del art. 18.3 CE”.

8. En el caso, los agentes policiales se percatan, y debe aceptarse que ocurre de forma accidental, de la existencia de una llamada al teléfono del detenido, apareciendo en la pantalla del terminal el número de teléfono desde el que se hace la llamada. Se tiene así conocimiento de la existencia de una llamada; que ésta se efectúa desde ese número al teléfono del sospechoso; y del momento en el que tiene lugar. Se trata, sin duda, de un dato de interés para la investigación, pues podría conducir a los demás implicados en el transporte de la cocaína. Pero se conocen datos externos de una comunicación telefónica, incluidos en los protegidos por el derecho fundamental, según la doctrina constitucional antes reflejada, cuyo uso no es legítimo salvo autorización judicial.

No resultaría aquí aplicable una traslación amplia del sentido del aforismo “male captus bene detentus”, que podría conducir a considerar que, alcanzado el conocimiento de forma casual, su utilización no sería ilegítima. Por el contrario, el derecho al secreto impide acceder legítimamente a esos datos sin consentimiento del titular de la línea o resolución judicial, y tal prohibición de acceso no puede sino transformarse en una prohibición de uso, tras el acceso casual, como única forma de protección del contenido del derecho fundamental.

9. Se afirma que los agentes tenían la obligación de actuar como lo hicieron en cumplimiento de sus funciones en la persecución del delito. Es cierto que tal obligación existe, pero es innecesario insistir en que debe mantenerse dentro de los límites marcados por la Constitución y la ley. La doctrina constitucional sobre el hallazgo casual es constante y consolidada en el sentido de que, siendo válido si la actuación de la que se obtiene era legítima, los agentes no pueden profundizar en la investigación de ese nuevo aspecto, si afecta a derechos fundamentales que requieran consentimiento del titular o resolución judicial sin contar con una de estas posibilidades.

Igualmente podría argumentarse que se trata de un caso de urgencia. No puede negarse que la situación

requería una acción rápida. Sin embargo, así como las invasiones de menor intensidad en el derecho a la intimidad, contando con una habilitación legal, aun cuando sea genérica, pueden ser llevadas a cabo por la Policía en situaciones de urgencia, el derecho al secreto de las comunicaciones requiere ineludiblemente una resolución judicial, aunque el Tribunal Constitucional haya aceptado que ésta sea una providencia en casos de menor intensidad de la afectación del derecho, como ocurre cuando se trata del examen del listado de llamadas (STC núm. 123/2007).

10. En consecuencia, al utilizar los datos revelados por la pantalla res-

pecto de una llamada telefónica sin autorización judicial ni consentimiento del titular, se produjo una invasión del espacio protegido por el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, por lo que el motivo debió ser estimado, debiendo entonces analizarse si los datos luego obtenidos de forma legítima, tras la oportuna resolución judicial, relativos al tráfico de llamadas entre los respectivos teléfonos móviles, permitían identificar a los recurrentes como las personas que esperaban a quien transportaba físicamente la droga.

Miguel Colmenero Menéndez de Lurca.

TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2010/71325

TS Sala 3ª, Sección: 5, Sentencia 8 abril 2010. Ponente: D. Rafael Fernández Valverde

Plan Parcial de Ordenación Urbanística

Reserva de aprovechamiento lucrativo de los sectores de uso predominante residencial

Decide el TS desestimar el recurso de casación interpuesto por el Ayto. Burgos contra STSJ CyL que estimó la pretensión de la mercantil contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento en el que se aprobó definitivamente el Plan Parcial del Sector S-4 “Villamar Oeste”. Indica la Sala que la nueva norma legal impone la obligación de optar en el planeamiento, dentro del porcentaje legalmente establecido. Igualmente señala que, la alegación del recurrente se centra en que, cuando se produce la ratificación del acuerdo aprobatorio del Plan Parcial, en realidad, se está produciendo la convalidación del mismo, de conformidad con el art. 67 LRJPA. Añade además que, habría de ser el Plan Parcial, el que se encontraba obligado a concretar la reserva de un tanto por ciento del aprovechamiento lucrativo total de los sectores de uso predominante residencial, deviniendo, por ello, inviable la ratificación o convalidación pretendida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Ayuntamiento de Burgos interpone, al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LRJCA) recurso de casación contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo en Burgos del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 13 de enero de 2006, que estimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por la entidad mercantil Inmobiliaria Doble G, S. A. contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Burgos, de fecha 13 de noviembre de 2003, por el que fue ratificado el anterior Acuerdo de la misma procedencia, adoptado en sesión de fecha 27 de diciembre de 2001, por el que se aprobó

