



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 2860

Madrid, miércoles 21 de julio de 2010



TS SOCIAL

2010/84390

TS Sala 4ª, Sentencia 29 marzo 2010. Ponente: D. Fernando Salinas Molina

No existe límite temporal

Ejercicio de acción tendente a revisión de prestación de jubilación ya reconocida

Desestima la Sala General del TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el demandado INSS contra sentencia que acogió la acción de revisión de base reguladora de pensión de jubilación transcurridos más de cinco años desde la fecha de su reconocimiento inicial, si bien limitando el percibo de los atrasos a los devengados en los tres meses anteriores a la fecha de solicitud de la revisión.

Declara la Sala que cuando se trata de la acción de revisión del contenido económico de prestaciones de seguridad social ya reconocidas no existe un límite temporal en cuanto a su plazo de ejercicio, y por lo que respecta al plazo de retroacción de los efectos económicos del incremento ulteriormente reconocido, se limita, a partir de 1 enero 2007, a los tres meses desde la fecha de presentación de la solicitud de revisión, con las excepciones de rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos o revisión derivada de acción de reintegro.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar, en interpretación del art. 43.1 LGSS, si el plazo de prescripción de cinco años aplicable, como regla general, al ejercicio de la acción tendente al reconocimiento inicial de las prestaciones económicas de Seguridad Social, se aplica también al ejercicio de la acción de revisión del contenido económico de las prestaciones de tal naturaleza ya reconocidas con la derivada reclamación de las diferencias económicas, — las que, en este caso, se pretenden con fundamento en la existencia de una base reguladora (BR) superior a aquella que fue fijada en el reconocimiento inicial —, y, en concreto, se discute si el transcurso del referido plazo quinquenal impide

igualmente el ejercicio del derecho a la revisión del contenido económico de la prestación vitalicia de incapacidad permanente absoluta (transformada luego en jubilación contributiva) largo tiempo anterior ya reconocida pero en cuantía inferior a la ahora pretendida.

2.- La sentencia recurrida, — dictada por la Sala de lo Social del TSJ/Andalucía, sede de Granada, en fecha 18-febrero-2009 (rollo 2633/2008), confirmatoria de la sentencia de instancia, dictada por el JS/Granada núm. 7 en fecha 14-julio-2008 (autos 591/2007) —, al confirmar la de instancia y desestimar el recurso de suplicación formulado por la Entidad Gestora, ha reconocido parcialmente la pretensión de la parte demandante, posibilitando el ejercicio de la acción de revisión aun transcurridos más de cinco años desde

la fecha de su reconocimiento inicial, si bien limitando el percibo de los atrasos a los devengados en los tres meses anteriores a la fecha de solicitud de la revisión de la BR (formulada el día 9-abril-2007) de la pensión convertida en jubilación con efectos iniciales desde el día 1-octubre-1989, y no aceptando la excepción de prescripción formulada por el INSS respecto al plazo de ejercicio de la acción de revisión que pretendía fundar en que la solicitud de revisión se había presentado transcurridos más de cinco años desde la fecha del reconocimiento de la prestación inicial. La sentencia impugnada distingue entre los plazos para el reconocimiento inicial de la prestación y para el ejercicio del derecho al reconocimiento del incremento ulterior, argumentando con referencia a la doctrina sentencia por esta Sala de lo Social en su STS/IV 31-enero-2007 (rcud 2633/2005), transcribiendo de la misma que “ la regla de imprescriptibilidad del art. 164 LGSS rige para el reconocimiento inicial de la pensión de jubilación, pero cuando se ha reconocido la procedencia del derecho a la prestación, sus efectos iniciales ya han quedado fijados, de suerte que si después se pretende y se logra un incremento de la cuantía, los efectos de tal incremento deben retrotraerse a la fecha del reconocimiento inicial del derecho, con el límite indicado de los cinco años” (STS 26-12-2005, citada) “ y que “ esta doctrina, que limita la imprescriptibilidad al reconocimiento del derecho a la pensión de jubilación, sin extenderla al derecho a diferencias por cálculo inexacto de su importe, ha sido acogida también en sentencias de 26 de marzo de 2001 (rec. 4196/00) y 24 de julio de 2003 (rec. 4607/02)... con cita de otras anteriores (STS 26-12-2005, citada) ”.

3.- El INSS ha interpuesto recurso de casación para la unificación de doctrina y aporta como sentencia referencial la dictada por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo en fecha 17-noviembre-2005 (rcud 3661/2004). La controversia en esta resolución se refería a un supuesto en que la sentencia recurrida reconocía parcialmente la pretensión actora, si bien limitaba el derecho al percibo de los atrasos a los de los cinco años contados con anterioridad al 6-agosto-2002, fecha en que formuló

SUMARIO

TC

CONSTITUCIONAL

Nulidad del art. 174,3 del texto refundido de la LGSS 5

TS

PENAL

Absolución del delito contra los derechos de los trabajadores extranjeros 7

ADMINISTRATIVO

Archivo de actuaciones calificado como medida excesiva por impago de tasa judicial 14

SOCIAL

Ejercicio de acción tendente a revisión de prestación de jubilación ya reconocida 1

Exclusión de sindicato de comisión de estudio 4

RS RESEÑA DE SENTENCIAS 16

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

su reclamación de revisión en vía administrativa, es decir, hasta el día el 6-agosto-1997, razonando que antes de esa fecha ya pudo haber reclamado el reconocimiento de una pensión por cuantía superior a la que percibía, lo que no hizo; la prestación inicial a cargo del Régimen General derivaba de una situación de incapacidad permanente absoluta (IPA) reconocida el 12-febrero-1985 y que en el año 1994 se transforma en pensión de jubilación derivada de IPA, igualmente del Régimen General de Seguridad Social.

La citada sentencia de contraste destaca que “ la sentencia recurrida declara que el derecho a la prestación solicitada no prescribe, conforme al art. 43.1 de la LGSS, sin perjuicio de que los efectos económicos del reconocimiento de la superior cuantía de la prestación sólo se retrotraigan a los cinco años anteriores “ y que, en cambio, la doctrina jurídicamente correcta, que es la aplicada en la sentencia de casación unificadora referida, consiste en interpretar de otra manera el referido art. 43.1 LGSS y concluye que “ la prescripción quinquenal se refiere también a la determinación de la cuantía, de modo, consecuentemente, que afirma que la reclamación por el trabajador de una mayor BR de la prestación reconocida planteada después de transcurridos cinco años ha rebasado el plazo de prescripción, y ello impide el ejercicio del derecho pretendido “.

4.- En cuanto a requisito o presupuesto de contradicción exigible para viabilizar el recurso de casación unificadora (art. 217 Ley de Procedimiento Laboral -LPL), resulta que los hechos enjuiciados en la sentencia recurrida y en la de contraste son sustancialmente iguales, así como en cuanto al tema debatido, porque en ambos supuestos se solicita la revisión de la BR de una pensión de incapacidad permanente transformada en jubilación una vez transcurrido el plazo de cinco años desde el reconocimiento inicial, llegando una y otra resolución a soluciones diferentes en cuanto a la posibilidad o no de ejercicio de dicha acción de revisión del contenido económico de prestaciones ya reconocidas, partiendo ambas de una distinta interpretación del art. 43.1 LGSS.

Concorre, por tanto, el referido presupuesto y como quiera que, además, el escrito a cuyo través se interpone dicho recurso (cita como infringidos los arts. 43 y 143.4 LGSS) cumple las condiciones requeridas por el art. 222 del citado Texto pro-

cesal, se está en el caso de entrar a resolver el fondo de lo debatido.

SEGUNDO.- 1.- Con carácter previo, y aunque sea de esencial trascendencia en orden a la solución del recurso, puede aceptarse la tesis de la Entidad Gestora ahora recurrente, con alegado fundamento en el art. 143.4 LGSS, en orden a que la prestación de incapacidad permanente que inicialmente disfrutaba el beneficiario no pierde su naturaleza por el mero hecho de que la pensión pase a denominarse de jubilación al cumplir aquél los sesenta y cinco años de edad, pues “ la nueva denominación no implicará modificación alguna, respecto de las condiciones de la prestación que se viniere percibiendo “; así como que, a diferencia de lo que sucede con las pensiones contributivas de jubilación (art. 164 LGSS) y de muerte y supervivencia (art. 178 LGSS), no está prevista en la LGSS para las pensiones por incapacidad permanente ninguna excepción a la regla general ex art. 43.1 LGSS, conforme al cual “ el derecho al reconocimiento de las prestaciones prescribirá a los cinco años, contados desde el día siguiente a aquel en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate... “.

