



# 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 2783

Madrid, miércoles 20 de enero de 2010



2009/239965

TS Sala 1ª, Sentencia 21 octubre 2009. Ponente: Dª Encarnación Roca Trías

Al perseguir una causa ilícita

## Nulidad por simulación de escritura de capitulaciones, liquidación y donaciones

*El TS desestima el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por el demandado contra la sentencia dictada por la AP que confirma. La Sala, entre otros pronunciamientos, considera ajustada a derecho la resolución impugnada cuando declara la nulidad por simulación, de la escritura de capitulaciones matrimoniales, de la liquidación de los gananciales y de la posterior donación, pues los distintos negocios jurídicos simulados escondían una causa ilícita, solo pretendían hacer desaparecer sus bienes de los registros públicos y constituían una clara simulación, para colocarse en situación de insolvencia frente a sus acreedores.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de los hechos probados.

1º La demandante, Dª Santiago, estaba casada con D Felipe, demandado. Dª Santiago formaba parte del consejo de administración de la sociedad Ángel J. González Villa, S.A. a la que la Agencia tributaria había reclamado una deuda y habiendo resultado fallida la ejecución, acordó la derivación de la responsabilidad a los administradores. La notificación de la resolución de Hacienda se produjo el 3 mayo 1996 a la demandante y a sus hermanos, que se encontraban en su misma situación.

2º Los hermanos Micaela Santiago tomaron la decisión de llevar a cabo una serie de operaciones jurídicas para evitar el embargo de los bienes inmuebles que pertenecían a las respectivas sociedades de gananciales, pretendiendo que no aparecieran bienes en el Registro de la Propiedad a nombre de los deudores. A tal efecto,

se realizaron las siguientes operaciones:

a) Dª Santiago y su esposo otorgaron una escritura de capitulaciones matrimoniales el 4 julio 1996, en la que pactaron el sistema de separación de bienes, liquidaron la sociedad de gananciales hasta aquel momento vigente e hicieron el inventario de los bienes. Se adjudicó al marido una finca, gravada con una deuda de 6.000.000 ptas.; no se incluyeron unos planes de pensiones pertenecientes al marido; se adjudicó a la esposa una finca consistente en una vivienda familiar denominada "direccion000". La hermana de Dª Santiago, Dª Micaela, casada a su vez, realizó la misma operación.

b) El 6 junio 1996, Dª Santiago donó a sus hijos menores la nuda propiedad de la finca que se adjudicaba en la partición de la sociedad, nombrando usufructuario a su esposo.

c) El mismo 6 de junio, Dª Santiago y D. Felipe firmaron un docu-

mento privado cuyo contenido es el siguiente: "que el pasado 4 de junio han otorgado escritura de capitulaciones matrimoniales ante la Notaria (...) pactando el régimen matrimonial de separación de bienes; no obstante lo cual, ambos cónyuges reconocen el carácter ganancial de todos sus bienes y manifiestan expresamente su deseo de seguir rigiéndose a todos los efectos por el régimen económico matrimonial de gananciales. Por ello, los cónyuges se obligan a suscribir cuantos documentos públicos o privados fueran necesarios para restablecer oficialmente el régimen legal de gananciales, bastando para ello el solo requerimiento de uno de ellos hacia el otro"; d) Las mismas o parecidas operaciones efectuaron los hermanos de Dª Santiago.

3º Al producirse la crisis matrimonial, Dª Santiago demandó a su esposo pidiendo:

a) Que se declarara la nulidad por simulación, de la escritura de capitulaciones matrimoniales y de la liquidación de los gananciales.

b) La nulidad de la escritura de donación.

c) Que la totalidad de los bienes adquiridos por cualquiera de los cónyuges con posterioridad al matrimonio y los adquiridos después del otorgamiento de la escritura pública eran gananciales.

4º La sentencia del Juzgado de 1ª Instancia de Valladolid, de 15 julio 2004, estimó la demanda y declaró la nulidad por simulación absoluta de todas las operaciones efectuadas. Señaló que de las pruebas practicadas se deducía que "(...) las capitulaciones matrimoniales, liquidación de la sociedad ganancial y posterior donación obedecieron única y exclusivamente a la intención de las hermanas Santiago Micaela y sus respectivos esposos, de deshacerse de los bienes que aparecían a su nombre en el Registro de la Propiedad, (...) sin perjuicio de que tal planteamiento no hubiera soportado la más mínima confrontación jurídica" si se hubiera procedido a investigar las operaciones realizadas. "Es claro que lo que se pretendía era dificultar la actuación investigadora de la AET a la hora de hallar bienes de los deu-

## SUMARIO

### TS

#### CIVIL

Nulidad por simulación de escritura de capitulaciones, liquidación y donaciones **1**

Resolución de arrendamiento por obras in consentidas del arrendatario **3**

#### PENAL

Apreciación de atenuante de colaboración como muy calificada en delito contra la salud pública **4**

Reducción de pena de multa en delito contra la salud pública **7**

#### ADMINISTRATIVO

Denegación de la condición de funcionario interino a pesar de la irregularidad en la contratación **9**

Caducidad del expediente incoado a un magistrado por el transcurso de seis meses sin resolver **10**

#### SOCIAL

Lesión del derecho de libertad sindical y de indemnidad de profesora de religión **13**

Inexistente vulneración de la garantía de indemnidad en despido **14**

RS RESEÑA DE SENTENCIAS **16**

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

dores pues cuando hiciesen consultas a los Registros de la Propiedad no aparecerían bienes a nombres de los deudores sino de sus cónyuges e hijos (...). Los indicios que llevan al juzgador a considerar que se produjo esta simulación son:

a) La "sospechosa coincidencia en el tiempo" entre la comunicación por parte de la AET y las operaciones relativas al régimen de bienes.

b) Inexistencia de causas que justifiquen la donación.

c) El volumen de gastos que comportaban todas estas operaciones en un momento de crisis económica de la familia.

d) El documento privado suscrito el 6 de junio en que se expresa que continúa el régimen de gananciales.

e) La omisión de diversos bienes en la liquidación de la sociedad.

f) La inclusión de un pasivo ficticio de 6.000.000 ptas.

g) La propia situación personal de las partes puesto que el conflicto se suscitó después de la separación matrimonial. A la vista de los antecedentes, la sentencia concluyó que debía ser estimada la demanda "pues los distintos negocios jurídicos simulados en las dos escrituras firmadas escondían una causa ilícita, pues solo pretendían hacer desaparecer sus bienes de los registros públicos y constituían una clara simulación, pues en ningún momento se pretendió pactar el régimen de separación de bienes y liquidar la sociedad ganancial, ni tampoco posteriormente donar la demandante a sus hijos el bien que le había sido adjudicado(...)".

5º La sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 3ª, de 2 marzo 2005, confirmó la apelada, aceptando los razonamientos de la sentencia de 1ª instancia. Añadió que la situación "obedeció a una operación previamente diseñada para que los diferentes componentes de la entidad mercantil "Ángel J. González Villa S.A." se colocaran en situación de insolvencia", porque el mismo día que los litigantes (6 junio 1996) y en la misma notaría la hermana de la demandante/recorrida liquidó de idéntica forma su sociedad de gananciales y efectuó la misma donación, concluyendo que "la verdadera razón de las capitulaciones y donación era la situación generada por las deudas de la empresa fami-

liar. Y la operación fue diseñada para que, a pesar de que nada figurara a nombre de la Sra. Santiago, el matrimonio siguiera usando y disfrutando de todos los bienes".

6º D. Felipe presenta contra esta sentencia recurso extraordinario por infracción procesal, al amparo del art. 469.1.3 LEC, con un único motivo, y recurso de casación, al amparo del art. 477.1 LEC, dividido en 5 motivos. Ambos recursos fueron admitidos por auto de 17 junio 2008.

A) Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO.- El motivo único del recurso extraordinario por infracción procesal, invoca la infracción de normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad o hubiese de producir indefensión. En concreto, se han infringido los Arts. 217, 1, 2, 3 y 6 y el art. 326.1 y 2 LEC, relativos a la carga de la prueba y a la impugnación de un documento privado. Dice que cuando se impugna un documento, el art. 326 LEC proclama la regla de que no va a poder hacer prueba plena en el proceso y grava a quien lo presenta con la carga de proponer pruebas para acreditar su autenticidad, que por tanto correspondería a la actora que lo presentó. La sentencia recurrida se limita a negar la credibilidad del documento por la no coincidencia de un primer informe provisional desmentido a posteriori por la misma perito. La sentencia, además, centra la valoración en la prueba pericial, pero omite valorar el documento impugnado de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

El motivo se desestima.

El motivo está mezclando dos cuestiones, la relativa a la prueba de la autenticidad del documento privado de 6 de junio y la de la valoración de dicho documento. En realidad se está discutiendo si tal documento podía o no constituir prueba plena. Los documentos privados constituyen prueba plena cuando no son impugnados por la otra parte, cosa que no ha ocurrido en este caso. Es por ello que el documento impugnado fue objeto de prueba, porque el demandado y ahora recurrente pretendía haber firmado un folio en blanco que fue relleno con el contenido que se ha reproducido en el Fundamento primero de esta sentencia con posterioridad. La prueba llevada a cabo a petición del propio recurrente no

consiguió probar que fuera relleno por una tercera persona con posterioridad a la fecha de la firma, como pretendía el recurrente. Excluida la falsedad, debía examinarse e interpretarse de acuerdo con los demás documentos aportados al proceso, por tanto, su valor probatorio es el que el Tribunal les atribuye, como los demás medios de prueba y por ello, se ha valorado como un indicio más a la hora de determinar si había o no simulación, junto con las otras señas, que se enumeraron en la sentencia de 1ª Instancia.

El recurrente plantea dos cuestiones, pues: la de la falsedad del documento, que debe rechazarse porque no hay prueba de ello, y la de la valoración del mismo, que debe rechazarse también, puesto que no incurre en ningún absurdo y además, no es el único indicio utilizado para determinar si concurrido o no la simulación.

B) Recurso de casación.

TERCERO.- Antes de examinar los concretos motivos del recurso de casación, debe esta Sala resumir cuál es el objeto del recurso planteado. El recurrente pretende demostrar que los elementos de la simulación no concurren, por lo que el otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales y las operaciones subsiguientes no tienen causa falsa y aplica los mismos argumentos al pacto sobre régimen económico (motivos primero, tercero y cuarto), la liquidación del régimen anteriormente vigente (motivo segundo) y la donación efectuada a los hijos (motivo primero).

Sobre el pacto relativo al régimen matrimonial, intenta demostrar tres cuestiones:

a) Que no hubo simulación.

b) Que no hubo causa ilícita.

c) Que siendo la única finalidad perjudicar a terceros, el cambio de régimen era válido, con las limitaciones del art. 1317 CC (motivo tercero).

d) Que teniendo naturaleza privada el documento en el que se decía que seguirían rigiéndose por el régimen de gananciales, no tenía virtualidad para cambiar el ya pactado en los capítulos matrimoniales. Estos razonamientos dejan de lado los indicios que han llevado a declarar la simulación absoluta de las operaciones efectuadas. Con esta perspectiva,

se van a examinar los diferentes motivos del recurso de casación.

CUARTO.- El motivo primero señala la infracción del art. 1261 CC y la doctrina jurisprudencial sobre la simulación absoluta. Dice que entre los cónyuges se concluyeron tres negocios jurídicos: los capítulos matrimoniales pactando el régimen de separación de bienes; la liquidación del régimen de gananciales y la donación a los hijos. Entiende el recurrente que se debe examinar la concurrencia de simulación en cada uno de ellos. Al respecto alega que: a) con respecto al acuerdo sobre el régimen de separación, no se ha probado que el pactado no fuera claramente querido; b) la modificación del régimen no perjudicaba a terceros; c) no concurre causa ilícita y en definitiva, no hay simulación absoluta porque en la escritura de capítulos consta el consentimiento, el objeto y la causa. Lo mismo puede afirmarse de la liquidación y de la donación, utilizando los mismos argumentos.

En el mismo sentido se presenta el motivo segundo. Invoca la infracción de los arts 1274, 1275 y 1276 CC. Se dice que la sentencia recurrida ha apreciado la ilicitud de la causa sin analizar separadamente cada uno de los negocios jurídicos llevados a cabo por los cónyuges y sin examinar si en cada uno de ellos concurre o no causa ilícita. Dice que cada uno de los negocios jurídicos llevados a cabo tiene naturaleza y efectos distintos y que la modificación del régimen económico matrimonial no es un acto de disposición de bienes, y, por definición, no perjudica los derechos de los terceros, porque se trata de un acto de especificación, concreción o determinación de la cuota que cada cónyuge ostentaba en la comunidad.

Los motivos primero y segundo se desestiman

La razón fundamental para la desestimación de estos dos motivos consiste en que el recurrente incurre en el vicio casacional de hacer supuesto de la cuestión, entendida ésta en el sentido determinado por la jurisprudencia en sentencias muy reiteradas, entre las que se encuentra la de 30 junio 2009 y las allí citadas.

Efectivamente, el recurrente olvida que las resoluciones recaídas en el presente litigio han considerado probada la concurrencia de simulación absoluta que deducen de los indicios señalados en la sentencia de 1ª

Instancia, enumerados en el Fundamento Jurídico primero, que fueron aceptados totalmente por la sentencia recurrida. De aquí que la argumentación de estos dos motivos debe ser calificada como totalmente artificiosa, porque bajo el argumento de la necesidad de valoración independiente de los negocios jurídicos llevados a cabo, se están planteando situaciones absolutamente distintas de las declaradas probadas. Si el recurrente piensa que las pruebas aportadas al procedimiento no han sido examinadas correctamente, le hubiera quedado el cauce del error en la valoración de la prueba, que no ha utilizado.

Al pretender que se reexamine la concurrencia o no de simulación absoluta en el recurso de casación, deben rechazarse estos motivos porque la casación no ha sido nunca una tercera instancia y mucho menos después de la regulación del art. 477 LEC.

QUINTO.- El Motivo tercero invoca la infracción del art. 1317 CC. Dice que al apreciar la sentencia recurrida que la intención de la esposa fue la de despatrimonializarse y dificultar a la Agencia tributaria la investigación, se produce una infracción del art. 1317 CC porque la modificación del régimen no perjudicaba los derechos de terceros ya que no puede predicarse la nulidad de la modificación.

El motivo se desestima.

El recurrente alega en este motivo un razonamiento absolutamente alejado de lo que ha sostenido la sentencia recurrida. Hay que recordar que por propia declaración de la esposa demandante, se simulaban una serie de negocios jurídicos relacionados con el régimen de bienes para dificultar las reclamaciones de Hacienda por unas deudas contraídas por la sociedad anónima de la que eran Consejeros los hermanos Santiago Micaela. No se infringe el art. 1317 CC porque no se ha aplicado al no ser ello necesario: efectivamente, el art. 1317 CC declara la no oponibilidad de los capítulos matrimoniales a terceros, en un sistema en el que se busca compaginar la libertad de los cónyuges para elegir el régimen que crean más conveniente y la protección de terceros acreedores. Pero este sistema no es necesario si puede declararse su nulidad porque el art. 1317 CC parte de la validez de las capitulaciones y de los pactos en ella contenidos y por ello se requiere otra figura jurídica para evitar el perjuicio de terceros.

En este litigio se ha probado la simulación absoluta, lo que conlleva la nulidad de las capitulaciones, de modo que no es necesario utilizar la figura del art. 1317 CC para evitar dicho perjuicio, que nadie ha discutido en esta litis. Por lo que no puede considerarse infringida una disposición que no es aplicable.

SEXTO.- El Motivo cuarto, invoca la infracción del art. 1327 CC, que exige forma pública para la modificación del régimen económico matrimonial y por ello, el documento privado de 6 de junio de 1996, que ha sido declarado auténtico, no tenía virtualidad para modificar un régimen de separación, que había sido pactado en la escritura de capitulaciones matrimoniales.

El motivo se desestima.

