



# 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 2794

Madrid, martes 16 de febrero de 2010



## TS SOCIAL

2009/251627

TS Sala 4ª, Sentencia 8 octubre 2009. Ponente: D. Joaquín Samper Juan

### Vulneración de libertad sindical por empresa y sindicatos

*El TS desestima los recursos de casación promovidos por los sindicatos y empresa codemandados frente a sentencia que declaró vulnerado el derecho a la libertad sindical de los sindicatos actores y su reparación mediante el abono de una indemnización.*

*La Sala señala que se ha producido una lesión del derecho fundamental de libertad sindical de los demandantes, tanto por parte de los sindicatos demandados al haber hecho valer su mayoría en el Comité Intercentros para adoptar acuerdos que clarísimamente no eran de la competencia del Comité, como por la empresa al aceptar la indebida injerencia de dicho Comité en la negociación iniciada con la representación sindical y permitir una reducción del nivel de representatividad de los sindicatos actores en el seno de comisión negociadora con la consecuencia de que puede alcanzarse un acuerdo solo con los votos de los demandados, produciéndose así una clara vulneración de la libertad sindical de los demandantes al privarles de su legítimo derecho a negociar el convenio colectivo de la empresa recurrente, de acuerdo con las previsiones legales y con su nivel real de representatividad.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El 7 de mayo de 2.007 la "Federación Estatal de Trabajadores de Comercio, Hostelería y Turismo de Comisiones Obreras" (en adelante CC.OO) presentó ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional demanda de tutela del derecho fundamental de libertad sindical, contra la empresa "Leroy Merlin España SLU", su Comité Intercentros, y los sindicatos "Federación de Trabajadores Independientes de Comercio" (FETICO) y "Unión Sindical Obrera" (USO); y el día 14 del mismo mes hizo lo propio la "Federación Estatal de Trabajadores de Comercio, Hostelería-Turismo y Juego de la Unión General de Trabajadores" (en adelante UGT) con una demanda redactada en similares términos y formulada frente a los mismos codemandados. La Sala de lo

Social acordó su tramitación acumulada en el procedimiento n 48/2007.

Las pretensiones deducidas por CC.OO en su demanda son que: 1ª) Se declare la vulneración por los codemandados de su derecho de libertad sindical. 2ª) Se declare la nulidad radical del proceso de negociación colectiva en el ámbito de la empresa iniciado por la Dirección de ésta el día 22 de febrero de 2.007 con su Comité Intercentros y los representantes de los sindicatos codemandados. 3ª) Se declare radicalmente nulo el acuerdo de que fuera la representación unitaria y no las representaciones de las organizaciones sindicales la que negociara el Convenio de la empresa, así como la decisión de constituir el banco social de la mesa negociadora con 11 miembros. 4ª) Se ordene el cese inmediato del comportamiento antisindical de los

codemandados. 5ª) Se declare el deber de la empresa y de los sindicatos codemandados a constituir la comisión negociadora del Convenio con las representaciones sindicales con implantación en la empresa y sin intervención del Comité Intercentros. 6ª) Se condene a los codemandados de forma solidaria a reparar las consecuencias lesivas de su derecho abonando a CC.OO la cantidad de ochocientos cuatro mil quinientos euros (804.500 euros).

Las primeras cinco pretensiones de la demanda de UGT son idénticas a las formuladas por CC.OO. Solo varía la sexta en que la indemnización que solicita asciende a: cuatrocientos dos mil quinientos euros (402.500 euros) si la sentencia se dicta en el trimestre siguiente a la interposición de la demanda; ochocientos cinco mil (805.000) euros si se dicta en el segundo trimestre; un millón seiscientos diez mil (1.610.000) euros, si transcurre más de un año.

SEGUNDO.- La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional dictó sentencia el 25 de junio de 2.007 (autos 48/2007).

Entre los hechos que declara probados (la narración histórica aparece íntegramente transcrita en los antecedentes de esta resolución) conviene dejar constancia ahora, por ser de interés para el debate, los siguientes:

1. El Convenio Colectivo de Leroy Merlin SA con vigencia hasta 31-12-06, suscrito en su día por la Dirección de la misma con los Comités de empresa en representación de los trabajadores, fue denunciado a finales del año 2.006 por las secciones sindicales en la empresa de los sindicatos FETICO, CC.OO, UGT y USO (hechos probados 1º y 2º).

2. Con fecha 27-12-06 el Director de Relaciones Laborales de Leroy Merlin SA se dirigió por escrito a los sindicatos FETICO, CC.OO, UGT, y USO (no al Comité Intercentros) para constituir la mesa negociadora del nuevo Convenio, citándoles al efecto para el día 15.1.07 (hecho probado sexto) al que acompañó la "tabla de resultados electorales actualizados a fecha 31 de diciembre de 2.006".

3. Cuando el 15 de enero comparecieron los representantes de las

## SUMARIO

### TS

#### CIVIL

Reclamación por la cesión de derechos de retransmisión televisiva 5

#### PENAL

Supuestos de extrema gravedad en delitos contra la salud pública 7

#### SOCIAL

Vulneración de libertad sindical por empresa y sindicatos 1

Justificada diferencia en cobro de complemento específico entre personal laboral y funcional 4

RS RESEÑA DE SENTENCIAS 16

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

secciones sindicales de CC.OO y UGT encontraron que lo convocado era una reunión del Comité Intercenros y en la que el representante de FETICO propuso que el banco social de la mesa negociadora del Convenio estuviera integrado por 11 miembros, lo que no fue aceptado por aquellos, pero si USO, y a continuación por la empresa, a la que le fue comunicada tal decisión; no obstante dicha decisión quedó sin efecto en acto de mediación celebrado en el SIMA el 25 de enero, a instancias de UGT.

4. El Comité Intercenros de la empresa se renovó finalmente el 8 de febrero de 2.007 y en función de la representatividad sindical existente en la empresa a 31-12-06; se constituyó con 13 miembros, de los cuales correspondieron 6 a FETICO, 4 a CC.OO, 2 a UGT y 1 a USO. (Hechos probados 4º y 10º).

5. El día 21-2-07 se volvió a reunir el Comité Intercenros que, con los votos a favor de FETICO y USO — y en contra de los de CC.OO. y UGT —, acordó que la mesa negociadora del Convenio quedara compuesta por 11 miembros tomando como referencia la representatividad sindical a 31-12-06. Y el día siguiente, 22-2 se constituyó la mesa de la forma indicada, con anuencia de la empresa y los votos en contra de UGT y USO (Hechos probados undécimo y duodécimo).

6. La presencia sindical en el seno de la empresa es la siguiente: FETICO tiene 95 representantes y un nivel de representatividad el 46,11%; CC.OO 64 y el 31,06%; UGT 30 y el 14,56%; y USO 14 y el 6,79%. En consecuencia en una negociación con la representación sindical, la mesa negociadora, si fueran 12 los componentes del banco social, se compondría así: FETICO 5 negociadores, CC.OO 4, UGT 2 y USO 1.

TERCERO.- La sentencia acogió la tesis de los demandantes que, en síntesis consiste, por una parte, en negar al Comité Intercenros legitimación para negociar el Convenio Colectivo; y por otra, en sostener que la representación del banco social de la mesa negociadora debe estar compuesta por 12 miembros, de modo que los sindicatos demandantes sumen 6 representantes, frente a otros tantos de FETICO y USO, lo que privaría a estos dos últimos de la mayoría.

El fallo de la recurrida fue el siguiente: A) Estimó íntegramente la pretensiones 1ª) y 2ª) de las enume-

radas en el fundamento primero. B) Ordenó “el cese inmediato del comportamiento antisindical declarando el deber de la empresa de continuar, bajo el principio de buena fe, el proceso negociador del Convenio Colectivo, de forma congruente a como lo inició, mediante comunicación del 22 de diciembre de 2.006 “. C) Ordenó “la reparación de las consecuencias del acto lesivo mediante el abono de la indemnización de tres mil cien (3.100) euros a UGT y de dos mil doscientos (2.200) a CC.OO” a cuyo importe condenamos solidariamente a FETICO, USO Y LEROY MERLÍN SLU”. D) Absolvió a los codemandados de las restantes pretensiones.

Frente a dicha sentencia han interpuesto sendos recursos de casación ordinaria o tradicional la empresa y cada uno de los sindicatos condenados, que han sido impugnados tanto por CC.OO como por UGT, pero no por los otros recurrentes. Por su parte, el Ministerio Fiscal ha emitido el preceptivo informe.

CUARTO.- Los cuatro primeros motivos del recurso de la empresa están dedicados, por la cauce del apartado b) del artículo 205 de la Ley de Procedimiento Laboral, a denunciar diversos errores en la apreciación de la prueba.

Conviene señalar que el recurso de USO contiene un motivo, articulado por el mismo cauce procesal, que coincide con el primero de la empresa, lo que permite darles respuesta conjunta. Y también que no es posible hacer lo mismo con el recurso de FETICO, ya que su pretensión revisora de los hechos aparece redactada con tan escasa técnica procesal que es obligado rechazarla de plano. Pues además de formular un único motivo en el que, sin la debida separación, denuncia junto a error de hecho la infracción de normas sustantivas, no propone, como destacan los impugnantes y el Ministerio Fiscal, ninguna redacción alternativa para sustituir a la actual; requisito sin el cual la revisión fáctica no puede prosperar, de acuerdo con reiterada jurisprudencia de esta Sala tan conocida que exime de su concreta cita.

QUINTO.- En el primer motivo del recurso de la empresa y de USO se sostiene que el contenido del hecho probado quinto — recogido en el punto 6 del fundamento anterior — que concreta el nivel de representatividad en la empresa de los cuatro sindicatos concernidos, no se ajusta a realidad. Y ello por haberse obteni-

do del documento núm. 1 del ramo de prueba de USO — que según éste fue aportado con otra finalidad — y que consiste en una certificación de la Dirección General de Trabajo emitida el 12 de febrero de 2.007 que contiene un listado — erróneo según los recurrentes — sobre el número de representantes de los trabajadores en la empresa obtenidos por los Sindicatos FETICO, CC.OO, UGT y USO en cada una de las Comunidades Autónomas.

Los recurrentes intentan sustituir esa redacción actual, por otra en la que varía el número de representantes de cada sindicato; y así FETICO aparecería con 151, y un 45,6% de representatividad en la empresa; CC.OO con 94, y un 28,04%; UGT con 61 y un 18,4%; y USO con 16 y un 4,8%; y en función de esa nueva representatividad resultaría que, aun en el supuesto de que el banco social tuviera que estar integrado por 12 miembros, 6 corresponderían a FETICO, 3 de CC.OO, 2 de UGT y 1 de USO; con lo que los sindicatos demandantes seguirían quedando en minoría frente a los demandados (5 a 6).

Reconoce esta Sala que la certificación en que se sustenta el hecho quinto, por una parte, adolece de falta de precisión pues en una de sus casillas, adjudica a FETICO 15 representantes en Andalucía y, en otra distinta y sin explicación alguna, 3 representantes mas en la misma Comunidad; con el consiguiente reflejo en la casilla de “totales” en donde FETICO aparece con 95 representantes en una casilla y con 3 mas en otra (lo que, por cierto, no ha sido tenido en cuenta al redactar la actual versión del hecho quinto, que solo atribuye a FETICO 95 representantes). Y, por otra parte, es manifiestamente incompleta, posiblemente porque a la hora de expedir la certificación no contaba el Órgano emisor con el resultado de las elecciones, ya celebradas, en Santander, Salamanca, Valladolid, Pamplona, San Sebastián, Vitoria y Baracaldo, y de ahí que en la certificación aparezcan todos los sindicatos con cero representantes en las Comunidades Autónomas a las que pertenecen dichas poblaciones. No obstante, y pese a las indudables deficiencias de la certificación, la modificación propuesta no puede prosperar por las razones que pasamos a exponer.

SEXTO.- La empresa ampara la revisión en el acta de constitución del Comité Intercenros de 8 de febrero de 2.007 (de la que habla el

hecho probado décimo de la sentencia) que está unida a los autos, y ha sido aportada tanto por la parte actora (folios 157 a 160), como por la demandada (folios 315 a 318) sin tacha alguna por la contraparte. Dicha acta aparece firmada por todos los miembros del Comité, con indicación del sindicato a que pertenece cada uno, e incluye un listado, igualmente suscrito por todos los asistentes a la reunión, en la que constan todos los Comités que existían en la empresa en 31 de diciembre de 2.006 (también los de las poblaciones que la certificación de la Dirección General de Trabajo omite) así como el número de representantes que corresponde a cada uno de los sindicatos citados y el correspondiente porcentaje; datos estos que son los que se quiere incorporar a los autos.

Ocurre, sin embargo, que en este procedimiento no se cuestiona ni la validez de la constitución del Comité Intercenros, ni que para llevarla a cabo todas las partes implicadas hayan aceptado como buena la representación que consta en el listado entregado en su día por la empresa y cerrado a 31 de diciembre de 2.006. Lo realmente controvertido son los niveles de representación sindical existentes en la fecha posterior, 22-2-07, en que se constituyó la Comisión Negociadora del Convenio. Y es evidente que el listado unido al acta de constitución del Comité Intercenros, aceptado por los sindicatos demandantes con el exclusivo fin de constituir dicho Comité (porque era práctica común que éste se renovara a principio de año y en función de la representatividad sindical existente en la empresa en diciembre del año anterior) carece de virtualidad para acreditar cual era la representación sindical existente en la empresa el día de la constitución de la Mesa Negociadora, ya que por aquel entonces estaban concluyendo elecciones sindicales en diversas Comunidades Autónomas, lo que originaba que el nivel de representatividad fuera variando según las fechas.

Por su parte USO interesa la rectificación del hecho probado quinto, pero no con apoyo en el documento invocado por la empresa, sino en el obrante al folio 406 de los autos. Pero tampoco este documento es eficaz para obtener la revisión pretendida. Se trata de un documento privado, redactado y aportado por la empresa en el que, además, se señala que está “actualizado a fecha 31 de diciembre de 2.006”. Es cierto que contiene datos muy diferentes de los

que la Sala de instancia ha incorporado a la narración histórica de su sentencia, en uso de las facultades de valoración de la prueba que le son propias y que le han llevado a dar preferencia al documento aportado precisamente por uno de los recurrentes; valoración que esta Sala solo podría cuestionar, si el documento ofrecido por USO reuniera superiores cualidades de certeza. Pero no es así, por la razón ya apuntada y cuando, además, obran en autos (folios 279, 342, 346, 350 y 407) otros listados de representatividad referidos a la fecha de constitución de la citada Mesa y ninguno de ellos ha sido inculcado a efectos de revisión.

Queda pues desestimado el primer motivo de los recursos de la Leroy Merlin S.L.U y del sindicato USO; y por lo antes dicho, también el de FETICO en la parte dedicada a denunciar error de hecho.

SEPTIMO.- La misma suerte adversa deben correr los restantes motivos de revisión fáctica formulados por la empresa.

Con el segundo motivo, pretende adicionar al hecho probado decimosexto, en el que se indica el número de miembros del banco social que negoció los Convenios de 1.999 (13) y 2.003 (12), el dato de que “en el Convenio Colectivo correspondiente a los años 1.996 a 1.998 la comisión negociadora estuvo integrada por 7 miembros”. Pero ese dato, aún aceptando que los 7 miembros pertenecieran al banco social (lo que no se dice en la redacción propuesta) no desvirtúa el razonamiento de la sentencia de que en los Convenios de 1.999 y 2.003 dicho banco se formó con el máximo número de representantes (12) que permite el art. 88.3 del Estatuto de los Trabajadores o incluso superándolo (13) en el 1.999. De otro lado, es evidente que, por sí solo, tampoco acredita si aquel Convenio fue negociado por la representación unitaria o por las secciones sindicales; ni, en este último caso, que porcentaje de representatividad tenía cada sindicato en la empresa ni el número de negociadores que le fue adjudicado en aquel banco; datos imprescindibles para conocer si entonces se respetó o no la regla de la proporcionalidad en su constitución.

En el motivo tercero, se interesa que se añada al hecho probado primero el dato de que el Convenio del año 1.999 fue negociado por una representación de los diversos comités de empresa y delegados de personal, alegando que es un dato relevante a los efectos de determinar si se ha producido una lesión del derecho de libertad sindical de los demandantes por el hecho de haber querido negociar ahora también con la representación unitaria. Pero no es esa la cuestión debatida. Nadie discute que la empresa es libre, de acuerdo con las previsiones del art. 87.1 ET, para optar por negociar con los representantes unitarios de los trabajadores. Lo

que afirman los recurrentes es que la lesión de su derecho fundamental se produjo al comenzar la empresa a negociar con dichos representantes unitarios, cuando ya había notificado a las secciones de los cuatro sindicatos que intervienen en este procedimiento, su decisión de hacerlo con ellos y les había convocado para la constitución de la mesa. Y a ese respecto ningún interés tiene conocer con quien negoció la empresa en ocasiones anteriores.