definitivamente Plan Parcial del Sector S-4 “Villamar Oeste”.

El Ayuntamiento recurrente alega dos motivos de impugnación, por la expresada vía del artículo 88.1.d) de la LRJCA:

1) El primero por infracción del artículo 67, en relación con el artículo 62 de la citada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPA), en relación con la convalidación de los actos administrativos.

2) El segundo por infracción de la doctrina jurisprudencial que proclama el principio de preservación de la actuación administrativa.

SEGUNDO.- El presente recurso de casación trae causa de una serie de actuaciones legales, administrativas y jurisdiccionales que, en gran medida, justifican la decisión jurisdiccional adoptada por la Sala de instancia; tales actuaciones precedentes podemos concretarlas en los siguientes términos:

1º. En relación con el Plan General de Ordenación Urbana de Burgos:

a) El PGOU de Burgos fue aprobado por Órdenes de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de la Junta de Castilla y León de 18 y 26 de mayo de 1999, con posterioridad, pues, a la aprobación de la Ley 5/1999, de 8 de abril (publicada el 15 de abril), de Urbanismo de Castilla y León, pero sin encontrarse adaptado a la misma.

b) Por ello, por Orden de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de la Junta de Castilla y León de 30 de abril de 2001 se aprobó la modificación del PGOU de Burgos para su adaptación a la citada Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León.

c) Tras la citada aprobación por Acuerdo Plenario del Ayuntamiento de Burgos, adoptado en sesión de 27 de diciembre de 2001, fue aprobado definitivamente el Plan Parcial del Sector S-4 "Villamar Oeste" (del que nos ocuparemos en el apartado 2º siguiente). Y por Acuerdo de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Burgos, de fecha 9 de enero de 2002, fue aprobado el Proyecto de Actuación y la adjudicación de la condición de urbanizador del Sector S-4 "Villamar Oeste" a la UTE 4S4.

d) Por sentencia de Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Burgos), de 24 de enero de 2002 se estimó el recurso contencioso administrativo 530/1999 interpuesto por la entidad mercantil Inmobiliaria Doble G, S.A. contra la Orden de la Junta de Castilla y León de 18 de mayo de 1999, por el que se aprobaba definitivamente la Revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Burgos (La citada sentencia anuló el acuerdo antes indicado, únicamente en cuanto a la determinación contenida en su Norma Urbanística 5.5 que obligaba a destinar el 30% de las viviendas que se construyeron en suelo urbanizable a viviendas de protección oficial); sentencia que confirmaría en casación la STS de 19 de octubre de 2004, dictada en el RC 2188/2002.

e) Por Ley 10/2002, de 10 de julio, se modifica -entre otros aspectos- el apartado 2º del artículo 38 de la Ley 5/1999, de 8 de abril, en relación con el porcentaje de aprovechamiento destinado a viviendas con algún régimen de protección.

f) Por Orden de la Consejería de Fomento de 16 de octubre de 2003

se aprobó la modificación del PGOU de Burgos para adaptarlo a la Ley 10/2002, de 10 de julio.

g) Por Acuerdos del Pleno del Ayuntamiento de Burgos de fecha 13 de noviembre de 2003, fue ratificado el anterior Acuerdo Plenario, de la misma procedencia, adoptado en sesión de fecha 27 de diciembre de 2001, por el que se aprobó definitivamente Plan Parcial del Sector S-4 "Villamar Oeste (posterior apartado 3º); y por Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Burgos, de fecha 2 de diciembre de 2003, fue ratificado el Acuerdo de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Burgos adoptado en sesión de 9 de enero de 2002 por el que fue aprobado el Proyecto de Actuación y la adjudicación de la condición de urbanizador del Sector S-4 "Villamar Oeste" (posterior apartado 5º).