La declaración de nulidad de los capítulos matrimoniales por simulación absoluta determina como efecto esencial que no se produjera el efecto buscado, es decir, el cambio de régimen, que solo fue aparente, pero no real como consecuencia de la simulación. Por ello mal se ha podido infringir el art. 1327 CC relativo a la forma necesaria de los capítulos cuando el tantas veces citado documento privado tenía como finalidad evitar entre los cónyuges la apariencia de cambio de régimen creada con las capitulaciones nulas. Es decir, no se restauraba el régimen que se había extinguido con el pacto capitular, sino precisamente se destruía la apariencia creada y se mantenía entre los cónyuges el régimen que rigió su matrimonio desde el momento de la celebración del mismo sin interrupción.

SÉPTIMO.- El Motivo quinto denuncia la infracción de los Arts. 1401 y 1084 CC. Dice que la sentencia recurrida ha otorgado relevancia para apreciar la simulación absoluta al dato de haberse omitido una deuda existente con la madre de la demandante y haber inventariado otra, asumida por el demandado y ambas vinculadas con la financiación de la vivienda familiar, siendo así que los artículos que se consideran vulnerados por inaplicación no declaran la nulidad de la liquidación de los gananciales en los que se haya omitido una deuda, sino solo que del pago de la misma responden los cónyuges con sus bienes.

El motivo se desestima.

Deben considerarse reproducidas aquí las razones que han servido para desestimar los motivos tercero y cuarto, puesto que, además, el tema que se plantea ha sido considerado por la sentencia recurrida como un indicio de la existencia de simulación y mal puede hablarse de esta nulidad alegada cuando al ser simulados los capítulos, no hubo ni cambio de régimen ni, por consiguiente, liquidación.

OCTAVO.- La desestimación del único motivo admitido del recurso extraordinario por infracción procesal presentado por la representación procesal de D. Felipe determina la de su recurso.

La desestimación de los motivos del recurso de casación presentado por D. Felipe determina la de su pro-

pio recurso.

Se imponen las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación al recurrente, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 398.1 LEC, que se remite al art. 394 LEC.

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

## FALLO

1º Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal presentado por la representación procesal de D. Felipe contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 3ª, de 2 marzo 2005.

2º Se desestima el recurso de casación presentado por la representación procesal de D. Felipe contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 3ª, de 2 marzo 2005.

3º Se confirma con este alcance la sentencia recurrida.

4º Se imponen al recurrente las costas originadas por los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.

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

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

2009/234632

TS Sala 1ª, Sentencia 14 octubre 2009. Ponente: D. Román García Varela

## Resolución de arrendamiento por obras in-consentidas del arrendatario

*Desestima la Sala del TS el recurso de casación deducido por el inquilino contra la sentencia de la AP que decretó la resolución del contrato por la realización de obras in-consentidas. La Sala confirma el fallo de la apelación al*

*considerar que, en efecto, el arrendatario llevó a cabo obras de alteración de la configuración del inmueble sin contar con autorización del arrendador. Al margen de ello, la Sala también señala que no se está ante una tercera instancia y que el juzgador de la instancia tiene soberanía para valorar la prueba.*

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. Mariano, por sí y en beneficio de la comunidad en que participa con Dª Rita, Dª Bibiana y D. Carlos Antonio, demandó por los trámites del juicio ordinario a D. Eleuterio, y solicitó la resolución del contrato de arrendamiento de local de negocio por la realización de actividades insalubres, nocivas o peligrosas, así como por obras in-consentidas, que alteraban la configuración y estructura del local.

La cuestión litigiosa gira en torno principalmente a la resolución del contrato verbal de arrendamiento de vivienda, celebrado por la parte demandante con el demandado en fecha de 1 de septiembre de 1965, relativo a una casa, sita en el ensanche de Burjasot, Calle Divisoria de este término con el de Godella, señalada actualmente con el número 19, consistente en planta baja para habitar, corral, pozo y, también, una porcha posterior con un puerta que da salida a una calle denominada Gravina, y un piso alto al que se da acceso por la escalerilla desde la fachada, destinado también para habitar, en cuya relación contractual posteriormente, sin autorización del arrendador pero tampoco sin repulsa a ello, convirtió el mencionado inmueble en local para desarrollar la actividad de tripería, con base a la petición de resolución la realización de actuaciones por el arrendatario explicadas en el párrafo antecedente.

El Juzgado rechazó la demanda, al considerar que, de la prueba practicada, no se acreditó que el demandado verificase actividad peligrosa o nociva, relativa a las operaciones de elaboración y calibrado de tripas de animales, por tener en su poder todas las licencias para las operaciones de esta naturaleza efectuadas en el local, sin que sean imputables a dicho ejercicio determinados deterioros existentes, como tampoco constan quejas de los vecinos por molestias concernientes a este particular, ni fue demostrado que el arrendatario haya variado el fin al que se destina el local, el cual el arrendador debía conocer dado el tiempo transcurrido desde el inicio del contrato, así como que, de la pericial realizada, no cabe hablar de obras que alteren la configuración del local, por tratarse de una sustitución de elementos, por lo que no procede acceder a la resolución del contrato; y su sentencia fue revocada en grado de apelación por la de la Audiencia, al apreciar que,

del dictamen pericial, se extrae que se han efectuado una serie de obras en el patio y colocación de máquinas, que suponen una alteración del espacio y de la volumetría, que, si bien no afecta a la estructura del inmueble, sí incide jurídica y arquitectónicamente en lo que es su configuración.

D. Eleuterio ha interpuesto recurso de casación, con cobertura en los apartados 2, número 3º, y 3, del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y esta Sala, mediante auto de 18 de diciembre de 2007, lo ha admitido al concurrir los presupuestos y requisitos legalmente exigidos.

SEGUNDO.- El recurso se desarrolla en los siguientes motivos:

1º.- El motivo primero acusa la infracción del artículo 114.7 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, con cita de las SSTS de 30 de enero de 1991 y 8 de junio de 1974, que excluyen del concepto de obras inconcisas, que alteren la configuración del local, aquellas efectuadas con material ligero.

2º.- El motivo segundo denuncia la transgresión del artículo 114.7 de la indicada Ley, con indicación de las SSTS de 14 de diciembre de 1990 y 23 de mayo de 1975, al no poder entender como obra inconcisa la sustitución de un elemento por otro.

3º.- El motivo tercero censura la vulneración del artículo 114.7 de la expresada Ley, con mención de las SSTS de 13 de febrero de 1959 y 3 de julio de 1963, por cuanto que la instalación de máquinas no puede ser entendida como alteración de configuración del local, al tiempo que son necesarias para adaptarlo a la actividad desarrollada.

4º.- El motivo cuarto reprocha la conculcación del artículo 114.7 de la referida Ley, con cita de las SSTS de 10 de abril de 1995 y 3 de octubre de 1958, ya que sólo alcanzan la consideración de obras alteradoras de la configuración del inmueble las que tengan relevancia y entidad suficiente.

5º.- El motivo quinto aduce la infracción del artículo 114.7 de la expresada Ley, con invocación de las SSTS de 3 de julio de 1963 y 8 de octubre de 1993, pues no cabe configurar dentro del precepto las obras necesarias para adaptar el local a la actividad realizada en él.

6º.- El motivo sexto acusa la transgresión del artículo 114.7 de la manifestada Ley, con mención de las SSTS de 21 de mayo de 1982 y 16 de octubre de 1992, al existir un retraso desleal en el ejercicio de la acción, por haber consentido durante mucho tiempo la existencia de las obras denunciadas.

7º.- El motivo séptimo reprocha la violación del artículo 114.7 de la re-

ferida Ley, con cita de las SSTS de 18 de octubre de 1958 y 4 de mayo de 1974, por cuanto la resolución del contrato por aplicación de este precepto ha de tener un alcance muy restrictivo.

8º.- El motivo octavo alega la vulneración del artículo 114.7 de la repetida Ley, con cita de las SSTS de 19 de septiembre de 1987 y 5 de febrero de 1960, al no tener en cuenta la sentencia que las obras se han efectuado para evitar un daño inminente o incomodidad grave, tanto del inmueble como a la salubridad pública.

Los motivos se examinan conjuntamente y se desestiman.

La sentencia recurrida integra la siguiente argumentación:

“ (...) La Sala se ve abocada a la estimación de la demanda por concurrir como causa resolutoria la de haber ejecutado el arrendatario, sin consentimiento de la propiedad, como así reconoce el propio demandado, obras que alteran la configuración de la casa en cuestión, causa de resolución prevista en el artículo 114 número 7 de la L.A.U. de 1964. Pues no otra cosa puede entenderse si se tiene en cuenta, según el informe pericial emitido por el Sr. Nicolas, que en la zona que originariamente era un patio, se ha recrecido el pavimento mediante obra constructiva en quince centímetros (15 cm.) de altura, reduciéndose con ello el espacio, de otro lado, se ha cerrado completamente ese patio mediante una cubierta de fibrocemento y lucernario de placa traslúcida, por lo que se ha creado una habitación estanca donde antes había un patio, aunque estuviera parcialmente cubierto con una uralita, finalmente, se ha colocado una cámara frigorífica de grandes dimensiones, como se observa en una de las fotos obrantes al folio 130, que altera considerablemente la volumetría del local, todo lo cual si bien no afecta a la estructura del inmueble, sí incide jurídica y arquitectónicamente en lo que es su configuración, como así también lo entiende el perito mencionado”.

Por otra parte, esta Sala tiene declarado que, por lo que respecta al artículo 114.7 de la Ley especial arrendaticia, es incuestionable que la misma contempla dos situaciones diferenciadas, sin necesidad de concurrencia a la vez, esto es, obras que modifiquen la configuración del inmueble y obras que debiliten la naturaleza y resistencia de los materiales empleados en la construcción; pues bien, atendiendo a los presupuestos fácticos estimados acreditados en la sentencia recurrida, no admite discusión alguna que la arrendataria del inmueble, ha realizado unas obras de envergadura, que variaron considerablemente la configuración del mismo y supusieron una modificación fundamental, y dado que las obras se ejecutaron sin permiso de la propie-

dad, la conclusión que se impone es que el supuesto de autos se encuentra incluido en la meritada causa, cuando la descripción fáctica de la alteración de la configuración, que fue declarada probada, ya ha sido antes indicada (por todas, STS de 14 de febrero de 1994).

Por último, procede resaltar que esta Sala ha sentado reiteradamente que el Juzgador de instancia posee, en principio, soberanía para la apreciación de la prueba, salvo que ésta resulte ilógica, contraria a las máximas de experiencia o a las reglas de la sana crítica, que son supuestos de exclusión no concurrentes en el presente caso, pues lo contrario sería transformar el recurso de casación en una tercera instancia (entre otras, SSTS de 27 de octubre y 15 de noviembre de 1997).

TERCERO.- En consecuencia, procede la desestimación del recurso de casación, con expresa condena de las costas causadas en el mismo a la parte recurrente (artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

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

## FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Eleuterio contra la sentencia dictada por la Sección Undécima de la Audiencia Provincial de Valencia en fecha de quince de septiembre de dos mil cuatro, aclarada por auto de veintidós de octubre de dos mil cuatro. Condenamos a la parte recurrente al pago de las costas ocasionadas en este recurso de casación. Comuníquese esta sentencia a la referida Audiencia con devolución de los autos y rollo en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan Antonio Xiol Rios; Roman Garcia Varela; Francisco Marin Castan; José Antonio Seijas Quintana; Encarnación Roca Trias. Firmado y rubricado. Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Roman Garcia Varela, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.



TS Sala 2ª, Sentencia 23 septiembre 2009. Ponente: D. Manuel Marchena Gómez

## Apreciación de atenuante de colaboración como muy cualificada en delito contra la salud pública

*Se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por la acusada contra sentencia que la condenó por delito contra la salud pública. El TS dicta segunda sentencia por la que aprecia en la recurrente la atenuante de colaboración como muy cualificada, pues la información proporcionada por la acusada no se limitó -como en tantas otras ocasiones acontece- a la equívoca indicación de una identidad que, bien por su carácter inveraz, bien por las circunstancias del caso, no permite fundamentar una imputación. El carácter fructífero que la colaboración supuso para la investigación, así como el indudable riesgo asumido por la hoy recurrente, justifican la atribución excepcional del carácter de atenuante muy cualificada.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación legal de Cristina formaliza cuatro motivos de casación contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid, fechada el día 29 de enero de 2009, que le condenó como autora de un delito contra la salud pública en sus-

tancia que causa grave daño a la salud y en cantidad de notoria importancia. Dos de los motivos invocan infracción de ley. Los otros dos sostienen la infracción de un precepto constitucional.

I.- El primero de los motivos, al amparo del art. 849.2 de la LECrim, aduce error de hecho en la valora-

ción de la prueba, derivado de documentos que obran en la causa y demuestran la equivocación del juzgador. El segundo, con invocación del art. 849.1 de la LECrim, sostiene la existencia de un error en el juicio de subsunción, en la medida en que los hechos declarados probados deberían permitir la aplicación de las atenuantes analógicas de colaboración con la justicia -ésta con el carácter de muy cualificada- y confesión del hecho (art. 21.4 y 5, en relación con el art. 21.6 del CP).

La íntima conexión entre ambos motivos sugiere un tratamiento unitario, anticipando desde ahora que procede la desestimación del error de hecho denunciado y la estimación parcial del motivo que atribuye a la sentencia una infracción de precepto penal de carácter sustantivo.

A) Con el fin de avalar el error valorativo que se imputa a la Sala de instancia, el recurrente señala como documentos las declaraciones de Cristina, el escrito fechado el 5 de marzo de 2008, poniendo en conocimiento del Juzgado toda la información de que disponía sobre las personas implicadas en la operación que llevó a su detención, distintos oficios policiales por los que se traslada al Juzgado el resultado positivo de las investigaciones que se venían realizando por la información prestada por la acusada, el auto de procesamiento y la orden de detención europea contra Constanza.

Los documentos invocados por el recurrente carecen de los requisitos que la jurisprudencia de esta Sala viene señalando para reconocerles la fuerza casacional precisa para neutralizar la valoración de la Sala.

Como ya hemos declarado en innumerables ocasiones -de las que las STS 546/2007, 12 de junio y 795/2007, 3 de octubre, son buena muestra-, ni las diligencias policiales, ni la declaración judicial del condenado ni, por supuesto, el acta del juicio oral, son documentos a efectos casacionales, conforme viene reiterando la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, cfr. STS 480/2003, 4 de abril). Algo similar puede decirse de los informes policiales.

Decíamos en la STS 341/2008, 16 de junio, que la jurisprudencia reitera su inidoneidad impugnativa en numerosos pronunciamientos, de los que las SSTS 2076/2002, 23 de enero; 993/2002, 27 de mayo; 1606/2001, 7 de septiembre; 1388/1997, 10 de noviembre y 114/1995, 10 de noviembre, no son sino elocuentes ejemplos. Al propio tiempo, conviene señalar que el auto de procesamiento no ostenta carácter documental (STS de 14 de diciembre de 1989 -y 20 de noviembre de 1990-), dado que "el auto de procesamiento no tiene entre sus funciones la de ser medio probatorio en la propia causa" (así se lee en STS de

20 de noviembre de 1990-).

En consecuencia, el esfuerzo argumental de la defensa del recurrente, encaminado a demostrar el supuesto error decisorio de la Audiencia Provincial, ha de decaer necesariamente, no por una concepción formalista, sino por exigencias jurídicas ligadas a la propia técnica del recurso de casación, procediendo la desestimación del motivo, en aplicación de los arts. 884.4 y 885.1 de la LECrim.

B) Considera el recurrente que la sentencia debió haber aplicado dos atenuantes. De un lado, la de confesión del hecho (art. 21.4 CP), de otro, la analógica de colaboración con la justicia (art. 21.5, en relación con el art. 21.6 del CP), esta última con el carácter de muy cualificada.