Finalmente, con el motivo cuarto del recurso, se quiere incorporar como nuevo hecho probado que a las reuniones de la comisión negociadora han acudido representantes de UGT y CC.OO, (lo que, por lo demás, ya se desprende del actual hecho decimotercero) y que la empresa ha facilitado a ambos sindicatos los medios necesarios para que pudieran acudir a aquellas. Pero ese dato resulta también irrelevante. La lesión del derecho fundamental que denuncian la concretan los demandantes, por una parte, en la ingerencia, con consentimiento de la empresa, del Comité Intercentros en una negociación que debía realizarse exclusivamente con las secciones sindicales; y, por otra, que fuera dicho Comité el que decidiera, con los votos de FETICO y USO, cual debía ser el número de miembros del banco social, siendo así que dicha cuestión no era de su competencia, sino de las secciones sindicales convocadas por la empresa a negociar. Y para dilucidar si se produjo o no tal lesión carece de utilidad conocer cual fue la actitud de la empresa durante una negociación a la que, por cierto, se resistieron siempre los sindicatos demandantes.

OCTAVO.- En el plano de las censuras jurídicas son también muy semejantes los tres recursos, pues todos ellos dedican un único motivo (el de FETICO solo en la segunda parte de su motivo único) a negar la existencia de la lesión del derecho fundamental de libertad sindical que declara la sentencia recurrida. “Leroy Merlin SLU” denuncia al efecto, la infracción de los artículos 28 y 37 de la Constitución en relación con los arts. 87 y 88 del Estatuto de los Trabajadores. Estos dos últimos son los únicos preceptos que invoca FETICO. Y por su parte USO, añade, a los preceptos que la empresa considera infringidos, el art. 2.2.d) de la Ley Orgánica de Libertad Sindical y el Convenio 98 de la OIT, DE 1949, sobre derecho de sindicación y negociación colectiva. Pero ninguna de tales censuras puede prosperar.

La Constitución Española, consagra, en efecto, en su art. 28 el derecho fundamental de libertad sindical y en el 37 el derecho a la negociación colectiva; derecho éste que, según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional (sentencia, por todas, 80/2000, de 27 de marzo) si bien no constituye de por sí y aisladamente considerado un derecho fundamental, dada su sede sistemática en la

Constitución, al no estar incluido en la Sección 1 del Capítulo 2 del Título I, cuando se trata del derecho de negociación colectiva de los sindicatos se integra en el de libertad sindical en su vertiente colectiva, como una de las facultades de su actividad sindical — que atribuye a los sindicatos el art. 2.2.d) LOLS — y como contenido de dicha libertad. Por su parte los artículos 87 y 88 ET regulan la legitimación para negociar los convenios colectivos y la constitución de la comisión negociadora. Desarrollo normativo del derecho fundamental que supera con mucho el contenido del Convenio 98 de la OIT.

Son precisamente tales preceptos los que justifican la decisión adoptada por la sentencia de instancia y que esta Sala debe confirmar atendiendo a que:

I. El art. 81.7 del Estatuto de los Trabajadores legitima para negociar los convenios colectivos de empresa, tanto a la representación unitaria como a la sindical, que tiene reconocido el derecho a la negociación colectiva en los términos (art. 8.2.b) de la Ley Orgánica de Libertad Sindical; y en cuyo nombre pueden negociar los sindicatos a los que pertenecen las secciones sindicales, las cuales son meros órganos internos de aquellos, según la doctrina unificada de esta Sala (ss. de 28 de enero y 14 de julio de 2.000, rscud 2040/1999 y 2723/1999).

El precepto reconoce pues una legitimación dual para intervenir en la negociación de convenios de empresa — acorde con el sistema, igualmente dual, de representación en el seno de la empresa que rige en nuestro derecho —, y de él cabe extraer las siguientes conclusiones: A) dicha doble legitimación, unitaria y sindical, no es acumulativa, sino alternativa y excluyente (ss. de 14-7-00, ya citada, y 25-7-00 (rcud. 509/2000) entre otras). B) No es posible, por tanto, la negociación de un convenio de empresa por las dos representaciones al mismo tiempo (s. de 17-10-94, rec. 3079/1993). C) Ni la representación unitaria — en el caso que examinamos el Comité Intercentros, como ha señalado esta Sala en ss. de 12-2-90, 9-7-93 (rcud. 1340/1992), 1-6-96 (rcud. 1568/1995) y 25-10-99 (rcud. 1385/1999) entre otras — puede representar a las secciones sindicales o a sus sindicatos, ni estos pueden negociar a través de aquel. D) Por consiguiente, la ingerencia del Comité Intercentros en la negociación llevada a cabo por las secciones sindicales o por sus respectivos sindicatos, puede lesionar la libertad sindical de éstos. E) Cuando es la empresa la que promueve la negociación (art. 89.1 ET) puede optar libremente entre llevarla a cabo con la representación unitaria o con la sindical.

II. En el caso, fue la empresa la que decidió promover la negociación

del nuevo Convenio y optó libremente por hacerlo con sus secciones sindicales; así lo comunicó por escrito a los sindicatos con implantación en la empresa, citándolos para la constitución de la mesa negociadora (cfr. fundamento segundo, 2). Por consiguiente estaba obligada a negociar con los convocados bajo el principio de la buena fe (art. 89.1 ET) y mantener la negociación exclusivamente con ellos, al menos hasta haber agotado razonablemente las posibilidades de llegar a un acuerdo; solo entonces, hubiera podido dar por concluida tal negociación e iniciarla con la representación unitaria.

III. Pero no se inició esa negociación; ni se procedió a constituir la mesa negociadora fijando el número de sus integrantes: a) de acuerdo con los convocados (pues es jurisprudencia de esta Sala (ss. de 15-2-93 (rec. 1972/91), 13-11-97 (rec. 3309/96), 5-11-99 (rec. 3636/97) y 5-12-2000 (rec. 4374/99) entre otras, que en el actual sistema de negociación colectiva, art. 88.2 ET, el legislador ha remitido a la autonomía de las partes que negocian la composición numérica de la comisión negociadora de los convenios colectivos, sin más límite formal que el de que en los convenios de empresa no se pueda superar el número de 12 representantes por cada parte del banco negociador); y b) con el nivel de representatividad sindical existente en el momento de constituirlo, 22 de febrero de 2.007, como exige el art. 88 ET (ss. de 23-11-93 (rec. 178/91), 9-3-94 (rec. 1535/91), 25-5-96 (rec. 2005/95) y 23-11-00 (rec. 1780/91), y no en otro anterior.

En lugar de ello, aceptó, y por dos veces (cfr. fundamento segundo 3 y 5) la propuesta de FETICO y USO de constituir la mesa negociadora según lo decidido por éstos en el Comité Intercentros, pese a que dicho órgano carecía de competencia para ello, configurándose así un banco social de solo 11 miembros, repartidos en función de la distinta representatividad existente dos meses antes.

NOVENO.- Se produjo así una lesión del derecho fundamental de libertad sindical de los demandantes, tanto por parte los sindicatos demandados al haber hecho valer su mayoría en el Comité Intercentros para adoptar acuerdos que clarísimamente no eran de la competencia del Comité, como por la empresa al aceptar la indebida ingerencia de dicho Comité en la negociación iniciada con la representación sindical y permitir una reducción del nivel de representatividad de CC.OO y UGT en el seno de la mesa.

Es cierto que el Tribunal Constitucional en su sentencia 187/1987, de 20 de junio, ha señalado que “no toda decisión acerca del índice de representatividad de un sindicato afecta eo ipso al derecho fundamental de la libertad sindical, ni siquiera cuan-

do, como resultado de la misma, se reduzca la participación de dicho sindicato en la comisión negociadora de un convenio colectivo o se recorten sus posibilidades de actuación dentro del sector correspondiente” pues ello puede obedecer a causas razonables; y que, por tanto, el recurso habría prosperado si se hubiera acreditado que tal actuar obedecía a una razón de esa índole.

Pero en el presente caso, los recurrentes no han logrado demostrar la razonabilidad de las decisiones adoptadas, cuyo único objetivo, según se desprende de lo actuado fue, como acertadamente argumenta la sentencia recurrida, reducir la presencia de los demandantes en el seno de la comisión negociadora con la consecuencia de que puede alcanzarse un acuerdo solo con los votos de los demandados.

Se ha producido con ello, como en caso similar señaló el Tribunal Constitucional en su sentencia 137/1991, de 20 de junio, una clara vulneración del derecho fundamental de libertad sindical de los demandantes al privarles de su legítimo derecho a negociar el convenio colectivo de Leroy Merlin SLU, de acuerdo con las previsiones legales y con su nivel real de representatividad.

Procede por tanto la desestimación de los recursos de casación interpuestos y la confirmación de la sentencia recurrida. Sin condena en costas a los sindicatos recurrentes, que si se imponen a la empresa (art. 233.1 LPL).

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

## FALLO

Desestimamos los recursos de casación promovidos en nombre de los sindicatos USO y FETICO y de la empresa LEROY MERLIN ESPAÑA, SLU, contra Sentencia de fecha 25 de junio de 2007, dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en el procedimiento núm. 48/07. Sin costas para los sindicatos recurrente y con condena de la empresa al pago de las costas causadas en esta sede.

Devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional que corresponda, con la certificación y comunicación de esta resolución.

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

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

2009/245815

TS Sala 4ª, Sentencia 22 septiembre 2009. Ponente: Dª Mª Lourdes Arastey Sahún

No supone lesión de igualdad y no discriminación

## Justificada diferencia en cobro de complemento específico entre personal laboral y funcional

*El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Consejería de Economía y Economía demandada frente a sentencia que reconoció el derecho del actor, personal laboral, a percibir el complemento específico en la misma cuantía que los funcionarios.*

*La Sala señala que las diferencias reclamadas obedecen a la distinta estructura salarial que posee el personal laboral y el funcional así, el complemento específico de los funcionarios tiene su cobertura normativa en el art. 46 Ley 6/1985 de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía y, en cuanto al personal laboral, es la negociación colectiva la que ha de determinar el sistema retributivo de dicho personal; existe una clara diferenciación entre los regímenes jurídicos por los que se articulan la relación funcional y la relación laboral sin que ello suponga lesión a los principios constitucionales de igualdad y no discriminación, por tanto, se ha de revocar la sentencia impugnada.*

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Junta de Andalucía recurre en casación para la unificación de doctrina la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de dicha Comunidad, con sede en Granada, dictada el 8 de octubre de 2008 (rec. 2736/2008), por la que se desestimaba el recurso de suplicación de dicha Administración, interpuesto frente a la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de los de Jaén, de 15 de febrero de 2008.

La sentencia del Juzgado había estimado la demanda formulada por quien venía prestando servicios para la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía, como personal laboral con categoría profesional de “administrativo Grupo III”, reclamando la suma de 6.821,46 euros, en concepto de diferencias retributivas devengadas entre junio de 2006 y mayo de 2007 con ocasión del desempeño del puesto de trabajo

en el Servicio de Relaciones con los contribuyentes de la Delegación Provincial de Jaén; suma que, añadida a lo ya percibido por el actor, se corresponde con la que reciben, en concepto de complemento específico, los funcionarios que ocupan puesto de Asesor Técnico de Información.

El recurso ofrece, como sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco el 9 de julio de 2002. En ella se estimó el recurso de suplicación del Gobierno Vasco, revocando la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de los de Bilbao y absolviendo a dicha Administración. Los demandantes en aquel pleito eran tres trabajadores del Departamento de Justicia, Trabajo y Seguridad Social del Gobierno Vasco que habían prestado servicios como oficiales en los Juzgados de lo Social y reclamaban las sumas correspondientes a la diferencia entre las retribuciones salariales percibidas y las que les eran satisfechas a los funcionarios públicos que realizaban las mismas funciones que los actores.

Pese a que los litigios puestos en comparación se refieren a colectivos diferentes, apreciamos la concurrencia de los elementos de contradicción imprescindibles para llevar a cabo la labor de unificar doctrina, puesto que, en los dos supuestos se plantea la cuestión de la equiparación salarial entre el personal laboral que presta servicios para una Administración Pública y el personal funcionario de la misma, advirtiéndose que la pretensión de los trabajadores demandantes se fundamentaba en los dos casos en la realización de funciones idénticas a las de los funcionarios, llegando, no obstante, las Salas de suplicación a soluciones opuestas. Por tanto, tal y como indica el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe, se dan los requisitos enumerados en el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, que exige que, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, la sentencia recurrida y aquella que se aporta como contraste hubieran dado lugar a pronunciamientos distintos. A ello no obsta el que la demanda hubiera planteado en primer lugar la cuestión de la realización de funciones de superior categoría, pues la pretensión relativa a la movilidad funcional fue rechazada en la sentencia del Juzgado y no se reprodujo ya en vía de suplicación, en donde se parte de la perfecta acomodación de las funciones efectivamente realizadas con las que corresponderían al grupo profesional del personal funcionario con el que se busca la equiparación salarial.

SEGUNDO.- El recurso denuncia que la sentencia recurrida infringe la doctrina establecida por las sentencias de esta Sala de 23 de julio de 1993 (rec. 1561/1992) y 9 de abril de

2003 (rec.1065/2002) sobre aplicación del art. 14 de la Constitución.

El núcleo de la decisión de la Sala de suplicación se halla en el contenido de la actividad laboral del actor, que la lleva a concluir que, dándose efectiva equiparación funcional con el personal funcionario, no resulta razonable una desigualdad retributiva como la que se aprecia. La Sala de Granada se remite a una sentencia propia, dictada el 14 de noviembre de 2007 para resolver idéntica pretensión del mismo trabajador, relativa a un periodo anterior.

La STC 125/2003, de 19 de junio, resume la doctrina de ese Tribunal sobre el principio de igualdad en la ley, recordando lo ya indicado en su sentencia 144/1988, de 12 de julio, según la cual la prohibición impuesta al legislador implica la imposibilidad de “configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación o, dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria”. No obstante, como matizaban las STC 22/1981 y 128/1994, de 5 de mayo “el principio de igualdad, que vincula al legislador, no impide que éste establezca diferencias de trato, siempre que encuentren una justificación objetiva y razonable» valorada en atención a las finalidades que se persiguen por la Ley y a la adecuación de medios afines entre aquellas y éstas”. Llevada esa doctrina a la prestación de servicios en el marco de las Administraciones Públicas, el TC ha indicado que “el legislador cuenta con un amplio margen de discrecionalidad a la hora de configurar el status del personal que presta sus servicios en las Administraciones públicas (SSTC 7/1984, 99/1984, 148/1986, entre otras)” (STC 57/1990, de 25 de marzo). Por ello, la “discriminación entre estas estructuras que son creación del Derecho y pueden quedar definidas por la presencia de muy diversos factores, de existir, únicamente derivará de la aplicación por la Administración de criterios de diferenciación que no resulten objetivos ni generales (SSTC 7/1984, 68/1989, 77/1990 y 48/1992)” (STC 293/1993, de 18 de octubre).

Atendiendo a la jurisprudencia de esta Sala sobre las diferencias que se aprecian entre el personal funcionario y laboral de un mismo organismo públicos, la sentencia de 23 julio 1993 que se menciona en el recurso, sienta la siguiente doctrina: a) la diferencia entre los trabajadores y los funcionarios que realizan los mismos trabajos se debe en primera línea a que la ley autoriza que unas mismas

funciones sean llevadas a efecto por funcionarios y por personal laboral, por lo que esta radical distinción no puede ser enjuiciada haciendo abstracción del muy diverso régimen jurídico de unos y otros; b) la Administración del Estado tiene diversa posición: como empresario con el personal laboral, como entidad revestida de "imperium" frente a los funcionarios; argumento aplicables las demás Administraciones Públicas; c) unos y otros tienen distinto régimen de ingreso, ascensos, seguridad social, etc. De ahí se concluye que "Esta diversidad trasciende como no puede ser menos al sistema retributivo que en los funcionarios viene establecido en las leyes de presupuestos y en el personal laboral se acuerda por convenio, retribución que tiene estructura diferenciada y modos distintos de remunerar las especiales características del trabajo desempeñado. Por ello como ya declaró esta Sala en Sentencia de 14 octubre 1989 al estudiar un supuesto similar (no se produce una desigualdad discriminatoria, sino consecuencia de estados diferentes que se retribuyen de manera distinta en cuantía), y el propio Tribunal Constitucional en Sentencias de 27 julio 1982 y 5 octubre 1984 ha admitido "la existencia de una regulación diferenciada entre funcionarios públicos y trabajadores, de carácter administrativo la de los primeros y de naturaleza laboral la de los segundos", diversidad que justifica un distinto tratamiento. No existe pues discriminación porque los funcionarios perciban un complemento que no se abona al personal laboral, pues es una diferencia justificada por el distinto régimen jurídico de unos y otros". Esta tesis de la STS de 1993 fue reproducida íntegramente por la STS de 18 de febrero de 1994 (rec. 232/1991).