2.- No se acepta, sin embargo, la conclusión propuesta por la Entidad recurrente en orden a que son sustancialmente iguales los derechos tendentes al reconocimiento inicial de una prestación y el ejercitable para intentar lograr las diferencias económicas que puedan resultar de su ulterior modificación, concluyendo aquélla que su plazo de ejercicio debe ser el común del art. 43.1 LGSS, puesto que, entendemos, como a continuación se razonará, que son acciones distintas, por su naturaleza y finalidad, las tendentes al reconocimiento inicial de una prestación económica de la Seguridad Social de aquellas otras acciones dirigidas a lograr la revisión del contenido económico de una prestación de tal naturaleza ya reconocida.

TERCERO.- La propia LGSS suministra argumentos a favor de tal distinción de acciones en diversos preceptos, incluso específicamente para las prestaciones de incapacidad permanente en el propio art. 143 LGSS invocado por la Entidad recurrente, regulador de la revisión de la propia declaración de incapacidad con las consecuencias económicas derivadas, por agravación o mejoría o error de diagnóstico, que posibilita el que se efectúe “ en cualquier momento “ (arg. ex art. 143.2.III

LGSS), con los espacios intermedios que establece para evitar solicitudes sucesivas, el ejercicio de la acción tendente a tal revisión por parte de la Gestora y por parte de los beneficiarios, y además, en su núm. 3 dispone que “Las disposiciones que desarrollen la presente Ley regularán el procedimiento de revisión y la modificación y transformación de las prestaciones económicas que se hubiesen reconocido al trabajador, así como los derechos y obligaciones que a consecuencia de dichos cambios correspondan a las entidades gestoras o colaboradoras y servicios comunes que tengan a su cargo tales prestaciones “.

CUARTO.- 1.- Ha constituido, además, doctrina consolidada de esta Sala la de distinguir entre uno y otro tipo de acción y la de no fijación de un límite temporal al ejercicio de la acción de revisión del contenido económico de una prestación vitalicia subsistente y previamente reconocida, así como la de que, al no existir una regla específica para la determinación del alcance de los efectos económicos de las solicitudes de ajuste de la cuantía, — dejando aparte ahora la incidencia de la Ley 42/2006 a partir del día 1-enero-2007 —, éstos debían retrotraerse a la fecha del reconocimiento del derecho con independencia de la prescripción que pudiera operar frente a las concretas cantidades reclamadas.

2.- La anterior doctrina se reflejó claramente, entre otras, en la STS/IV 25-marzo-1993 (rcud 690/1992) y se ratificó en Sala General en STS /IV 7-julio-1993 (rcud 1193/1992), siendo en el voto particular formulada a la misma, y no en la referida sentencia de plenario, en el que la Entidad gestora recurrente pretende fundamentar su tesis de sustancial identidad entre ambas acciones y que el plazo de ejercicio debe ser común y aplicable a ambas acciones el art. 43.1 LGSS.

3.- La citada STS/IV 25-marzo-1993, aun relativa a una pensión de jubilación y a la específica interpretación del antiguo art. 156 LGSS, — ahora art. 164 LGSS: “ El derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, es imprescriptible, sin perjuicio de que los efectos de tal reconocimiento se produzcan a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud, en los supuestos de jubilación en situación de alta “, — equiparable al ahora cuestionado art. 43.1 LGSS (“ El derecho al recono-

cimiento de las prestaciones prescribirá a los cinco años, contados desde el día siguiente a aquél en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate, sin perjuicio de las excepciones que se determinen en la presente Ley y de que los efectos de tal reconocimiento se produzcan a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud”), distingue perfectamente entre ambas acciones. Así, interpreta que una es la pretensión de reconocimiento contenida en “ solicitud inicial de la que deriva el reconocimiento de la pensión “ y otra u otras son las “ solicitudes que se formulen con posterioridad con objeto de modificar la cuantía de la prestación ya reconocida, cualquiera que sea el tiempo en que las mismas se formulen “.

Reitera, con lo que destaca su diferente naturaleza y finalidad, que “ no se deben confundir dos conceptos diferentes, referente, uno, al reconocimiento del derecho a la prestación de jubilación y, otro, a la determinación de la cuantía de este derecho “, dado que “El reconocimiento del derecho - arts. 153 y 154 de la LGSS - exige como requisitos haber cumplido la edad pensionable, tener cubierto un período mínimo de cotización y cesar en el trabajo por cuenta ajena; la cuantía -art. 155 de dicho Texto Refundido- se determina aplicando a la base reguladora el porcentaje correspondiente “, por lo que “ no debe interpretarse extensivamente dicho precepto restrictivo y aplicarle también el aumento de la cuantía de un derecho ya reconocido, en cuanto ello supondría violación del principio «odiosa restringenda» “.

Concluyendo, con concretos argumentos de los que se pone de evidencia la distinta finalidad de ambas acciones y el distinto fundamento de las respectivas reglas de prescriptibilidad, que “ si el contenido económico de la prestación por un error inicial de la entidad gestora -que está en condiciones más favorables que el propio beneficiario para su adecuada determinación- quedó minusvalorado, lo que más tarde fue corregido por sentencia firme..., es lógico mantener -a falta de norma expresa del sentido contrario- que sus efectos deben retrotraerse a la fecha del reconocimiento del derecho, afectado en su contenido económico de error, sin que deba deducirse de una norma, que consagra la imprescriptibilidad del derecho y su retroacción máxima a tres meses, la misma limitación en cuanto al contenido económico del derecho ya reconocido anteriormente

en cuantía inferior, y ello independientemente de la prescripción que, en su caso, pudiera operar frente a las concretas percepciones de la prestación económica, cuyo examen excede de los términos en que ha sido planteado el debate ". Por último, y en cuanto a la finalidad del plazo de tres meses de retroacción para la acción tendente al reconocimiento inicial de prestaciones, interpreta que " se asienta en un principio razonable: evitar que lucre la prestación de jubilación, quien con su actuación omisiva, y a pesar de reunir los requisitos legales retrasa la petición de reconocimiento de su derecho, máxime cuando tal conducta impediría o dificultaría a la entidad gestora el control sobre si, efectivamente, el beneficiario ha cesado en su actividad laboral, pues es sabido que el cese es uno de los requisitos condicionantes del otorgamiento de la prestación ", pero, lo que es importante a los efectos ahora cuestionados relativos a la acción de revisión del contenido económico de prestaciones ya reconocidas, por el contrario "Ello no sucede cuando lo que se reclama es la modificación de la cuantía, pues en tal caso -firme, ya, el reconocimiento del derecho- la nueva declaración -en este supuesto judicial- sobre su contenido económico trata de corregir un error de origen, que produjo una minusvaloración de la pensión ".

4.- Como se ha adelantado, la referida distinción entre los dos tipos de acciones se mantiene en la STS/IV 7-julio-1993 (rcud 1193/1992, Sala General con voto particular). En esta sentencia se aborda también separadamente el tema distinto y específico de los efectos económicos de la acción de revisión y de " la prescripción que, en su caso, pudiera operar frente a las concretas percepciones de la prestación económica (problemática no analizada en la citada STS/IV 25-marzo-1993), es decir, como la Sala General precisa, entra a resolver sobre " la cuestión de cual sea el plazo de la prescripción aplicable a las cantidades resultantes de la rectificación de la errónea fijación de la cuantía de la prestación ya reconocida ", aplicando en este caso (y en dicha fecha) el plazo quinquenal y argumentando, para llegar a tal conclusión no prevista de forma expresa en la LGSS, que " basta remitirse a la sentencia de esta Sala de 12 de febrero de 1992 que, tras un análisis de las sentencias precedentes de 22 de mayo y 15 de julio de 1986, concluye que ha de mantenerse la prescripción quinquenal, que es la que establece el art. 54 de la LGSS, aun cuando este precepto se refiera expresamente a la •prestación•, y no a la determinación de la cuantía, y también el art. 1966 del Código Civil ".

5.- Esta doctrina se viene aplicando, expresa o tácitamente, con distinción de acciones y de supuestos, entre otras muchas, en las SSTS/IV 22-noviembre-1996 (rcud

3348/1995), 18-marzo-1999 (rcud 2671/1998), 14-octubre-1999 (rcud 657/1999), 1-febrero-2000 (rcud 3214/1998 -pensión de viudedad), 31-enero-2007 (rcud 2633/2005), especialmente 26-febrero-2007 (rcud 4281/2005 -pensión de jubilación) y 22-enero-2008 (rcud 3444/2006).