La sentencia de instancia aplicó la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, con carácter analógico, de colaboración con la administración de justicia, con fundamento en el juego combinado de los arts. 21.6 y 21.5 del CP. La aplicación de esta atenuante se basó en que la acusada "... prestó colaboración con la Justicia, al reconocer los hechos y señalar, identificándola plenamente, a la persona que intervino en el transporte de la droga y a quien debía entregar la misma". Esta atenuación -continúa razonando la Sala de instancia- "... podría incardinarse (...) en el supuesto del art. 376 del CP, si bien, dado que no se cumplen todos los requisitos, exigibles en este precepto, así la exigencia de abandono voluntario de la actividad delictiva, que no concurre en este caso, procede estimar la atenuante analógica de colaboración con la justicia para aminorar el daño causado por el delito". Sin embargo, la Audiencia negó el carácter de muy cualificada a esa atenuación al estimar que ésta "... no goza del carácter de muy cualificada, pues ésta se produce sólo en casos muy excepcionales, y, en esta causa, existiendo la colaboración, ésta se produjo no en el momento inicial, sino tras el ingreso en prisión de la procesada. De haber realizado esto en el momento inicial, podría haber sido más efectiva ésta".

Pues bien, a la vista del juicio histórico proclamado por el Tribunal a quo, ningún error jurídico puede afirmarse respecto de la no aplicación de la atenuante de confesión. Sin embargo, resulta obligado, en sintonía con el Ministerio Fiscal que apoya parcialmente el motivo, estimar que la atenuante de colaboración con la Justicia, si es susceptible de aplicación como atenuante muy cualificada.

Respecto de la reivindicada apreciación de la atenuante de confesión, conviene tener presente que, por más elasticidad conceptual que quiera atribuirse a aquella atenuante (art. 21.4 CP), es evidente que la simple confesión de un hecho delictivo, apreciado en su flagrancia por las

fuerzas policiales que efectúan el seguimiento del sospechoso, y procedente de quien acaba de ser sorprendido en el momento de la ofensa al bien jurídico, no justifica, por sí solo, ningún tratamiento privilegiado (STS 73/2009, 29 de enero). Además, no existe razón de política criminal -decíamos en nuestra STS 527/2008, 31 de julio que justifique que, siempre y en todo caso, cuando el imputado por un delito confiesa su participación en los hechos, deba ver atenuada su responsabilidad criminal.

Es cierto que ambas afirmaciones se sitúan en el ámbito de la aplicación general y deben ponerse en relación con las circunstancias de cada caso concreto, no cerrando de forma artificial la puerta a la aplicación de una atenuante por analogía cuando, pese a no concurrir todos los requisitos que el CP asocia a una circunstancia de atenuación, sin embargo, el fundamento de la atenuante y las razones de política criminal que justifican su vigencia, se mantienen.

Pues bien, en el presente caso, el criterio de exclusión por la Audiencia Provincial de la atenuante de confesión fue acertado, no ya por la ausencia de un requisito de carácter cronológico, referido al momento en el que el reconocimiento de los hechos se produjo, sino por la opción interpretativa a favor de una atenuación analógica inspirada en la colaboración con la administración de justicia (art. 21.5 y 6 CP). A partir de ese razonamiento, está fuera de dudas que la aplicación cumulativa de ambas atenuantes carecería de toda justificación, en la medida en que ello supondría derivar de un mismo hecho -la indicación de otros autores y copartícipes en el delito imputados atenuantes, una de las cuales carecería de justificación material. Y es que, si bien se mira, la acusada colaboró con la administración de justicia porque confesó el delito.

De ahí que deba rechazarse la pretensión del recurrente, encaminada al reconocimiento de dos atenuantes, una por el hecho de confesar su participación a las autoridades, la otra por su colaboración con la justicia. Cuestión distinta es que la atenuante finalmente apreciada por la Audiencia Provincial no sea susceptible de una aplicación con el carácter de muy cualificada.

En efecto, tiene razón la defensa de Cristina cuando pone de manifiesto -con el apoyo del Ministerio Fiscal- la importante aportación que la voluntad de colaboración de la acusada supuso en el ámbito de la investigación. El "factum" detalla que la hoy recurrente "... tras su primera declaración ante el Juez de instrucción el día 5.03.08, a través de su Abogado, al día siguiente presentó un escrito señalando las personas implicadas en este tráfico. Lo que fue reiterado en declaración el 12.03.08, lo que dio lugar a que se procesara a

otra persona como implicada en estos hechos, que no ha podido ser juzgada por encontrarse en situación de rebeldía".

El carácter minucioso de los datos personales ofrecidos por la recurrente, tras las correspondientes pesquisas policiales, condujeron a la efectiva identificación de Constanza, contra la que se dictó auto de procesamiento, acordando su busca y captura y cursando la correspondiente orden europea de detención.

La información proporcionada por la acusada no se limitó -como en tantas otras ocasiones acontece- a la equívoca indicación de una identidad que, bien por su carácter inveraz, bien por las circunstancias del caso, no permite fundamentar una imputación. De ahí que el carácter fructífero que la colaboración supuso para la investigación, así como el indudable riesgo asumido por la hoy recurrente, justifican la atribución excepcional del carácter de atenuante muy cualificada, con los efectos que se expresan en nuestra segunda sentencia.

II.- El tercero de los motivos sostiene, al amparo del art. 850.1 de la LECrim, quebrantamiento de forma, denegación de diligencia de prueba que, propuesta en tiempo y forma, se considera pertinente.

La defensa razona que en su escrito de conclusiones provisionales solicitó como prueba anticipada que se practicara un contraanálisis de la pericial de la sustancia estupefaciente. Fue denegada esa prueba mediante auto de 5 de enero de 2009, generando la correspondiente protesta formal, que fue reiterada en el acto del juicio oral. Esa prueba -se razona- era de especial importancia, ya que la defensa albergaba serias dudas acerca de la posible existencia de un manifiesto error en la diligencia de pesaje.

No tiene razón el recurrente.

Más allá de la corrección acerca de las razones invocadas por la Audiencia Provincial, en el auto de 5 de enero de 2009, para denegar la prueba interesada, existen otros argumentos que justifican el rechazo.

En nuestra STS 249/2008, 20 de mayo -con cita de la STS 149/2004, 26 de febrero -, recordábamos que la doctrina jurisprudencial exige, además de los requisitos formales, unos requisitos de fondo necesarios para que prospere este motivo de recurso, que podemos concretar en que la prueba inadmitida:

1º) Sea necesaria, en el doble sentido de su relevancia y su no redundancia.

2º) Sea posible, en el sentido que deben agotarse razonablemente las posibilidades de traer al testigo a presencia del Tribunal.

3º) Su falta de realización ocasionó indefensión a la parte que formuló el recurso y propuso como propia la prueba. Igualmente se recordaba en la STC 104/2003, de 2 de junio (FJ 2), con cita de las SSTC 30/1986, de 20 de febrero; 147/1987, de 25 de septiembre; 97/1995, de 20 de junio; 17/1996, de 7 de febrero, ó 181/1999, de 11 de octubre, que para que resulte fundada una queja sustentada en una vulneración del derecho al uso de los medios de prueba es preciso:

a) Que el recurrente haya solicitado su práctica en la forma y momento legalmente establecidos, pues, al tratarse de un derecho de configuración legal, su ejercicio ha de acomodarse a las exigencias y condicionantes impuestos por la normativa procesal, de tal modo que es condición inexcusable para apreciar su pretendida lesión que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos.

b) Que la prueba propuesta sea objetivamente idónea para la acreditación de hechos relevantes.

c) Que la misma sea decisiva en términos de defensa, es decir que tenga relevancia o virtualidad exculpatória, lo que ha de ser justificado por el recurrente o resultar de los hechos y peticiones de la demanda.

En el presente caso, la prueba ni era indispensable, ni fue solicitada conforme a las normas que regulan la aportación probatoria en el procedimiento ordinario. Conviene aclarar que prueba anticipada no es aquella que cada parte anticipa a su voluntad, con arreglo a la estrategia defensiva que considere oportuna.

Está fuera de dudas que el derecho a la prueba goza del rango constitucional que le confiere el art. 24.2 de la CE, sin que su vigencia pueda condicionarse al acatamiento de meras exigencias formales. Pero es también exigible que su ejercicio se acomode a las secuencias procesales que definen cada uno de los procedimientos regulados por la LECrim. Conforme a esta idea, es preciso no olvidar que la petición de un contraanálisis hecha valer por el representante legal de Cristina, se produce en el momento de la formulación del escrito de defensa. Tal fase del proceso, perfectamente idónea en otro tipo de procedimientos, tiene un significado especial cuando se trata del procedimiento ordinario.

Y es que el traslado para la formulación del escrito de defensa se produce cuando ya el juicio oral está abierto, se ha prestado conformidad al auto de conclusión del sumario y, precisamente por ello, ya ha decaído la competencia funcional del Juez Instructor, cuya investigación se ha declarado formalmente cerrada a partir de la ratificación por la Audiencia Provincial del auto de conclusión del sumario (arts. 630, 632 y

651 de la LECrim). De ahí que el escrito de defensa, si se ha consentido el auto de conclusión del sumario y no se ha instado formalmente su revocación, no permita la retroacción del procedimiento resucitando una competencia para la investigación del delito que ya no tiene el Juez de Instrucción y que nunca podrá tener la Audiencia Provincial. Consentir el auto de conclusión del sumario supone aceptar que el régimen jurídico de la declaración de pertinencia de las pruebas propuestas ya no mira a la realización de actos genuinamente instructorios, sino a los actos de prueba que hayan de practicarse en el acto del juicio oral (arts. 659 y 728 de la LECrim) o cuya procedencia surja ex novo obligando a practicar una sumaria instrucción suplementaria (art. 746.6 LECrim).

No se trata de propugnar un rígido entendimiento del principio de preclusión procesal, cuyo alcance en el proceso penal, dirigido a la verdad material, no puede ser idéntico a su vigencia en el ámbito civil. De lo que verdaderamente se trata es de evitar que peticiones probatorias claramente extemporáneas sean camufladas bajo el aparente respeto a normas concebidas para modalidades procedimentales que nada tienen que ver con el sumario ordinario.

Al procesado le fue notificado el auto de conclusión del sumario y pudo entonces, al amparo de la lectura constitucional de esa fase proclamada por la STC 66/1989, 17 de abril, propugnar cuantos actos de investigación complementaria considerara oportunos. Como es sabido, aquella sentencia llevó a cabo una interpretación integradora del repetido art. 627 LECrim, precisamente para dar oportunidad a los procesados, no sólo de solicitar y razonar la procedencia del sobreseimiento, sino de interesar, en su caso, la práctica de nuevas diligencias distintas de las rechazadas, que pudieran ser pertinentes.

En suma, habiendo mostrado su conformidad el procesado con el auto de conclusión del sumario, su petición de contraanálisis, contenida en el escrito de defensa, resultaba manifiestamente improcedente por extemporánea y, por tanto, susceptible de rechazo, sin que ello implique menoscabo de su derecho constitucional a valerse de los medios de prueba pertinentes (cfr. STS 249/2008, 20 de mayo).

Ninguna indefensión constitucionalmente relevante puede alegar el recurrente. De hecho, pudo haber tenido, en fase de instrucción, una participación activa en la elaboración de las conclusiones periciales. El art. 471 de la LECrim, autoriza al procesado "... a nombrar a su costa a un perito que intervenga en el acto pericial".

Además, el art. 480 de la LECrim permite a las partes que asistieren a

las operaciones o reconocimientos que integran la pericia "... someter a los peritos las observaciones que estimen convenientes, haciéndose constar todas en la diligencia".

Frente a esa capacidad alegatoria que ofrece la LECrim, el recurrente guardó un estratégico silencio para, agotada ya la fase de instrucción -a la que, por cierto, había prestado conformidad- y abierto el juicio oral, reivindicar una diligencia genuinamente instructora.

Al margen de lo anterior -como apunta el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación- ninguna quebra se produjo del principio de contradicción, en la medida en que, según consta en el acta del juicio oral, la defensa formuló a los peritos que dictaminaron en el juicio oral cuantas preguntas tuvo por conveniente para despejar las incógnitas que ahora proyecta sobre la integridad del pesaje y la composición de la droga.

III.- El cuarto de los motivos, con la cobertura de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, sostiene vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), al no haber quedado acreditada la línea de custodia en la sustancia estupefaciente que fue objeto de intervención.

Argumenta la defensa que, a la vista del interrogatorio de los agentes de policía en el juicio oral, quedó acreditado que "... ninguno (...) reconoció custodiar la sustancia estupefaciente".

Además, "manifestaron que dicho bunker se encontraba muy cerca de sus dependencias pero que no se hace constar quién custodia la droga, porque nadie la custodia: está cerrado con llave". La cuestión es, concluye su razonamiento el recurrente, que la llave es utilizada por varios agentes.

El motivo es inviable.

La Audiencia Provincial tuvo la ocasión de filtrar por los principios que informan el juicio oral, el dictamen pericial incorporado a la causa, completado con el informe prestado por los peritos en el acto del juicio oral.

Así, incluyó en el FJ 1º de la sentencia cuestionada un razonamiento, con arreglo al cual, "... el peso, el tipo de sustancia y la riqueza, están acreditados por el informe del Laboratorio de la Subdirección General de Inspección y control de Medicamentos del Ministerio de Sanidad y Consumo, que obra en autos como prueba documental que ha sido ratificada por la facultativa del laboratorio oficial que realizó el pesaje y el análisis.

Se ha cuestionado por la defensa el peso de la droga, alegando el que-

branto de la cadena de custodia. No existe ninguna duda de que no se produjo ese quebranto desde el momento en que una vez intervenida fue depositada en la caja fuerte custodiada por los funcionarios policiales del aeropuerto, lugar desde donde fue trasladada al laboratorio oficial, ofreciendo el mismo peso en la intervención y en el momento de la recepción por el laboratorio".

Esta línea argumental es plenamente asumible, en la medida en que existe un pronunciamiento más que razonable y ajustado a las reglas lógicas de valoración de la prueba.

Para que esta Sala acepte una alegación sobre la quebra en la cadena de custodia de los estupefacientes aprehendidos, no puede ser suficiente formular un interrogante acerca de qué pasa con la droga mientras ésta se encuentra en el interior de un bunker cerrado con llave o expresar una queja respecto del hecho de que esa llave esté a disposición de más de un agente de policía.

En el derecho a un proceso con todas las garantías no se incluye, desde luego, la exigencia de que, siempre y en todo caso, exista un agente que custodie lo que ya se custodia bajo llave, ni que esta llave esté a la exclusiva disposición de un único agente.

Procede, en consecuencia, la desestimación del motivo por su falta de fundamento (art. 885.1 LECrim).

SEGUNDO.- Conforme al art. 901 de la LECrim, procede la declaración de oficio de las costas procesales.

## FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación, por estimación parcial de su segundo motivo, por infracción de ley, interpuesto por la representación de Cristina contra la sentencia de fecha 29 de enero de 2009, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid, en causa seguida contra la misma por un delito contra la salud pública, casando y anulando dicha resolución y procediendo a dictar segunda sentencia, con declaración de oficio de las costas procesales.

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. Joaquín Giménez García.- Andrés Martínez Arrieta.- Manuel Marchena Gómez.- Alberto Jorge Barreiro.- Enrique Bacigalupo Zapater.

## SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de septiembre de dos mil nueve.

Por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid, en el Procedimiento Ordinario núm. 6/2008, tramitado por el Juzgado de Instrucción núm. 24 de Madrid, se dictó sentencia de fecha 29 de enero de 2009, que ha sido casada y anulada por sentencia pronunciada el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez, se hace constar lo siguiente:

## ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia recurrida.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por las razones expuestas en el FJ 1º, I, apartado B, de nuestra sentencia precedente, procede la estimación parcial del segundo de los motivos entablados, declarando el carácter cualificado de la atenuante de colaboración apreciada por la sentencia de instancia (art. 21.5 y 6, en relación con el art. 376 del CP). Atendiendo al relevante valor económico de la cocaína interceptada en poder de la acusada, la cantidad total de droga pura y las circunstancias de su introducción en territorio nacional, se estima procedente fijar la duración de la pena de prisión en 5 años y 6 meses.

## PARTE DISPOSITIVA

Fallamos: Se deja sin efecto la pena de 9 años y un día de prisión impuesta por el tribunal de instancia a Cristina y se condena a ésta, como autora de un delito contra la salud pública, en cantidad de notoria importancia, concurriendo la atenuante analógica muy cualificada de colaboración, a la pena de 5 años y 6 meses de prisión, multa de 38.838,2 euros, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Se mantiene el resto de los pronunciamientos de la sentencia dictada en la instancia en lo que no se oponga a la presente.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Giménez García.- Andrés Martínez Arrieta.- Manuel Marchena Gómez.- Alberto Jorge Barreiro.- Enrique Bacigalupo Zapater.