**TERCERO.-** En el presente caso las diferencias reclamadas obedecen a la distinta estructura salarial que posee el personal laboral y el funcionario; fruto, a su vez, de un sistema de clasificación profesional propio para cada uno de esos grupos.

Dado que sí se da identidad cuantitativa entre el sueldo del grupo C (funcionarial, categoría profesional "asesor técnico información") y el sueldo base del Grupo III (laboral, categoría profesional "administrativo"), lo que marca la distinción, en detrimento de la suma mensual de los emolumentos del demandante, es la distribución del salario en complementos retributivos cuya denominación e importe no son coincidentes. El actor solicitaba en su demanda que se le abonara el importe del "complemento específico", percibido por los funcionarios, en lugar de la suma atribuida - y percibida - al complemento de puesto de trabajo del personal laboral.

El complemento específico de los funcionarios halla su cobertura normativa en el art. 46 de la Ley

6/1985, de 28 de diciembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía; norma que también define el sistema de clasificación profesional de los funcionarios de dicha Comunidad Autónoma (Disp. Ad. 5ª). En el ap. 2 b) del mismo se define el complemento específico como el "destinado a retribuir las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad".

Por su parte, la estructura salarial del personal laboral constituye el contenido propio del Convenio colectivo del Personal laboral de la Junta de Andalucía, cuyo ámbito personal se circunscribe en exclusiva a dicho personal laboral; como señala el art. 49.1 de la Ley 6/1985, antes citada, que remite absolutamente a la negociación colectiva las condiciones salariales del personal laboral.

De este modo la Ley 6/1985 se acomoda a lo que ahora establece la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del empleado público, aplicable también al personal que presta servicios para la Administración de las Comunidades Autónomas, pues en ella los derechos retributivos del personal al servicio de la Administración tienen diferente regulación según cual sea el estatuto por el que se rijan, estableciendo el art. 27 una remisión a la legislación laboral, al convenio aplicable y al contrato de trabajo análoga a la que se señala en el antes citado art. 49.1 de la Ley 6/1985.

Es, sin duda, la negociación colectiva la que ha de determinar el alcance y contenido de las condiciones del personal laboral, y a ese marco regulador ha de reconducirse también el sistema retributivo de dicho personal, sin perjuicio de las limitaciones presupuestarias a las que se refiere el art. 21 de la Ley 7/2007, a las que también alude el art. 49.2 de la Ley Ordenación de la Función Pública andaluza.

Acudiendo, por tanto, al convenio colectivo, se observa que los arts. 57 y 58 del mismo definen el salario base y los complementos y pluses salariales, siendo el complemento de puesto de trabajo el "destinado a retribuir las condiciones particulares de los puestos de trabajo en atención a su especial dificultad, responsabilidad, incompatibilidad y otros factores que comportan conceptualización distinta del trabajo ordinario, excepto los retribuidos por el sistema de pluses. La cuantía será la establecida para el puesto en la correspondiente Relación de Puestos de Trabajo y su percepción dependerá exclusivamente del ejercicio de la actividad profesional en el puesto correspondiente, por lo que este complemento no tiene carácter consolidable" (art. 58.5). La cuantía del complemento de puesto de trabajo en cuestión se fija en el Anexo XI del Convenio.

Existe una clara diferenciación entre los regímenes jurídicos por los que se articulan la relación funcionarial y la relación laboral, con distintas fuentes normativas y divergencias de contenido en el paquete de condiciones implícitas en una u otra, sin que ello suponga lesión a los principios constitucionales de igualdad y no discriminación; de ahí que hayamos de concluir que la doctrina ajustada a Derecho es la que se expresa en la sentencia de la Sala de lo Social del País Vasco.

Todo ello nos lleva a la estimación del recurso, de conformidad con la propuesta que hace el Ministerio Fiscal en su informe. En consecuencia, casamos y anulamos la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimamos el recurso de tal clase y absolvemos a la parte recurrente de los pedimentos que contra ella se dirijan, sin que proceda hacer pronunciamiento sobre costas (art. 233.1 de la Ley de Procedimiento Laboral).

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

#### FALLO

Que, estimando el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la JUNTA DE AN-

DALUCÍA contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada), dictada el 8 de octubre de 2008 en el recurso de suplicación 2736/2008, que confirmaba la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de los de Jaén, de 15 de febrero de 2008, dictada en los autos 446/2007, seguidos a instancia de D. Juan Pedro, anulamos y casamos la citada sentencia y, resolviendo el debate de suplicación, revocamos la sentencia del Juzgado de origen y desestimamos la demanda inicial, absolviendo a la JUNTA DE ANDALUCÍA de los pedimentos de la misma, sin que proceda hacer pronunciamiento sobre 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.

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



2009/245657

TS Sala 1ª, Sentencia 23 octubre 2009. Ponente: D. Xavier O'Callaghan Muñoz

## Reclamación por la cesión de derechos de retransmisión televisiva

*El TS declara no haber lugar al recurso de casación confirmando la sentencia impugnada que absolvió a los demandados del pago que reclamaba la actora al resultar probado que los clubs de fútbol han cobrado de los demandados durante las temporadas en litigio, la total cantidad a que tenían derecho por la cesión de los derechos de retransmisión televisiva de sus partidos de fútbol, y al considerar justificado el pago por los demandados efectuado directamente a los destinatarios del contrato ya que cumple con lo estipulado en el mismo, decayendo el derecho reclamado por la actora.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Los hechos, en cuanto a la cuestión que ha llegado a casación y en tanto han sido declarados probados por la sentencia de instancia, de la Audiencia Provincial, Sección 25, de Madrid de 16 de marzo de 2005 que confirma la de primera instancia y es objeto de este recurso se resume por aquélla en la siguiente forma: LIGA NACIONAL

DEL FUTBOL PROFESIONAL (LNFP), ANTENA 3 TELEVISIÓN, S.A. (ANTENA 3 TV) y GESTORA DE MEDIOS AUDIOVISUALES, S.A. (GMA), suscribieron un contrato el día 17 de octubre de 1996, en el que, tras exponer como antecedentes que las televisiones autonómicas tienen adquiridos los derechos de LNFP para emitir por televisión los encuentros de fútbol de primera división y segunda A en las temporadas



1990/1991 hasta 1997/1998, ambas inclusive, acordaron, tras la oportuna aclaración de 21 de octubre de 1996, la cesión a ANTENA 3 TV del derecho a grabar en directo un partido de primera división de cada una de las jornadas de las temporadas 96/97 y 97/98, que no hubiera sido elegido antes por las Televisiones Autonómicas ni por Canal Plus, cuya emisión se haría los lunes, o los martes o jueves si el partido se celebraba el miércoles. A GMA se le cedió el derecho de grabar y emitir en directo por televisión de pago los partidos no elegidos por las Televisiones Autonómicas, Canal Plus y A3TV correspondientes al campeonato nacional de liga de primera división y de la Copa del Rey de las temporadas 96/97 y 97/98.

El precio pactado por la cesión de los derechos televisivos correspondientes a los partidos de primera división fue de 3.200.000.000 ptas. por cada una de las dos temporadas, es decir, 6.400.000.000 ptas. que sería satisfecha por A3TV a LNFP, quien se comprometía a repartir linealmente y en función de la categoría, entre los clubes participantes en los encuentros, correspondiendo a los de primera división la cantidad de 200.000.000 ptas.

A ésta se sumaban otras cláusulas que regulaban el precio correspondiente a los derechos por la grabación y emisión de los partidos de la Copa del Rey. Contrato que se redactó respetando las condiciones básicas acordadas en la asamblea de 8 de agosto de 1996.

En la ejecución de dicho contrato es hecho admitido por las partes que varios de sus miembros, los concretos clubes de fútbol, han recibido el pago de manera directa de las operadoras televisivas: la parte demandante en la instancia y recurrente en casación (LNFP), pese a pedir que se le declare acreedora de la cantidad pactada en el referido contrato, así como la declaración de incumplimiento de ANTENA 3 TV, reclama la condena al pago de la diferencia entre lo pactado y lo ya satisfecho a los clubes de fútbol; aunque parte de que es la única legitimada para el cobro, considera que los pagos directos se hicieron de buena fe y admite la liberación de los demandados por lo ya satisfecho.

Como hecho probado, la sentencia de instancia declara que ANTENA 3 TV ha satisfecho a los clubes todo lo pactado en el contrato; tras haber aclarado una serie de vicisitudes y puntos oscuros en la práctica, que en nada interesan a la cuestión jurídica que aquí se plantea, concreta que los clubes que vieron televisados sus partidos por ANTENA 3 TV durante las temporadas a que se refiere el contrato han cobrado su precio, sin bien no se ajustan al contrato de 17 de octubre, sino a los acuerdos de la asamblea de 8 de agosto, de 1996.

En definitiva, como se expresa en la sentencia de primera instancia, confirmada en apelación, resulta así probado que los clubes de fútbol han cobrado durante las temporadas en litigio, 96/97 y 97/98, la total cantidad a que tenían derecho por la cesión de los derechos de retransmisión televisiva de sus partidos de fútbol, derechos que de forma universal ostentaba AVS.

Hasta el 15 de agosto de 1997, los pagos a los clubes los realizó GMA, quien acreditó haber abonado hasta dicha fecha cantidad superior a 15.000 millones de pesetas. Desde el 15 de agosto de 1997 asumió esos pagos a clubes AVS, sin que esté pendiente de pago cantidad alguna, sino que todos los clubes, al margen de cualquier reclamación judicial individual que alguno pueda haber entablado, han cobrado el importe íntegro de lo que les correspondía.

SEGUNDO.- La parte demandante, que ha visto desestimada su demanda en ambas instancias, ha formulado el presente recurso de casación, pese a la declaración de hecho probado de que los pagos han sido hechos, conforme a lo pactado contractualmente y acordado en asamblea, directamente a los clubes de fútbol. El recurso está articulado en cuatro motivos.

El primero de los motivos del recurso de casación denuncia la infracción de la disposición transitoria tercera de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, que dice así:

1.- Las medidas de financiación del saneamiento del fútbol profesional previstas en esta Ley con cargo a fondos públicos y los demás beneficios concedidos por entidades públicas dependientes del Estado para dicho fin, quedan condicionadas a la firma del convenio de saneamiento a que se refiere la disposición adicional decimoquinta de la presente Ley. 2.-

Durante el período de vigencia del convenio, y hasta la total extinción de la deuda, la Liga profesional percibirá y gestionará los siguientes derechos económicos: a) Los que, por todos los conceptos, generen las retransmisiones por televisión de las competiciones organizadas por la propia Liga, por sí misma o en colaboración con otras asociaciones de clubes.”

Este primer motivo se desestima por una triple razón. En primer lugar, porque en el recurso de casación del orden jurisdiccional civil no cabe fundar un motivo del recurso en una norma de carácter administrativo, a no ser que guarde una estricta relación o dependencia con una situación propia del Derecho civil, que no es el presente caso.

En segundo lugar, porque ninguna relación guarda la norma que se denuncia como infringida con el caso

que nos ocupa, ya que se refiere a una financiación del saneamiento del fútbol profesional y a un convenio de saneamiento que no se han dado en esta litis ni han sido fundamento del fallo en las sentencias de instancia que mal, por ello, pueden infringirla.

En tercer lugar, porque se trataría de una obligación o más bien deber jurídico de tipo administrativo que no impediría el juego de las normas civiles sobre la extinción de la obligación por el pago.

El segundo motivo del recurso de casación se formula por infracción del artículo 1162 del Código civil que determina el presupuesto subjetivo del pago o cumplimiento de la obligación en el sentido de que lo debe recibir el acreedor, sin perjuicio de que lo perciba un tercero, como prevé el segundo párrafo del artículo siguiente.

El motivo se desestima porque la situación fáctica, explicada en las sentencias de instancia e inamovible en casación, es que la entidad recurrente LNFP aparecía como acreedora en el contrato pero “actuaba a favor de los clubes y S.A.D. que eran contemplados en el contrato de 17 de octubre de 1996 como los destinatarios del precio convenido” y, en definitiva a ellos se hizo el pago.

Por tanto, aunque es indiscutible la norma del artículo 1162 del Código civil, no ha sido infringida por la sentencia recurrida, ya que el pago se hizo directamente a los destinatarios del mismo y entiéndase que el pago se hizo a favor de quien realmente estaba constituida la obligación (artículo 1162 del Código civil) o se hizo a tercero, en utilidad del acreedor (artículo 1163, segundo párrafo), el pago fue hecho efectivo correctamente.

El motivo tercero se sitúa en la misma línea que el anterior al formularse por infracción del artículo 1157 del Código civil que contempla el cumplimiento correcto de la obligación, haciendo especial hincapié en el objeto del mismo, con sus requisitos de identidad e integridad. En el desarrollo del motivo simplemente repite el razonamiento del motivo anterior, por lo que, al igual que éste, debe ser desestimado.

El pago se hizo, se cumplió la obligación, se entregó la cosa, es decir, el dinero, a quienes eran los verdaderos destinatarios: los clubes de fútbol. Tal como dice la sentencia recurrida, “aunque parte de ser ella (LNFP) la única legitimada para el cobro, considera que el pago a los clubes y S.A.D. se hizo de buena fe y admite la liberación de los demandados por lo ya satisfecho”.

El motivo cuarto alega la infracción del artículo 1256 del Código civil que proclama el principio básico del derecho de obligación de la ne-

cessitas, esencia de la obligación. Este principio implican que ni deudor ni acreedor pueden desligarse o alterar unilateralmente la obligación y el contrato es la principal fuente de éste (así, sentencias de 30 de noviembre de 2005, 23 de febrero de 2007 y 26 de junio de 2008).

Es un precepto de carácter general que para servir de apoyo a un motivo de casación ha de basarse en las cláusulas contractuales o en hechos que pongan de relieve que el contrato padece un vicio (como han dicho las sentencias de 30 de diciembre de 1994, 29 de noviembre de 1997, 18 de marzo de 2002, 29 de septiembre de 2006).

No es éste el caso y al motivo se desestima porque nada ha quedado al arbitrio de una de las partes, sino que simplemente se han realizado unos pagos directos, a los verdaderos acreedores y no a la LIGA demandante, lo cual no implica violación de aquel principio.

Al desestimarse todos los motivos, no debe darse lugar al recurso de casación y, como dice el artículo 487.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, confirmar la sentencia recurrida. Deben, además, imponerse las costas a la parte recurrente, conforme preceptúa el artículo 398.1 en su remisión al artículo 394.1 de la misma ley.

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

## FALLO

Primero.- QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACION, interpuesto por la representación procesal de la Liga Nacional de Fútbol Profesional (LNFP), contra la sentencia dictada por la Sección 25ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en fecha 16 de marzo de 2005, QUE CONFIRMAMOS.

Segundo.- En cuanto a las costas, se imponen a la parte recurrente.

Tercero. Líbrese a la mencionada Audiencia 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.- Jesus Corbal Fernandez.- José Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- Rubricados.- Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Xavier O'Callaghan Muñoz, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.



2009/245696

TS Sala 2ª, Sentencia 16 octubre 2009. Ponente: D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre

## No se aplica a los meros peones encargados de labores de desembarco Supuestos de extrema gravedad en delitos contra la salud pública

*Desestimando los recursos de casación interpuestos por los acusados, la Sala acoge parcialmente el formulado por el otro imputado contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delito contra la salud pública. El TS dicta segunda sentencia por la que deja sin efecto la supergravante que le había sido aplicada, por cuanto su actuación consistió en labores de desembarco para las que había sido contratado esa misma noche. Y es doctrina de esta Sala que la hipergravación no es aplicable a quienes solo realizan funciones subalternas y carecen de toda capacidad de decisión.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso interpuesto por Pedro y Vicenta

PRIMERO.- El motivo primero por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ. por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24 CE, por cuanto se ha condenado a los recurrentes sin que se haya obtenido en el juicio prueba de cargo suficiente obtenida con todas las garantías sobre los hechos que se le imputan. Se sostiene en síntesis en el motivo en que los indicios establecidos en la sentencia carecen de carácter unívoco para deducir de ellos la autoría de los recurrentes existiendo otros datos o contraindicios de los que se deduce que no han cometido el delito contra la salud pública, por lo que el principio "in dubio pro reo" impediría su condena, y finalmente cuestiona el pesaje de la droga, al no estar presente la Secretaría judicial y no llegando a abrirse todos los fardos, sacando muestras únicamente de 42 de ellos, restando por extraer 58 muestras.