6.- Aunque en las SSTS/IV 19-diciembre-2000 (rcud 3684/1999 -pensión de incapacidad permanente), 17-noviembre-2005 (rcud 3661/2004 -pensión de incapacidad permanente), — aun invocando expresamente la doctrina de las citadas SSTS /IV 7-julio-1993 (rcud 1193/1992), 18-marzo-1999 (rcud 2671/1998), 14-octubre-1999 (rcud 657/1999) —, de hecho se llega a una solución contraria a la doctrina consolidada de esta Sala, pues en vez de seguir sustentando que el plazo de cinco años lo es para la prescripción de las concretas diferencias cuantitativas reclamadas tardíamente en revisión, afirman, por el contrario, que el transcurso del plazo de cinco años ex art. 43.1 LGSS impide el ejercicio del derecho a la revisión instando una mayor base reguladora. Así, como se ha adelantado, en la sentencia invocada como de contraste (STS/IV 17-noviembre-2005) se afirma como doctrina correcta que " la prescripción quinquenal se refiere también a la determinación de la cuantía, de modo, consecuentemente, que afirma que la reclamación por el trabajador de una mayor BR de la prestación reconocida planteada después de transcurridos cinco años ha rebasado el plazo de prescripción, y ello impide el ejercicio del derecho pretendido ".

QUINTO.- 1.- La Sala entiende, no obstante, que debe seguir manteniéndose su doctrina consolidada, reflejada en su sentencia de Sala General de fecha 7-julio-1993 (rcud 1193/1992) y que no ha sido expresamente modificada, tanto más cuanto, al supuesto ahora enjuiciado, — relativo a una prestación de carácter vitalicio (y sin entrar ahora a resolver el tema de las prestaciones temporales) —, ya le resulta de plena aplicación lo dispuesto en el nuevo párrafo segundo del apartado primero del art. 43 LGSS, añadido, con efectos desde el día 1-enero-2007 y con vigencia indefinida, por imperativo de la disposición final 3.1 de Ley 42/2006 de 28 -diciembre (de Presupuestos Generales del Estado para el año 2.007), en el que se regula específicamente la acción de revisión de la cuantía de las prestaciones ya reconocidas y los efectos económicos de la nueva cuantía, estableciendo que "Si el contenido económico de las prestaciones ya reconocidas resultara afectado con ocasión de solicitudes de revisión de las mismas, los efectos económicos de la nueva cuantía tendrán una retroactividad máxima de tres meses desde la fecha de presentación de dicha solicitud. Esta regla de retroactividad máxima no operará en los supuestos de rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos ni

cuando de la revisión derive la obligación de reintegro de prestaciones indebidas a la que se refiere el artículo 45 ".

2.- Esta norma que viene a confirmar, en sus apartados I y II, la clara distinción de naturaleza y efectos, ya mantenida por la jurisprudencia unificadora, entre la acción tendente al reconocimiento inicial de las prestaciones (art. 43.1.I: " el derecho al reconocimiento de las prestaciones... ") y las acciones mediante las que se pretenda la revisión del contenido económico de las prestaciones ya reconocidas (art. 43.1.II: " si el contenido económico de las prestaciones ya reconocidas resultara afectado con ocasión de solicitudes de revisión de las mismas... "), aunque en

"...al no existir una
regla específica para la
determinación del
alcance de los efectos
económicos de las
solicitudes de ajuste de
la cuantía, -dejando
aparte ahora la
incidencia de la Ley
42/2006 a partir del día
1-enero-2007-, éstos
debían retrotraerse a la
fecha del
reconocimiento del
derecho con
independencia de la
prescripción que
pudiera operar frente a
las concretas cantidades
reclamadas."

este último supuesto limita, como regla, — a partir del 1-enero- 2007 —, los efectos económicos retroactivos de la nueva cuantía obtenida tras el ejercicio de la acción de revisión (no el derecho a ejercitar la acción de revisión) a los tres meses desde la fecha de presentación de la solicitud (como en cuanto a este último extremo del nuevo apartado, ha interpretado, entre otras, la STS/IV 23-noviembre-2009 -rcud 126/2009).

SEXTO.- 1.- En definitiva, cabe establecer como doctrina unificada, — y tratándose de prestaciones vitalicias, únicas ahora enjuiciadas —, la de que debe distinguirse entre la acción tendente al reconocimiento inicial de prestaciones de Seguridad Social (contempladas en el art. 43.1.I de

la LGSS) y la acción de revisión del contenido económico de prestaciones de tal clase ya reconocidas (reguladas ahora en el art. 43.1.II de la LGSS, reformado con vigencia a partir del 1-enero-2007). A su vez, en una y otra, debe distinguirse entre el plazo de ejercicio de la correspondiente acción y el plazo de retroacción de los posibles efectos económicos del respectivo reconocimiento.

2.- Así, tratándose de la acción tendente al reconocimiento inicial de prestaciones, como es dable deducir del art. 43.1.I LGSS y jurisprudencia que lo interpreta, resulta que: a) el plazo de ejercicio, salvo en los supuestos excepcionales de imprescriptibilidad (prestación contributiva de jubilación -art. 164 LGSS, o prestaciones por muerte y supervivencia -art. 178 LGSS), es, como regla, de prescripción y de cinco años computados a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate; y b) el plazo de retroacción de los efectos económicos del reconocimiento inicial se limita, en todo caso (sea prescriptible o imprescriptible la referida acción), a los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud.

3.- Por otra parte, cuando se trata de la acción de revisión del contenido económico de prestaciones de Seguridad Social ya reconocidas, como es dable deducir del art. 43.1.II LGSS y jurisprudencia que lo interpreta en su redacción efectuada con vigencia a partir del 1-enero-2007, resulta que:

a) en cuanto a su plazo de ejercicio, no existe un límite temporal para el mismo (no siendo, por tanto, aplicable el de cinco años fijado en la sentencia de contraste, como se ha indicado);

y b) por lo que respecta al plazo de retroacción de los efectos económicos del incremento posteriormente reconocido, se limita ahora, a partir del 1-enero-2007 (Ley 42/2006), como regla, a los tres meses desde la fecha de presentación de la solicitud de revisión, con las excepciones previstas en el propio precepto (rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos o revisión derivada de acción de reintegro ex art. 45 LGSS), sin que, por imperativo de la reforma legal, con posterioridad a dicha fecha, resulte ya aplicable la doctrina jurisprudencial anteriormente expuesta sobre este concreto extremo (en cuanto retrotraía tales efectos económicos a la fecha del reconocimiento inicial, con independencia de que la prescripción pudiera operar frente a las concretas cantidades reclamadas y fijándose dicha prescripción en cinco años).

SÉPTIMO.- En atención a las precedentes consideraciones, de acuerdo con el informe emitido en cuanto al fondo por el Ministerio Fiscal, entendemos que la doctrina jurídica-

mente correcta es la sustentada en la sentencia recurrida, por lo que procede desestimar el recurso de casación unificadora interpuesto por la Entidad Gestora; sin imposición de costas al gozar la parte vencida del beneficio de justicia gratuita (art. 233.1 LPL).

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

FALLO

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia dictada en fecha 18-febrero-2009 (rollo 2633/2008) por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, desestimatoria del recurso de suplicación interpuesto por la referida Entidad Gestora contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 7 de Granada en fecha 14-julio-2008 (autos 591/2007), recaída en los autos seguidos a instancia de D^a Araceli, en su condición de hija del pensionista fallecido D. Iván; sin posición de costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Granada, 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. Fernando Salinas Molina hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

2010/62120

TS Sala 4^a, Sentencia 13 abril 2010. Ponente: D. Luis de Castro Fernández

No limita su libertad sindical Exclusión de sindicato de comisión de estudio

Desestima el TS el recurso de casación formulado por el sindicato demandante contra sentencia que rechazó la nulidad de los acuerdos de la comisión negociadora de la empresa demandada y del comité intercentros, en cuanto se refieren a la constitución de comisiones negociadoras del convenio colectivo.

Explica la Sala que si las comisiones cuya nulidad demanda la parte actora, que se negó a firmar

el convenio colectivo, no tienen cualidad negociadora, sino que su finalidad es de simple estudio y formulación de propuestas al comité intercentros, que es quien las acepta o rechaza, y que de este comité sí forma parte, es claro, a juicio del Tribunal, que no puede apreciarse la limitación del derecho de libertad sindical por el que se acciona, ni puede, en consecuencia, accederse a la nulidad de las distintas comisiones creadas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Se recurre en la presente casación la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en 26/marzo/2009 (autos 202/08) y por la que se desestimó la demanda que en impugnación de convenio colectivo había sido formulada por la "Confederación General del Trabajo" ("CGT") frente a la "Compagnie des Wagons-Lits España, SA" ("W-L"), el Comité Intercentros, la Comisión Negociadora del Convenio Colectivo, la "Federación de Comunicación y Transportes Ferroviarios del Sindicato Comisiones Obreras" ("CCOO") y la "Federación Estatal de Transportes, Comunicaciones y Mar del Sindicato Unión General de Trabajadores" ("UGT"), interesando dicha demanda que fuese declarada la nulidad de los Acuerdos de la Comisión Negociadora y del Comité Intercentros, "en cuanto se refieren a la constitución de comisiones negociadoras del convenio colectivo" y que se le indemnizase con 6.250 euros por daños y perjuicios.