2º. En relación con el Plan Parcial del Sector S-4 "Villamar Oeste":

a) Por Acuerdo Plenario del Ayuntamiento de Burgos, adoptado en sesión de 27 de diciembre de 2001, fue aprobado definitivamente el citado Plan Parcial.

b) Por Sentencia del Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de Burgos), de 27 de enero de 2004, dictada en el Recurso Contencioso-administrativo 1/2002, fue el mismo parcialmente estimado, anulado parcialmente el citado Plan Parcial.

(La sentencia citada anuló el Plan Parcial antes indicado, únicamente en relación con las determinaciones contenidas en el mismo sobre la reserva del 30% para viviendas de promoción pública).

c) Por STS de 28 de mayo de 2008 fue rechazado el Recurso de Casación 2866/2004 interpuesto por el Ayuntamiento de Burgos contra la anterior sentencia.

3º. En relación con la ratificación del Plan Parcial del Sector S-4 "Villamar Oeste" -objeto del presente recurso-:

a) Por Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Burgos, de fecha 13 de noviembre de 2003, fue ratificado el anterior Acuerdo Plenario, de la misma procedencia, adoptado en sesión de fecha 27 de diciembre de 2001, por el que se aprobó definitivamente Plan Parcial del Sector S-4 "Villamar Oeste".

b) Por Sentencia del Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de Burgos), de 13 de enero de 2006, dictada en el Recurso Contencioso-administrativo 7/2004, fue el mismo parcialmente estimado, anulando el citado Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Burgos, de fecha 13 de noviembre de 2003, por

el que fue ratificado el anterior Acuerdo Plenario, de la misma procedencia, adoptado en sesión de fecha 27 de diciembre de 2001, por el que se aprobó definitivamente Plan Parcial del Sector S-4 "Villamar Oeste".

c) La citada sentencia es el objeto del presente recurso de casación.

4º. En relación con la aprobación del Proyecto de Actuación y la adjudicación de la condición de urbanizador del Sector S-4 "Villamar Oeste":

a) Por Acuerdo de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Burgos, de fecha 9 de enero de 2002, fue aprobado el Proyecto de Actuación y la adjudicación de la condición de urbanizador del Sector S-4 "Villamar Oeste" a la UTE 4S4.

b) Por Sentencia del Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de Burgos), de 19 de febrero de 2004, dictada en el Recurso Contencioso-administrativo 37/2002, fue el mismo parcialmente estimado, anulando el citado Acuerdo de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Burgos, de fecha 9 de enero de 2002, por el que fue aprobado el Proyecto de Actuación y la adjudicación de la condición de urbanizador del Sector S-4 "Villamar Oeste".

5º. En relación con la ratificación de la aprobación del Proyecto de Actuación y la adjudicación de la condición de urbanizador del Sector S-4 "Villamar Oeste":

a) Por Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Burgos, de fecha 2 de diciembre de 2003, fue ratificado el Acuerdo de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Burgos adoptado en sesión de 9 de enero de 2002 por el que fue aprobado el Proyecto de Actuación y la adjudicación de la condición de urbanizador del Sector S-4 "Villamar Oeste".

b) Por Sentencia del Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de Burgos), de 29 de julio de 2005, dictada en el Recurso Contencioso-administrativo 6/2004, fue el mismo parcialmente estimado, anulando el citado Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Burgos, de fecha 2 de diciembre de 2003, por el que fue ratificado el anterior Acuerdo de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Burgos, de fecha 9 de enero de 2002, por el que fue aprobado el Proyecto de Actuación y la adjudicación de la condición de urbanizador del Sector S-4 "Villamar Oeste".

c) Contra la citada sentencia fue interpuesto recurso de casación 72/2006 por el Ayuntamiento de Burgos y la Unión Temporal de Empresas UTE 4S4, que fue declarado

desierto por ATS de 23 de enero de 2006, ratificado en súplica por posterior ATS de 8 de junio de 2006.