A) Como venimos afirmando el derecho a la presunción de inocencia se configura, en tanto que tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito, y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. De modo que, como declara la STC. 189/98 de 28.9 "sólo cabrá constatar la vulneración del derecho

a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado".

Constituye también doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE. sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta, porque el recurso de amparo (y el de casación añadimos nosotros) no es un recurso de apelación, ni éste Tribunal una tercera instancia. Como hemos explicitado en múltiples resoluciones de esta Sala, por todas STS. 672/2007 de 19.7, cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Tribunal de instancia, porque a este solo corresponde esa función valorativa pero si puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal "a quo" contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades funda-

mentales y en correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el juzgador el proceso de su raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (STS. 1125/2001 de 12.7).

Así pues, al tribunal de casación debe comprobar que el tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo.

Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria.

Es decir, el control casacional de la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que de la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS. 209/2004 de 4.3).

Esta estructura racional del discurso valorativo si puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva arbitrarias (art. 9.1 CE), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio "nemo tenetur" (STS. 1030/2006 de 25.10). Doctrina esta que ha sido recogida en la reciente STC. 123/2006 de 24.4, que recuerda en cuanto al derecho de presunción de inocencia,

art. 24.2 CE. "se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. En cualquier caso es doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE. sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta... De modo que sólo podemos considerar insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable.

En tales casos, aún partiendo de las limitaciones ya señaladas al canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable, bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente, más allá de toda duda razonable, bien la convicción en sí (STC. 300/2005 de 2.1, FJ. 5). Consecuentemente debe otorgarse un amplio contenido a la presunción de inocencia, como regla de juicio, lo que permite un triple control del proceso inferencial seguido por los Jueces ordinarios:

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

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

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

B) Por otro lado, a falta de prueba directa de cargo, también la prueba indiciaria, puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

1) El hecho o los hechos bases (o indicios) han de estar plenamente probados.

2) Los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos bases completamente probados.

3) Para que se pueda controlar la razonabilidad de la inferencia es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia.

4) Y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, en palabras de la Sentencia del Tribunal Constitucional 169/1989, de 16 de octubre, 'en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes' (SSTC 220/1998, 124/2001, 300/2005, y 111/2008).

El control de constitucionalidad de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o cohesión (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él), como desde su suficiencia o calidad concluyente (no siendo, pues, razonable la inferencia cuando sea excesivamente abierta, débil o imprecisa), si bien en este último caso el Tribunal Constitucional ha de ser especialmente prudente, puesto que son los órganos judiciales quienes, en virtud del principio de inmediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio. Por ello se afirma que sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento "cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada" (STC 229/2003 de 18.12. 300/2005 de 21.11).

SEGUNDO.- A la luz de esta doctrina ha de ser examinada la impugnación de los recurrentes. Así la sentencia de instancia, fundamento jurídico primero, analiza las versiones exculpatorias de ambos acusados: Pedro que declaró que dejó a su mujer en la masía para que le entregara unos decimos de lotería a Damaso, habitante de la masía y que él se dirigió hacia el río andando, encontrándose en el lugar del desembarco porque es pescador y tenía asignada dicha zona para la pesca de angula, pesca que se realiza mediante el calado del "bussó", receptáculo con forma de caja que se introduce en el río y que debe controlarse, especialmente de noche, y que por dicho motivo se encontraba en el referido lugar, pero sin hacer referencia alguna a que le acompañara ninguna persona marroquí. Vicenta -esposa del anterior- negó cualquier relación

con los hechos, manifestando, en síntesis, que acompañaba a su marido en el vehículo Nissan Almera, para controlar su consumo de cocaína, pues esa noche su esposo iba a vigilar la pesca de angula, acompañándole un marroquí que quería conocer dicho tipo de pesca. Relató que aparcaron el vehículo en La Masía, pues ella tenía que entregarle a su morador unos decimos de lotería, marchándose su marido junto al marroquí, quedándose ella en el interior del vehículo esperando a su marido tras comprobar que el Señor de la María no estaba.

Declaraciones exculpatorias a las que no otorga credibilidad, partiendo de las declaraciones de los agentes a la Guardia Civil que intervinieron en primer lugar, núm.004 Y núm.005, que divisaron a una embarcación sin luces por el río Ebro, que se acercaba a la orilla y vieron a 3 ó 4 personas realizar labores de descargo, observando, a través de los visores nocturnos, siluetas y formas, expresando que vieron llegar en primer lugar un vehículo Nissan que se detuvo a la entrada del camino de tierra, y después un Citroen -5 que se introdujo hasta el punto del alijo y empezaron a descargar, sin que tuvieran duda en que las personas que vieron moverse y desplazarse fueran las que resultaron detenidas.

Asimismo el primero de los agentes explico como se realiza la pesca de angula pero afirmó que allí no había nadie pescando pues no había ningún "busso", añadiendo, que si hubiera habido alguno lo hubiesen visto. Igualmente analiza el testimonio de los guardias civiles núm.006 y núm.007 que intervinieron a continuación, actuando en primer lugar sobre el vehículo Nissan por sospechar que se encontraba realizando labores de vigilancia, encontraron en su interior a la recurrente Vicenta, con dos móviles encendidos y en este momento estaba intentando hacer una llamada, comprobándose que era a su marido, el también recurrente Pedro, al que durante esa noche había llamado en nueve ocasiones, y como tras pedirla explicaciones sobre su presencia en ese lugar y decirles que había ido a visitar al señor de La Masía, este, Damaso, afirmó que Vicenta no le llamó para ir a verle y que no sabía que hacia esa señora esa noche en dicho lugar; y la testifical de los agentes núm.008 que en el plenario expuso que también participó en la detención de Pedro, persona que se encontraba a pocos metros de los fardos y del vehículo, localizándolo tumbado, escondido y con tres móviles encendidos, asegurando que allí no había cestas, en relación a las cajas utilizadas en la pesca de angula, y del agente núm.009 que detuvo personalmente a este recurrente en igual sentido.

En base a estas pruebas la Sala de instancia declara en relación, a Vicenta que la única conclusión posible y razonable, ante lo inexplicable de

su presencia en dicho lugar, cercano al de desembarco y en el camino de acceso a éste, en fecha y hora en que acontecieron los hechos, es que efectuaba operaciones de supervisión y vigilancia de la zona para asegurarse que la operación de desembarco, en la que también participaba su marido, fuera satisfactoria, y con respecto a Pedro, considera que participó en la recepción del hachís de territorio nacional y realizó funciones de carga y descarga y de suministro de bidones de gasoil a los tripulantes de la embarcación para su regreso, al ser evidente que no se encontraba pescando o controlando la pesca, a la vista de las declaraciones de los agentes de la Guardia Civil antes referidas, y su reacción ante la presencia policial, ocultándose en la maleza a escasos metros de los fardos, su falta de explicación sobre el hecho de llevar tres móviles y recibir una llamada de su esposa en el mismo momento de la intervención policial, y el propio contenido de las declaraciones de Carlos José sobre su presencia y participación en los hechos.

a) Razonamiento del Tribunal conforme a las reglas de la lógica y máximas de experiencia, sin que haya tenido duda alguna en su convicción sobre la participación de los recurrentes, por lo que no se ha producido vulneración alguna del principio "in dubio pro reo".

Aunque durante algún tiempo la jurisprudencia ha mantenido que el principio "in dubio pro reo" no era un derecho alegable al considerar que no tenía engarce con ningún derecho fundamental y que, en realidad, se trataba de un principio interpretativo y que por tanto no tenía acceso a la casación, sin embargo, en la actualidad tal posición se encuentra abandonada. Hoy día, la jurisprudencia reconoce que el principio "in dubio pro reo" forma parte del derecho a la presunción de inocencia y es atendible en casación. Ahora bien sólo se justifica en aquellos casos en los que el Tribunal haya planteado o reconocido la existencia de dudas en la valoración de la prueba sobre los hechos y los haya resuelto en contra del acusado (SSTS. 677/2006 de 27.6. 548/2005 de 12.5. 1061/2004 de 28.9. 836/2004 de 5.7. 479/2003 de 31.3. 2295/2001 de 4.12. 1125/2001 de 12.7). En este sentido debe señalarse que este principio es una condición o exigencia subjetiva del convencimiento del órgano judicial en la valoración de la prueba inculpatoria existente aportada al proceso, de forma que si no es plena la convicción judicial se impone el fallo absolutorio.

Es decir, que la significación del principio "in dubio pro reo" en conexión con la presunción de inocencia equivale a una norma de interpretación dirigida al sentenciador que debe tener en cuenta al ponderar todo el material probatorio y tiene naturaleza procesal (STS. 15.5.93 y 30.10.95) por lo que resultará vulne-

rado cuando el Tribunal determine la culpabilidad del acusado reconociendo las dudas sobre la autoría del mismo o sobre la concurrencia de los elementos objetivos del delito, pero no resulta aplicable cuando el órgano jurisdiccional en uso de las facultades otorgadas por el art. 741 LE-Crim., llega a unas conclusiones, merced a la apreciación en conciencia de un bagaje probatorio de cargo conducente a afirmaciones inculpativas llevadas a la resolución.

Como precisa la STS. 27.4.98 el principio "in dubio pro reo", no tiene un valor orientativo en la valoración de la prueba, sino que envuelve un mandato: el no afirmar hecho alguno que pueda dar lugar a un pronunciamiento de culpabilidad si se abrigan dudas sobre su certeza, mediante la apreciación racional de una prueba en sentido inculpativo, constitucionalmente cierta y celebrada en condiciones de oralidad, publicidad, contradicción e inmediación, esto es, en las condiciones de un proceso justo. En definitiva, a pesar de la íntima relación que guardan el derecho de presunción de inocencia y el principio "in dubio pro reo", y aunque uno y otro sean manifestación de un genérico favor rei, existe una diferencia sustancial entre ambos, de modo que su alcance no puede ser confundido.

El principio "in dubio pro reo" solo entre en juego cuando practicada la prueba, ésta no ha desvirtuado la presunción de inocencia.

Dicho en otros términos, la aplicación de dicho principio se excluye cuando el órgano judicial no ha tenido dudas sobre el carácter inculpativo de las pruebas practicadas (SSTS. 1.3.93, 5.12.2000, 20.3.2002, 18.1.2002, 25.4.2003).

Por ello no puede equipararse la duda externamente derivada de existir dos versiones contrapuestas - como ocurre en casi todos los procesos de cualquier índole- a la que nazca en el ánimo del Juez, cuando oídas por el directamente las personas que, respectivamente, las sostienen, llega la hora de acoger una u otra, ya que solo y exclusivamente en ese momento decisivo debe atenderse al principio pro reo, inoperante cuando el Juez ha quedado convencido de la mayor veracidad de una de las versiones, es decir, que a través del examen en que se constata esa situación de versiones contradictorias tan frecuente en el proceso penal, el Juez puede perfectamente valorar la prueba, esto es, graduar la credibilidad de los testimonios que ante él se viertan y correlacionar toda la prueba, sentando la culpabilidad de los denunciados cual acontece en el caso que nos ocupa.

b) Respecto a las irregularidades que se dicen cometidas en orden al pesaje realizado y a no abrirse todos los fardos sino que se extrajeron muestras de alguno de ellos, lo que



implica la inexistencia de prueba de cargo sobre la cantidad de sustancia intervenida, la Sala de instancia entiende acreditado que el peso bruto del hachís intervenido fue de 3.251,43 Kg, por la testifical del agente núm.008 quien precisó haber pesado los 100 fardos embalados, fardo por fardo, y las declaraciones del resto de agentes policiales que, de forma coincidente, manifestaron en el plenario que, según su experiencia profesional en operaciones de este tipo, los fardos suelen pesar unos 30 Kg.

Por lo que la cantidad total intervenida, según esas máximas de experiencia, no sería inferior a los 3.000 Kg. Pesaje que la propia Sala, a la vista de las fotografías obrantes en las que se observan el número de fardos y su volumen, considera razonable. Es cierto que es diligencia de pesaje no estuvo presente la Sra. Secretaria Judicial, siendo su consecuencia no invalidar la diligencia ni generar su nulidad, sino el privarle de valor de prueba anticipada con plenos efectos en el juicio oral con cumplimiento acatamiento de los principios de oralidad, publicidad, inmediación y, sobre todo contradicción, mediante el testimonio, dispuesto en dicho acto, del funcionario de policía que practicó el pesaje, cual sucedió en el caso presente en el que el agente citado concurrió a prestar declaración en el juicio oral, resultando acreditado, por consiguiente, el pesaje, mediante un legítimo y correcto medio probatorio, útil para integrar la convicción del juzgador.

c) Y en cuanto al análisis de la sustancia, la extracción de muestras, en total 42, se verificó a presencia de la Sra. Secretaria Judicial (acta folios 55 a 57) sobre los cinco tipos diferentes de fardos intervenidos y su análisis por el Laboratorio Territorial de Drogas de Barcelona, determinó que correspondían a hachís, siendo doctrina de esta Sala (SS. 12.7 y 27.11.2000) que la toma de muestras significativa, adoptada de forma aleatoria, es un método apto para el estudio del aspecto cualitativo (grado de pureza en términos porcentuales) de las sustancias intervenidas, sin que sea necesario el análisis de la totalidad de la droga intervenida (STS. 261/2006 de 14.3).

En igual dirección la STS. 836/2004 de 5.7, desestima tal objeción pues siendo la presentación de las pastillas homogéneas, el Laboratorio acudió al sistema de análisis mediante un muestreo suficiente de las mismas, conforme a los protocolos de actuación intencionalmente aceptados, SSTS. 675/2004 de 28.3, 1040/2005 de 20.9, que recuerda que no corresponde al Tribunal sentenciador analizar los métodos utilizados por los especialistas que comparan al juicio sino, únicamente, sus conclusiones, máxime cuando, en el caso presente, al no constar la destrucción de la droga intervenida, bien pudo la parte solicitar un nuevo

análisis con muestras de todos los fardos, al no hacerlo en momento procesal oportuno, supone conformidad con el ya efectuado. El motivo, por lo expuesto se desestima.

TERCERO.- El motivo segundo por infracción de Ley del art. 849.1 LECrim. por aplicación indebida de los arts. 368 y 369. 3 CP. y el motivo tercero por infracción de Ley del art. 849.2 LECrim. al haber existido error en la apreciación de la prueba, son tratados conjuntamente por los recurrentes dada la conexión que existe entre los mismos.

Se argumenta que nos encontramos ante una absoluta falta de prueba de la comisión de un delito contra la salud pública o en su caso, ante una prueba indiciaria "que no es lo suficientemente concomitante y periférica del hecho que se pretende demostrar" (sic), entendiéndose que existe un error en la valoración de la prueba basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador (atestado policial, declaraciones testificales prestadas en el acto del plenario).

El motivo deviene inadmisibles.

Debemos recordar que la vía del art. 849.2 LECrim. solo se pueden combatir los errores fácticos y no los errores jurídicos que se entiendan cometidos por la sentencia en la interpretación de los hechos. Por ello, el ámbito de aplicación del motivo de casación previsto en el art. 849.2 LECrim. se circunscribe al error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza por si hubieran tenido lugar o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron.

En todo caso, el error a que atiene de este motivo de casación se predica sobre aspectos o extremos de naturaleza fáctica, nunca respecto a los pronunciamientos de orden jurídico que son la materia propia del motivo que por "error iuris" se contempla en el primer apartado del precepto procesal, motivo éste, art. 849.1 LECrim. que, a su vez, obliga a respetar el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, pues en estos casos solo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre unos hechos predeterminados que han de ser los fijados al efecto por el Tribunal de instancia salvo que hayan sido previamente corregidos por estimación de algún motivo fundado en el art. 849.2 LECrim. o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

La sentencia de esta Sala 1850/2002, indica en relación con el art. 849.2 LECrim que..."constituye una peculiaridad muy notoria en la

construcción de nuestro recurso de casación penal: era la única norma procesal que permitía impugnar en casación la apreciación de la prueba hecha en la instancia mediante una fórmula que podemos calificar ahora como un caso concreto de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), pues sólo podía aplicarse en supuestos muy concretos en que, habiendo una prueba indubitada sobre un extremo determinado, la Audiencia Provincial la había desconocido y había redactado los hechos probados a espaldas de tal medio probatorio.

Pero ello sólo era posible de forma singularmente restrictiva, pues úni-

■

*"...la STS. 24.10.2000 dice que la conducta agravada así definida en sí misma, considerada una "figura cualificada de segundo grado" (una "hiperaggravante"), que demanda una interpretación, "no sólo muy cuidadosa, sino también esencialmente restrictiva, (...), "su existencia o inexistencia ha de integrarse a partir de elementos no sólo cuantitativos sino también cualitativos"."*

■

camente cabía apreciar ese error del Tribunal de instancia cuando la prueba que lo acreditaba era documental, porque precisamente respecto de esta clase de prueba podía tener la inmediación judicial la misma relevancia en casación y en la instancia, ya que el examen del documento se hace en las propias actuaciones escritas lo mismo por la Audiencia Provincial que conoció del juicio oral que por esta sala del Tribunal Supremo al tramitar el recurso de casación.