2.- El recurso denuncia -con amparo en el art. 205.e) LPL - la infracción de los arts. 28.1 y 37 CE, 2 LOLS, 87 y 88 ET, y 3 y 1281 CC. Denuncia que se sustenta en la argumentación -cobijada en la interpretación de las funciones encomendadas por el acuerdo que las creaba- de que las impugnadas Comisiones tenían naturaleza negociadora.

SEGUNDO.- 1.- El tema que se debate ya ha sido resuelto por consolidada doctrina de esta Sala, que parte de las afirmaciones llevadas a cabo -entre otras- por las SSTC 73/1984 (27/junio) y 184/1991 (30/septiembre), en las que se distingue entre Comisiones "negociadoras" y meramente "aplicadoras". Las primeras son las constituidas para modificar las condiciones de trabajo pactadas, estableciendo nuevas reglas -normas- para regir las relaciones laborales en el ámbito de aplicación del convenio; en este caso se trata de una negociación, cualquiera que sea el nombre que se les dé; por lo que deben aplicarse las reglas generales de legitimación y en consecuencia considera el Tribunal Constitucional que todos los Sindicatos que tengan la necesaria representatividad tienen derecho a formar parte de la Comisión "negociadora" y que

su exclusión atenta al principio de libertad sindical.

Las Comisiones "aplicadoras" son las que tienen por objeto la interpretación o aplicación de alguna de las cláusulas del convenio colectivo, la adaptación de alguna de ellas a un problema no previsto o la adaptación de su contenido según datos objetivos y prefijados (en tan sentido, las SSTS 21/12/94 -rco 2734/93-; 28/01/00 -rco 1760/99-; 11/07/00 -rco 3314/00-; 29/01/04 -rco 18/03-; 24/05/01 -rco 3816/00-; 08/04/02 -rco 1201/01-; 06/07/06 -rco 212/04-; 26/12/06 -rco 14/06-; 28/12/06 -rco 140/05-; 01/06/07 -rco 7/06-; y 15/01/08 -rco 59/06).

2.- Y en aplicación de tal doctrina, sostiene la Sala:

a) Que la exclusión de un Sindicato de algunas comisiones creadas por un pacto que ni firmó, ni asumió después por adhesión, puede llegar a constituir lesión del derecho de libertad sindical, si ello implica un desconocimiento, o al menos, una limitación del derecho a la negociación colectiva.

b) Que esta "limitación inconstitucional del derecho del sindicato a participar en una comisión determinada se produce cuando concurren dos circunstancias: de una parte, que el sindicato esté legitimado para negociar y, de otra, que se trate de comisiones con función negociadora, entendiéndose por tal la capacidad de establecer modificaciones del convenio o nuevas normas no contenidas en el mismo.

c) Que cuando no concurren los anteriores datos, los signatarios de un convenio colectivo, en uso de la autonomía colectiva, pueden prever la creación de comisiones reservadas a quienes suscribieron el convenio, en tanto que no tengan funciones reguladoras en sentido propio, pero sin que hayan de restringirse tampoco, a la mera función de interpretación o administración de la regla establecida en convenio colectivo (así, por ejemplo, las SSTS de 29/01/04 -rco 18/03-; 06/07/06 -rco 212/04-; 26/12/06 -rco 14/06-; 28/12/06 -rco 140/05-; y 10/06/09 -rco 105/08-).

3.- La precedente doctrina determina que el recurso no deba prosperar, habida cuenta de los incuestionados -al menos formalmente- hechos que la sentencia recurrida ha declarado probados:

a) La Comisión Negociadora del Convenio Colectivo había acordado -con el voto favorable de todos sus doce miembros, a excepción del representante de CGT- la constitución de diversas Comisiones (sobre consolidación de horas; adecuación funciones/categorías; sistema de incentivos; formación; y plan de igualdad).

b) La CGT no participa en dichas Comisiones, "por no ser firmante del Convenio".

c) "Las conclusiones, estudios y deliberaciones habidas en el seno de dichas comisiones son sometidas a la consideración del Comité Intercentros, el cual, en definitiva es el que decide sobre la admisión o rechazo de las propuestas".

d) En el Comité Intercentros "participa la CGT".

Pues bien, si las Comisiones -cuya nulidad demanda la CGT, que se negó a firmar el Convenio Colectivo- no tienen cualidad negociadora, porque así se declara probado en la sentencia recurrida y esta afirmación no trata de rebatirse en el correspondiente apartado revisorio (no cabe que el Sindicato cuestione argumentalmente tal dato, sino que previamente debiera haber instado -y obtenido- su modificación por el cauce adecuado del art. 205.d) LPL, de error en la apreciación de la prueba), sino que su finalidad es de simple estudio y formulación de propuestas al Comité Intercentros, que es quien las acepta o rechaza, y que de este Comité sí forma parte la CGT (junto con UGT y CCOO), es claro que no puede apreciarse la limitación del derecho de libertad sindical por el que se acciona y que, por lo mismo, no puede accederse a la nulidad de las diversas Comisiones creadas y al reconocimiento de una indemnización privada -por lo dicho- de todo fundamento.

TERCERO.- Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -con el estudiado informe del Ministerio Fiscal- que la sentencia recurrida es plenamente ajustada a Derecho y que -en consecuencia- la misma ha de ser confirmada. Sin imposición de costas (art. 233.2 LPL).

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 interpuesto por la representación de la "Confederación general del Trabajo" y confirmamos la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en fecha 26/marzo/2009 (autos 202/08) y por la que se desestimó la demanda que en impugnación de convenio colectivo había sido formulada por aquella frente a la "Compagnie des Wagons-Lits España, SA", el Comité Intercentros, la Comisión Negociadora del Convenio Colectivo, la "Federación de Comunicación y Transportes Ferroviarios del Sindicato Comisiones Obreras" y la "Federación Estatal de Transportes, Comunicaciones y Mar del Sindicato Unión General de Trabajadores".

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social 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. Antonio Martín Valverde.- Aurelio Desdentado Bonete.- Jesús Gullón Rodríguez.- José Luis Gilolmo López.- Luis Fernando de Castro Fernández.

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

da o afectara a sus derechos en la legítima”.

A juicio del órgano proponente, el apartado 3 del art. 174 LGSS, en su referencia al art. 101 CC, resulta contrario al art. 14 CE, al establecer una diferenciación carente de una justificación objetiva y razonable entre beneficiarios de la pensión de viudedad. En el caso de aquellos que hubieran accedido a la pensión en los términos previstos en el apartado 2 del art. 174, en los supuestos de separación o divorcio, la pensión se extinguirá por pasar a vivir maritalmente el beneficiario con otra persona, de acuerdo con lo establecido en el art. 101 CC. Por el contrario, esta causa de extinción no existe en el caso de quienes hubieran accedido a la pensión de conformidad con lo dispuesto en el art. 174.1, es decir, conviviendo con el causante en el momento del fallecimiento sin que su matrimonio hubiera sido anulado y sin haberse separado o divorciado, supuesto en el cual la pensión no se extinguirá por pasar el beneficiario a vivir maritalmente con otra persona. Estamos, a juicio del órgano judicial, ante dos situaciones idénticas, tratándose en ambos casos de beneficiarios que cuando lucran la pensión de viudedad no conviven more uxorio con otra persona, haciéndolo después del hecho causante, siendo así que, mientras que en el caso de la viuda no separada o divorciada y con matrimonio no anulado tal hecho no determina la pérdida de la pensión, ésta sí se produce en el caso contrario, cuando, en ambos casos, se está ante un hecho lícito en el marco de nuestro ordenamiento, como es la convivencia more uxorio, que no guarda relación con la finalidad de la ley al acordar el establecimiento de la pensión de viudedad.

encuentra ya en vigor con el contenido considerado en el auto de planteamiento de la cuestión, al haber sido modificado por el art. 34 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, teniendo actualmente la siguiente redacción: “3. Los derechos derivados del apartado anterior quedarán sin efecto en los supuestos del art. 101 del Código Civil, sin perjuicio de lo que reglamentariamente se establezca en el supuesto de que se contraiga nuevo matrimonio”.