TERCERO.- La sentencia aquí impugnada, de 13 de enero de 2006 (recaída en el Recurso Contencioso-administrativo 7/2004), reproduce en sus fundamentos la anterior sentencia de la misma Sala de 29 de julio de 2005 (recaída en el Recurso Contencioso-administrativo 6/2004) -anterior apartado 5º.b)-, en las que se analiza, en síntesis, la posibilidad de ratificar dos Acuerdos anteriores (aprobatorios del Plan Parcial y del Proyecto de Actuación y adjudicación de urbanizador), declarados nulos de pleno derecho (por sentencias de 27 de enero y 19 de febrero de 2004 -anteriores apartados 2º.b) y 4º.b)-.

De la fundamentación de ambas sentencias sobre la posibilidad de convalidación de los Acuerdos declarados nulos debemos destacar:

1º. "... Y si bien es cierto, como se deduce de los hechos expuestos anteriormente, que el acuerdo ahora recurrido es una mera ratificación del de 9 de enero de 2002 por el que se aprueba el proyecto de actuación del Sector S-4 "Villamar Oeste", ya que como se aprecia en el expediente administrativo y resulta del contenido del propio acuerdo impugnado, no incorpora ningún contenido innovador, sino que se limita a ratificar a la vista de la adaptación del PGOU a la modificación de la Ley 5/1999 por la Ley 10/2002.

Por lo que estamos ante una convalidación de un acuerdo previo, al considerar la Corporación Local que cuando se produce la ratificación ya se cuenta con la cobertura legal oportuna, pero es bien cierto que dicho Proyecto adolecía de una causa de nulidad de pleno derecho, cual era establecer una determinación relativa a la reserva del treinta por ciento, careciendo de la oportuna previsión legal que así lo permitiese, dicha causa de nulidad de pleno derecho, si bien no declarada jurisdiccionalmente, por cuanto la sentencia que expresamente así lo hacía, era de diecinueve de febrero de dos mil cuatro y la ratificación se produce en diciembre de dos mil tres, pero no es menos cierto que con dicha ratificación lo que se está produciendo es una convalidación de un acto nulo, por cuanto como se resolvía en las sentencias, tanto de 27 de enero de 2004 dictada en recurso 1/2002 de la que fue ponente el Ilmo. Sr. Gete Andrés, como la de la que fue Ponente Dª Mª Paz Barbero Alarcía, de diecinueve de febrero de dos mil cuatro, dictada en el recurso Contencioso-Administrativo número 37/2002, contra este mismo Proyecto de Actuación, se declaraba expresamente: "...la ilegalidad de la reserva del treinta por ciento del aprovechamiento urbanístico destinado a uso residencial para la construcción de Viviendas de Protección Oficial ya que es contraria al

Ordenamiento Jurídico y carece de cobertura legal, porque ni en la regulación estatal ni en la autonómica, cuando se aprueban tales instrumentos urbanísticos, se preveía tal reserva, e inicialmente el PGOU antes de su modificación en el 2003, no señalaba áreas específicas dentro de una zona o ámbito desarrollable urbanísticamente en las que sea obligatoria la construcción de viviendas de Protección Pública sino que fija un porcentaje de ellas sobre la totalidad a construir en el ámbito de que se trate, por lo que las determinaciones a ese respecto del Plan Parcial y del Proyecto de Actuación carecían de cobertura legal específica lo que determinaba su declaración de nulidad, parece oponer el Ayuntamiento ahora que de la sentencia de diecinueve de febrero de dos mil cuatro, dictada en el recurso Contencioso-Administrativo número 37/2002, podría inducirse la posibilidad de esta convalidación expresa, ya que en dicha sentencia parece exigir un acto expreso, pero lo cierto es que dicha sentencia, lo que dice expresamente es que:

‘Por tanto, no sería posible la convalidación del citado acto impugnado, a la vista del contenido del artículo 67.1 de la citada Ley, que prevé dicha convalidación para los actos anulables. Pero además sería necesario que se dictase un acto expreso de convalidación, puesto que el citado precepto, afirma que la Administración podrá convalidar, y en su número 2 la eficacia de la convalidación se producirá desde su fecha, luego no puede admitirse la existencia de una convalidación tácita, máxime cuando se trata de un precepto limitativo de derechos como es el que nos ocupa que establece limitaciones al uso en beneficio de ciertas reservas’.

Pero aun más, leyendo el precepto en su nueva redacción, como señala el Letrado actor, no puede hacerse una aplicación automática del contenido del precepto y establecer sin más los porcentajes destinados a reservas de viviendas de cualquier tipo de protección, puesto que en la Norma 5.5 de la Memoria del Plan General de Burgos, se establece que en todos los sectores se establece la obligación de destinar el 30% de las viviendas del sector al uso específico de viviendas sometidas a algún régimen de protección pública, lo que permitiría una aplicación más o menos mecánica, en tanto que el párrafo segundo del artículo 38 de la Ley 5/99 texto modificado por la Ley 10/2002,

b) El porcentaje de aprovechamiento que debe destinarse a viviendas con algún régimen de protección no podrá ser inferior:

1º En suelo urbanizable delimitado, al 10 por 100 del aprovechamiento lucrativo total del conjunto de los sectores con uso predominante residencial, con un máximo del 50 por 100.

Es decir, que no consiste en una reserva del 30% de viviendas del sector, aun cuando a lo mejor no se haya querido decir el 30% de las superficies de viviendas del sector, sino en la reserva de un tanto por ciento del aprovechamiento lucrativo total del conjunto de los sectores de uso predominante residencial, lo que supone un porcentaje abstracto que deberá determinarse en cada caso concreto.”

2º. “Pero además de que estas sentencias además de declarar la nulidad de pleno derecho, no determinaban la procedencia de la convalidación, ni tampoco podrían hacerlo, al no ser ello sería posible, ya que estamos ante un acto nulo de pleno derecho y por tanto no susceptible de convalidación,....”.

3º. “A mayor abundamiento, es preciso indicar que al tratarse de una ratificación de otro acuerdo, procedería considerar otros puntos de impugnación, que no fueron objeto del anterior recurso presentado contra la aprobación definitiva del Plan Parcial y que además, con la ratificación se pretende obtener la validez de aquel instrumento de planeamiento declarado nulo. Por esta causa debe entenderse admisible, sin que se deba considerar acto consentido y firme, en este aspecto, ni tampoco como cosa juzgada, la impugnación formulada por el recurrente respecto de la falta de un estudio de viabilidad analizando las intensidades del tráfico. No obstante, ya es suficiente lo indicado en el fundamento de derecho anterior para estimar el recurso. Sin embargo procede indicar que respecto de este apartado ya el Tribunal Supremo dictó sendas sentencias de fecha 11 de febrero de 2004 y 12 de febrero de 2004 en las que declaraba la nulidad del acuerdo de aprobación de Plan Parcial:

TERCERO.- “En el segundo motivo se asegura que la sentencia recurrida conculca lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley del Suelo de 1976, en relación con los artículos 29 y 45 del Reglamento de Planeamiento, y la doctrina jurisprudencial recogida en la Sentencia de esta Sala de fecha 28 de noviembre de 1997, pronunciada en el recurso de casación 2424 de 1992, al considerar el Tribunal “a quo” que el Plan Parcial aprobado no precisa para su validez un estudio de viabilidad analizando las intensidades del tráfico.

La Sala de instancia entiende que el precedente invocado no es idéntico al caso enjuiciado porque aquél se refería “a un supuesto muy específico en el que se prevé la creación de un centro comercial con la afluencia de tráfico que ello conlleva”.