Cuando una prueba documental acredita un determinado extremo y éste tiene relevancia en el proceso de forma tal que pueda alterar alguno de los pronunciamientos de la sentencia recurrida, si además no hay contradicción con algún otro medio probatorio, este núm. 2 del art. 849

LECrim. obliga en casación a alterar los hechos probados de la resolución de la audiencia con la consecuencia jurídica correspondiente.

Esta era la única vía que existía en nuestro proceso penal para alterar los hechos probados fijados por la Audiencia Provincial tras la celebración de un juicio oral en instancia única, vía particularmente estrecha, que trataba de subsanar manifiestos errores de la sentencia recurrida a través de una fórmula que ahora encajaría, repetimos, en el art. 9.3 CE como un caso concreto de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, y que actualmente aparece ampliada en una doble dirección:

a) Por lo dispuesto en el art. 5.4 LOPJ, que permite los recursos de casación cuando hay infracción de precepto constitucional, lo que ha permitido conocer en la casación penal de las denuncias por violación del derecho a la presunción de inocencia.

b) Por la doctrina de esta sala -a que nos referiremos más adelante con más profundidad- que en los últimos años viene considerando como prueba documental, a los efectos de este art. 849.2º LECrim. a la pericial, para corregir apreciaciones arbitrarias hechas en la instancia cuando hay unos informes o dictámenes que no pueden dejar lugar a dudas sobre determinados extremos. Centrándonos en el motivo de casación por error en la apreciación de la prueba, la doctrina de esta Sala, por ejemplo SS. 936/2006 de 10.10 y 778/2007 de 9.10, viene exigiendo para su prosperabilidad la concurrencia de los siguientes elementos:

1) Ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa.

2) Ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones.

3) Que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal, art. 741 LECrim.

4) Que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argu-

mentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

Asimismo han de citarse con toda precisión los documentos con designación expresa de aquellos particulares en los que se deduzca inequívocamente el error padecido y proponerse por el recurrente una nueva redacción del "factum" derivada del error de hecho denunciado en el motivo. Rectificación del "factum" que no es un fin en sí mismo sino un hecho para crear una premisa distinta a la establecida y, consiguientemente, para posibilitar una subsunción jurídica diferente de la que se impugna.

**CUARTO.-** Pues bien, los recurrentes insisten en la inexistencia de prueba, planteando cuestiones similares a las del motivo anterior y designando como documentos para demostrar el error, el atestado policial y las declaraciones testificales prestadas en el plenario, olvidando que quedan excluidos del concepto de documentos a efectos casacionales, todos aquellos que sean declaraciones personales aunque aparezcan documentadas. La razón se encuentra en que las pruebas personales están sujetas a la valoración del Tribunal que con inmediación la percibe (SSTS. 1006/2000 de 5.6 y 769/2004 de 16.6).

En efecto declaraciones personales no son documentos, aunque se hallan documentados en la causa bajo la fe pública judicial las pruebas de otra naturaleza, como las declaraciones del acusado ni de los testigos, ya que no son documentos ni las declaraciones del acusado ni las de los testigos ya que no garantizan ni la certeza, ni la veracidad de lo dicho por el manifestante, siendo simplemente pruebas personales documentadas en las actuaciones bajo la fe del Secretario Judicial y sometidas como el resto de las probanzas a la libre valoración del Juzgador de instancia, SSTS. 26.3.2001 y 3.12.2001).

No de otra forma decíamos en la STS. 55/2005 de 15.2 "ni las declaraciones de testigos efectuadas en la instrucción ni las que tienen lugar en el juicio oral, transcritas en la correspondiente acta, tiene la virtualidad documental a los efectos de la casación prevista en el art. 849.2 LE-Crim. En realidad, las declaraciones de los testigos requieren para su valoración, salvo supuestos excepcionales de prueba anticipada, de la percepción por el Tribunal en el momento del juicio, pues solo entonces podrá éste formar su necesaria convicción sobre los hechos, de acuerdo con el art. 741 LE-Crim. Y lo visto y oído por el Tribunal de instancia está fuera del recurso y no puede ser contradicho en casación con apoyo en el acta del juicio. Esta sólo reproduce lo que el Secretario Judicial ha podido transcribir, sirviendo de documento público en el que constan las pruebas practicadas y los resultados de las mismas que el

depositario de la fe pública estima pertinente hacer constar. Pero, estas constancias no reemplazan la percepción de la prueba de los jueces, que es la única que puede determinar los hechos probados.

El contenido de lo declarado por los testigos, peritos y acusados, así como la credibilidad de sus manifestaciones por estas razones son completamente ajenas, como cuestiones de hecho, al recurso de casación" (SSTS. 26.2.2001. y 22.5.2003). Criterio éste firmemente asentado en la jurisprudencia, así por ejemplo S. 1075/2004, con cita de las SS. 15.3.91, 12.11.92, 1.4.96, señala que este documento transcribe con las deficiencias inherentes al procedimiento empleado, lo sucedido en las sesiones celebradas en audiencia pública y contradictoria, y sirve para dar fe, si bien fragmentariamente, del contenido de las declaraciones del procesado, testigos y peritos comparecientes, así como de cualquier incidencia que surja durante las sesiones, pero no por ello las pruebas pierden su verdadera y primitiva naturaleza procesal, no transformándose en prueba documental que sirva para acreditar el error del juzgador, y la STS. 1866/2000 de 5.12, que precisa que "incurrir la parte recurrente en el común error de olvidar que es al Tribunal sentenciador, -y no a las partes, ni al Tribunal de alzada, ni tampoco al Secretario Judicial- a quien compete valorar con inmediación la prueba testifical que se desarrolla en su presencia, constituyendo el acta únicamente un sucinto resumen que da cuenta de lo más relevante ocurrido durante el juicio oral pero que ni es, ni pretende ser legalmente (art. 743 LE-Crim), un reflejo completo de las declaraciones testificales, las cuales se emiten y valoran en directo conforme al principio de inmediación que rige, hasta la fecha, en nuestro ordenamiento procesal penal (ver SS. 446/98 de 28.3 y 219/96 de 1.4 entre otras).

Y asimismo esta Sala no admite que pueda basarse un motivo en error de hecho cuando se indica que el documento en el que consta el error es el atestado policial (STS. 796/200 de 8.5), tampoco tienen el carácter de documento las diligencias policiales en las que se contienen las manifestaciones de los agentes o de quienes declaran ante ellos.

**QUINTO.-** En cuanto a la existencia del subtipo agravado de extrema gravedad tipificado en el art. 370.3 CP. que el motivo cuestiona al considerar que reiterada jurisprudencia tiene establecido que la extrema gravedad no equivale simplemente a "extrema cantidad", pues no solo debe concurrir una cantidad de droga elevada, sino la existencia de una organización, peligrosidad de la misma, por su complejidad y eventual eficacia criminal, pluralidad y riqueza de los medios empleados en la organización delictiva, en suma, el despliegue de una logística particu-

larmente relevante. Situación que, a juicio, del recurrente, no concurriría al encontrarnos ante meros peones a quienes se les encomiendan funciones subalternas, careciendo de capacidad de decisión. Esta queja debe ser desestimada.

Es cierto que con anterioridad a la reforma de la LO 15/2003, el texto legal hablaba simplemente de conductas de "extrema gravedad", expresión sumamente vaga e indeterminado que suscitó la crítica de la doctrina y la preocupación de la jurisprudencia (SSTS. 309/2005 de 8.3, 343/2003 de 12.3, 2292/2002 de 29.11, 1095/2001 de 17.7), en relación a las exigencias propias del principio de legalidad en su vertiente de lex certa y por ello se ha defendido una interpretación cuidadosa y restrictiva de la mencionada expresión legal.

Esta Sala en sentencias como la 343/2004 de 12.3, y 1954/2000 de 1.2, señaló que la extrema gravedad prevista en el subtipo hiper-agravado del art. 370, se construye, no solamente sobre el aspecto meramente cuantitativo de la droga ocupada, aunque indudablemente es preciso partir como primer dato para el análisis, de la cantidad aprehendida por relación a las cantidades por encima de las cuales opera la agravación de notoria importancia; junto a este primer dato inicial, habrá que añadir el porcentaje de componente tóxico y la potencial capacidad de llegar a un mayor número de consumidores por lo que entraña un mayor riesgo para la salud pública; otros datos a tener en cuenta serán la posible concurrencia simultánea de varias agravaciones de las previstas en el art. 369 CP.

Es un dato de experiencia -siguen apuntando aquellas sentencias- que en estos casos la existencia de una organización viene a ser un presupuesto casi imprescindible. Otro dato sería el uso o empleo de medios especialmente idóneos y complejos para este tráfico, y por tanto dada la naturaleza clandestina de la red, la especial complejidad tendente a su opacidad, ocultación y a burlar su persecución. Finalmente, ha de tenerse en cuenta el papel que el acusado desempeña en el hecho, examinando si actúa en interés propio o al servicio de otra persona, para excluir tal extra agravación a estos últimos (STS. 1177/2003 de 12.9).

Por ello esta hiper- agravación no es aplicable a los meros peones, a quienes se encomienda funciones subalternas que carecen de toda capacidad de decisión (STS. 1422 de 10 de julio de 2001). En esta dirección la STS. 24.10.2000 dice que la conducta agravada así definida en sí misma considerada una "figura calificada de segundo grado" (una "hiperagravante"), que demanda una interpretación, "no sólo muy cuidadosa, sino también esencialmente restrictiva, al suscitar dificultades en relación a las exigencias propias del principio de

legalidad en su vertiente de "lex certa". Por lo demás, "su existencia o inexistencia ha de integrarse a partir de elementos no sólo cuantitativos sino también cualitativos". "De ello se infiere que esta agravación requiere unos requisitos de carácter objetivo, pero también subjetivos". Entre los primeros, debe tenerse en cuenta: la cuantía de la droga aprehendida (absolutamente excepcional) y su pureza, los instrumentos utilizados para llevarla a efecto y la organización previa (la "logística"). Y entre los subjetivos: el papel o rol desempeñado por los acusados en la operación (si se actúa en interés propio o al servicio de otra persona).

Por todo ello, la STS. 265/2007 de 9.4, recordaba que la extrema gravedad no es sólo extrema cantidad, y ello en garantía de la no vulneración del principio "in dubio pro reo" y del respeto a los principios de seguridad y legalidad, de exigencia más cuidada en casos en los que, por decisión del Poder Legislativo, la precisa determinación de ciertos elementos normativos del tipo -como ocurre en el art. 370- quedan, en su determinación a la decisión judicial, y, singularmente, a la de esta Sala casacional en su papel de último intérprete de la legalidad ordinaria en materia penal (SSTS. 1884/99 de 31.10, 791/95 de 19.6, 128/98 de 4.2, 1954/2000 de 1.7, 29.11.2001, 14.5.2002, 22.9.2003).

Es cierto que -como hemos dichos en las SSTS. 75/2008 de 3.4 y 576/2008 de 24.9 - las críticas doctrinales formuladas con carácter general a la excesiva amplitud de la fórmula jurídica previniente - que no precisaba qué había de entenderse por "extrema gravedad", con el consiguiente riesgo para los principios de legalidad y seguridad jurídica- han sido atendidas por el legislador con mayor o menor acierto, la reforma operada por la LO. 15/2003 de 25.11, se ha ocupado de delimitar en el art. 370.3 CP., los supuestos que justifican la concurrencia de estos tipos. Así tras disponer que se imponga la pena superior en uno o dos grados a la señalada en el art. 368 CP. cuando:

(...)3. Las conductas descritas en el art. 368 fuesen de extrema gravedad, da una definición auténtica de lo que deba entenderse por conducta de "extrema gravedad", en materia de tráfico de drogas, al decirse que "se consideran de extrema gravedad los casos en que la cantidad de las sustancias a que se refiere el artículo 368 excediere notablemente de la considerada como de notoria importancia, o se hayan utilizado buques o aeronaves como medio de transporte específico, o se hayan llevado a cabo las conductas indicadas simulando operaciones de comercio internacional entre empresas, o se trate de redes internacionales dedicadas a este tipo de actividades, o cuando concurren tres o más de las circunstancias previstas en el artículo 369.1".

La STS. 45/2008 de 29.1 examinó la incidencia que la reforma ha de suponer en nuestra jurisprudencia, por cuanto el legislador concreta el concepto y los supuestos en los que debe considerarse que la conducta es de extrema gravedad. Pues bien, el reiterado empleo por el legislador de la conjunción disyuntiva "o" viene a establecer las circunstancias descritas no como necesariamente concurrentes en número plural, sino como alternativas, de manera que la concurrencia de una de ellas, lleva a permitir la aplicación de la figura agravada en cuestión.

El carácter disyuntivo de los presupuestos que delimitan la concurrencia de la agravación ya fue advertido por la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2005 de 31.3 y representa hoy una línea jurisprudencial plenamente consolidada (SSTS. 631/2007 de 4.7, 659/2007 de 3.7, 789/2007 de 2.10, 1016/2007 de 3.12, 577/2008 de 1.12). Siendo así y aun cuando el concepto de "buque" tal como se recogió en el acuerdo de esta Sala Pleno no jurisdiccional de 25.11. 2008 (a los efectos del art. 370.3 CP no cabe considerar que toda embarcación es un buque).

Lo será aquella embarcación que reúna una serie de elementos constructivos -cubierta- con cierta capacidad de carga e idónea para realizar travesías marítimas o fluviales, de entidad, excluyéndose expresamente las lanchas motoras, semirrígidas o zodiacs), pudiera suscitar alguna duda su aplicación, dado que si bien su capacidad era suficiente para transportar más de 3.200 kgs. distribuidos en 100 fardos, con cuatro personas a bordo y la travesía fue desde Marruecos a la desembocadura del río Ebro, lo cierto es que en el relato fáctico no hay descripción alguna sobre las características técnicas de la embarcación salvo que era de "escaso calado" y que -así lo oyeron los agentes de la Guardia Civil- tenía "motores de mucha potencia", la aplicación del primer inciso del art. 370.3 CP. para apreciar si hay extrema gravedad por razón de la cantidad, resulta evidente. Para ello hemos de partir, tratándose del derivado del Cannabis aquí aprehendido, el hachís, de la cifra de dos kilogramos y medio (2,5 Kg.), que es aquella a partir de la cual ha de apreciarse ahora la agravación del art. 369.1.6ª (cantidad de notoria importancia), según conocida doctrina de esta sala aplicada a partir del Acuerdo del Pleno de 19 de octubre de 2001.

Como parecía razonable que esta sala adoptara un criterio cuantitativo, aplicable a toda clase de sustancias estupefacientes, que parta de la cantidad que tenemos determinada para cada una de ellas y la multiplique por una cifra determinada, a partir de la cual deja de aplicarse el art. 369.1.6ª y se aprecie esta extrema gravedad del inciso 1 del art. 370.3, existiendo muchas resoluciones de

esta Sala que vienen haciendo referencia a la cifra de mil veces más para fijar la cantidad a partir de la cual ha de aplicarse el art. 370, en su anterior redacción: antes de la LO 15/2003 como criterio básico para tal aplicación y, ahora, tras esta última modificación legal, como criterio único. (Véanse las sentencias 108/2001 de 29 de enero, 1422/2001 de 10 de julio, 1850/2002 de 3 de diciembre, 204/2003 de 15 de febrero, 1323/2003 de 17 de octubre, 808/2005 de 23 de junio, 410/2006 de 12 de abril y 909/2007 de 31 de octubre que utilizan este porcentaje de mil veces más en este punto), ello motivó que en el Pleno no jurisdiccional de esta Sala, antes citado, de 25.11.2008, se adoptara también el siguiente acuerdo:

"La aplicación de la agravación del art. 370.3 del C.P. referida a la extrema gravedad de la cuantía de sustancia estupefaciente, procederá en todos aquellos casos en que el objeto del delito esté representado por una cantidad que exceda de la resultante de multiplicar por mil la cuantía aceptada por esta Sala como módulo para la apreciación de la agravación de notoria importancia". Por lo tanto tratándose de hachís cuando dicha cantidad supere los 2.500 kgs. Siendo así en el caso enjuiciado, la cantidad de hachís intervenido, 3.251 kgs. Supera con exceso -más de 700 kg.- el tope señalado, lo que justifica la apreciación de la supera agravante de extrema gravedad. Por último no es de aplicación a estos recurrentes la doctrina de esta Sala relativa a las personas que, como meros peones, realizan funciones subalternas, careciendo de toda capacidad de decisión. Por el contrario la coordinada actuación del matrimonio, con aportación de su vehículo en funciones de vigilancia, e incluso -según la declaración del coimputado Carlos José, captando a terceras personas para las labores del desembarco de los fardos, supone una implicación en la operación que excede de la del mero subalterno.