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

2009/229028

TS Sala 2ª, Sentencia 10 septiembre 2009. Ponente: D. Joaquín Delgado García

Por falta de prueba respecto al valor de la droga incautada

## Reducción de pena de multa en delito contra la salud pública

*Desestimando el recurso de casación interpuesto por la acusada, la Sala acoge parcialmente los formulados por los otros dos imputados contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delito contra la salud pública. El TS dicta segunda sentencia por la que viene a reducir la pena de multa impuesta a los recurrentes, ya que el valor total de la cocaína incautada es algo que el tribunal de instancia ha tomado del escrito de conclusiones provisionales del Ministerio Fiscal, sin que se pueda conocer de dónde ha salido esa cantidad, y no hay coincidencias entre la suma de las tres cantidades indicadas por la guardia civil y la cantidad establecida en la sentencia impugnada.*

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida condenó a Tamara (o Camino), Leocadia y Doroteo, todos ellos nacidos en Brasil que en aquella fecha tenían 42, 27 y 21 años respectivamente, como coautores de un delito contra la salud pública. Trajeron droga en el mismo vuelo desde Fortaleza (Brasil), vía Lisboa, hasta el aeropuerto de El Prat de Llobregat (Barcelona), donde arribaron sobre las 14 horas del 17 de octubre de 2006. Aquí les fueron intervenidas a cada uno de ellos dos maletas de la misma marca "Delsey", de las mismas características (de arrastre y tela blanda), aunque de diferentes colores, de un tamaño aproximadamente igual y, por lo que aquí interesa, con un contenido muy semejante, cocaína distribuida en tres paquetes por maleta, preparados y ocultados de modo similar, tras el forro de protección interior, con el siguiente peso neto:

Tamara traía 3698,48 gramos, Leocadia 2967,38 gramos y Doroteo 2935,35 gramos; con una pureza respectiva del 83,6%, 86,1% y 82,7%; en total, más de nueve kilogramos de dicho estupefaciente con riqueza superior al 80%.

Cada uno de ellos fue sancionado con diez años de prisión y 900.000 euros de multa, y ahora recurren en casación por tres dos y dos motivos, que examinamos en parte unidos por referirse en el fondo a los mismos te-

mas o a otros exclusivos pero que, en caso de estimación, habrían de aprovechar a todos.

SEGUNDO.- Comenzamos rechazando las referencias que al núm. 2º del art. 849 LECr se hacen en el motivo 2º del escrito de recurso de Leocadia (págs. 1, 9, 10 y 11), porque en el mismo nada se dice acerca de prueba alguna que pudiera acreditar el pretendido error en la valoración del tribunal de instancia.

TERCERO.- Lo mismo hemos de decir respecto de lo alegado, con base también en dicho núm. 2º del art. 849 LECr en el motivo tercero del recurso de Tamara, ya que, en este caso se señalan como documentos el atestado, unas declaraciones de los acusados y otras de unos guardias civiles, que no son la prueba exigida por tal norma procesal. Además no se citan los extremos concretos reveladores de su contradicción con la sentencia recurrida, con lo que nos es imposible razonar al respecto (véase el núm. 6º del art. 884 LECr.).

CUARTO.- Pasamos ahora a examinar las alegaciones que en estos tres recursos se hacen con base en los arts. 852 LECr y 5.4 LOPJ, en los que se denuncia infracción de precepto constitucional, concretamente en relación con el derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE.

Como bien dice la sentencia recurrida, las defensas de los procesados reconocieron en la instancia los hechos objetivos en que se fundan las tres condenas: la aprehensión de las dos maletas de cada uno de ellos con cocaína en su interior y los pesos y grado de pureza que se afirman en los hechos probados.

Alegaron en la instancia, y lo repiten ahora en casación, que ellos no actuaron con dolo, ya que no conocían que sus maletas contuvieran cocaína.

Se dice que no hay prueba de tal elemento subjetivo, cuestión tratada correctamente en el fundamento de derecho 2º de la resolución de instancia al que nos remitimos.

Como es habitual en estos casos, hay que acudir a la prueba de indicios, mediante la cual se parte de unos hechos básicos, plenamente justificados, para llegar a aquel otro que está necesitado de acreditación.

Cuando se trata de aprehensión de objetos transportados, tal y como viene diciendo esta sala, es elemento relevante para inferir el conocimiento de la existencia de droga, el dato del importante valor económico que tiene la mercancía ilícita transportada: nadie confía a otro esa mercancía si este otro no ha sido advertido de la realidad de su contenido, a fin de que observe el cuidado necesario para conseguir que llegue a su destino.

Además, como ya hemos dicho, aquí hubo una serie de coincidencias entre los tres envíos que nos hacen pensar que ese conocimiento existió en cada uno de los procesados:

- mismo itinerario de los tres acusados: Brasil-Barcelona, vía Lisboa;

- misma marca ("Delsey") y características de las seis maletas (de arrastre y tela blanda), así como unas dimensiones semejantes;

- el mismo número de paquetes de droga, dos en cada maleta.

- el mismo lugar de ocultación de la cocaína, tras el forro de protección interior (pág. 6).

Todo esto indica una preparación igual para cada una de las maletas con el fin de transportar la droga, lo que dificulta mucho la idea de que existiera la ignorancia aquí alegada como excusa.

Si a ello unimos las declaraciones de los acusados para su exculpación en la forma expuesta en el citado fundamento de derecho 2º de la sentencia recurrida, hemos de concluir que hubo prueba de indicios razonablemente suficiente para justificar la existencia del dolo, impugnada por los tres recurrentes.

QUINTO.- Por falta de concreción, lo que nos impide contestar al respecto, hemos de rechazar las impugnaciones que se realizan en el escrito de recurso de Doroteo con relación a la existencia de indefensión material y a la vulneración del derecho a un proceso justo (o con todas las garantías del art. 24.2 CE) -pág 15 y 18 de tal escrito-.

SEXTO.- En el apartado 11.5 de dicho escrito de recurso de Doroteo -pág. 16- se plantea otra vez ante esta sala el problema suscitado por el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19.12.1966, que dispone lo siguiente: "Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que su fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley". Se cita al respecto un dictamen del Comité de Derechos Humanos de la ONU, para poner de manifiesto que el recurso de casación regulado en nuestra LECr no cumple la garantía de la llamada "doble instancia", exigida por esta norma de rango supraestatal en beneficio de los condenados en un proceso penal.

Partimos de que son varios los dictámenes del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas que han estimado que la regulación actual del recurso de casación penal en nuestro país viola el mencionado art. 14.5. Por ejemplo, el de 25 de julio de 2005, dictado en un procedimiento iniciado por un abogado español que, de acuerdo con la naturaleza no

jurisdiccional de esta clase de dictámenes, concedió al Estado Parte, en este caso España, un plazo de 90 días para informar al mencionado comité sobre las medidas adoptadas sobre este asunto.

Contestamos reproduciendo lo que nuestro Tribunal Constitucional ha dicho en su auto número 91/2006, de 27 de marzo: "...de conformidad con una consolidada doctrina mantenida por este Tribunal, el recurso de casación cumple esa condición de recurso efectivo requerida por el Comité en su lectura del art. 14.5 PIDCP (SSTC 70/2002, de 3 de abril, 80/2003, de 28 de abril, 105/2003, de 2 de junio y ATC 104/2002, de 17 de junio) ya que existe una asimilación funcional entre el recurso de casación y el derecho a la revisión de la declaración de culpabilidad y la pena declarado en el art. 14.5 PIDCP, siempre que se realice una interpretación amplia de las posibilidades de revisión en sede casacional y que el derecho reconocido en el Pacto se interprete no como el derecho a una segunda instancia con repetición íntegra del juicio, sino como el derecho a que el Tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia".

En el caso presente, basta examinar el contenido del fundamento de derecho 2º de la sentencia recurrida -págs. 4 a 6- y lo que se dice en la presente resolución, dedicado a examinar la prueba de cargo existente en este proceso, para que quede de manifiesto que lo resuelto por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona cumple con la mencionada garantía del art. 14.5.

**SÉPTIMO.-** También alega la defensa de Doroteo la infracción de otro precepto de orden constitucional, el relativo al derecho a la libertad del art. 17.1 CE, por la prisión provisional acordada para dicho recurrente -asimismo para los otros dos- en las presentes actuaciones. Recordamos aquí que todo lo relativo a tal medida cautelar es competencia del tribunal de instancia: para ello lo concerniente a esas prisiones provisionales se tramitan en pieza separada del procedimiento principal, pieza que queda en poder de dicho tribunal de instancia.

**OCTAVO.-** Dicho Doroteo nos habla también de falta de proporcionalidad de las penas impuestas.

Nos referimos aquí a la pena de prisión, dejando lo concerniente a la de multa para el último fundamento de derecho de esta resolución.

Nada dice la sentencia recurrida en cuanto al porqué de su elevación a 10 años desde los 9 años y 1 día previstos como mínimo en el art. 369 (en relación con el 368 y regla 1ª del art. 70.1, todos del CP). Incumple así la sala de instancia su deber de motivación exigido en el art. 72 del mismo código, que es una concreción en

este punto de lo dispuesto en el 120.3 CE.

No obstante, queda clara la razón de ser de esa duración de 10 años. Lo justifica ciertamente la cuantía de la droga ocupada, más de nueve kilogramos de cocaína de una riqueza superior al 80%, lo que es una cifra muy alejada de los 759 gramos, a partir de los cuales es obligado aplicar la agravación específica del actual núm. 6º del art. 369.1, prevista para los casos de notoria importancia de la cantidad de droga objeto del delito.

Entendemos que hay razón para computar en la cuantía total de la cocaína intervenida, respecto de cada uno de los procesados, la suma de los contenidos de las seis maletas que llevaban los tres, pues ha quedado acreditado el acuerdo de todos ellos, a la vista de las coincidencias entre los comportamientos delictivos de dichos tres procesados, coincidencias a las que nos hemos referido en los fundamentos de derecho 1º y 4º de la presente resolución.

**NOVENO.-** Dentro del motivo 1º del recurso de Doroteo (pág. 4), con base en el núm. 1º del art. 849 LECr, se denuncia infracción de ley por aplicación indebida del art. 368 CP.

Se alega que la actividad de transporte de la cocaína, en este caso el traslado de Brasil a España, no constituye el delito contra la salud pública del referido art. 368 CP, ya que la jurisprudencia solo incluye los casos de compraventa, permuta y donación.

Es claro que no tiene razón el recurrente, pues tal transporte es un hecho de tráfico que sirve para facilitar el consumo ilegal de la sustancia estupefaciente al acercarla al lugar donde ha de utilizarla el consumidor. Así lo viene reconociendo esta sala en múltiples sentencias (STS 21.11.2007, 19.2.2003, 25.3.2002, 3.12.2001 y 30.9.1997, entre otras). Es precisamente una de las modalidades delictivas más frecuentes en esta clase de infracciones.

**DÉCIMO.-** También se alega por las defensas de Doroteo y Leocadia infracción de ley por aplicación indebida del núm. 6º del art. 369.1 CP, que cualifica este delito en los casos de notoria importancia de la cantidad de droga objeto de la infracción, que para estos casos de cocaína ha de apreciarse a partir de los 750 gramos de droga pura, conforme a conocida doctrina de esta sala tras nuestro acuerdo del pleno celebrado el 19 de octubre de 2001, equivalentes a quinientas dosis de consumo diario.

Alega la defensa de Leocadia en su motivo 2º que no debió tenerse en cuenta para el cómputo de esa cantidad el total de la sustancia estupefaciente intervenida a los tres condenados, sino solo la que llevaba la recurrente en las dos maletas que ve-

nían facturadas a su nombre, cantidad que no es suficiente para tal agravación.

Han de rechazarse estas alegaciones:

1º. Porque, tal y como ya se ha dicho, las coincidencias entre los comportamientos de cada uno de los tres, que ya hemos referido en los fundamentos de derecho 1º y 4º de esta resolución, revelan una sola actividad delictiva en la que cooperaron cada uno de tales tres acusados.

2º. Porque, incluso, computadas las cantidades que cada uno traía en sus dos respectivas maletas, aproximadamente tres kilogramos de una riqueza superior al 80% (las cifras concretas ya se han concretado en el fundamento de derecho 1º), superan con mucho margen esa cifra de 750 gramos puros antes dicha.

**UNDÉCIMO.-** La cuestión de la pena de multa aparece propuesta en el motivo 2º del recurso de Leocadia (pág. 10) y en el 1º de Doroteo (págs. 1 y 2).

En el anterior fundamento de derecho 2º ya hemos puesto de manifiesto la carencia de motivación en cuanto a la duración de la pena de prisión, algo que hay que decir también con relación a la cuantía de la multa.

Hemos subsanado nosotros, según expusimos en el fundamento de derecho 8º, esa falta de motivación en cuanto a la pena de prisión, ya que la pena de 10 años aparece justificada por la importante cantidad de la cocaína intervenida a los tres acusados.

Pero esta subsanación no es posible respecto de la multa, porque lo que se dice en el apartado segundo de los hechos probados de la sentencia recurrida -"el valor total de la cocaína incautada ascendería en el mercado ilícito al que iba destinada a quinientos setenta mil euros aproximadamente"- es algo que el tribunal de instancia ha tomado del escrito de conclusiones provisionales del Ministerio Fiscal (folio 98 del rollo de la Audiencia Provincial), sin que podamos conocer de dónde ha salido esta cantidad.

El Ministerio Fiscal, al informar sobre esto en su escrito presentado en el trámite de este recurso nos cita el folio 26, sin duda refiriéndose a las actuaciones sumariales. Pero en tal folio 26, que es parte de un atestado de la Guardia Civil, solo aparece una "diligencia de pesaje y valoración de la droga intervenida", en la cual consta como valor, no esos 570.000 euros, sino la cifra de 109.634, si bien solo está referida a lo aprehendido a Leocadia, para la cual se tramitó un atestado aparte del referido a los otros dos compañeros:

Luego, en el folio 272 (tomo II), aparece, en el atestado referido a las

detenciones de estos otros dos, otra diligencia donde hay dos valoraciones más, 109.231 y 135.209 euros respectivamente referidas a la droga hallada en las maletas correspondientes a Doroteo y Tamara. Se dice en ambas diligencias que esas tasaciones se han hecho con los datos proporcionados por el "superior Centro Directivo".

Como puede verse no hay coincidencias entre la suma de estas tres cantidades indicadas por la Guardia Civil y esos 570.000 euros referidos en el citado apartado segundo de los hechos probados.

Por tanto, hay que rectificar esa cuantía en el citado apartado segundo de tales hechos probados y modificar también la multa impuesta.

Por todo lo expuesto, hay que estimar parcialmente los recursos formulados por Doroteo y Leocadia, lo que ha de aprovechar a la otra recurrente, Tamara, por encontrarse los tres en la misma situación, conforme a lo dispuesto en el art. 903 LECr; aprovechamiento que ha de extenderse a la declaración de las costas de oficio, de acuerdo con lo que esta sala viene acordando en casos similares.

## FALLO

**NO HA LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN** formulado por Tamara (o Camino) contra la sentencia que la condenó a ella y a otros dos por delito contra la salud pública relativo a tráfico de drogas, dictada por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona con fecha dos de octubre de dos mil ocho.

**HA LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN** formulado contra la misma resolución por Doroteo y al interpuesto por Leocadia, por estimación parcial de sus respectivos motivos relativos a infracción de precepto constitucional, lo que ha de aprovechar a la otra recurrente.

Por ello anulamos la mencionada sentencia que se sustituirá por la que dictamos a continuación.

Declaramos de oficio las costas de los tres recursos.