No compartimos esta conclusión, a la que llega la Sala sentenciadora, al estimar nosotros que la doctrina recogida en la referida Sentencia de esta Sala y Sección del Tribunal Supremo, de fecha 28 de noviembre de

1997, es aplicable para la aprobación de un Plan Parcial que pretende ordenar urbanísticamente un barrio de la ciudad con una superficie de 116,93 hectáreas, en el que se proyectan tres zonas residenciales con tres mil setecientos seis viviendas, una vía de circunvalación y la ubicación de la futura estación, lo que, como en el caso enjuiciado por nuestra anterior sentencia, ha de suponer un extraordinario incremento del tráfico rodado, que exige, de acuerdo con lo establecido en los artículos 13.2 e) del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976, 29.1 f) y g), 45 f) y 52.2 del Reglamento de Planeamiento, un análisis de la intensidad de circulación a fin de que el trazado de la red viaria se efectúe en función del tráfico previsto y en evitación de los riesgos que la congestión circulatoria comporta, razones todas por las que este segundo motivo de casación debe ser estimado”.

Sin embargo procede considerar que la Disposición Final Primera del Decreto 22/04 declara la inaplicabilidad del Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio “.

CUARTO.- Los motivos han de ser rechazados. En síntesis, la alegación apoyo del recurrente se centra en que, cuando se produce la ratificación del Acuerdo aprobatorio del Plan Parcial, en realidad, se está produciendo la convalidación del mismo, de conformidad con el artículo 67 del la LRJPA, que se cita como vulnerado, ya que, cuando tal ratificación se produce -13 de noviembre de 2003- todavía no se había producido la anulación del Acuerdo que se ratificaba -pues la sentencia anulatoria no se dictaría hasta el 27 de enero de 2004-.

Sin embargo, se olvida que cuando la Ley 10/2002, de 10 de julio, de Modificación de la Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León, lleva a cabo la modificación de la normativa autonómica conforme a la que se había producido la primigenia aprobación del Plan General, está imponiendo una expresa adaptación del planeamiento, ya que, si bien se observa, el artículo 38.2 que se modifica de la Ley 5/1999, de 8 de abril, en realidad, en su apartado b), dispone:

“ b) El porcentaje de aprovechamiento que debe destinarse a viviendas con algún régimen de protección no podrá ser inferior:

1º. En el suelo urbanizable delimitado, al 10 por 100 del aprovechamiento lucrativo total del conjunto de los sectores con uso predominante residencial, con un máximo del 50 por 100...”.

Esto es, la nueva norma legal, no impone una reserva del 30 por 100 como la contenida en el Plan Parcial que se ratificaba, sino la obligación de optar o concretar en el planeamiento dentro del arco porcentual le-

galmente establecido. Por ello, la Orden de la Consejería de Fomento de 16 de octubre de 2003, que aprobó la Modificación Puntual del PGOU de Burgos procedió a “Establecer el porcentaje mínimo del 30% del aprovechamiento lucrativo total de todos los Sectores de suelo urbanizable con uso predominante residencial, reservado para construir viviendas sujetas a algún régimen de protección”. En consecuencia, habría de ser el Plan Parcial el que se encontraba obligado a concretar la reserva de un tanto por ciento del aprovechamiento lucrativo total de los sectores de uso predominante residencial, deviniendo, por ello, inviable la ratificación o convalidación pretendida.

Desde otra perspectiva -por los motivos expresados- estamos en presencia de una nulidad de pleno derecho que, de conformidad con el precepto invocado como infringido, no admite convalidación, pues no se trata de un simple supuesto de anulabilidad, sino de nulidad con efectos extunc. No se está, pues, en presencia de los supuestos contemplados en los anteriores artículos 65 y 66 de la misma LRJPA, que regulan la conversión y conservación de los actos, y en los que se hace mención expresa tanto a los supuestos de nulidad como a los de anulabilidad, dualidad que no se contempla en el artículo 67, que se limita a los supuestos de anulabilidad. Y es que el principio de conservación de los actos administrativos no puede respaldar la pretensión de convalidación de un acto nulo, ya que un acto nulo ni siquiera se subsana por el transcurso del tiempo.