Esta modificación sobrevenida del precepto cuestionado no determina, sin embargo, la pérdida de objeto de la cuestión de inconstitucionalidad. Al margen de que la modificación afecta a una causa de extinción de las previstas en el art. 101 CC (contraer nuevo matrimonio) distinta a aquella que se cuestiona (la convivencia more uxorio), es lo cierto que, en cualquier caso, el precepto aplicable al supuesto de autos, de acuerdo con la fecha del hecho causante, es el art. 174.3 LGSS según la redacción dada por el Real Decreto legislativo 1/1994, tal y como afirma expresamente el Auto de planteamiento de la cuestión.

Como hemos declarado reiteradamente, “en las cuestiones de inconstitucionalidad los efectos extintivos sobre el objeto del proceso como consecuencia de la derogación o modificación de la norma cuestionada vienen determinados por el hecho de que la norma cuestionada, tras esa derogación o modificación, no sólo resulte aplicable en el proceso a quo sino también que de su validez dependa la decisión a adoptar en el mismo” (por todas, STC 255/2004, de 23 de diciembre, FJ 2 y las numerosas resoluciones allí citadas). Pues bien, resulta indudable que, en este caso, el precepto legal cuestionado es de aplicación en el proceso que ha dado origen a la cuestión de inconstitucionalidad y que de su validez dependerá la decisión a adoptar por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, por lo que, conforme a lo señalado, se debe concluir que este proceso constitucional no ha perdido su objeto.

TERCERO.- Según ha quedado señalado, el art. 174.3 LGSS establece, con su remisión al art. 101 CC, que las pensiones de viudedad causadas al amparo del art. 174.2 LGSS se extinguirán, entre otros motivos, por pasar a convivir maritalmente el beneficiario con otra persona. Según señala el órgano judicial proponente, esta causa de extinción de la pensión de viudedad se aplica exclusivamente a los derechos derivados del apartado 2 del mismo artículo, es decir, a las pensiones de viudedad causadas en los supuestos de separación o divorcio, y no al supuesto contemplado en el apartado 1, que contempla el caso del cónyuge superviviente cuyo matrimonio no había sido anulado ni se encontraba separado o divorciado en la fecha del fallecimiento. Y es este diferente tratamiento de



2010/61697

TC Sala 2ª, Sentencia 27 abril 2010. Ponente: D. Ramón Rodríguez Arribas

En recurso de inconstitucionalidad promovido por el TS Nulidad del art. 174,3 del texto refundido de la LGSS

Acuerda el TC estimar la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Social del TS, y declara nulo el art. 174,3 del texto refundido de la LGSS, en la redacción dada por el RDLeg 1/1994, en cuanto a la concreta causa de extinción establecida en el art. 101 CC de “vivir maritalmente con otra persona”. Indica la Sala, que la causa de extinción de la pensión de viudedad, no existe para el caso de la viuda cuyo matrimonio no se anuló, ni se separó, ni se divorció, y que después del fallecimiento del causante convive igualmente con otra persona, lo que implicaría que ante dos situaciones iguales, el legislador da un trato desigual. Añade además que el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos suficientemente razonables de acuerdo con criterios de valor generalmente aceptados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto de la presente cuestión de inconstitucionalidad, planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, es determinar si el art. 174.3 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), en la redacción dada por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, vulnera el art. 14 de la Constitución.

El art. 174 LGSS, en el que se inserta el apartado 3 que constituye el objeto de la presente cuestión, tenía, en la redacción dada por el Real Decreto Legislativo 1/1994, el siguiente tenor literal: “Artículo 174. Pensión de viudedad.

1. Tendrá derecho a la pensión de viudedad, con carácter vitalicio, salvo que se produzca alguno de los casos de extinción que reglamentariamente se establezcan, el cónyuge superviviente cuando, al fallecimiento de su cónyuge, éste, si al fallecer se encontrase en alta o en situación asimilada a la de alta, hubiera completado el período de cotización que reglamentariamente se determine. Si la causa de su muerte fuese un accidente, sea o no de trabajo, o una enfermedad profe-

sional, no se exigirá ningún período previo de cotización.

2. En los supuestos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien sea o haya sido cónyuge legítimo y en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio.

3. Los derechos derivados del apartado anterior quedarán sin efecto en los supuestos del artículo 101 del Código Civil”.

Por su parte, el art. 101 del Código civil establece textualmente lo siguiente: “Artículo 101.

El derecho a la pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona.

El derecho a la pensión no se extingue por el solo hecho de la muerte del deudor. No obstante, los herederos de éste podrán solicitar del Juez la reducción o supresión de aquélla, si el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deu-

SEGUNDO.- Antes de comenzar el análisis constitucional del precepto cuestionado parece oportuno poner de relieve que el mismo no se

una posterior convivencia more uxorio del beneficiario de la pensión - con efectos extintivos de la misma en el caso de los separados y divorciados, y sin efectos de ningún tipo en el caso del cónyuge no separado- el que el órgano judicial considera contrario al art. 14 CE, por carecer de una justificación objetiva y razonable. Interesa, en todo caso, resaltar y tener presente que el Auto de planteamiento sólo cuestiona el apartado 3 del art. 174 "en su remisión al art. 101 del C. Civil, al establecer como causa de extinción de la pensión de viudedad la convivencia more uxorio", sin afectar, por lo tanto, a las otras dos causas de extinción de la pensión que derivarían de la aplicación del art. 101 CC: el cese de la causa que lo motivó y el hecho de contraer nuevo matrimonio.

El Abogado del Estado, en sus alegaciones, cuestiona la interpretación del art. 174.3 que efectúa el órgano judicial, y propone una alternativa en la que el efecto extintivo de la pensión derivado de la posterior convivencia more uxorio se produciría en todos los supuestos de pensiones reconocidas concurriendo dos o más matrimonios sucesivos del causante, y se aplicaría tanto a los beneficiarios que en la fecha del fallecimiento se encontraran separados y divorciados como a quien fuera cónyuge conviviente en dicha fecha, y, por lo tanto, sin diferenciación de régimen jurídico entre ellos, por lo que entiende que el término de comparación propuesto no es el adecuado. Sin embargo, es lo cierto que, como indica el Fiscal General del Estado, el Auto de planteamiento de la cuestión despeja cualquier duda a este respecto, al afirmar taxativamente, en el ámbito propio de la legalidad ordinaria, que la única interpretación posible del precepto legal, de acuerdo con reiterada doctrina jurisprudencial, es la que en el mismo se efectúa.

Señala en este sentido la Sala que la causa de extinción de la pensión en el caso de convivencia more uxorio no se aplica a los beneficiarios no divorciados o separados, o cuyo matrimonio no fue anulado, por no estar contemplada ni en el art. 174.1 LGSS, ni en la Orden de 13 de febrero de 1967 que lo desarrolla por vía reglamentaria, tal y como ha declarado la Sala en su Sentencia de 17 de junio de 1994, reiterando doctrina anterior, y ello en base a que el art. 11 de la Orden de 13 de febrero de 1967, que desarrolló el art. 160 de la antigua LGSS de 1974, sólo establecía como causa de extinción de la pensión de viudedad las nuevas nupcias, razón por la cual ha entendido que no resultaba procedente hacer una interpretación extensiva de dicho precepto que recortara derechos de los beneficiarios de la Seguridad Social fundada en el contenido de la norma 5 de la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, en su remisión al art. 101 CC. En relación con esta última disposición, de con-

tenido prácticamente idéntico al del precepto ahora cuestionado, este mismo Tribunal Constitucional alcanzó igual conclusión interpretativa, primero en su STC 126/1994, de 25 de abril, al resolver un recurso de amparo en el que se discutía su aplicación, y posteriormente en la STC 125/2003, de 19 de junio, que declaró la inconstitucionalidad del precepto.

En consecuencia, como señala el Fiscal General del Estado, es la realidad de la existencia de dos regímenes jurídicos aplicables a dos supuestos de hecho, declarada por el Tribunal Supremo en ejercicio de su exclusiva autoridad como máximo intérprete de la legalidad ordinaria, el presupuesto básico del que debemos partir a fin de analizar su justificación.

CUARTO.- Como ya ha quedado señalado, y se aduce tanto en el Auto de planteamiento de la cuestión como en las alegaciones del Fiscal General del Estado, este Tribunal Constitucional declaró en su STC 125/2003, de 19 de junio, la inconstitucionalidad de la norma 5 de la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, de 7 julio, en su referencia a la concreta causa de extinción establecida en el artículo 101 del Código civil de "vivir maritalmente con otra persona". La referida disposición adicional establecía lo siguiente: "Con carácter provisional en tanto se dé una regulación definitiva en la correspondiente legislación, en materia de pensiones y Seguridad Social, regirán las siguientes normas:

1ª A las prestaciones de la Seguridad Social, sin perjuicio de lo que se establece en materia de pensiones en esta disposición adicional, tendrán derecho el cónyuge y los descendientes que hubieran sido beneficiarios por razón de matrimonio o filiación, con independencia de que sobrevenga separación judicial o divorcio.