Dada la situación de prisión en que al parecer se encuentran dichos condenados, comuníquese por fax el contenido del presente fallo y del que a continuación se dicta a la mencionada Audiencia Provincial a los efectos legales oportunos. En su día se devolverá la causa con certificación de esta sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Giménez García José Ramon Soriano Soriano Manuel Marchena Gómez Alberto Jorge Barreiro Joaquín Delgado García

## SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de septiembre de dos mil nueve

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción número 2 de El Prat de Llobregat con el núm. 26/06 y seguida ante la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona que ha dictado sentencia condenatoria por delito contra la salud pública contra los acusados Doroteo, Leocadia y Tamara, sentencia que ha sido anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, integrada por los anotados al margen, siendo ponente Joaquín Delgado García. Se tienen aquí por reproducidos todos los datos de dichos acusados que aparecen en el encabezamiento de la sentencia recurrida.

## ANTECEDENTES

Los de la sentencia de instancia y los de la anterior sentencia de casación, incluso los hechos probados de la primera, con la salvedad de que en su apartado segundo se sustituye la cantidad de 570.000 euros por la de 354.074 euros (trescientos cincuenta y cuatro mil setenta y cuatro euros).

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los de la sentencia recurrida y anulada.

SEGUNDO.- Los de la referida sentencia de casación, particularmente el último de ellos en el que se razona sobre la cuantía de la pena de multa.

## FALLO

Se tiene por reproducida aquí la parte dispositiva de la sentencia recurrida y anulada, pero reduciendo la pena de multa impuesta a cada uno de los tres acusados a 354.074 euros (trescientos cincuenta y cuatro mil setenta y cuatro euros).

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Giménez García José Ramon Soriano Soriano Manuel Marchena Gomez Alberto Jorge Barreiro Joaquín Delgado García

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

Tribunal Supremo y en la elaboración de descriptores para la base de datos.

Así lo hicieron, desde el 1 de junio de 2000 D<sup>a</sup> Elvira y desde el 1 de marzo de 2001 D. Hipólito, hasta que el 30 de abril de 2004 se les impidió la entrada en las dependencias donde venían desarrollando su actividad.

Impugnaron su cese ante la jurisdicción del orden social, dictándose inicialmente el 23 de julio de 2004 una sentencia estimatoria, que declaraba improcedentes sus despidos, por el Juzgado de lo Social núm. 5 de los de Madrid (autos 522/2004).

Posteriormente, esa sentencia fue revocada en vía de recurso de suplicación por otra, de 12 de abril de 2005, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que, en su fallo, declaró la incompetencia del orden jurisdiccional social para conocer del asunto y designó como competente al orden contencioso-administrativo.

Esta última sentencia ganó firmeza por haber sido inadmitido el recurso de casación para la unificación de doctrina que se intentó ante la Sala Cuarta de este Tribunal Supremo.

De esa sentencia del Tribunal Superior de Justicia es de interés aquí resaltar lo que continúa.

Justificó su pronunciamiento de incompetencia del orden social con el argumento principal de que la actividad desarrollada por los recurrentes no merecía la calificación de relación laboral y sí, por el contrario, la de contratación de consultoría y asistencia regulada en el art. 196 (1 y 2) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio).

Afirmó también que inicialmente existió un contrato menor durante los años 2000, 2001 y 2002, en tanto la cuantía no excedió de 2000.000 de pesetas, así como que en 2003 la retribución anual de cada documentalista ascendió a 13.020 euros y, a pesar de esta cuantía, debido a la inercia, se mantuvo la tramitación del contrato menor.

Declaró igualmente que, como consecuencia de lo anterior, la contratación de ese último ejercicio anual debía de considerarse irregular y así lo puso de manifiesto la Interventora del Consejo en 2004.

Y, por último, razonó que la irregularidad no tornaba el contrato laboral "sino que únicamente podría haber dado lugar a su anulabilidad, conforme a lo dispuesto en el artículo 63 de la Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, produciendo los

efectos prevenidos en el artículo 65 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, es decir, la liquidación y, en su caso, indemnización de daños y perjuicios".

Los dos recurrentes presentaron el 6 de noviembre de 2006 sendas solicitudes ante el Consejo en las que deducían la petición de que se reconociera que la relación que habían mantenido era la de funcionario interino y se les repusiera en el puesto de trabajo, como también el abono de la cantidad de 1.085 euros que les era adeudada en la fecha del cese (en el criterio de tales recurrentes).

Argumentaban para ello que la relación que habían mantenido no era laboral porque así lo había declarado una sentencia firme; tampoco podía ser calificada como contrato administrativo, porque no se había ajustado a lo establecido sobre los contratos menores en el art. 56 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; e igualmente debía ser descartada la relación de funcionarios de carrera.

Y, con base en todo lo anterior, sostenían que esa relación exclusivamente podía ser calificada como de funcionario interino.

El acuerdo de 14 de noviembre de 2006 de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial resolvió desestimar íntegramente las peticiones de D<sup>a</sup> Elvira y D. Hipólito.

SEGUNDO.- El presente recurso contencioso-administrativo, interpuesto también por D<sup>a</sup> Elvira y D. Hipólito, se dirige contra ese acuerdo del Consejo de 14 de noviembre de 2006 que antes ha sido mencionado, y en la demanda se deducen dos pretensiones:

a) La declaración de que los recurrentes son funcionarios interinos del Consejo General del Poder Judicial, con los derechos de todo tipo inherentes a tal declaración.

b) Que se les abone la cantidad de 1.085 euros.

Para apoyar esas pretensiones la demanda incluye un primer apartado de hechos en el que se da cuenta de la relación que mantuvieron con el Consejo durante el tiempo que antes fue indicado, así como de sus ceses, y también de ese proceso seguido ante la jurisdicción social que igualmente fue mencionado con anterioridad.

Luego, en el apartado de fundamentos de derecho, vienen a reiterar los mismos argumentos jurídicos que fueron esgrimidos en la solicitud que fue presentada en vía administrativa, es decir, que no ha existido contrato de trabajo, contrato administrativo ni relación funcional y que, como consecuencia de todo ello, la relación mantenida con el Consejo Ge-



# TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2009/259249

TS Sala 3<sup>a</sup>, Sección: 8, Sentencia 4 noviembre 2009. Ponente: D. Nicolás Maurandi Guillén

## Denegación de la condición de funcionario interino a pesar de la irregularidad en la contratación

*El TS estima en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto frente a acuerdo del CGPJ, por el que se cesó a los actores en sus funciones de documentalistas, que se anula sólo en cuanto a la desestimación que decidió de la solicitud de abono económico que le fue planteada, condenando al CGPJ a abonar a cada recurrente la cantidad de 1.085 euros. La Sala considera que los actores no tienen la condición de funcionarios interinos, pues aunque la naturaleza de su contrato no era laboral porque así lo había declarado una sentencia firme, no reúne las condiciones requeridas para asumir la condición de funcionario interino, ya que no está referida a un puesto de trabajo que esté atribuido a un funcionario público de carrera, teniendo encaje en la figura del contrato de consultoría y asistencia. Por otra parte, aceptada la existencia de hecho del contrato y de las recíprocas contraprestaciones que a través de él se intercambiaron los recurrentes y el Consejo, y no habiéndose negado la realidad de la actividad y del impago de la mensualidad reclamada, sí procede acceder a la segunda pretensión económica que es deducida en la demanda.*

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los aquí recurrentes, D<sup>a</sup> Elvira y D. Hipólito, realizaron

para el Consejo General del Poder Judicial una actividad de documentalistas, consistente en colaborar en la selección de sentencias y autos del

neral del Poder Judicial sólo puede ser considerada de funcionario interino.

TERCERO.- No tienen razón los recurrentes en su pretensión de que se califique de funcionario interino la relación que mantuvieron con el Consejo, y sí es acertada, por el contrario, la argumentación que para oponerse a ella ha desarrollado el Abogado del Estado.

Así debe ser, en primer lugar, porque, efectivamente, tanto en la regulación vigente cuando los demandantes realizaron su actividad de documentalistas (los artículos 5 y 104 de Texto Articulado de la Ley de Funcionarios del Estado de 7 de febrero de 1964) como en el artículo 10 de la actual Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, la figura o condición de funcionario interino necesariamente tiene que ir referida a un puesto de trabajo que esté atribuido a un funcionario público de carrera y, por circunstancias coyunturales, no sea posible cubrirlo con esa específica clase de empleado público previsto para su normal desempeño. Mientras que en el caso aquí litigioso no consta que, en la relación de puestos de trabajo del Consejo General del Poder Judicial o en la plantilla orgánica del mismo (previstas, respectivamente, en los artículos 145.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 132 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del CGPJ), esa actividad de documentalista encarne el contenido de alguno de los puestos funcionariales existentes en los diferentes órganos del Consejo.

En segundo lugar, porque, a falta de lo anterior, la naturaleza de la actividad de documentalista tiene pleno encaje en el objeto que para los contratos de consultoría y asistencia aparecía en el artículo 196 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Estado de 16 de junio de 2000.

Y, por último, porque la falta de observancia de la tramitación legalmente prevista para la contratación administrativa puede posibilitar su anulación pero no desvirtúa o altera la naturaleza que en rigor deba corresponder al vínculo que pueda haber existido con la correspondiente Administración.

Sin embargo, aceptada por el propio Abogado del Estado la existencia de hecho del contrato y de las recíprocas contraprestaciones que a través de él se intercambiaron los recurrentes y el Consejo, y no habiéndose negado la realidad de la actividad y del impago de la mensualidad reclamada, sí procede acceder a la segunda pretensión económica que es deducida en la demanda.

Es de recordar al respecto la aplicación jurisprudencial que en tales casos se viene haciendo de la doctrina del enriquecimiento injusto.

CUARTO.- Procede, pues, la estimación parcial del recurso contencioso-administrativo en los términos que resultan de todo lo antes razonado, esto es, acogiendo únicamente la pretensión de abono de la cantidad de 1.085 euros a cada recurrente y desestimando la pretensión de que se declare en ellos la condición de interinos del Consejo General del Poder Judicial.

Y no median circunstancias para hacer un especial pronunciamiento sobre costas.

### FALLO

1.- Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D<sup>a</sup> Elvira y D. Hipólito frente al Acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial -CGPJ- de 14 de noviembre de 2006 y anular este acto administrativo, por no ser conforme a Derecho, sólo en cuanto a la desestimación que decidió de la solicitud de abono económico que le fue planteada.

2.- Condenar al Consejo General del Poder Judicial a abonar a cada recurrente la cantidad de 1.085 euros.

3.- No hacer pronunciamiento especial sobre costas.

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

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

2009/265372

TS Sala 3<sup>a</sup>, Sección: 8, Sentencia 16 noviembre 2009. Ponente: D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

## Caducidad del expediente incoado a un magistrado por el transcurso de seis meses sin resolver

*El TS estima el recurso contencioso administrativo interpuesto por el magistrado de la Audiencia Provincial y anula el acuerdo del CGPJ que le sancionó con multa por una falta grave consistente en utilizar en las resoluciones judicia-*

*les expresiones innecesarias. La Sala considera que el procedimiento sancionador ha caducado al constatar que han transcurrido seis meses desde la fecha de incoación del procedimiento hasta la notificación de la sanción, sin que la devolución del expediente al instructor para que someta al interesado una propuesta de resolución que incluya una calificación jurídica de mayor gravedad, sirva para ampliar el plazo de resolución, al no constituir en este concreto supuesto una causa excepcional.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Comisión Disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial sancionó con multa de 600 € a D. Evaristo, magistrado de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de la localidad C., por incurrir en la falta grave prevista en el artículo 418.6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En particular, tuvo en cuenta que en la sentencia de 29 de noviembre de 2005 (rollo de apelación 293/05), que confirmó la del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Torrelavega, condenatoria de la recurrente por faltas de injurias y lesiones, en el fundamento tercero, decía lo siguiente:

“Tercero.- Lo dicho hasta aquí se ha hecho por este Magistrado como profesional encargado de administrar justicia. Más la respuesta dada en poco puede incidir y cambiar la situación de las personas intervinientes. Dando por supuesto su consentimiento o al menos la no oposición, permitan, Ismael y Concepción, verdaderos protagonistas del litigio, que les añada una nueva consideración que les pueda servir para su situación real y existencial como personas, unidas en matrimonio.

Hay que partir, como premisa fundamental de que se admita la existencia de Dios, que ha creado el hombre/mujer para ser señor de toda la creación y llamado a compartir su misma vida. También admitir la existencia del Maligno, que se rebeló contra Dios y que se constituye en el principal enemigo del hombre, al intentar romper ese lazo de amor que está llamado a compartir.

La situación vuestra Ismael y Concepción es la de toda criatura, que está iluminada por la Escritura. Dice en efecto el Génesis (capítulo 2 y 3) “y Dios impuso al hombre este mandamiento: de cualquier árbol del jardín puedes comer, más del árbol de la ciencia del bien y del mal no comerás so pena de muerte”.

“La serpiente que era el más astuto de todos los animales dijo a la mujer: ¿cómo es que Dios os ha dicho no comáis de ninguno de los árboles del Jardín? Respondió la mujer a la ser-

piente: podemos comer del fruto de los árboles del jardín más del árbol de la ciencia del bien y del mal que está en medio del jardín, ha dicho Dios: “no comáis de él que el día que comiereis moriréis sin remedio.”

Este mandato está dirigido a todo hombre/mujer y por tanto también estaba destinado a Ti Ismael esposo de Concepción. Compartías la vida con tu mujer, tenías una hija, tenías salud y es de suponer que disfrutabas de las condiciones necesarias para vivir una vida normal de agradecimiento a Dios. Sin embargo apareció en tu vida una mujer mucho más joven que tu esposa, y que tu suponías podía hacerte más feliz. Apareció también el maligno y te dijo ¿Cómo es que Dios te prohíbe comer de ese árbol? Come y serás como Dios conocedor del bien y del mal.

Y tu, como Adán y no obstante ser consciente de los muchos árboles de tu vida que puedes disfrutar viendo que ese fruto prohibido era apetecible a la vista y bueno para lograr sabiduría, entendida como lo socialmente correcto, te erigiste en decisor de lo que es bueno y malo y comiste del árbol.

Y como con Adán y Eva, surgió el infierno en vuestro matrimonio y vuestra familia generando la separación y la huida, y los problemas que sólo vosotros conocéis. Pero ante esta situación de sufrimiento y de esclavitud es posible la reconciliación. Y digo situación de esclavitud porque todo tiene su base en que has creído que Dios no es amor porque te ha prohibido un fruto apreciable a la vista y alabado socialmente. Y afirmar que Dios no es amor es afirmar que Dios no existe, y entonces se ponen todas las esperanzas en esta vida temporal, y como esta vida, la tienes sólo dentro de unos límites, quieres a toda costa beberla en su integridad, rechazando todo lo que te lleve o suponga la muerte; y como tu mujer, a una determinada edad, supones tu, ya no me puede dar, en sexo, afectividad o carácter, la vida que yo anhelo, pues me voy a beber de otra fuente que estimas, menos gastada.

Os digo que la verdadera justicia para vuestro matrimonio está en la reconciliación ¿por qué? Porque Jesucristo, cogiendo las debilidades y rebeldías de todos murió por ellas y las destruyó, pagando el precio de nuestros pecados y a cambio, resucitado por el Espíritu nos regaló la vida eterna y dejó en la Iglesias ese espíritu vencedor de todo tipo de muerte.

De forma que ahora es posible no comer de esos frutos que Dios conocedor del bien y del mal, señala como prohibidos, porque nos conducen a la muerte. Y es posible porque se tiene la esperanza en una vida eterna y por tanto, que nadie la puede quitar. Es cuestión de que, Ismael y Concepción, pongáis en medio de

vuestras vidas el Espíritu de Jesucristo Resucitado, capaz de llenar el anhelo de vida que tiene vuestro corazón.

Y por eso tenéis que acudir a quien dispone de esa fuerza salvadora que es la Iglesia Católica, diciendo a sus Ministros que queréis participar y comer de ese fruto, que, es posible que se encuentre dormido, pero que, soy testigo, es real y que os digan el camino de iniciación para poder experimentar ese Espíritu que es vencedor de toda situación de muerte.

Perdonadme esta disquisición, que os ofrezco a vuestra libertad, y que entiendo como algo bueno y la mejor justicia que como Magistrado que aspira a ser cristiano pretende dispensaros”.