QUINTO.- Por lo expuesto hemos de desestimar el presente recurso y, conforme a lo previsto en el artículo 139. 2 y 3 LJ, procede imponer a la parte recurrente el pago de las costas causadas, no pudiendo superar la minuta del Abogado de la parte recurrida la cantidad de 3.000 €.

Vistos los preceptos y jurisprudencia citados, así como los de pertinente aplicación.

Por todo ello, en nombre de S. M. el Rey y en el ejercicio de la potestad que, emanada del pueblo español, nos concede la Constitución.

FALLO

1º. No haber lugar y, por tanto, desestimar el recurso de casación núm. 1325/2006, interpuesto por el Ayuntamiento de Burgos contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en fecha de 13 de enero de 2006, en su recurso contencioso administrativo número 7/2004, la cual, en consecuencia, confirmamos.

2º. Condenar a la parte recurrente en las costas del presente recurso de casación, que sólo alcanzará, respecto de la minuta de Letrado, hasta el

Límite de la cantidad máxima de 3.000'00 euros.

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

neral del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Eduardo

Calvo Rojas.- Jesús Ernesto Peces Morate.- María del Pilar Teso Gamella.- Mariano de Oro-Pulido López.- Rafael Fernández Valverde. Publicación.- Leída y publicada ha

sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Rafael Fernández Valverde, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.

RESEÑA

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



TS CIVIL

2010/45219

TS Sala 1ª, Sentencia 5 abril 2010.
Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos

Inaplicación de la excepción de cosa juzgada en relación a transacción judicial

El TS estima el rec. extraordinario por infracción procesal anulando la sentencia recurrida y, en su lugar, ordena retrotraer el procedimiento al momento anterior a dictar sentencia en apelación con el fin de que la AP dicte nueva sentencia pronunciándose en apelación sobre las acciones ejercitadas sin apreciar la existencia de cosa juzgada. Declara el TS que la aplicación de la excepción de cosa juzgada en el presente caso resulta improcedente ya que, aunque la ley disponga que la transacción tiene para las partes contratantes la autoridad de cosa juzgada, no implica que sea invulnerable, ya que la homologación judicial no modifica la naturaleza consensual de la transacción que, por tanto, es susceptible de impugnación por vicios del consentimiento.

2010/92239

TS Sala 1ª, Sentencia 31 mayo 2010.
Ponente: D. Xavier O'Callaghan Muñoz

Anulación de la institución hereditaria ante la preterición no intencionada de hija extramatrimonial

El TS declara no haber lugar al rec. de casación confirmando la sentencia impugnada que declaró que la actora hija extramatrimonial del causante -así declarada por sentencia firme después de la muerte de su padre mediante la práctica de la prueba biológica de paternidad- había sido preterida no intencionalmente en el testamento de su pa-

dre, anulando la institución de heredero a favor de sus dos hijas matrimoniales y volviéndose a abrir la sucesión del fallecido, declarando asimismo la nulidad de la partición. El TS considera que dicha declaración de anulación de la institución de heredero no significa otra cosa, a la vista del testamento, que la anulación de todo el contenido patrimonial de la disposición testamentaria procediéndose a abrir legalmente la sucesión intestada, por lo que las tres hermanas, demandante y demandadas, recibirán la herencia por tres partes iguales. Y en cuanto a la nulidad de la partición, declara la Sala que el testador atribuyó a su esposa el legado de parte alcuota de la cuota viudal legal pero que en el momento de hacer la partición, al estar disuelto su matrimonio por divorcio, por ley no le correspondía ninguna cuota.