2ª Quienes no hubieran podido contraer matrimonio, por impedírsele la legislación vigente hasta la fecha, pero hubieran vivido como tal, acaecido el fallecimiento de uno de ellos con anterioridad a la vigencia de esta Ley, el otro tendrá derecho a los beneficios a que se hace referencia en el apartado primero de esta disposición y a la pensión correspondiente conforme a lo que establece en el apartado siguiente.

3ª El derecho a la pensión de viudedad y demás derechos pasivos o prestaciones por razón de fallecimiento corresponderá a quien sea o haya sido cónyuge legítimo y en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio.

4ª Los que se encuentren en situación legal de separación tendrán los

mismos derechos pasivos respecto de sus ascendientes o descendientes que los que les corresponderían de estar disuelto su matrimonio.

5ª Los derechos derivados de los apartados anteriores quedarán sin efecto en cuanto al cónyuge en los supuestos del artículo 101 del Código Civil".

Como se observa, a salvo de pequeñas variaciones de orden sistemático, cuyas diferencias con el texto ahora analizado únicamente podrían afectar -reforzándola- a la interpretación ya efectuada del mismo, el precepto declarado inconstitucional por este Tribunal era idéntico, tanto en su contenido como en su finalidad, al ahora cuestionado, sin que, sin embargo, puedan alcanzar a éste los efectos de la inconstitucionalidad ya declarada, al tratarse de dos normas jurídicas diferentes. Resultará, por ello, oportuno reiterar brevemente los argumentos de aquella Sentencia para obtener, en ésta, idéntica conclusión.

Decíamos en el fundamento jurídico 6 de la STC 125/2003, de 19 de junio, lo siguiente: "Es evidente que la regulación antes descrita conduce, como hemos dicho, a la aplicación de normativas distintas para regular un mismo tipo de pensiones: la Ley General de Seguridad Social de 1974 para los viudos stricto sensu convivientes con el causante en el momento de la muerte de éste (independientemente de que lo sean de un causante que hubiera contraído un único matrimonio con dicho viudo, o que hubiere contraído matrimonios anteriores extinguidos por divorcio), y la Ley 30/1981 para los cónyuges del causante cuyos matrimonios se hubieran extinguido por divorcio así como los legalmente separados de aquél.

Y es evidente también que la diferencia entre los regímenes citados conduce a que una misma situación de hecho (la convivencia more uxorio del titular de la pensión de viudedad), en la que pueden encontrarse los diferentes beneficiarios, opera como causa extintiva de la pensión en unos casos (en los del cónyuge separado y en los de cónyuges divorciados) y no en otros (en los de viudos no separados, lo sean de un matrimonio único del causante, y por tanto sin concurrencia en el disfrute de la pensión con otros beneficiarios, o lo sean de un matrimonio del causante al que precedieron otros extinguidos por divorcio).

La constatación de un panorama de desigualdad resulta evidente. Una vez que a todos los cónyuges sin distinción se les otorga el derecho a la pensión de viudedad, la pensión de viudedad queda concebida como única pensión repartida entre todos los cónyuges supervivientes, por lo que es evidente que no puede considerarse constitucionalmente admisible que la concreta causa de extinción de

la pensión por convivencia more uxorio pueda aplicarse en unos casos y no en otros. Como pone de relieve el Auto de planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad, si la convivencia more uxorio con una persona con la que no existe vínculo conyugal es perfectamente lícita en el marco de nuestro ordenamiento legal, de este hecho lícito no puede deducirse la privación de una pensión de viudedad, cuando tal medida no guarda relación alguna con la finalidad que persigue la ley al acordar su establecimiento, máxime cuando sólo en los casos concretos de cónyuges con matrimonio anulado, divorciados o separados opera esta circunstancia como causa legal de extinción de la pensión, sin que exista justificación razonable que explique ese diferente trato legal con respecto al cónyuge viudo.

A lo anterior debe añadirse que la diferencia de trato que se introduce por la norma cuestionada entre unas y otras personas que estuvieron unidas con el causante por un vínculo conyugal no obedece a ninguna razón relacionada con la propia esencia o fundamento actual de la pensión de viudedad, sino que corresponde a causas totalmente ajenas, que no son otras sino el distinto estado civil derivado de la relación que mantenía con el causante la persona que tiene la condición de titular de la misma, factor éste de diferenciación que, al margen de no reunir la cualidad de elemento razonable y constitucionalmente exigible para descartar la discriminación ante supuestos de hecho que reciben diferente trato legal, conlleva, en última instancia, una directa vulneración del art. 14 CE, y en particular de la prohibición de discriminación en función de -cualquier otra condición o circunstancia personal o social- a la que aquel precepto se refiere.

Como señalara la STC 177/1993, de 31 de mayo, FJ 2, -el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados-. De este modo, dada la unidad de la pensión, en los supuestos examinados la diferenciación legal, al establecer dos sistemas de extinción distintos, incurre en una discriminación prohibida por el art. 14 CE, careciendo de la objetividad, suficiencia y razonabilidad requerida por nuestra doctrina." Con idéntico fundamento y remitiéndonos íntegramente a la fundamentación jurídica de la indicada Sentencia, debemos por tanto declarar ahora igualmente la inconstitucionalidad del art. 174.3 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en la redacción dada por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en su referencia a la concreta causa de extinción establecida en el artículo 101

del Código civil de “vivir maritalmente con otra persona”, por vulnerar el art. 14 CE.

FALLO

Estimar la presente cuestión de inconstitucionalidad y, en su virtud, declarar inconstitucional y nulo el art. 174.3 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en la redacción dada por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en su referencia a la concreta

causa de extinción establecida en el artículo 101 del Código civil de “vivir maritalmente con otra persona”.

Publíquese esta Sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”.

Dada en Madrid, a veintisiete de abril de dos mil diez. Guillermo Jiménez Sánchez, Presidente.- Vicente Conde Martín de Hijas.- Elisa Pérez Vera.- Eugeni Gay Montalvo.- Ramón Rodríguez Arribas.- Pascual Sala Sánchez, Magistrados.

lidad brasileña que se encontraban en situación irregular en España, pues carecían de los oportunos permisos de trabajo y de residencia, y a las que no se había dado de alta en la Seguridad Social. Los expresados acusados organizaban las actividades que debían realizarse en el club, de igual modo que fijaban los precios de las relaciones sexuales que las citadas mujeres habían de mantener con los clientes y controlaban el tiempo en que se desarrollaban tales relaciones. Las mujeres, que vivían en el propio club, habían de abonar a los acusados la cantidad diaria de cincuenta euros en concepto de alojamiento y comida, así como cinco euros por cada relación sexual que mantenían, en concepto de costes por el cambio de sábanas y adquisición de preservativos, mientras que, con relación a la actividad de alterne, las mujeres percibían el cincuenta por ciento del precio de las copas que lograban que consumiera cada cliente, quedándose los acusados con la mitad restante. Valentina, que en su condición de encargada gestionaba el pago de los servicios si se llevaba a cabo mediante tarjeta de crédito y llevaba la contabilidad de las ganancias obtenidas por las mujeres que prestaban servicios en el establecimiento, llegaba a imponerles a éstas multas o sanciones si algún día se ausentaban del trabajo, salvo que ello fuera debido a enfermedad.

B) Efraín se valía asimismo del establecimiento que regentaba para distribuir cocaína mediante precio a distintos compradores, uno de los cuales era Jesús Carlos, a quien suministró la expresada sustancia estupefaciente en varias ocasiones durante el mes de julio de 2004, concertando ambos las transacciones mediante conversaciones telefónicas en las que, en vez de llamarse por sus respectivos nombres, lo hacían como “soldado” y “soldadito”, y refiriéndose en dichas conversaciones a la cocaína como botellas de vino o de whisky. Jesús Carlos solía comprar cada vez un gramo de cocaína por el que pagaba sesenta euros, si bien en alguna ocasión la cantidad de droga que adquiría era algo superior. Durante la entrada y registro realizada en el club el día 18 de diciembre de 2004 fueron halladas en dos habitaciones un envoltorio de plástico conteniendo cocaína con un peso neto de 0,78 gramos y una riqueza media del 43,1 por ciento y otro envoltorio con la misma sustancia con un peso neto de 0,67 gramos y una riqueza media del 50,6 por ciento, así como una sustancia vegetal que resultó ser marihuana con un peso neto de 1,42 gramos y una riqueza media del 7,5 por ciento.