Y que en la sentencia de 16 de enero de 2006 (rollo de apelación 3/06), también confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Medio Cudeyo, absolutoria de faltas de amenazas y vejaciones, decía en su fundamento cuarto lo siguiente:

“Cuarto.- En base a lo razonado procede desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de D<sup>a</sup> María Luz, contra la sentencia de fecha 9 de noviembre de 2005, dictada por el Juzgado de Primera e Instrucción núm. 1 de Medio Cudeyo, que se ha de confirmar en sus propios pronunciamientos eso sí invitando a los contendientes en beneficio propio y de sus hijos, a que intenten la reconciliación, mediante el perdón mutuo, objetivo sólo alcanzable si ponen en medio la fuerza de Jesucristo Resucitado”.

SEGUNDO.- La Comisión Disciplinaria, a instancias de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, incoó el 13 de septiembre de 2006 expediente disciplinario al Sr. Evaristo. El instructor, tras informar el Ministerio Fiscal que los hechos eran constitutivos de una falta leve del artículo 419.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que debía ser sancionada con advertencia, elevó propuesta en ese mismo sentido a la Comisión Disciplinaria el 22 de enero de 2007.

Esta última, sin embargo, le devolvió el expediente el 21 de febrero siguiente para que practicase nuevas actuaciones de instrucción por la posible falta grave del artículo 418.6, haciendo constar, por un lado, que el requisito de procedibilidad contemplado por este precepto no es aplicable a las manifestaciones innecesarias, improcedentes o extravagantes, sino sólo a las irrespetuosas u ofensivas y que el acuerdo que estaba adoptando era una circunstancia excepcional a los efectos previstos en el artículo 425.6, siempre de la Ley Orgánica, por lo que prolongaba el plazo de duración del expediente en cuestión. El instructor elevó nueva

propuesta el 27 de febrero, esta vez calificando los hechos como falta grave del artículo 418.6 y proponiendo una sanción de multa de 600 €

Trasladada al expedientado, éste formuló sus alegaciones el 1 de marzo de 2007 y la Comisión Disciplinaria resolvió en el sentido ya conocido el 21 de marzo siguiente, notificándose el acuerdo correspondiente al Sr. Evaristo el 9 de abril de 2007. Recurrido en alzada, el Pleno lo confirmó por acuerdo de 28 de mayo de 2008, al que se ha ampliado este recurso contencioso-administrativo.

La Comisión Disciplinaria justificó su decisión rechazando, en primer lugar, que se hubiera dejado indefenso al expedientado por no aceptar el instructor las pruebas que había solicitado. Eran las mismas que se querían practicar en este proceso y que se han mencionado en los antecedentes.

Después, explicó que la exigencia del precepto aplicado de que, para proceder el tribunal superior haya deducido testimonio o remitido comunicación respecto de quien dictó la resolución de la que ha conocido por vía de recurso únicamente juega cuando incluye manifestaciones irrespetuosas u ofensivas desde el punto de vista del razonamiento jurídico pero no cuando sean innecesarias, improcedentes o extravagantes. Y, respecto de la sanción impuesta, dice que la multa de 600 € se corresponde con la significación y trascendencia objetiva de los hechos enjuiciados.

Por su parte, el Pleno, al desestimar la alzada, hizo suyo el informe de la Comisión Disciplinaria sobre el mismo. Informe que ponía de manifiesto que los hechos estaban acreditados así como su encaje en el precepto aplicado. Y sobre la caducidad alegada por el Sr. Evaristo observó que la devolución del expediente al instructor la excluía pues es una de las circunstancias excepcionales que, según el artículo 425.6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, autorizan la prolongación del plazo de seis meses que ese precepto fija como duración del procedimiento.

TERCERO.- En su demanda el Sr. Evaristo repasa el iter del expediente disciplinario que se le siguió, subrayando que en su origen estuvo la iniciativa de dos de sus compañeros y las fechas de las distintas actuaciones.

A partir de ahí, alega, en primer lugar, la caducidad del procedimiento sancionador por haber excedido de los seis meses previstos en el artículo 425.6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial sin que el instructor hubiera dado cuenta de que existirían circunstancias excepcionales que justificaran la ampliación de ese plazo. Además, afirma que no hubo ninguna causa de esa naturaleza, ya que

no lo es el acuerdo de la Comisión Disciplinaria de 21 de febrero que devolvió las actuaciones al instructor, acuerdo que, por otra parte, no precisa por cuanto tiempo se prolongaría la duración del expediente y que no se le notificó, causándosele, así, indefensión. A lo que añade que, en todo caso, la prolongación debería limitarse a los días que transcurren entre el 21 y el 27 de febrero, día este último en que el instructor presentó su nueva propuesta de resolución.

En suma, concluye en este punto, incoado el expediente el 13 de septiembre de 2006 y notificado el acuerdo sancionador el 9 de abril de 2007, se han superado en exceso los seis meses.

Sobre las cuestiones de fondo, discrepa de la interpretación que ha hecho del artículo 418.6 de la Ley Or-

■

*"La cuestión, por tanto, no es la de si se resolvió el expediente y notificó el acuerdo que le puso fin dentro de los seis meses, sino la de saber si la devolución del expediente al instructor constituye una causa excepcional que, conforme al propio artículo 425.6, autoriza a continuar el procedimiento más allá de ese período."*

■

gánica del Poder Judicial, defendiendo que el requisito de procedibilidad juega en todos los casos. Para ello se fija en todos los artículos de ese texto legal que utilizan la expresión “en este caso” e insiste en la arbitrariedad y desigualdad que supone que sea más fácil sancionar conductas menos graves y dejar impunes las resoluciones con expresiones manifiestamente ofensivas o irrespetuosas desde el punto de vista del razonamiento jurídico contenidas en resoluciones dictadas en vía de recurso, no sancionables por falta del requisito de procedibilidad respecto de las emanadas del órgano a quo, cuya resolución se impugna, las cuales sí pueden ser objeto de expediente sin requisito de procedibilidad. Subraya en este extremo que la posición que defiende fue mantenida en el voto particular a la sentencia del Pleno de esta Sala de 5 de diciembre de 2005.

Por último, pide que condenemos en costas al Consejo General del Poder Judicial por considerar que ha obrado con mala fe. Justifica esta pretensión recordando que la iniciativa del expediente no partió de las partes ni del Ministerio Fiscal. Que la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria calificó los hechos como falta leve en criterio compartido por el Ministerio Fiscal y ha sido la arbitraria aplicación de la legalidad, atendiendo a razones de oportunidad, lo que ha llevado a la sanción.

CUARTO.- El Abogado del Estado pide la desestimación del recurso porque el expediente no ha caducado. Para la contestación a la demanda su devolución al instructor es una circunstancia excepcional de las que contempla el artículo 425.6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Se refiere, además, a las consideraciones que la sentencia del Pleno de la Sala de 5 de diciembre de 2005 dedica a la posibilidad de dejar en suspenso el plazo previsto, conforme al artículo 42.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como a la de interrumpir su cómputo cuando el procedimiento se paralice por causas imputables al interesado (artículo 44.2, párrafo segundo). Se fija, también, en que la primera propuesta la hizo el instructor el 12 de febrero de 2007, es decir, con antelación bastante para que el expediente hubiera concluido dentro de los seis meses.

Y en que la devolución se dispuso el 21 de febrero siguiente, extremo éste en el que ve ulterior confirmación de su argumento: de no haberse dictado ese acuerdo, el expediente habría terminado a tiempo. En fin, resalta que, a partir de esta última fecha, tanto el instructor como el Consejo General del Poder Judicial actuaron con absoluta celeridad.

En cuanto a la indefensión alegada en la demanda por falta de notificación al interesado del acuerdo devolutorio y a la falta en él de un plazo concreto de ampliación del general de seis meses, dice que, no cabe acogerla porque la nueva propuesta fue formulada seis días después y se le notificó al Sr. Evaristo el día siguiente. Añade que la falta de dación de cuenta por parte del instructor de la existencia de circunstancias excepcionales no conlleva infracción legal alguna ya que la prolongación se debió a la decisión de la Comisión Disciplinaria y no tenía sentido que aquél le informara de lo que ella misma había resuelto.

Tampoco acepta que la ampliación del plazo debiera limitarse a los días consumidos en la formulación de la nueva propuesta, pues con posterioridad a la misma debía ser notificada a los interesados para sus alegaciones.

Sobre el fondo, entiende que no cabe aceptar la interpretación propuesta por el recurrente, pues el entendimiento razonable del artículo 418.6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial es el realizado por el Consejo. Además, apunta que la tesis de la demanda lleva a instaurar en la práctica un espacio de inmunidad para los jueces dada la alta probabilidad de que las partes no se dirijan al tribunal superior, el cual, al no conocer los hechos, no remitirá comunicación ni testimonio alguno. Por último, precisa que la sentencia de 5 de diciembre de 2005 no contiene doctrina aplicable a este caso y que el voto particular a la misma no contempla circunstancias como las que se han dado aquí.

QUINTO.- Según se ha visto, no hay duda de que se ha superado el plazo de seis meses establecido por el artículo 425.6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, plazo que, según la sentencia del Pleno de esta Sala de 27 de febrero de 2006 (recurso 84/2004), seguida por otras muchas de esta Sección, es de caducidad. El mero cotejo de las fechas lo pone de manifiesto y la contestación a la demanda no lo niega. Conviene, no obstante, repasar cuál ha sido la secuencia temporal del procedimiento.

Así, la Comisión Disciplinaria acordó incoar expediente el 13 de septiembre de 2006, designando instructor al mismo tiempo. La designación de la secretaria tuvo lugar el 25 de septiembre pero no fue ratificado su nombramiento por la Comisión Disciplinaria hasta el 16 de octubre. El 13 de noviembre de 2006 el instructor acordó tomar declaración al interesado el 4 de diciembre, como así se hizo, y el 12 siguiente formuló pliego de cargos. Hasta el 8 de enero de 2007 no se notificó al interesado y al Ministerio Fiscal. Este emitió su informe el 14 de enero de 2007, recibiendo el 18 y el 22 siguiente el instructor hizo su propuesta, calificando los hechos de falta leve del artículo 419.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y proponiendo la sanción de apercibimiento.

El 7 de febrero la Comisión Disciplinaria le requirió que justificase las razones que impedían la conclusión del expediente y el instructor se lo remitió el 12 de febrero de 2007. El Consejo recibió las actuaciones el día siguiente. A partir de aquí, el 21 de febrero la Comisión Disciplinaria acordó devolver el expediente para nueva propuesta en resolución notificada el 26 de febrero. Y el instructor la hizo el día siguiente, notificándola el 28 de febrero al Sr. Evaristo, quien alegó el 6 de marzo. Ese mismo día el instructor acordó remitir las actuaciones a la Comisión Disciplinaria. La sanción se impuso, como sabemos, el 21 de marzo de 2007 y su notificación, fechada el 30 de marzo y con registro de salida del Consejo General del Poder Judicial del 3 de abril, tuvo lugar el 9 de abril posterior.

SEXTO.- La cuestión, por tanto, no es la de si se resolvió el expediente y notificó el acuerdo que le puso fin dentro de los seis meses, sino la de saber si la devolución del expediente al instructor constituye una causa excepcional que, conforme al propio artículo 425.6, autoriza a continuar el procedimiento más allá de ese período.

Para dar una respuesta a la pregunta, debemos fijarnos, en primer lugar, en que en el mismo artículo 425, en su apartado 5, o sea, el inmediatamente anterior al que fija el plazo del expediente disciplinario, se dice:

“5. Podrán las autoridades competentes devolver el expediente al instructor delegado para que comprenda otros hechos en el pliego de cargos, complete la instrucción o someta al interesado una propuesta de resolución que incluya una calificación jurídica de mayor gravedad”.

Parece que, en principio, no se está contemplando aquí un acontecimiento extraordinario desde el momento en que la facultad que se atribuye a las autoridades competentes se integra en el curso normal del procedimiento. Y, en principio, parece, también, que en el planteamiento que expresa la Ley Orgánica no debe conducir por sí sola a la ampliación del plazo porque, inmediatamente después de autorizar esa devolución, el apartado 6 dice:

“6. La duración del procedimiento sancionador no excederá de seis meses.

Cuando, por razones excepcionales, se prolongase por mayor plazo, el instructor delegado deberá dar cuenta cada diez días del estado de su tramitación y de las circunstancias que impiden su conclusión a la autoridad que hubiere mandado proceder”.

En efecto, no cuesta excesivo esfuerzo concluir que está incluyendo dentro de ese plazo el tiempo consumido como consecuencia de la devolución. Corroboran esta interpretación los términos taxativos en que se ordena que no se superen los seis meses y la exigencia de que las razones excepcionales por las que puede superarse ese margen temporal sean explicadas por el instructor a la autoridad que mandó proceder y justificada su persistencia cada diez días, con lo que está subrayando su carácter singular y extraordinario. O sea, la ampliación del plazo en el diseño del legislador es una excepción vinculada a hechos también excepcionales, diferentes de los avatares del procedimiento que ya están previstos expresamente.

La conclusión de que la devolución del expediente al instructor para nueva calificación no constituye una razón o circunstancia excepcional resulta con naturalidad de lo expuesto y late en las sentencias de esta Sec-

ción de 24 y 5 de noviembre de 2008 (recursos 115/2005 y 7/2006), 26 de marzo de 2008 (recurso 320/2004) y 27 de marzo de 2006 (recurso 86/2003) que apreciaron la caducidad del expediente a pesar de que la Comisión Disciplinaria hubiera hecho uso de la facultad que contempla el artículo 425.5: en todas ellas se rechaza que mediaran las circunstancias excepcionales requeridas por dicho precepto. Y en la de 17 de marzo de 2008 (recurso 68/2005) se dice al respecto:

“Aplicando la anterior doctrina al caso que ahora se resuelve, necesariamente ha de llegarse a la conclusión de la procedencia de la anulación de los acuerdos sancionadores impugnados, al aparecer dictados cuando ya se había producido la caducidad del procedimiento por haber transcurrido con exceso el plazo legal, y sin que conste que ni por parte del Instructor, ni del CGPJ, se haya dado una explicación adecuada sobre la concurrencia de razón o circunstancias extraordinarias justificativas de la tardanza en resolver. Sin que puedan tomarse por tales, las reiteradas devoluciones del expediente desde el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, a la Comisión Disciplinaria, o de ésta al Instructor, puesto que esas devoluciones no son otra cosa que un lance ordinario del procedimiento sancionador, de cuya causa inmediata es ajeno al imputado, y que no tiene nada de extraordinario o excepcional, en los términos del art. 425.6 LOPJ”.

Ahora bien, si la mera devolución del expediente al instructor no constituye por sí sola una circunstancia excepcional a los efectos que estamos considerando, tampoco debe descartarse que, en unión de otros factores, sí lo sea.

Será preciso, por tanto, examinar cada caso para comprobar en qué medida se ve afectado por condicionamientos fuera de lo común que exijan ampliar el plazo de resolución. A tal fin, será preciso contrastar con cuanto conste en las actuaciones la justificación ofrecida por el instructor o, en su caso, por la Comisión Disciplinaria para comprobar si, efectivamente, se han dado razones excepcionales.

Aplicando cuanto se ha dicho a este caso, además, de la evidente y no discutida superación del plazo para resolver, hemos de señalar que no advertimos la concurrencia de circunstancias que por su naturaleza excepcional justifiquen dicho exceso. No sirve la mera devolución, ni, desde luego, la afirmación por la Comisión Disciplinaria de que su decisión requiriendo una nueva calificación es una de las razones que permiten ir más allá de los seis meses.

La excepcionalidad que contempla la Ley Orgánica no es la que resulta de su mera proclamación por el Consejo General del Poder Judicial. Es

un concepto indeterminado que ha de ser precisado a partir de los datos de hecho concurrentes en cada supuesto.