SEXTO.- El motivo cuarto por infracción de Ley, art. 849.1 LECrim. por no haberse apreciado la tentativa de delito prevista en el art. 16 CP, por cuanto los recurrentes no tuvieron el dominio del hecho, entendiéndose que en todo caso, Vicenta únicamente se encargaba de la vigilancia y Pedro del transporte de la droga, no siendo los destinatarios finales de la misma y no habiendo entregado la sustancia estupefaciente, al ser detenidos antes por los agentes actuantes, por lo que estamos ante un caso de apreciación excepcional de la tentativa en casos de delitos contra la salud pública. El motivo deviene inadmisibles.

Como decíamos en las SSTS. 24/2007 de 25.1 y 323/2006 la posibilidad de que los delitos de narcotráfico puedan cometerse en grado de tentativa ha sido siempre una cuestión debatida en la doctrina y

muy matizada en la jurisprudencia de esta Sala. Esa jurisprudencia ha venido manteniendo un criterio general opuesto al reconocimiento de las formas imperfectas de este tipo de delitos (ver STS. 4.3.92, 16.7.93, 3.4.97, 7.12.98, 29.9.2002, 23.1.2003, 3.6.2005). El tráfico de estupefacientes se configura estructuralmente como delito de peligro abstracto y consumación anticipada cuya punibilidad se asienta en la situación de eventual peligro que nace de las conductas descritas en la figu-

■

*"A los meros peones no se les reprocha una conducta de extrema gravedad (...), exigiéndose un papel relevante de los autores de la actividad delictiva (STS. 1074/2007 de 21.12). En efecto, (...), faltaría especial reprochabilidad en la vertiente subjetiva del hecho. No cabe hablar de reprochabilidad extrema respecto de una persona que tiene encomendada una función tan secundaria en lo que constituye toda la mecánica operativa y organizativa, como es la descarga del hachís desde la embarcación al vehículo."*

■

ra penal. La consumación delictiva se sitúa en cualquiera de las acciones típicas descritas en el art. 368 CP como la posesión o el transporte de droga con finalidad de tráfico, en los que el momento consumativo se anticipa, adelantando la barrera penal hasta comportamientos previos a los que propiamente serían actos de tráfico (STS. 1309 (2003 de 3.10).

El tráfico real o efectivo se sitúa más allá del área de la consumación y la obtención de lucro es ajena al tipo (STS. 1160/2004 de 4.10). Por ello, el delito en general solo admite formas consumadas y así se excluye la aplicación del art. 16.1 CP. cuando el autor no ha conseguido la fina-

lidad perseguida. En tales casos, se ha dicho que el alcance de metas que van más allá de la mera tenencia no condiciona la consumación, sino que pertenece a la fase de agotamiento. Es relevante a estos efectos, la disponibilidad de la droga, comporte o no tenencia física o material directa, pues en ella radica el peligro que para la salud de los terceros posibles destinatarios, la posesión representa.

De otro modo, -como tantas veces ha dicho esta Sala- quedarían paradójicamente fuera del campo penal los grandes traficantes que manejan el destino de la droga a través de llamadas telefónicas, de telex, de documentos y otros medios sofisticados y clandestinos y que jamás han poseído en términos de materialidad la droga con la que operan (SS de 7 de enero de 1999, y otras posteriores como la 19.1.2001, recordaban la doctrina de la de 1.2.95, según la cual "en los envíos internacionales de drogas desde que el estupefaciente es remitido..... desprendiéndose de él el suministrador y entrando en el circuito de transporte, se ha consumado el delito, tanto respecto del último como del destinatario, aunque finalmente no llegue a su poder por el seguimiento e intervención policial (SSTS. 19.4.88, 18.4.89, 6.390, 2.11.92, 15.2, 8.3, 29.6, 26.11 y 23.12.93, 24.1 y 23.2.94). El delito se consuma siempre que exista un pacto o convenio entre los implicados para llevar a efecto la operación, en cuanto que la droga -en virtud del acuerdo- quedó sujeta a la voluntad de los destinatarios, siendo indiferente que no se hubiera materializado una detención física del producto, si es patente su preordenación al tráfico (SSTS. 28.2.2000, 3.12.2001, 20.5.2003).

El tráfico existe desde el momento en que una de las partes ponen en marcha los mecanismos de transporte de droga que el receptor habría previamente convenido (STS. 4.10.2004), ya que puede considerarse "a disposición del destinatario final y todos sus intermediarios, pues a ellos está avocada". Por ello, 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, 29.9.2002).

En el caso presente, sabido es que cuando un motivo de casación por infracción de Ley se funda en el art. 849.1 LECrim. es obligado respetar el relato de hechos probados en la sentencia recurrida, art. 884.3 LECrim. pues en estos casos solo se discuten problemas de aplicación de

la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre los hechos predeterminados que han de ser los fijados al efecto por el Tribunal de instancia, salvo que hayan sido corregidos previamente por estimación de algún motivo fundado en el art. 849.2 LECrim. o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (STS. 10071/2006 de 9.11). En otras palabras en base al art. 849.1 LECrim. no puede pretenderse una modificación del hecho probado, sino que ha de aceptarse tal cual está en la sentencia de instancia. Aquí no se denuncian errores de hecho, sino de derecho, esto es, una incorrecta aplicación del derecho al hecho probado de la sentencia.

De ahí que la jurisprudencia indique reiteradamente que tratándose de un motivo basado en el art. 849.1 LECrim los hechos probados han de ser respetados en su integridad y el recurso ha de fundarse en que en la sentencia los juzgadores de instancia aplicaron incorrectamente el derecho, pues realizaron una indebida subsunción, o además de ser indebida la subsunción dejaron de realizar la correcta o realizaron un interpretación equivocada. Siendo así incólume el relato fáctico en el que se recoge como estos recurrentes se concertaron con otras personas para llevar a cabo el 6.12.07 el desembarco de un cargamento de fardos de hachís destinados al tráfico en la desembocadura del río Ebro, en lugar cercano a la localidad de Deltebre, precisándose como "Vicenta puso su vehículo al servicio de la operación de desembarco, situándolo en lugar estratégico, quedándose en su interior y efectuando labores de vigilancia para asegurar el existo de la misma", y como que..." Pedro le encargaron de la recepción de hachís en territorio español, realizando también labores de descarga de la sustancia estupefaciente, abasteciendo, a los tripulantes de la embarcación de bidones de gasoil para su marcha, así como procedieron a cargar ocho fardos en el vehículo Citroen C-5".

Consecuentemente se describe una conducta de los recurrentes concertados con otras personas para introducir en España una cantidad muy considerable de hachís, realizando aquellos un papel destacado en la operación, y como esta Sala ha dicho, en su caso de transportes de fardos en una playa (STS. 13.3.2009), no es aplicable la tentativa a quienes hubiese acordado previamente el transporte hasta la playa ni a quienes, en contacto con esos, vigilaban la operación o hubiesen aportado los vehículos para el transporte al interior, supuestos en que no puede ser apreciada la tentativa, cuando iniciado ya el desembarco de los fardos, es interceptada la operación.

SÉPTIMO.- El motivo quinto por infracción de Ley del art. 849.1 LECrim. por no haberse apreciado la complicidad prevista en el art. 29 CP. por cuanto la participación de la

Sra. Vicenta consistió en una labor de vigilancia y la del Sr. Pedro en transportar la droga en unión de otras personas por lo que la necesidad de las conductas no aparece claramente dibujada, tratándose de aportaciones de carácter secundario con actos simultáneos a la comisión de los hechos. El motivo deviene improsperable.

Como hemos dicho en SSTS. 120/2008 de 27.2 y 767/2005 de 16.7, en la cooperación, la determinación de cuando es meramente eficaz, calificada de complicidad y cuando, además, es necesaria, considerada como autoría, se oponen una concepción abstracta y una concreta. Para la primera, ha de determinarse si el delito se habría podido efectuar o no sin la cooperación del partícipe, en tanto para la segunda por la jurisprudencia ha de investigarse si, en ese caso concreto, ha contribuido necesariamente a la producción del resultado como condición sine qua non, formulándose en la doctrina, para determinar tal necesidad, la teoría de los bienes escasos, tanto en las contribuciones que consisten en la entrega de una cosa, como en las que son de un mero hacer, y la del dominio del hecho (STS. 89/2006 de 22.9).

Existe cooperación necesaria cuando se colabora con el ejecutor directo aportando una conducta sin la cual el delito no se habría cometido (teoría de la conditio sine qua non), cuando se colabora mediante la aportación de algo que no es fácil obtener de otro modo (teoría de los bienes escasos) o cuando el que colabora puede impedir la comisión del delito retirando su concurso (teoría del dominio del hecho) (STS. 1159/2004 de 28.10).

En la STS. 699/2005 de 6.6, se reconoce que para la distinción entre cooperación necesaria y complicidad, entre la teoría del dominio del hecho y la de la relevancia, la jurisprudencia, aún con algunas vacilaciones, se ha decantado a favor de esta última, que permite, a su vez, distinguir entre coautores y cooperadores necesarios, visto que "el dominio del hecho depende no sólo de la necesidad de la aportación para la comisión del delito, sino también del momento en que la aportación se produce "de modo que" el que hace una aportación decisiva para la comisión del delito en el momento de la preparación, sin participar luego directamente en la ejecución, no tiene, en principio, el dominio del hecho" y así "será un partícipe necesario, pero no coautor", concluyendo que "lo que distingue al cooperador necesario del cómplice no es el dominio del hecho, que ni uno ni otro tienen. Lo decisivo a este respecto es la importancia de la aportación en la ejecución del plan del autor o autores".

Como decíamos en la STS. 147/2007 de 28.2, la complicidad

criminal requiere una participación meramente accesoria, no esencial, que se ha interpretado jurisprudencialmente en términos de imprescindibilidad o no concreta o relacionada con el caso enjuiciado (STS. 1001/2006 de 18.10), no en términos de hipotéticas coyunturas comisivas. Debiendo existir entre la conducta del cómplice y la ejecución de la infracción, una aportación que aunque no sea necesaria, facilite eficazmente la realización del delito de autor principal (STS. 185/2005 de 21.2).- La complicidad -dice la STS. 1216/2002 de 28.6-, requiere el concierto previo o por adhesión ("pactum scaeleris"), la conciencia de la ilicitud del acto proyectado ("consciencia scaeleris"), el denominado "animus adiuvandi" o voluntad de participar contribuyendo a la consecución del acto conocidamente ilícito y finalmente la aportación de un esfuerzo propio, de carácter secundario o auxiliar, para la realización del empeño común. Se distingue de la coautoría en la carencia del dominio funcional del acto y de la cooperación necesaria en el carácter secundario de la intervención, sin la cual la acción delictiva podría igualmente haberse realizado, por no ser su aportación de carácter necesario, bien en sentido propio, bien en el sentido de ser fácilmente sustituible al no tratarse de un bien escaso.

Tiene declarado este Tribunal que el cómplice no es ni más ni menos que un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos del ejecutor material, del inductor o del cooperador esencial que contribuye a la producción del fenómeno punitivo mediante el empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del propósito que a aquéllos anima, y del que participa prestando su colaboración voluntaria para el éxito de la empresa criminal en el que todos están interesados.

Se trata, no obstante, como acabamos de exponer, de una participación accidental y de carácter secundario. El dolo del cómplice radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible. Quiere ello decir, por tanto, que para que exista complicidad han de concurrir dos elementos: uno objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo, que reúnan los caracteres ya expuestos, de mera accesoriadad o periféricos; y otro subjetivo, consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor y en la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquél, (SSTS. 5.2.98, 24.4.2000).

Ahora bien, en el delito del art. 368 del Código Penal al penalizar dentro del mismo marco penal todos los comportamientos que suponen aportación causal a la actividad de los autores en sentido estricto, ha definido un concepto extensivo de autor

(SSTS. 10.3.97 y 6.3.98). Por ello la doctrina de esta Sala STS. 1069/2006 de 2.11, ha establecido el criterio según el cual, y como regla general, en el tipo delictivo del art. 368 CP. y por expresa voluntad del legislador, toda forma de participación que implique una colaboración en actividades de tráfico de drogas, es una forma de autoría al haber sido equiparada con ésta las formas imperfectas de participación por la propia Ley. Pero la misma doctrina no excluye la existencia de excepciones en supuestos concretos de mínima colaboración mediante actos fácilmente reemplazables, accesorios y de escasa o exigua eficacia para el tráfico ilegal efectuado por el autor genuino.

Este criterio ha sido asumido y declarado en numerosas resoluciones de esta Sala, pudiéndose citar, entre otras, la de 25.2.2003 que comprenden otras muchas y en la que se pone de manifiesto que, se ha admitido, conforme se expone en la sentencia de esta Sala de 14.6.95, la aplicación de la complicidad que permite una más proporcionada individualización de las responsabilidades penales derivadas del delito de tráfico de drogas, distinguiendo la del verdadero traficante de la del que presta a éste un servicio auxiliar. Es lo que se ha venido a denominar "actos de favorecimiento al favorecedor del tráfico", que no ayudan directamente al tráfico, pero si a la persona que lo favorece, que es quien tiene el dominio del hecho mediante la efectiva disponibilidad de la droga, sin que los actos realizados por el auxiliador tengan la eficacia y trascendencia que exige el concepto de autoría.

La sentencia de esta Sala 312/2007 de 20.4, enumera "ad exemplum" diversos casos calificados de complicidad:

- a) El mero acompañamiento a los compradores con indicación del lugar donde puedan hallar a los vendedores.
- b) La ocultación ocasional y de poca duración de una pequeña cantidad de droga que otro posea.
- c) La simple cesión del domicilio a los autores por pura amistad para reunirse sin levantar sospechas (STS. 15.10.98). En el mismo sentido STS. 28.1.2000.
- d) La labor de recepción y desciframiento de los mensajes en clave sobre el curso de la operación (STS. 10.7.2001).
- e) Facilitar el teléfono del suministrador y precio de la droga (STS. 25.2.2003).
- f) Realizar llamadas telefónicas para convencer y acordar con tercero el transporte de la droga (STS. 23.1.2003).
- g) Acompañar y trasladar en su vehículo a un hermano en sus con-

tactos para adquisición y tráfico (STS. 7.3.2003).

h) Colaboración de un tercero en los pasos previos para la recepción de la droga enviada desde el extranjero, sin ser destinatario ni tener disponibilidad efectiva de la misma, (STS. 30.3.2004). Conductas estas que no pueden equipararse a la descrita en el relato fáctico llevada a cabo por los recurrentes, quienes, tal como se ha expresado en el motivo precedente se habían concertado con otras personas para el desembarco de los fardos de hachís.

OCTAVO.- El motivo sexto al amparo del art. 852 LECrim. por infracción del art. 120.3 CE. por falta de motivación a la hora de determinar la pena a imponer por el presente delito, por cuanto en la imposición de las penas, 5 años prisión a Vicenta y 6 años prisión a Pedro, superior en dos grados a la prevista en el art. 368 CP, y al mínimo legal, no ha tenido en consideración las circunstancias personales del delincuente, entre otras si la señora Vicenta tiene o no antecedentes penales o las labores auxiliares de los acusados en la comisión de un delito contra la salud pública. Como hemos dicho en la STS. 620/2008 de 9.10 y 665/2009 de 24.6 el derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva en el concreto aspecto de la motivación de la sentencia exige una explicitación suficiente de la concreta pena que se vaya a imponer a la persona concernida. En tal sentido basta citar la doctrina constitucional en esta materia concretada en la reciente sentencia del Tribunal Constitucional, en su sentencia 21/2008 de 31 de enero.

“...Este Tribunal ha declarado reiteradamente que el deber general de motivación de las sentencias que impone el art. 120.3 C.E. y que se integra en el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 C.E. -conforme al cual las decisiones judiciales deben exteriorizar los elementos de juicio sobre los que se basan y su fundamentación jurídica ha de ser una aplicación no irracional- resulta reforzado en el caso de las sentencias penales condenatorias, por cuanto en ellas el derecho a la tutela judicial efectiva se conecta con otros derechos fundamentales y, directa o indirectamente, con el derecho a la libertad personal (por todas, entre otras muchas, SSTC 43/1997 de 10 de marzo; 108/2001, de 23 de abril; 20/2003 de 10 de febrero; 170/2004, de 18 de octubre; 76/2007, de 16 de abril). Un deber de motivación que incluye no sólo la obligación de fundamentar los hechos y la calificación jurídica, sino también la pena finalmente impuesta en concreto (por todas, SSTC 108/2001, de 23 de abril; 20/2003, de 10 de febrero; 148/2005, de 6 de junio; 76/2007, de 16 de abril).