C) El también acusado Aníbal, mayor de edad y mejor circunstanciado en el encabezamiento de esta resolución, acudía en ocasiones al club Sonho para distribuir mediante precio sustancias estupefacientes entre algunos clientes del establecimiento, para lo cual el acusado se in-

troducía con el comprador en alguna dependencia reservada del club. Con ocasión del ya referido registro fueron ocupados dos trozos de hachís con un peso neto de 1,08 gramos, así como un envoltorio de plástico conteniendo cocaína con un peso neto de 4,48 gramos y una riqueza media del 82,3 por ciento y una bolsita de celofán con tres envoltorios de plástico conteniendo cocaína con un peso neto de 2,62 gramos y una riqueza media del 38,6 por ciento. Dichas sustancias las portaba consigo Aníbal, quien intentó deshacerse de ellas al aparecer los agentes que practicaron el registro, si bien dicha maniobra fue advertida por varios de los policías. Asimismo le fueron intervenidos al acusado un billete de 50 euros enrollado en forma de tubo, otros nueve billetes de 50 euros, trece de 20 euros, seis de 10 euros y uno de 5 euros.

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

Fallo: 1) Que debemos condenar y condenamos a los acusados Efraín y Valentina, ya circunstanciados, como autores responsables de un delito contra los derechos de los trabajadores, asimismo definido, a las penas de dos años y dos meses de prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y de multa de siete meses con una cuota diaria de nueve euros para cada uno de ellos, sujetándose la multa impuesta a la acusada a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas.

2) Que debemos condenar y condenamos al acusado Efraín, como autor responsable de un delito contra la salud pública, igualmente definido, a las penas de tres años y tres meses de prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y de multa de ciento cincuenta euros.

3) Que debemos condenar y condenamos al acusado Aníbal, también circunstanciado, como autor responsable de un delito contra la salud pública, a las penas de tres años y tres meses de prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y de multa de seiscientos euros con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada ciento cincuenta euros o fracción no satisfechos.

Los acusados deberán abonar las costas procesales por terceras e iguales partes.

Para el cumplimiento de las penas privativas de libertad impuestas en esta resolución, abónese en su día el tiempo durante el cual estuvieron los acusados provisionalmente privados



TS Sala 2ª, Sentencia 18 marzo 2010. Ponente: D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre

Declaraciones en fase instructora no ratificadas en el juicio oral

Absolución del delito contra los derechos de los trabajadores extranjeros

Manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia casada, el TS dicta segunda sentencia en la que absuelve a los recurrentes del delito contra los derechos de los trabajadores extranjeros por el que venían condenados. Señala la Sala, entre otros pronunciamientos, que una declaración testimonial incriminatoria prestada en sede policial, no puede ser valorada, por sí sola, en orden a fundar una sentencia condenatoria, por tratarse de actividad preprocesal que no ha sido incorporada al sumario en el juicio oral. Puede ser fuente de prueba pero no prueba en sí misma, ni aún con su lectura en el plenario de acuerdo con el art. 714 LECr, porque tal lectura no muda la naturaleza del atestado y de todas las diligencias que la integran. La única autoridad, continúa el Alto Tribunal, con independencia para generar actos de prueba es el propio juez de instrucción. El mismo art. 714 LECr al referirse a la diversidad de declaraciones del testigo, se refiere a las prestadas “en el sumario”, y por tal no puede estimarse el atestado policial que sólo se integra por actos de investigación que, a lo sumo, pueden ser fuentes de prueba pero no prueba en sí mismos, porque no forman parte de la encuesta judicial en sentido propio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 1 de Huesca, incoó Procedimiento Abreviado con el número 30 de 2006, contra Aníbal, Efraín Valentina, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Huesca, cuya Sección Primera, con fecha 9 de junio de 2009, dictó sentencia, que contiene los siguientes:

HECHOS PROBADOS

Único.- Apreciadas en conciencia, y según las reglas del criterio racional, las pruebas practicadas, así como las manifestaciones de los acusados y las razones de su defensa, y siempre teniendo en cuenta el superior interés de tutela al inocente so-

bre el de la condena del reo, resulta probado, y como tal se declara, lo siguiente:

A) Los acusados Efraín y su compañera sentimental Valentina, esta última de nacionalidad brasileña y también conocida con el nombre de Campanilla, siendo ambos mayores de edad y mejor circunstanciados en el encabezamiento de esta resolución, han venido regentando, en calidad respectivamente de titular del negocio -a través de la entidad mercantil que lleva su nombre, Antonio Triano S.L.- y de encargada, el establecimiento conocido como Club Sonho, sito en el km. 2,7 de la carretera de Sariñena de esta capital, en cuyas instalaciones se realizaban actividades de alterne y se ejercía la prostitución por mujeres de naciona-

de libertad por esta causa, si no les hubiera sido computado en otra ejecutoria.

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley, por Aníbal, Efraín Valentina, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

CUARTO.- Las representaciones de los procesados, basan sus recursos en los siguientes motivos de casación.

Recurso interpuesto por Aníbal

Primero.- Al amparo del art. 852 LECrim. denuncia infringido el principio de presunción de inocencia.

Segundo.- Al amparo del art. 849.2 LECrim. denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba en tanto que conforme al art. 849.1 LECrim. afirma infringidos los arts. 368 y 29 CP.

Tercero.- Al amparo del art. 849.2 LECrim. denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba en tanto que conforme al art. 849.1 LECrim. afirma infringidos los arts. 368 y 29 CP.

Recurso interpuesto por Efraín

Primero.- Al amparo del art. 849.1 LECrim. denuncia infringido el art. 312.2 y art. 66.6 CP. por aplicación indebida.

Segundo.- Al amparo del art. 849.1 LECrim. denuncia infringido el art. 312.2 CP.

Tercero.- No se realiza exposición alguna, limitándose por el contrario a manifestar su desistimiento.

Cuarto.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ. y del art. 852 LECrim. denuncia infringido el principio de presunción de inocencia, art. 24.2 CE.

Quinto.- Al amparo del art. 851.1 LECrim. denuncia falta de claridad en el relato de hechos.

Sexto.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ. denuncia infracción del principio de presunción de inocencia art. 24.2 CE.

Recurso interpuesto por Valentina

Primero.- Al amparo del art. 849.1 LECrim. denuncia infringidos los arts. 312.2 y 66.6 CP.

Segundo.- Al amparo del art. 849.1 LECrim. afirma infringido el art. 312.2 CP.

Tercero.- Han sido desistido en el escrito de formalización.

Cuarto.- Al amparo del art. 852 LECrim. denuncia infringido el principio de presunción de inocencia.

Quinto.- Han sido desistido en el escrito de formalización.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución y solicitó la inadmisión y subsidiariamente la desestimación de los mismos por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento se celebró la deliberación prevenida el día cuatro de marzo de dos mil diez.

Recurso interpuesto por Efraín

PRIMERO.- El motivo primero referido al art. 849.1 LECrim. por indebida aplicación del art. 312.2, art. 66.6 del CP. y restantes normas del ordenamiento jurídico, dado que los hechos probados y de las declaraciones de los testigos, tanto en fase policial, judicial y acto del juicio oral no se dan las condiciones exigidas por la jurisprudencia para la comisión de dicho delito.

Como hemos dicho en STS. 372/2005 de 17.3, la conducta que describe el art. 312.2, sanciona la explotación laboral, en cualquier actividad al contratarse a trabajadores extranjeros, que no cuentan con permiso de trabajo, y además, para ser distinguido este comportamiento de la sanción administrativa, la ley penal anuda un desvalor especial que se traduce en que las condiciones impuestas deben ser notoriamente perjudiciales para el trabajador, de modo que se originen situaciones de explotación en el trabajo.

No importa que la clase de trabajo llevado a cabo haya sido la prostitución. En efecto, La Sentencia de esta Sala núm. 995/2000, de 30 de junio vino a señalar en relación a la contratación de los inmigrantes ilegales, que su interpretación debe efectuarse desde una perspectiva constitucional (no olvidando la afirmación con que se inicia la Constitución, que en su art. 1 califica el Estado de "social"), en la medida que el llamado derecho penal laboral, del que el tipo que se comenta es elemento central, sanciona fundamentalmente situaciones de explotación, que integran ilícitos laborales criminalizados, de suerte que el bien jurídico protegido está constituido por un conjunto de intereses concretos y generales que protegen la indemnidad de la propia relación laboral, mediante la sanción de aquellas conductas que atenten contra los derechos y condiciones laborales de los trabajadores.