Los que resultan del expediente ponen de relieve que aquí no se dio ninguna excepcionalidad. A diferencia de lo sucedido en otras ocasiones (por ejemplo, en la considerada por la sentencia de 25 de septiembre de 2006 (recurso 157/2003)), ni se ha producido enfermedad alguna del expedientado, ni dificultades en las notificaciones o en la recepción de los distintos escritos y documentos, ni se advierte ningún elemento fuera de lo común que pudiera justificar la prolongación del expediente. Tampoco cabe imputar al Sr. Evaristo la paralización del procedimiento. Y, si se aprecia la rapidez con la que el instructor procede a formular nueva propuesta, la agilidad con que se notifica ésta al interesado y, tras sus alegaciones, se eleva por segunda vez el expediente a la Comisión Disciplinaria, es igualmente perceptible que, incoado el expediente el 13 de septiembre de 2006, no se tomó declaración al expedientado hasta el 4 de diciembre siguiente y que formulado el pliego de cargos el 12 de diciembre de 2006, no se notifica hasta el 8 de enero de 2007 al interesado y al Ministerio Fiscal.

La lentitud con la que se dan estos pasos iniciales y el tiempo empleado en cursar las notificaciones -y no la concurrencia de razones excepcionales- explican la superación del plazo legalmente establecido. Por tanto, debemos apreciar la caducidad alegada por el recurrente y estimar su recurso, sin que sea preciso examinar las restantes cuestiones planteadas en la demanda.

SÉPTIMO.- No apreciamos en los hechos en los que se apoya el recurrente para afirmarlas mala fe ni temeridad por parte del Consejo General del Poder Judicial. Por consiguiente, conforme a lo establecido por el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción, no se hace imposición de costas.

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

## FALLO

1º Que estimamos el recurso contencioso-administrativo núm. 576/2007, interpuesto por D. Evaristo, magistrado de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de la localidad C. contra el acuerdo de la Comisión Disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial de 21 de marzo de 2007 que le sancionó con multa de 600 € por una falta grave de las previstas en el artículo 418.6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y contra el acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 28 de mayo de 2008, desestimatorio de la alzada 98/07 contra el ante-

rior al que se amplió el presente recurso.

2º Que anulamos los citados acuerdos de la Comisión Disciplinaria y del Pleno del Consejo General del Poder Judicial.

3º Que no hacemos imposición de costas.

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

Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Ramón Trillo Torres.- Juan José González Rivas.- Nicolás Maurandi Guillén.- Pablo Lucas Murillo de la Cueva.- José Díaz Delgado.- Enrique Cancer Lalanne.

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

tándose las sentencias, todo lo cual consta en los hechos probados de la sentencia que aquí damos por reproducida.

La sentencia de instancia fue confirmada en suplicación en la sentencia ahora recurrida, considerando que la no renovación del contrato de la actora obedecía a su participación en la huelga de profesorado y en los encierros que tuvieron lugar a finales de 1999 y principios de 2000.

SEGUNDO.- Recurre el Gobierno de Canarias en casación para la unificación de doctrina proponiendo como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social de Santa Cruz de Tenerife de 1-10-2003 (R-186/03) alegando la naturaleza temporal de la relación laboral del profesorado de Religión Católica, negando exista despido al cese al término anual de los contratos.

Esta sentencia, en un supuesto equivalente al del presente asunto, decidió que el contrato temporal (por cada curso académico) del profesor de religión contratado se extinguió por el cumplimiento del término y su falta de renovación no es un despido, "dada la peculiar naturaleza de la relación", que finaliza automáticamente cuando no se ha producido la propuesta del ordinario para cursos sucesivos. La conclusión de esta sentencia es la desestimación de la demanda.

Como apunta el detallado informe del Ministerio Fiscal, existen diferencias entre el caso de la sentencia recurrida y el de la sentencia de contraste; en ésta el actor ha acreditado como panorama discriminatorio la pertenencia y participación activa en una asociación de profesores de religión, la labor informativa desarrollada y su "disconformidad con la denominada aportación a los gastos de la Delegación Diocesana de Tenerife". Pero estas diferencias no constituyen obstáculo para la igualdad sustancial de los litigios comparados. De acuerdo con sentencias anteriores de esta Sala del Tribunal Supremo - STS 19-4-2005 (rec. 855/04), STS 6-6-2005 (rec. 950/04), STS 19-9-2005 (rec. 6495/03)- lo relevante a efectos de contradicción en este tipo de litigios no son los concretos indicios de lesión de derechos fundamentales esgrimidos por el trabajador, sino si el carácter temporal del contrato de trabajo puede excluir por completo el control de una eventual vulneración de los mismos (tesis de la sentencia de contraste), o si, aun reconociendo que la renovación del contrato de trabajo es facultativa, se ha de proporcionar una justificación suficiente de que la decisión adoptada de exclusión de la lista de habilitados es ajena al ejercicio de los derechos fundamentales del profesor de religión afectado (tesis de la sentencia recurrida).

Desde esta perspectiva las sentencias comparadas son contradictorias,

por lo que debemos entrar en el fondo de la cuestión planteada.

TERCERO.- La solución con arreglo a derecho de la cuestión controvertida es la contenida en la sentencia recurrida, por lo que, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, el recurso debe ser desestimado.

La cuestión litigiosa ya ha sido resuelta por esta Sala entre otras, en la sentencia de 14-01-2009 (R-996/08); 17-04-2009 (R-1577/08); 6-05-2009 (R-1912/08), y 2-02-2009 (R-768/08), (esta última dictada en recurso similar dimanante de la misma actora que en los presentes autos, si bien referida a su no contratación, para el recurso 2001-2002, con la misma sentencia de contraste).

En la primera de las sentencias antes relacionadas se argumentaba lo siguiente, después de señalar que la normativa aplicable al caso enjuiciado por razones temporales no es la actualmente en vigor contenida en la Disposición Adicional 3ª de la Ley Orgánica 2/2006, que preve la renovación automática de los nombramientos, debiendo ajustarse a Derecho la remoción.

"Como hemos dicho en anteriores sentencias (STS 6-6-2005 y STS 19-9-2005, citadas), las Administraciones no puede contratar para la docencia de religión a un personal que no ha sido seleccionado por el procedimiento común de contratación en los organismos públicos sino por un procedimiento especial de propuesta de una autoridad eclesial en el marco de una actividad de tendencia"; añadiendo las razones de fondo para entender vulnerada la garantía de indemnidad de los derechos fundamentales de los docentes de religión en casos como el presente constan de manera extensa y completa en varias sentencias recientes del Tribunal Constitucional, en una serie que se ha iniciado con STC 38/2007 (recurso de inconstitucionalidad Profesores de Religión y Moral católicas- I), ha continuado con las sentencias STC 80/2007 a 90/2007, dictadas también en recursos de inconstitucionalidad, y ha seguido luego con STC 128/2007 (recurso de amparo).

La doctrina constitucional sentada en estas sentencias se puede resumir, en lo que concierne al caso enjuiciado, en los siguientes puntos: 1) la libertad de las confesiones de establecer contenidos de las enseñanzas religiosas y criterios de cualificación de los profesores no es absoluta, sino que debe respetar tanto "las exigencias inexcusables de indemnidad del orden constitucional" como las "previsiones legales" sobre el proceso de selección; 2) por tanto, "no cabe aceptar que los efectos civiles de una decisión eclesial puedan resultar inmutables a la tutela jurisdiccional de los órganos del Estado"; 3) para comprobar la legalidad y la constitucionalidad de los referidos actos de las autoridades eclesial, éstas,



2009/234816

TS Sala 4ª, Sentencia 23 septiembre 2009. Ponente: D. Víctor Fuentes López

## Lesión del derecho de libertad sindical y de indemnidad de profesora de religión

*El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la administración autonómica codemandada frente a sentencia que declaró la existencia de vulneración del derecho de libertad sindical y de la indemnidad de la actora declarando nula la decisión del obispado de no proponer a la misma para el curso académico 2005-2006 como profesora de religión católica.*

*La Sala señala que el obispado ha omitido toda explicación justificativa de su conducta, contraviniendo así la jurisprudencia constitucional que establece que en caso de no renovación de una habilitación otorgada anteriormente, la causa invocada por razones de índole religiosa o moral ha de ser, además, compatible con los derechos fundamentales de los trabajadores en su relación de trabajo y, en este caso, se aprecia un panorama lesivo cuando la actora, que había participado en la huelga en defensa del profesorado, tampoco fue propuesta en anteriores cursos escolares, lo que dio lugar a la presentación de las correspondientes demandas por despido, declarados nulos por vulneración del derecho fundamental a la huelga.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Con carácter previo debe hacerse constar que la actora, originariamente presentó demanda por despido contra la Consejería de Educación Cultura y Deporte de la Comunidad Autónoma de Canarias; Obispado de Canarias y Ministerio de Educación y Ciencia y el Ministerio Fiscal, más tarde, reconducida por el cauce procesal sobre tutela de derechos fundamentales, al no haber sido propuesta para el nuevo curso académico 2005-2006 por el Obispado y no contratada por la referida Consejería, dictando sentencia por el Juzgado de lo Social de Galdar en 18-05-2006, estimandola parcialmente, lo mismo que la falta de legitimación pasiva del Ministerio de Educación y Ciencia, declarando la existencia de vulneración del dere-

cho de Libertad Sindical y de la indemnidad de la actora declarando nula radicalmente la decisión del Obispado de no proponer a la misma para el curso académico 2005-2006 con los efectos que constan en el fallo ya reproducido en esta sentencia. Debe indicarse también como consta en los antecedentes de hecho de esta resolución, que la actora que había participado en la huelga en defensa del profesorado y en los encierros, que tuvieron lugar a finales de 1999, y principios de 2000, tampoco fue propuesto en los cursos escolares 2001-2002, 2002-2003; 2003-2004, y 2004-2005, lo que dio lugar a la presentación de las correspondientes demandas por despido, declarados nulos, por vulneración del derecho fundamental a la huelga condenando a la Consejería a la inmediata readmisión ejecu-

en caso de no renovación de una habilitación otorgada anteriormente, deben motivar que la decisión está basada en razones “de índole religiosa o moral”; 4) una vez verificada la “motivación estrictamente religiosa”, la causa invocada de inhabilitación ha de ser, además, compatible con los “derechos fundamentales de los trabajadores en su relación de trabajo”; y 5) el control de legalidad y de constitucionalidad de la contratación de estos “trabajadores de la Administración pública educativa” se atribuye a los órganos del orden social de la jurisdicción y, en vía de amparo, al Tribunal Constitucional.”

CUARTO.- En nuestro caso, como ya se ha dicho, el Obispado de Canarias, tras la aportación de un panorama lesivo por parte del trabajador, ha omitido toda explicación justificativa de su conducta, contraviniendo así la jurisprudencia constitucional en el punto 3) de la precedente exposición resumida; todo lo cual, conducía, como ya hemos adelantado, aplicando dicha doctrina, por un elemental principio de seguridad jurídica, acorde, también, con la naturaleza y significado unificador del presente recurso, a la desestimación del mismo, con imposición de costas a la Comunidad Autónoma de Canarias (Consejería de Educación, Cultura y Deporte).

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

### FALLO

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el GOBIERNO DE CANARIAS, contra la sentencia dictada el 31 de enero de 2008 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede en las Palmas, en recurso de suplicación núm. 1092/06, iniciados en el Juzgado de lo Social núm. 1 de Galdar, en autos núm. 717/05, a instancias de D<sup>a</sup> Manuela contra Consejería de Educación Cultura y Deportes; y el Obispado de Canarias, sobre “tutela de derechos fundamentales, si bien originariamente lo fue de despido”. Con imposición de costas a la Comunidad Autónoma de Canarias (Consejería de Educación, Cultura y Deporte).

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. Victor Fuentes Lopez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

2009/240072

TS Sala 4<sup>a</sup>, Sentencia 17 septiembre 2009. Ponente: D. Jordi Agustí Juliá

## Inexistente vulneración de la garantía de indemnidad en despido

*El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el trabajador demandante frente a sentencia que rechazó la nulidad de su despido, declarándolo improcedente.*

*La Sala señala que, habiendo devenido firme la sentencia desestimatoria de la reclamación del demandante contra la decisión empresarial de trasladarle a Egipto y, a la vista de la conducta del recurrente y del conjunto de reclamaciones judiciales efectuadas por él mismo antes de su despido y los resultados de éstas, hay que concluir que no existe indicio alguno de vulneración del derecho a la garantía de indemnidad y, por ende, la baja del demandante en la Seguridad Social, origen del despido, es ajena a los numerosos enfrentamientos judiciales que se han producido con anterioridad al mismo.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- En las presentes actuaciones se discutió acerca de la calificación del despido de que fue objeto el demandante en un supuesto en el que concurrían, como acreditadas, sustancialmente, las siguientes circunstancias fácticas:

1) El demandante, que había estado trabajando para las empresas demandadas Cementos La Unión, S.A. desde el 1 de febrero de 1997 y hasta el 15 de febrero de 1997, y Áridos Játiva, S.L.U. a partir del día 16 de febrero de 1997, con la categoría profesional de Oficial de 1<sup>a</sup> Molineiro, miembro del comité de empresa por el Sindicato de CC.OO. desde el día 16 de junio de 2002 hasta el 20 de mayo de 2003, en que cesó por revocación de la Asamblea, fue dado de baja en la Seguridad Social por la segunda de las citadas empresas en fecha 3 de abril de 2007;

2) El demandante impugnó dicha decisión formulando demanda por despido, alegando, que la empresa pretendía su eliminación, debido a su actuación cuando fue representante de los trabajadores y a las reclamaciones efectuadas, interesando la declaración de nulidad del despido. Esta demanda correspondió al Juzgado de lo Social núm. 8 de los de Valencia, que dictó sentencia declarando la improcedencia del despido y

absolviendo a la empresa Cementos La Unión, S.A. Interpuesto recurso de suplicación, tanto por la empresa Áridos Játiva, S.L.U. como por el demandante, ambos recursos fueron desestimados por sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de fecha 23 de junio de 2008 (rec. 225/2008). Por lo que se refiere al recurso del demandante, dicha sentencia concluye en que su baja en la Seguridad Social cursada por la empresa es un hecho ajeno a la actividad sindical de aquél y al hecho de que la relación entre el trabajador y la empresa se haya desarrollado con numerosos enfrentamientos judiciales.

3) Con anterioridad a ser dado de baja en la Seguridad Social y a la formulación de la citada demanda por despido, concretamente, en fecha 16 de enero de 2007, la empresa comunicó al demandante la decisión de proceder a su traslado de forma definitiva, de conformidad con el artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores, a una fábrica de la demandada ubicada en la localidad de Suez (Egipto). Contra esta decisión el demandante formuló demanda denunciando la vulneración del derecho fundamental de tutela judicial efectiva en su vertiente de indemnidad y de libertad sindical, interesando la declaración de nulidad radical de la decisión empresarial y el abono de 60.000 euros por daños y perjuicios causados. La demanda fue desestimada por el Juzgado de instancia, e interpuesto recurso de suplicación, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de fecha 13 de noviembre de 2007, lo desestimó, confirmando la resolución recurrida.

Esta sentencia fue recurrida en casación unificadora ante esta Sala, habiendo recaído sentencia desestimatoria en fecha 12 de enero de 2009 por falta de contradicción con la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 25 de octubre de 2004 (rec. 4802/2004), designada para el contraste, dado que en el recurso de unificación sólo alegó la vulneración de la libertad sindical (por deberse el traslado a su pasada actuación como miembro del Comité de Empresa), mientras que la sentencia de contraste se pronuncia sobre un traslado de centro de trabajo, con vulneración de la garantía de indemnidad, por deberse a represalias de la empresa frente a las reclamaciones judiciales anteriores de la demandante. En el fundamento jurídico tercero de nuestra sentencia, se razona lo siguiente:

“Tercero.- El mismo planteamiento mantuvo el actor en su recurso de suplicación en el que junto a la lesión del derecho fundamental de libertad sindical, alegó la lesión de su “derecho fundamental de tutela judicial efectiva-derecho a la indemnidad”; y además, concluyó afirmando

que si se considerara que no se ha lesionado el derecho fundamental de libertad sindical por entender que “después de cesado en el cargo de representación sindical no realizó actividad sindical, si puede deducirse (...) de la imposición de las numerosas sanciones recibidas arbitrariamente y su impugnación, que (con el traslado) se ha violado su derecho a la indemnidad”.