“...El fundamento de extender el deber reforzado de motivación a las decisiones judiciales relativas a la fi-

jación de la pena radica en que el margen de discrecionalidad del que legalmente goza el Juez no constituye por sí mismo justificación suficiente de la decisión finalmente adoptada, sin que, por el contrario, el ejercicio de dicha facultad viene condicionado estrechamente por la exigencia de que la resolución esté motivada, pues sólo así puede procederse a su control posterior en evitación de toda arbitrariedad.

De este modo, también en el ejercicio de las facultades discrecionales que tiene reconocidas legalmente el Juez penal en la individualización de la pena, es exigible constitucionalmente, como garantía contenida en el derecho a la tutela judicial efectiva, que se exterioricen las razones que conducen a la adopción de la decisión....”.

Reiteradamente ha señalado esta Sala -por todas STS. 809/2008 de 26.11 - que la obligación constitucional de motivar las sentencias expresadas en el artículo 120.3 de la Constitución comprende la extensión de la pena. El Código Penal en el artículo 66 establece las reglas generales de individualización, y en el artículo 72 concluye disponiendo que los Jueces y Tribunales razonen en la sentencia el grado y la extensión de la pena concretamente impuesta. La individualización realizada por el tribunal de instancia es revisable en casación no solo en cuanto se refiere a la determinación de los grados o mitades a la que se refiere especialmente el citado artículo 66, sino también en cuanto afecta al empleo de criterios inadmisibles jurídico-constitucionalmente en la precisa determinación de la pena dentro de cada grado o de la mitad superior o inferior que proceda.

Es cierto que en ocasiones también ha recordado esta Sala (STS. 27.9.2006), que el Tribunal Constitucional interpretando los arts. 24 y 120 CE. ha señalado que una motivación escueta y concisa no deja, por ello, de ser tal motivación, así como una fundamentación por remisión no deja tampoco de serlo, ni de satisfacer la indicada exigencia constitucional (SSTC, 5/87, 152/87 y 174/87), no exigiéndose que las resoluciones judiciales tengan un determinado alcance o intensidad en el razonamiento empleado, pero también lo es que esta Sala ha dicho, SSTC. 976/2007 de 22.11, 349/2008 de 5.6, que la sentencia impugnada no individualiza la pena impuesta en los términos que exige el art. 120 de la Constitución y 66 y 72 del Código Penal, cuando el Tribunal tan sólo alude a la gravedad del hecho y a la proporcionalidad, sin explicar, de forma racional, el concreto ejercicio de la penalidad impuesta.

Y, en otras ocasiones, se ha precisado (STS de 18-6-2007, núm. 599/2007), que aún habiéndose hecho genéricamente referencia a la gravedad del hecho, sin embargo,

debió justificarse su individualización en cuanto no se impuso la mínima legal.

En este sentido, el art. 66, regla primera, del Código Penal, disponía que: “cuando no concurrieren circunstancias atenuantes ni agravantes o cuando concurren unas y otras, los Jueces o Tribunales individualizarán la pena imponiendo la señalada por la Ley en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, razonándolo en la sentencia”. Esta es la redacción hasta la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, que retocó dicho artículo 66, convirtiendo la regla primera, para lo que aquí afecta, en regla sexta, y si bien es cierto que desaparece el aserto: “razonándolo en la sentencia”, no puede ser interpretado de manera que conduzca a la ausencia de motivación, pues ésta resulta del

■

*"Estimamos que constituye la última escala en esa trama delictiva y tal comportamiento no encaja en esta hipergravación del art. 370 CP. que debe aplicarse a aquellas personas que se encuentran en el núcleo de la red clandestina con capacidad de decisión y nunca a los medios subalternos..."*

■

art. 120.3 de la Constitución Española y el art. 72 del Código penal, modificado por LO 15/2003, de 2.11, aclara ahora que para verificar tal individualización penológica, se razonará en la sentencia el grado y extensión concreta de la pena impuesta.

Evidentemente, la gravedad del hecho a que se refiere este precepto no es la gravedad del delito, toda vez que esta “gravedad” habrá sido ya contemplada por el legislador para fijar la banda cuantitativa penal que atribuye a tal delito. Se refiere la ley a aquellas circunstancias fácticas que el Juzgador ha de valorar para determinar la pena y que sean concomitantes del supuesto concreto que está juzgando; estos elementos serán de todo orden, marcando el concreto reproche penal que se estima adecuado imponer. Las circunstancias personales del delincuente son aquellos rasgos de su personalidad delictiva que

configuran igualmente esos elementos diferenciales para efectuar tal individualización penológica. Ni en uno ni en otro caso se trata de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, ya que, en tal caso, su integración penológica se produce no como consecuencia de esta regla 6ª (antigua regla 1ª) del art. 66, sino de las restantes reglas.

Aquí el legislador permite al juez recorrer toda la banda punitiva, pero argumentando en base a dichas consideraciones subjetivas y objetivas, cuál debe ser el reproche concreto que la ley concede al supuesto enjuiciado. Se trata, en definitiva, de un ejercicio de discrecional reglada, que debe ser fundamentadamente explicado en la propia resolución judicial, y controlable en casación, incluso por la vía del art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para infracción de Ley. Su inexistencia no determina la nulidad de la Sentencia con devolución para su explicación por el Tribunal de instancia, si dentro del marco de la fundamentación jurídica o concordancia fáctica de la Sentencia existen elementos de donde se pueda deducir tal individualización, siquiera sea implícitamente.

Ello no significa, naturalmente, que se releve a los redactores de la Sentencias penales de dedicar uno o varios apartados a tal función, que tiene una suma importancia práctica, ya que la Sala sentenciadora, una vez que razonó sobre la existencia del delito y de su autor, debe acometer la importante misión de atribuir al hecho punible la sanción que el Código penal prevé en la medida que considere justa, o sea, legalmente aplicable al caso concreto enjuiciado, haciendo uso razonado de tal discrecionalidad. En el caso presente hemos de partir de que el nuevo texto del art. 370, LO. 15/2003, establece un sistema de agravación obligatoria en un grado y facultativa en dos con lo que se amplía el campo de la discrecionalidad judicial.

La Sala justifica la imposición de la pena superior en dos grados (4 años, 6 meses y 1 día a 6 años y 9 meses prisión) “en atención a la gravedad de la conducta desplegada por cada uno de ellos, de idéntica identidad para lograr el fin común y a la gran cantidad de sustancia estupefaciente intervenida, así como a que dicho tipo de conductas, previamente concertadas, permiten la introducción y distribución de drogas en territorio nacional ocasionando gravísimas consecuencias para la salud pública derivadas del gran número de dosis destinadas al consumo que resultarían de la cantidad de droga intervenida”.

Esta motivación no es que sea un modelo de individualización de la pena pero contiene los elementos mínimos suficientes para verificar en este trance casacional, que los jueces de instancia no han obrado caprichosamente al establecer la respuesta



punitiva a la acción delictiva. Imposición de la pena superior en dos grados que debe entenderse razonable y lógica a los supuestos de la hiperagravante del art. 370.3º CP. referidos a la cantidad de sustancia que excediere notablemente de la considerada como de notoria importancia, pues si la concurrencia de esta agravación ordinaria del art. 369.1.6 implica, por sí sola, la imposición de la pena superior en un grado, cuando la cantidad intervenida supera en más de 1.000 veces la cuantía señalada para la notoria importancia, la subida en dos grados no puede entenderse infrinja los criterios de proporcionalidad a la pena atendiendo a la gravedad de la conducta, y la concreta imposición de la pena, 5 años a Vicenta, muy próxima al mínimo legal, 4 años, 6 meses y 1 día y 6 años a Pedro al concurrir la agravante de reincidencia, igualmente muy cercana al mínimo posible conforme al art. 66. 1.3º, mitad superior (5 años, 7 meses y 16 días). El motivo debe ser desestimado.

Recurso interpuesto por Carlos José.

NOVENO.- El motivo primero por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24 CE. al no haberse practicado prueba de cargo de que el recurrente tenía conocimiento que estaba realizando una labor de desembarco de un cargamento de fardos de hachís, cuando lo cierto es que, según sus declaraciones y la ausencia de toda clase de indicios, se desprende sin duda alguna su falta de intervención en delito alguno contra la salud pública, pues considera que las concretas circunstancias de su detención constituyen un solo indicio, que no puede servir de prueba suficiente capaz de enervar el principio de presunción de inocencia, siendo conocidos por todos que los indicios han de ser plurales. Dando por reproducida la doctrina general expuesta al analizar el motivo primero del recurso interpuesto por los anteriores recurrentes, la impugnación planteada debe ser desestimada.

En efecto, es cierto que uno de los requisitos de la prueba indirecta, circunstancial o derivada de indicios, es la pluralidad de los hechos base o indicios pues como se ha señalado por la jurisprudencia la propia naturaleza periférica del hecho-base hace carecer de perseguidor para fundar la convicción judicial, conforme a la norma contenida en el art. 741 LECrim., la existencia de un hecho único o aislado, de tal carácter, pero ello es salvo cuando por su especial significación o potencia acreditativa así proceda, cual sucedería en el caso enjuiciado, en el que la Sala valora no solo la presencia del recurrente y su participación en las labores de descarga, sino las circunstancias de su detención constatadas por el agente núm.010 que observó personal-

mente un chip que emitía señales luminosas, comprobando que se trataba de una baliza de posicionamiento, deteniendo a unos dos metros de la misma, oculto entre la maleza y próximo al lugar de desembarco a Carlos José, así como sus propias declaraciones sobre la forma en que fue contratado para realizar el trabajo de desembarco. Su alegación de que desconocía de que en los fardos había hachís, resulta irrelevante (como decíamos en las SSTs. 14/2007 de 28.2, 767/2009 de 16.7), quien no quiere saber, aquello que pueda y debe conocer y sin embargo trata de beneficiarse de dicha situación, si es descubierto, debe responder de las consecuencias de un ilícito actuar (SSTs. 941/2002 de 22.5, 1583/2000 de 16.10, 1637/99 de 10.1.2000). Quien por su propia decisión asume una situación debe asumir las consecuencias de un delictivo actuar porque lo sabido y querido, al menos vía dolo eventual, coincidió con lo efectuado ya que fue libre de decidir sobre su intervención en la tenencia de la droga y transporte subsiguiente y el no querer saber los elementos del tipo objetivo que caracteriza el dolo, equivale a querer y aceptar todos los elementos que vertebran el tipo delictivo cometido.

En rigor, como recuerda la STS 990/2004 de 15.9, nos encontramos con un partícipe en un episodio de tráfico de drogas en el que el acusado no muestra un conocimiento equivocado, sino mera indiferencia - como mínimo, con consentimiento en la participación fuese cual fuese la droga objeto del tráfico ilícito. Así pues, cuando el supuesto desconocimiento de la concreta cantidad de droga es consecuencia de la indiferencia del autor, no se excluye el dolo pues en estos casos el autor sólo tiene una duda pero no obra por error o ignorancia, ya que sabe que los hechos pueden ser delictivos y, sin embargo, acepta realizar la acción y a las situaciones de "ignorancia deliberada" se refieren las SSTs. 19.2.2000 y 16.7.2001, 446/2002 de 22.5, 2075/2002 de 11.12, 420/2003 de 20.3, 626/2003 de 30.4), como sucede en el caso presente dada la cantidad ofrecida por el trabajo 3.000 euros y las condiciones del mismo: descargar bultos de noche en las orillas del río Ebro de una embarcación con las luces apagadas, y suministrar bidones de gasoil a los tripulantes de la embarcación.

El motivo, por lo razonado, debe ser desestimado, por cuanto en las alegaciones que se hacen en relación al tema del pesaje y de la toma de muestras de la droga intervenida, coincide con las formuladas en el recurso de los acusados Pedro y Vicenta, por lo que nos remitimos a lo ya expuesto al desestimar dichas impugnaciones.

DÉCIMO.- El motivo segundo por infracción de Ley del art. 849.1 LECrim. por aplicación indebida de los arts. 368 y 370.3 CP. y el motivo ter-

cer por infracción de Ley del art. 849 LECrim. al haber existido error en las apreciaciones de la prueba, son tratados por el recurrente conjuntamente dada la conexión existente entre los mismos. Se argumenta, que nos encontramos ante una absoluta falta de prueba de la comisión de un delito contra la salud pública o en su caso, ante una prueba indiciaria que no es lo suficientemente concomitante (sic) y periférica del hecho que se pretende demostrar, entendiéndose que existe un error en la valoración de la prueba basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del Juezador (atestado policial, declaraciones testimoniales prestadas en el acto del plenario).

El desarrollo argumental y planteamiento del recurrente coincide con los motivos segundo y tercero del recurso interpuesto por Pedro y Vicenta, insistiendo en cuestiones ya planteadas en el motivo precedente, por lo que procede su desestimación, remitiéndose a lo allí expuesto en aras de evitar innecesarias repeticiones. Mejor destino ha de tener la queja en orden a la apreciación a este acusado de la extrema gravedad del art. 370.3 CP. En efecto de la prueba obrante en las diligencias, en particular las declaraciones del propio recurrente, corroboradas en el extremo de su puntual intervención por la coacusada Vicenta, se deduce que su actuación consistió en su participación en las labores de desembarco para lo que había sido contratado esa misma noche. Y es doctrina de esta Sala que la hiperagravación no es aplicable a quienes solo realizan funciones subalternas y carecen de toda capacidad de decisión (STS. 10.7.2001).

A los meros peones no se les reprocha una conducta de extrema gravedad (12.9.2003), exigiéndose un papel relevante de los autores de la actividad delictiva (STS. 1074/2007 de 21.12). En efecto, como hemos dicho en ÇS. 224/2007 de 19.3, faltaría especial reprochabilidad en la vertiente subjetiva del hecho. No cabe hablar de reprochabilidad extrema respecto de una persona que tiene encomendada una función tan secundaria en lo que constituye toda la mecánica operativa y organizativa, como es la descarga del hachís desde la embarcación al vehículo. Estimamos que constituye la última escala en esa trama delictiva y tal comportamiento no encaja en esta hiper-agravación del art. 370 CP. que debe aplicarse a aquellas personas que se encuentran en el núcleo de la red clandestina con capacidad de decisión y nunca a los medios subalternos, sin perjuicio de que si sea de aplicación la agravante de notoria importancia art. 369.1.6ª CP siendo evidente que el recurrente conocía que el hachís desembarcado suponía una cantidad alejada de los parámetros ordinarios del tipo básico (menos de 2,5 kg.).

UNDÉCIMO.- El motivo cuarto por infracción de Ley del art. 849.1

por no haberse apreciado la tentativa de delito prevista en el art. 16 CP. El motivo es coincidente con el mismo ordinal del recurso interpuesto por los anteriores recurrentes por lo que damos por reproducidas las consideraciones generales allí expuestas en orden a la desestimación de la tentativa, máxime cuando en el caso presente cuando intervino la Guardia Civil ya habían sido descargados 100 fardos y ocho de ellos cargados incluso en el vehículo Citroen, por lo que el delito debe considerarse consumado.

DUODÉCIMO.- El motivo quinto por infracción de Ley del art. 849.1 LECrim. por no haberse apreciado la complicidad prevista en el art. 29 CP. por cuanto su participación consistió en desembarcar los fardos junto a otras personas, por lo que la necesidad de su conducta no aparece claramente dibujada, tratándose de una aportación de carácter secundaria con actos simultáneos a la comisión de los hechos. El motivo es coincidente con el planteado bajo el mismo ordinal por los anteriores recurrentes por lo que reiteramos lo ya argumentado para desestimar la impugnación realizada, debiendo solo insistir que el recurrente, al aceptar participar en el desembarco del hachís, se prestó por tanto, a aportar ese elemento decisivo e imprescindible para el plan, incorporándose así a su ejecución, favoreciendo así de modo decisivo el acto de tráfico pretendido por terceros y ejecutando un acto típico que lo convierte en autor.

DÉCIMO TERCERO.- El motivo sexto al amparo del art. 852 LECrim. por infracción del art. 120.3 CE. por falta de motivación a la hora de determinar la pena impuesta, 5 años prisión. El motivo coincide igualmente con el motivo sexto del precedente recurso, pero ha quedado vacío de contenido y efectos prácticos, por cuanto al haber sido estimado el motivo tercero en orden a la inaplicación de la superagravación del art. 370.3, ello obliga a la Sala a una nueva individualización de la pena en la segunda sentencia.

Recurso interpuesto por Amadeo.