TS PENAL

2010/71266

TS Sala 2ª, Sentencia 29 abril 2010.
Ponente: D. Manuel Marchena Gómez

Condena por delito contra la salud pública en calidad de cómplice

Se desestima el recurso de casación interpuesto por los acusados contra sentencia que les condenó por delito contra la salud pública. Afirma la Sala que no existió vulneración del derecho a la presunción de inocencia y la condena de la recurrente como cómplice es acorde con los elementos de prueba que fueron ofrecidos por la acusación pública, ya que reconoció ante el instructor que conocía la realización por su pareja de alguna actividad relacionada con el tráfico de drogas y que en una ocasión entregó un objeto que contenía droga siguiendo instrucciones concretas de su pareja. Y ese reconocimiento, pese a la ulterior rectificación en el acto del juicio oral, unido a la declaración inculpativa del coacusado, han permitido la condena de la recurrente como cómplice del delito que se le imputaba.

2010/62061

TS Sala 2ª, Sentencia 17 marzo 2010.
Ponente: D. Siro Francisco García Pérez

Delito de secuestro: exigencia de condición para la puesta en libertad de los secuestrados

Interpuesto recurso de casación por el condenado en la instancia como autor de dos delitos de secuestro, el TS lo desestima. Señala la Sala, entre otros pronunciamientos, que el relato de hechos probados de la sentencia recurrida comprende, sin duda alguna, que la privación de libertad fue efectuada y que se exigió para su cese una condición consistente en el pago de dinero. Y la doctrina de esta Sala tiene señalado que el tiempo subjetivo del art. 164 CP 95 -no se trata del art. 163,2 CP 95- se presenta completo cuando a la efectiva privación de libertad se suma la prueba de una condición, aun en el supuesto de que no se obtenga el cumplimiento de la condición exigida.



TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2010/92292

TS Sala 3ª, Sección 5ª, Sentencia 8 abril 2010, Ponente: D. Jesús Ernesto Peces Morate

Aplicación del texto de una norma autonómica a un instrumento de ordenación urbanística

El TS estima el recurso de casación interpuesto por el Ayto. de Las Palmas y por la Administración autonómica contra la sentencia del TSJ de Canarias y en su lugar dicta otra por la que desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Orden por la que se aprobó definitivamente la revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Las Palmas de Gran Canaria en cuanto al ámbito

UZR-04. La Sala revoca la sentencia impugnada al incurrir en defecto de motivación y al aplicar a un instrumento de ordenación urbanística el texto de una norma autonómica, la cual establece expresamente que no será aplicable a los instrumentos de ordenación urbanística que a su entrada en vigor hubiesen sido inicialmente aprobados, como es el caso. Entrando a examinar la cuestión planteada en los términos en que aparece planteado el debate, la Sala considera justificada la elección del sistema de actuación por expropiación y rechaza la denunciada falta de previsión económica para acometer la actuación urbanística por expropiación, señalando por último que cuando el sistema elegido es el de expropiación, la equidistribución que, como principio básico, rige en la actuación urbanística, ha de venir por la vía del justiprecio, ya que, en cualquiera de los sistemas previstos o utilizados para acometer la urbanización del suelo, el trato a los propietarios tiene que respetar siempre ese principio.



TS SOCIAL

2010/92326

TS Sala 4ª, Sentencia 29 abril 2010.
Ponente: Dª Mª Lourdes Arastey Sahún

Sindicato no legitimado para accionar por lesión del principio de igualdad

Desestima el TS el recurso de casación formulado por el sindicato accionante contra sentencia que acogió la excepción formulada por la entidad demandada, Correos y Telégrafos, de falta de legitimación activa en autos sobre tutela del derecho de igualdad en el acceso al empleo. Señala la Sala que además de ceñir la parte actora su ámbito de actuación a una sola comunidad autónoma, se desconoce cuál es el nivel real de implantación en la empresa en los centros de trabajo ubicados en aquella, sin que el dato de que tenga constituida sección sindical al amparo del art. 6 LOLS sirva para afirmar aquella implantación, dado que la constitución de la sección sindical en tal caso sólo pondría en evidencia que el sindicato demandante cuenta con algún afiliado entre la plantilla de la empresa, pero no su número ni el alcance del porcentaje de afiliación.