De haber reproducido el actor ese planteamiento en el recurso de casación unificadora, posiblemente la sentencia referencial habría podido ser considerada contradictoria con la recurrida, bien que solo en cuanto al derecho de tutela judicial efectiva. Pues esta sentencia se pronuncia también sobre un traslado de centro de trabajo y lo considera “represalia o respuesta a las diversas acciones judiciales que la trabajadora había deducido con resultado favorable frente a la empresa” en reclamación de antigüedad, categoría, régimen de jornada y diversas cantidades por salarios atrasados; en consecuencia dicha sentencia entiende que se ha producido una clara lesión del art. 24 de la Constitución y de la garantía a la indemnidad incluida en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, y confirma la sentencia de instancia que había declarado la nulidad radical de la decisión empresarial. Pero no se pronuncia en modo alguno sobre el derecho de libertad sindical, ya que la actora de aquel proceso no ostentaba cargo representativo ni sindical alguno.”

4) Durante su conflictiva relación con la demandada, el demandante ha interpuesto contra la misma las siguientes reclamaciones:

a) En fecha 8 de mayo de 2003, reclamación por imposición de falta grave al insultar al Gerente y dirigirse en actitud amenazante a otra empresa el Juzgado autorizó a la empresa a imponer “una sanción adecuada a la falta cometida”.

b) En fecha 1 de diciembre de 2003, reclamación por sanción de suspensión de empleo y sueldo: El Juzgado revocó la sanción por falta de requisitos formales en la comunicación de la sanción, pero teniendo por acreditado que el demandante insultó en una asamblea de trabajadores a los miembros del comité de CC.OO.

c) En fechas 31 de enero y 15 de febrero de 2005, reclamación por sanciones al haberse ausentado del trabajo: avenencia en conciliación ante el Juzgado, calificándose las sanciones como leves.

d) En fecha 15 de abril de 2005, reclamación por falta grave por ausencia al trabajo: revocada por el Juzgado.

e) En fecha 22 de noviembre de 2006, reclamación por falta grave al

negarse a trabajar: revocada por el Juzgado.

f) En fecha 22 de noviembre de 2006, reclamación por falta leve consistente en falta de aseo: pendiente de juicio.

g) En fecha 9 de enero de 2007, reclamación por sanción de suspensión de empleo, pero no de sueldo, a fin de averiguar los hechos ocurridos el día anterior en el que aparecieron rajados unos 10 palets de la fábrica: no consta resultado.

h) El demandante denunció ante la Inspección de Trabajo presiones sobre los trabajadores y sus representantes, habiéndose levantada acta por la Inspección en fecha 15 de junio de 2004 concluyendo que no se habían acreditados los hechos de la denuncia.

SEGUNDO.- 1.- Contra la mencionada sentencia de suplicación confirmando la improcedencia y no la nulidad del despido, el trabajador demandante interpone el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, denunciando la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución Española, en su vertiente de derecho a la garantía de indemnidad frente a reclamaciones efectuadas, y de libertad sindical proclamada por el 24 el propio texto constitucional, y el artículo 12 de la Ley Orgánica Sindical, y doctrina constitucional sobre el principio de inversión de la carga de la prueba, invocando como sentencia de contraste seleccionada la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 25 de octubre de 2004 (rec. 4802/2004), que es la misma que ya fue invocada para el recurso de casación unificadora número 551/2008, resuelto por nuestra citada sentencia de 2 de febrero de 2009, cuyo fundamento jurídico tercero hemos transcrito en el apartado tercero del fundamento anterior.

En el caso resuelto por la referida sentencia, como también hemos señalado, la trabajadora demandante impugnó la decisión empresarial de traslado a otro centro de trabajo, alegando que la misma vulneraba su derecho a la indemnidad, al haber sido tomada como represalia por las siguientes reclamaciones efectuadas:

a) Reclamación por antigüedad, recayendo sentencia estimando íntegramente su pretensión.

b) Reclamación de categoría profesional, con sentencia estimatoria de la pretensión.

c) Reclamación de cantidad, con conciliación judicial, reconociendo la empresa todos los conceptos de la demanda. En su sentencia, la Sala de suplicación, confirma la resolución de instancia, que había declarado la existencia de vulneración del dere-

cho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, que reconoce el artículo 24 de la Constitución Española, y la nulidad radical de la conducta de la empresa demandada, con reposición de la demandante a la situación anterior al traslado y derecho a indemnización por daños y perjuicios, razonando que las causas objetivas invocadas por la empresa para el traslado, aunque ciertas, son insuficientes para justificar la decisión empresarial, y para alejar toda sospecha de que la decisión impugnada se hubiera producido verosímelmente en cualquier caso y al margen de cualquier propósito vulnerador de derechos fundamentales, es decir, con independencia de que la trabajadora previamente hubiera ejercitado o no acciones judiciales frente a la empresa.

3.- Con carácter previo, procede examinar si se da o no en el presente caso la contradicción entre ambas sentencias que inexcusablemente exige el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, lo que únicamente puede darse con respecto a la denuncia de vulneración del derecho a la garantía de indemnidad, y no sobre la lesión del fundamental de libertad sindical, dado que la sentencia de contraste no se pronuncia en modo alguno sobre dicho derecho, al no ostentar la demandante cargo representativo ni sindical alguno. Con respecto a la garantía de indemnidad, el requisito de contradicción concurre a juicio del Ministerio Fiscal, según señala en su preceptivo informe, lo que es negado por la recurrida en su escrito de impugnación al recurso.

4.- Aún cuando las pretensiones de las sentencias comparadas son diferentes (despido nulo la recurrida y traslado indebido la de contraste), puesto que el fundamento de la pretensión es la misma, o sea la vulneración del derecho a la indemnidad, y coinciden también las bases de las que se parte, es decir la existencia de reclamaciones efectuadas contra la empresa con anterioridad a la decisión de ésta, aún cuando las valoraciones que efectúan cada una de las sentencias sean distintas, hay que estimar que en el presente caso concurre el requisito de la contradicción - como ya apuntábamos en nuestra citada sentencia de 12 de febrero de 2009, cuyo fundamento jurídico hemos transcrito- puesto que lo que está en cuestión es la comprobación de si la conducta del trabajador está amparada o no por el ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de nuestra Constitución, en su vertiente del derecho a la garantía de indemnidad, o ha desbordado dicho derecho, y si la empresa ha llevado a cabo una actuación de represalia frente al ejercicio de aquél, por lo que procede entrar en el examen y resolución de la denuncia de la infracción que se efectúa.

TERCERO.- La cuestión a resolver es la de si el despido del demandante tuvo su causa y razón de ser en una represalia por haber ejercitado el mencionado derecho constitucional, en cuyo caso merecería la calificación de despido radicalmente nulo, o si, por el contrario, el despido producido fue motivado por otras razones desconectadas del ejercicio de un derecho de aquella naturaleza, en cuyo caso merece la calificación de improcedente, al ser ésta la calificación otorgada por la sentencia recurrida, a la que se aquietado la empresa demandada. En relación con esta cuestión existe una copiosa doctrina constitucional que en esencia ha sostenido que procede la declaración de

■

*"...existe una copiosa doctrina constitucional que en esencia ha sostenido que procede la declaración de nulidad cuando el trabajador aporta indicios suficientes para poder sospechar que el despido producido tiene su origen en el ejercicio de un derecho constitucional, y la empresa no destruye la conclusión que derivaría de aquellos indicios mediante la aportación de argumentos y pruebas demostrativos de que fue otra la razón determinante de aquella decisión..."*

■

nulidad cuando el trabajador aporta indicios suficientes para poder sospechar que el despido producido tiene su origen en el ejercicio de un derecho constitucional, y la empresa no destruye la conclusión que derivaría de aquellos indicios mediante la aportación de argumentos y pruebas demostrativos de que fue otra la razón determinante de aquella decisión (sentencias del Tribunal Constitucional 104/1987, de 17 de junio, 21/1992, de 14 de febrero, 7/1993, de 18 de enero, 14/93, de 18 de enero, o las más recientes 16/2006, de 19 de enero, 17/2007, de 12 de febrero y 125/2008, de 20 de octubre, entre otras).

Pues bien, habiendo devenido firme la sentencia de suplicación desestimatoria de la reclamación del demandante contra la decisión empresarial de trasladarle a Suez (Egipto), como consecuencia de nuestra repetida sentencia de esta Sala de 12 de enero de 2009, que desestimó el recurso de casación unificadora interpuesto contra aquella resolución, a la vista de la conducta del trabajador y del conjunto de reclamaciones efectuadas por el mismo antes del despido -y sus resultados- que se ha referenciado en el apartado cuarto del fundamento jurídico primero de esta resolución, no queda sino concluir en la corrección de la sentencia recurrida -confirmatoria de la de instancia- al negar la existencia de indicios de vulneración del derecho a la garantía de indemnidad, y por ende, entender que la baja del demandante en la Seguridad Social origen del despido se presenta como ajena a los numerosos enfrentamientos judiciales que se han producido con anterioridad al despido.

CUARTO.- Los razonamientos precedentes conllevan, visto el precepto informe del Ministerio Fiscal, la desestimación del recurso, sin que proceda pronunciamiento alguno sobre costas.

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

**FALLO**

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. José A. Peguero Perales, en nombre y representación de D. Faustino contra la sentencia dictada el 23 de junio de 2008 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el recurso de suplicación núm. 225/2008, interpuesto contra la sentencia de fecha 19 de septiembre de 2007, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 8 de los de Valencia, en autos núm. 319/2007, seguidos a instancias de dicho recurrente contra Cementos La Unión, S.A. y Áridos Játiva S.L.U. sobre despido. Sin costas.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Aurelio Desdentado Bonete.- Fernando Salinas Molina.- José Luis Gilolmo López.- Jordi Agustí Julia.- Joaquín Samper Juan.

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



## RESEÑA

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



2009/225073

TS Sala 1ª, Sentencia 28 julio 2009.  
Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos

### Interpretación de cláusula revocatoria en la sucesión de título nobiliario

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la parte recurrente contra la sentencia dictada por la AP, dictada en los autos seguidos sobre acción personal para que se declare la nulidad y la ineficacia jurídica de cualquier cesión o distribución "intervivos o mortis causa" de título nobiliario; confirma la resolución. El Tribunal considera que no debe ser acogida la pretensión de la parte recurrente, al entender que no puede ser calificada de arbitraria la interpretación de la cláusula de revocación de los testamentos anteriores efectuada por la sentencia recurrida, dado que carecerían de sentido la sucesión de actos descritos y efectuados por la testadora para la designación de sucesor al título nobiliario, habiendo solicitado pocos días antes de efectuar la revocación testamentaria, una autorización real para efectuar la designación de sucesor y le fue concedida pocos días después, sin que conste manifestación de disconformidad alguna expresa o tácita.

2009/225074

TS Sala 1ª, Sentencia 28 julio 2009.  
Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos

### Actuación engañosa del accionante de opción de compra

El TS estima la demanda de revisión formulada por la recurrente y acuerda rescindir y dejar sin efecto la sentencia dictada por el juzgado de instancia, en los autos de juicio ordinario. Considera el Tribunal que debe ser acogida la pretensión de la entidad recurrente al haber quedado acreditada una actuación engañosa del accionante de la opción de compra planteada en el proceso, pudiendo incardinarse en el motivo cuarto del art. 510 LEC, ante la ocultación maliciosa del domicilio del de-

mandado, que concurre objetivamente no sólo cuando se acredita una intención torticera en quien lo ocultó, sino también cuando consta que tal indefensión se produjo por causa no imputable al demandado.



2009/234641

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

### Condena por delitos de torturas: principio acusatorio

Se estima en parte el recurso de casación interpuesto por la acusación particular contra sentencia parcialmente absolutoria dictada en causa seguida por delitos de tortura, lesiones, amenazas, apropiación indebida, y atentado. El TS dicta segunda sentencia por la que establece la condena de los acusados por delito de torturas, ya que no se señala cual fuese la razón, situación o motivo que amparase ese uso de la fuerza, y de otra parte, absuelto que ha sido el recurrente del delito de atentado, no se recoge en el "factum" motivo lícito que permitiría su detención. Asimismo, resulta especialmente significativo que esa detención y la paliza sufrida por el recurrente se produzca al día siguiente de su denuncia contra los policías locales por amenazas y coacciones.

2009/229026

TS Sala 2ª, Sentencia 23 septiembre 2009.  
Ponente: D. Andrés Martínez Arrieta

### Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por delito contra el derecho de los ciudadanos extranjeros. Subraya el TS que el tráfico ha de ser ilegal o, lo que es lo mismo, al margen de las normas legalmente establecidas para la circulación de trabajadores, lo que incluye tanto los pasos clandestinos como los realizados de forma ilícita, debiendo considerarse dentro de esa ilegalidad los pasos fronterizos inicial-

mente legales, como es el supuesto de paso fronterizo para realizar turismo, pues el inmigrante tiene intención de residir con permanencia en España y aparenta una entrada para turismo.



2009/234760

TS Sala 3ª, Sección 5ª, Sentencia 2 octubre 2009.  
Ponente: Dª Pilar Teso Gamella

### Denegación de asilo por no ser suficiente la pertenencia a un grupo de riesgo para acreditar la persecución protegible

El TS no ha lugar al recurso de casación interpuesto frente a sentencia que denegó al recurrente la solicitud del derecho de asilo, pues amén de que la falta de audiencia en el procedimiento administrativo no puede ser acogida, la mera pertenencia a un grupo de riesgo no supone que efectivamente se haya producido una persecución protegible, y aunque si bien es cierto que para la concesión del asilo bastan "indicios suficientes" sobre el fundado temor de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, sin embargo, en todo caso, dichos indicios han de concurrir, y es carga del recurrente aportarlos, sin que pueda bastar a tales efectos con acreditar que el solicitante tenía, en su país de origen, la condición de policía, para que de ahí pueda inferirse sin más su pertenencia a un grupo de riesgo y la necesidad de que se le dispense la protección que comporta el asilo. Es preciso que, además de acreditar dicha condición, se infieran de su relato y de la documentación presentada indicios bastantes sobre la persecución que dice padecer en su país de origen.

Por último, el Tribunal viene declarando de manera reiterada que las razones humanitarias a que hace mención el art. 17, 2 Ley de Asilo, no se refieren a cualquier razón de tipo humanitario, sino a aquéllas que se vinculan con un nivel de riesgo y desprotección que en el país de origen del solicitante pueda existir para derechos

tales como la vida, la seguridad y la libertad, como consecuencia de conflictos o disturbios graves de carácter político, étnico o religioso. Circunstancias que en este supuesto no se han invocado.



2009/171918

TS Sala 4ª, Sentencia 2 julio 2009.  
Ponente: D. Antonio Martín Valverde

### Improcedente despido derivado del cese en la contrata por voluntad de la empresa contratista

Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el trabajador accionante contra sentencia que convalidó la extinción de su contrato por obra o servicio. Explica la Sala que en los supuestos de cese anticipado de la contrata por voluntad de la contratista, no opera como causa de extinción del contrato de trabajo el hecho de la finalización de la obra o servicio objeto de la contrata por voluntad de la empresa comitente, sino el propio acto de voluntad de la empresa contratista de darla por finalizada, por lo que, al serle imputable a la contratista el cese de la contrata, queda dentro de su esfera de responsabilidad contractual respecto del trabajador la terminación del contrato de trabajo.

2009/178837

TS Sala 4ª, Sentencia 12 junio 2009.  
Ponente: D. Jesús Souto Prieto

### Responsabilidad subsidiaria del FOGASA en pago de indemnización por despido objetivo

Desestima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el demandado FOGASA contra sentencia que acogió la pretensión de los trabajadores accionantes sobre responsabilidad subsidiaria en el pago de indemnizaciones por despidos objetivos.

Explica la Sala que el título que sirve de base a la pretensión en el supuesto enjuiciado no es la comunicación escrita enviada por la empresa, las cartas de despido y la liquidación aneja, sino que viene constituido por una sentencia en la que se reconoce como no abonada la indemnización por despido y se condena a la empresa a su abono, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del fondo, por lo que la indemnización no nace de una pura manifestación de voluntad de resolver los contratos de trabajo reconociendo la improcedencia, sino de una sentencia judicial.