DÉCIMO CUARTO.- El motivo único por vulneración del art. 24 CE. conforme autoriza el art. 5.4 LOPJ. en lo concerniente al derecho del recurrente al derecho a la tutela judicial efectiva, presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías. Se aduce en el motivo la ausencia de prueba de cargo pues su única relación con los hechos es la presencia en el lugar de un vehículo Citroen C-5, matrícula...-SBD que fue alquilado por el recurrente en Lérida el 26.11.2007 en ATESA, con vigencia el contrato hasta el 12.12, tras ser prorrogado en dos ocasiones, pero el recurrente no se encontraba en el lugar de los hechos cuando fue intervenida la droga, 6.12.2007, no conoce ni fue reconocido por ninguno de los demás coim-

putados y no existe conexión alguna entre ellos. Su actitud ha sido de colaboración y siempre ha declarado en los mismos términos. Está empadronado en Lérida pero si le surge trabajo en otra comunidad se desplaza. Cuando sucedieron los hechos trabajaba en Valencia. Alquiló el vehículo para poder moverse y encontrar trabajo ya que su coche estaba estropeado, y al haber prestado el 2.12 el coche a un paisano y no devolverse se preocupó y habló con su abogado, quien le recomendó que esperara por si aparecía antes de la fecha de la entrega, y pasado el 12.12, por gestiones de su abogado, se enteró que el vehículo había sido intervenido por la Guardia Civil, presentándose voluntariamente ante la misma, dando toda clase de explicaciones, contestando a todas las preguntas que le efectuaron y ofreciendo los datos que poseía de la persona a quien le prestó el coche.

La Sala de instancia, parte del hecho incontrovertido de que fue la persona que alquiló a su nombre el vehículo C-5, que fue utilizado en la noche del 6.12.2007 para cargar la droga, en la empresa ATESA de Lleida en fecha 26.11.07 (lunes) a las 12,01 horas, por un periodo inicial de tres días, contrato que finalizaba el 29.11.07, aportando como dirección la CALLE000 núm.011-núm.012 de Lleida, y que ese mismo día, 26.11.07, a las 12,09 horas, abonó 175,69 euros y prorrogó el contrato hasta el día 3.12.2007 (lunes), abonando en esta última fecha, a las 13,18 horas, un importe de 306,63 euros, prorrogó de nuevo el contrato hasta el 10.12.2007 (lunes) constando asimismo que dicho acusado el día que compareció voluntariamente ante la Guardia Civil, 21.12.2007, facilitó como dirección de contacto la de c/ DIRECCION000 núm.013. núm.014. núm.014 de Lleida.

De estos hechos objetivo la Sala analiza la versión exculpatoria, que ha sido reproducida en el motivo, y la califica de contradictoria, pues inicialmente dijo que vivía en Valencia, para posteriormente decir que vivía en Lleida pero trabajaba en Valencia e incoherente: -así considera sorprendente esos cambios de domicilio en Lleida en tan escaso periodo de tiempo.

- Sus explicaciones respecto al por qué alquiló el vehículo (para buscar trabajo por los campos, pues el que tenía no le gustaba, y pese a ser propietario de un vehículo Audi, en esas fechas lo tenía estropeado -extremo éste no acreditado-), carecen de sentido atendiendo al elevado coste de alquiler del vehículo que incluye fianza (en una semana abonó un total de 482,32 euros) y a que no consta que desempeñara actividad laboral alguna. En este extremo la Sala destaca que el acusado deja de trabajar en Valencia y sin embargo, al menos dos lunes, en horario laboral, estaba en Lleida, según el propio contrato de alquiler y la prorrogación.

- Asimismo las explicaciones respecto al por qué prestó el vehículo, según sus manifestaciones el día 2.12.2007, a un conocido de su país, no ofrecen credibilidad alguna, estando reconocido que no hizo gestión alguna para su localización -el teléfono que facilitó a la policía, según relataron en el plenario los agentes que realizaron las averiguaciones correspondientes, estaba apagado o fuera de cobertura-, no denunció la desaparición del vehículo, y carece de cualquier lógica, que al día siguiente de la entrega del coche a su amigo y sin tener noticias del mismo, prorrogue el contrato de alquiler, abonando 306,63 euros.

Consecuentemente la inferencia de la Sala, que, ante esa falta de explicación lógica o coherente sobre el motivo de alquilar el vehículo y proceder a su prorrogación, la incoherencia de su versión exculpatoria y el hecho objetivo de que dicho vehículo se encontrara la noche del 6.12.2007 en la orilla del Ebro cargado con 8 fardos de hachís, concluye que el acusado alquilando dicho vehículo a su nombre, se prestó voluntariamente a colaborar en la operación de tráfico de drogas, al ser el vehículo un medio necesario para el transporte de droga, debe considerarse razonable tanto desde el punto de vista de su lógica y coherencia como desde la óptica del grado de solidez requerido.

Desde el primero de los puntos de vista hemos de afirmar la razonabilidad de la inferencia alcanzada por el órgano judicial, a la que no cabe calificar de ilógica o de insuficiente. En engarce entre los hechos inicial y directamente probados -alquiler del vehículo sin explicación razonable, la falta de credibilidad de su cesión a tercero y la utilización del mismo en la operación de desembarco del hachís- y los hechos final e indiciariamente estimados acreditados -su participación en la operación ilícita- quizá pueda ser objeto de crítica, pero ello no desdice sin embargo su carácter lógico, de acuerdo con las reglas del criterio humano y de la común experiencia.

Desde la óptica de solidez de la inferencia hemos de concluir también que la inferencia del Tribunal sentenciador no es excesivamente abierta e indeterminada, máxime si se tiene en cuenta, como se razona en la sentencia, la inexistencia de una explicación alternativa de alguna solidez por parte del recurrente que justifique aquellos extremos. A la inexistencia de dicha explicación se refiere el órgano judicial como dato corroborador de la conclusión alcanzada, debiendo recordarse al respecto que, de acuerdo con reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, "...la futilidad del relato alternativo del acusado, si bien es cierto que no puede sustituir la ausencia de prueba de cargo, so pena de asumir el riesgo de invertir la carga de la prueba, sí puede servir como elemento de co-

rroboración de los indicios a partir de los cuales se infiere la culpabilidad, (Sentencias del Tribunal Constitucional 220/1998, de 16 de noviembre, F. 6; 155/2002, de 22 de julio, F. 15; 135/2003, de 30 de junio, F. 3). Ningún otro juicio compete a este Tribunal pues debe ceñirse a efectuar un control externo acerca de la razonabilidad del nexo establecido por el Tribunal de instancia, sin que podamos entrar a examinar otras posibles inferencias propuestas por el recurrente, y de otro "entre diversas alternativas igualmente lógicas, nuestro control no puede alcanzar la sustitución de la valoración efectuada por el órgano judicial, ni siquiera afirmar que fuera significativamente más probable su acaecimiento alternativo de los hechos, (SSTC. 220/98 de 16.11 F.J. 3, 124/2001 de 4.6, F.J. 13, 109/2002 de 6.5, F.J. 7; 137/2002 de 3.6, F.J. 8; 135/2003 de 30.6 F.J. 3; 229/2003 de 18.12, F.J. 25 b); 163/2004 de 4.10, F.J. 10).

DÉCIMO QUINTO.- Desestimándose los recursos interpuestos por Pedro, Vicenta, y Amadeo, se les imponen las costas respectivas, y estimándose parcialmente el planteado por Carlos José, se declaran de oficio las costas correspondientes (art. 901 LECrim).

#### FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar a los recursos de casación, interpuestos por Pedro, Vicenta, Amadeo, contra sentencia de 29 de enero de 2009, dictada por la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección Segunda, que les condenó como autores de un delito contra la salud pública; y condenamos a los recurrentes al pago de las costas causadas en la tramitación de sus respectivos recursos; y debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por Carlos José contra la citada sentencia, y en su virtud casamos y anulamos parcialmente la misma, dictando a continuación nueva sentencia más acorde a derecho, con declaración de oficio de las costas respectivas. Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar.- Andrés Martínez Arrieta.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.- Luciano Varela Castro.- Enrique Bacigalupo Zapater.

#### SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciséis de octubre de dos mil nueve En la causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Tortosa, y fallada posteriormente por

la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Tarragona; y que fue seguida por delito de contra la salud pública, contra Carlos José, mayor de edad, sin antecedentes penales, de nacionalidad argelina, en situación regular en España, en prisión provisional por esta causa desde el día 8 de diciembre de 2007; Alejo, mayor de edad, sin antecedentes penales, de nacionalidad marroquí, en situación irregular en España, en prisión provisional por esta causa desde el 8 de diciembre de 2007; Amadeo, mayor de edad, sin antecedentes penales, de nacionalidad marroquí, en situación regular en España, en libertad provisional por esta causa; Pedro, mayor de edad, con antecedentes penales, en prisión provisional por esta causa desde el día 8 de diciembre de 2007 hasta el 11 de febrero de 2008 y, contra Vicenta, mayor de edad, sin antecedentes penales, en prisión provisional por esta causa desde el día 8 de diciembre de 2007 hasta el 10 de diciembre de 2007; la Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, hace constar los siguientes:

#### ANTECEDENTES

PRIMERO.- Se aceptan los de la sentencia recurrida, incluyendo los hechos probados con dos modificaciones:

1º Se suprime del párrafo primero la mención a Carlos José.

2º El párrafo décimo queda redactado de la siguiente forma: "Pedro se encargó de la recepción del hachís en el territorio nacional, realizando también, en unión de Carlos José labores de descarga de la sustancia estupefaciente, abasteciendo, a los tripulantes de la embarcación, de bidones de gasoil para su marcha, así como procedieron a cargar ocho fardos en el vehículo Citroen C-5".

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Tal como se ha razonado en el Fundamento Jurídico Décimo no es de apreciar en Carlos José la superaggravante del art. 370.3 y sí la agravante de notoria importancia, art. 369.1.6 CP.

SEGUNDO.- En orden a la individualización de la pena, al ser procedente la imposición de la pena superior en grado, en cuanto a la pena de prisión, el marco penológico se sitúa entre 3 años y 1 día y 4 años y 6 meses prisión, y una pena de multa del tanto al cuádruplo del valor de la droga objeto del delito; que en este caso debe limitarse a los ocho fardos que el recurrente había ya introducido en el vehículo, cuyo valor -teniendo en cuenta los datos obrantes en las diligencias, peso fardo 30 kg. (valor kg. 1.382)- puede cifrarse en 330.680 Euros, resultando procedente la imposición de la pena de 3 años y 9 meses prisión y multa de 661.360 euros,



# EL DERECHO

Año XVII. Número 2794

Madrid, 16 de febrero de 2010

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

con responsabilidad personal subsidiaria de 2 meses caso impago.

## FALLO

Que manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección Segunda, de fecha 29 de enero de 2.009, debemos

condenar y condenamos a Carlos José como autor responsable de un delito contra la salud pública de sustancias que causan grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia, sin concurrencia de circunstancias modificativas, a las penas de 3 años y 9 meses prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de

la condena, y multa de 661.360 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de 2 meses.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Adolfo Prego de Oliver Tolivar.- Andrés Martínez Arrieta.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la

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

## RESEÑA

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



2009/251497

TS Sala 1ª, Sentencia 6 noviembre 2009.  
Ponente: D. José Ramón Ferrándiz Gabriel

### Indemnización con canon mínimo por infracción en el uso de nombre comercial

Declara la Sala haber lugar al recurso de casación interpuesto por la mercantil demandante contra la sentencia de instancia, casando la misma en parte, considerando que una vez declarada la vulneración de su derecho de propiedad industrial por la demandada en relación con el uso del nombre comercial, no es una medida necesaria la publicación de la sentencia, estimando el recurso en cuanto que considera que efectivamente la demandada ha de indemnizar a la actora en el canon mínimo que impone la ley al infractor en todo caso y sin necesidad de prueba alguna del perjuicio sufrido.

2009/259065

TS Sala 1ª, Sentencia 3 noviembre 2009.  
Ponente: D. José Antonio Seijas Quintana

### Pacto sobre consecuencias económicas en resolución de compraventa por mutuo acuerdo

Declara el TS que no ha lugar a los recursos de casación formulados por ambos litigantes contra sentencia dictada por la AP que declaró la resolución del contrato de compraventa de litis por mutuo acuerdo, a diferencia del fallo de nulidad del contrato del juez "a quo". Confirma el TS que de los actos de los contratantes se infiere la extinción del contrato de mutuo acuerdo, por lo que habiéndose pactado las con-

secuencias económicas resolutorias, no procede la reclamación que ahora realiza la vendedora actora, ni tampoco declarar la validez del contrato que pretende la compradora demandada.



2009/245669

TS Sala 2ª, Sentencia 5 octubre 2009.  
Ponente: D. Luis Román Puerta Luis

### Absolución por delitos societarios

Se desestima el recurso de casación interpuesto por la acusación particular contra sentencia absolutoria dictada en causa seguida por delitos societarios. El TS comprueba que la Sala de instancia ha dispuesto de una prueba más amplia que la relacionada en el recurso y cuyo sentido no es coincidente con el aquí defendido por la parte recurrente, puesto que los acusados han dado una versión de sus relaciones mercantiles con el querellante, totalmente distinta de la mantenida por éste, y habla de préstamos que hubo de hacer al recurrente para tramitar los papeles de residencia en España, así como de inversiones comunes en casas en construcción; y la acusada, por su parte, manifestó que el restaurante hubo de cerrarse porque el acusado no colaboró.

2009/239971

TS Sala 2ª, Sentencia 23 septiembre 2009.  
Ponente: D. José Ramón Soriano Soriano

### Absolución del delito de estafa por contrato simulado

Desestimando el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado, el TS acoge los formulados por los acusados contra sentencia parcialmente absolutoria dictada en causa seguida por delitos contra la Hacienda Pública, fal-

edad en documento mercantil, apropiación indebida y estafa por contrato simulado. El Alto Tribunal dicta segunda sentencia por la que absuelve al recurrente de este último delito, pues ningún perjuicio se ha ocasionado al banco con la estampación de tales contratos. Prueba de ello, continúa la Sala, es que el banco nada reclamó y la sentencia no condena al acusado al pago de ninguna cantidad, ello no significa que tales actos distractivos no constituyan delito atribuible al otro acusado o, en su caso al tercero en busca y captura, en cuanto constitutivos de sendas apropiaciones indebidas -distracciones-.



2009/283200

TS Sala 3ª, Sección 2ª, Sentencia 10 noviembre 2009. Ponente: D. Rafael Fernández Montalvo

### Obligación de tramitar un expediente sancionador independiente según régimen transitorio de la Ley 1/1998

Rechaza el TS al rec. de casación interpuesto por la Administración del Estado frente a sentencia que anuló las sanciones impuestas a la empresa accionante, por comisión de una infracción tributaria grave en relación con el Impuesto sobre Sociedades. Explica la Sala que cuando se notificó el inicio del expediente sancionador en el supuesto enjuiciado habían transcurrido, incluso, cinco años, y ello con independencia de que las actuaciones de dicho procedimiento sancionador se iniciaron después de la entrada en vigor de la Ley de Derechos y Garantías del Contribuyente, que estableció un nuevo plazo de la prescripción del derecho de la administración para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación de cuatro años.

2009/283196

TS Sala 3ª, Sección 2ª, Sentencia 4 noviembre 2009. Ponente: D. Oscar González González

### Responsabilidad solidaria de la entidad mercantil por sucesión empresarial

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la mercantil accionante frente a la sentencia que confirmó el acuerdo sobre responsabilidad solidaria por deudas tributarias, en concepto de IVA e Impuesto sobre Sociedades, por sucesión de empresas. Explica la Sala que la sucesión debe ser en la titularidad o ejercicio, siendo lo esencial que el nuevo empresario siga en la misma actividad que el anterior, que es lo que quedó acreditado en el supuesto enjuiciado.



2009/271406

TS Sala 4ª, Sentencia 20 octubre 2009.  
Ponente: D. Rosa María Virolés Piñol

### Procedente recurso de suplicación

El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la trabajadora demandante frente a sentencia que inadmitió el recurso de suplicación por aplicación del art. 138,4 LPL.

La Sala señala que la decisión unilateral de la empresa modificativa de las condiciones de trabajo se efectuó con completo olvido de las exigencias de forma establecidas en el art. 41 ET, por lo que no era obligada su impugnación a través de la modalidad procesal prevista en el art. 138 LPL, ni estaba la acción sujeta al plazo de caducidad fijado por dicho precepto y por el art. 59,4 ET sino que el proceso ordinario elegido es el correcto; en virtud de lo expuesto, y sin prejuzgar si la modificación de la jornada de trabajo de la actora constituye o no una modificación sustancial de las condiciones de trabajo y teniendo en cuenta la forma en que fue adoptada esta medida, es procedente el recurso de suplicación inadmitido en la resolución recurrida.