Ciertamente el inmigrante ilegal, aquel que carece de permiso de tra-

bajo y de residencia en España, aunque no está incluido en el art. 35 de la Constitución, que reconoce a todos los españoles el deber de trabajar y el derecho al trabajo, tal derecho se ejercita frente a los poderes públicos, y sólo frente a ellos, no pudiendo constituir tal condición una patente de impunidad frente a quienes contratan a tales emigrantes conscientes de su situación ilegal.

Por tanto, cuando un particular, de forma consciente y voluntaria contrata a un inmigrante ilegal, no por ello, puede imponerle condiciones claramente atentatorias contra la dignidad humana. La tesis de considerar sólo sujeto pasivo de estos delitos, al trabajador legal y no al inmigrante clandestino llevaría a una concepción del sistema de justicia penal como multiplicador de la desigualdad social, porque, como ya se ha dicho, el empleador podría imponer a los trabajadores ilegales las condiciones laborales más discriminatorias sin riesgo alguno de infracción legal, a pesar de poder quedar severamente comprometidos valores inherentes a la persona que, como la dignidad art. 10 de la Constitución, no conocen fronteras.

Y la Sentencia de esta Sala de 12 de abril de 1991, estimó aplicable el art. 499 bis (antecesor del actual 311 del Código penal, y que se refiere igualmente a contrataciones laborales con desprotección), a situaciones de contratos con causa ilícita, en concreto a una relación laboral con una prostituta, por entender que el tipo penal protege la situación de personas que prestan servicios a otra, sea o no sea legal el contrato de trabajo, ya que "... de lo contrario el más desprotegido debería cargar también con las consecuencias de su desprotección".

Asimismo no puede olvidarse - como destacó la STS. 1390/2004 de 22.11 que la jurisprudencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo, SS. 3.3.81, 25.2.84, 21.10.87 y 4.2.88, ha mantenido que "el hecho de concertar entre las partes una actividad consistente en prestar servicios, mediante la permanencia en un determinado periodo de tiempo en el local, sometida a horario para la captación de clientes, al objeto de consumir bebidas, evidencia una actividad en la que concurren las notas tipificadoras de toda relación laboral, cuales son la prestación de servicios por cuenta ajena, habitualidad en los mismos, dependencia, retribución y jornada; llegando a precisar que la relación que mantienen las señoritas de alterne con el titular del establecimiento donde desempeñan su cometido es de naturaleza laboral."

Criterio reiterado en sentencias de esa misma Sala Social de 27.11.2004 y 17.11.2004, recordando que la Sala ha admitido que la actividad de alterne puede realizarse por cuenta ajena y de forma retribuida y dependiente. Admite que existe dificultad para de-

terminar si la relación entre las partes tiene o no carácter laboral por la concurrencia o no de las notas tipificadoras de esta clase de relación. No discute que la relación contractual que regulaba los servicios de agrado a los clientes, remunerada con el 50% de las consumiciones, con un horario determinado, tiene naturaleza laboral y no puede ser calificada como arrendamientos de servicios. Se trata de un verdadero contrato de trabajo, tal como se describe en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores.

Del mismo modo esta Sala Segunda sostiene un concepto amplio de ocupación laboral en el que ha venido incluyendo la dedicación a la prostitución, SSTS. 2205/2002, 1045/2003 de 18.7, 1092/2004 de 1.10, 1471/2005 de 12.12, por cuanto el bien jurídico protegido del art. 312.2 está constituido por un conjunto de intereses concretos referidos a la indemnidad de la propia relación laboral, mediante la sanción de aquellas conductas de explotación que atenten contra los derechos laborales de los trabajadores, incluyendo a todos aquellos que presten servicios remunerados por cuenta ajena, concepto en el que deben incluirse las mujeres que ejercen la prostitución por cuenta y encargo de otro; precisándose en la STS. 293/2004 de 8.3, con respecto a la relación de alterne "que sí existió una prestación de servicios de naturaleza laboral. Así, las jóvenes trabajaban. Esa relación jurídica no precisaba de la plasmación en un documento, formalmente válido, para que se tuvieran por nacida la relación laboral. La situación creada implicaba una desprotección jurídica de las mujeres trabajadoras extranjeras, esto es, quedaba lesionado el bien jurídico protegido por el art. 312-2 C.P.

Ahora bien lo valorable a efectos punitivos son las condiciones laborales impuestas a los trabajadores, independientemente de que sean legales o ilegales. Por ello, la prostitución voluntaria en condiciones que no supongan coacción, engaño, violencia o sometimiento, bien por cuenta propia o dependiendo de un tercero que establece unas condiciones de trabajo que no conculquen los derechos de los trabajadores, puede ser considerada como una actividad económica, que no puede solventarse con enfoques morales o concepciones ético-sociológicas, pero que si se presta en condiciones aceptables por el Estatuto de los Trabajadores, no puede ser incardinada en el delito del art. 312 CP., STS. 425/2009 de 14.4.

En el caso presente en el apartado a) del relato fáctico como conducta imputada al recurrente Efraín se recoge literalmente que en unión de su compañera sentimental Valentina "han venido regentando, en calidad respectivamente de titular del negocio..., el establecimiento conocido como Club Sonho, sito en el km. 2,7

de la carretera de Sariñena de esta capital, en cuyas instalaciones se realizaban actividades de alterne y se ejercía la prostitución por mujeres de nacionalidad brasileña que se encontraban en situación irregular en España, pues carecían de los oportunos permisos de trabajo y de residencia, y a las que no se había dado de alta en la Seguridad Social. Los expresados acusados organizaban las actividades que debían realizarse en el club, de igual modo que fijaban los precios de las relaciones sexuales que las citadas mujeres habían de mantener con los clientes y controlaban el tiempo en que se desarrollaban tales relaciones. Las mujeres, que vivían en el propio club, habían de abonar a los acusados la cantidad diaria de cincuenta euros en concepto de alojamiento y comida, así como cinco euros por cada relación sexual que mantenían, en concepto de costes por el cambio de sábanas y adquisición de preservativos, mientras que, con relación a la actividad de alterne, las mujeres percibían el cincuenta por ciento del precio de las copas que lograban que consumiera cada cliente, quedándose los acusados con la mitad restante”.

Según esta descripción del “factum” solo aparece que las chicas extranjeras carecían de permiso de trabajo y de residencia, y no formalizaron por escrito el contrato de trabajo. Ni se las dio de alta en la Seguridad Social, pero no resulta del mismo que su trabajo se produjera en condiciones de las que se derive un claro perjuicio, supresión o limitación de los derechos que aquellas tuvieran reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual.

Por ello no puede coincidir con la Sala a quo cuando entiende que los hechos descritos en el “factum” tienen encaje en el precepto aplicado (art. 312.2 CP.), dándose esa situación porque los acusados Efraín y Valentina no dieron de alta a las mujeres que trabajaban en el club, ni tampoco cotizaron por ellas en la Seguridad Social, del dato de que aquellas percibían la mitad del precio de las copas que las mujeres conseguían consumieran los clientes en la actividad de alterne, sin olvidar que aquellas abonaban asimismo una cantidad diaria por comida y alojamiento, y muy especialmente de las multas que se las imponían por baja productividad.

En efecto desde el punto de vista económico solo se determina que recibían una remuneración consistente en el precio del servicio sexual que prestaran al cliente del que tan solo se depositaban 5 E por sábanas y preservativos, y en el 50% de las copas que consumían los clientes, pero sin que se determine que aquella remuneración fuese inadecuada o leonina -es significativo en este extremo la declaración de Virtudes que en dependencias policiales y en instrucción manifestó que venía a ganar en-

tre 3.000 y 4.000 euros al mes y de Angélica que en el juzgado admitió que podía llegar a ganar de 300 a 400 euros diarios, reconociendo ambas que estaba voluntariamente sin haber recibido amenaza o coacción alguna, ni que se le retirara partes de ella, distinta de la del abono de alojamiento y manutención, sin que el precio pagado por este concepto, 50 euros, fuera desproporcionado, y respecto a las multas que se dice se imponían, en el “factum” solo se refiere que la coacusada Valentina -no esta recurrente- que en su condición de encargada gestionaba el pago de los servicios si se llevaba a cabo mediante tarjeta de crédito y llevaba la contabilidad de las ganancias obtenidas por las mujeres que prestaban servicios en el establecimiento, llegaba a imponerles a éstas multas o sanciones si algún día se ausentaban del trabajo, salvo que ello fuera debido a enfermedad.

No consta, por lo tanto, que las condiciones del contrato verbal de trabajo supusieran un perjuicio para sus derechos laborales, más allá de los derivados del hecho de su situación de ilegalidad, la cual tenía como consecuencia la inexistencia de permiso de trabajo y la ausencia de alta en la seguridad social. No consta coacción alguna en relación al alojamiento ni al porcentaje de las consumiciones, por lo que falta por determinar la existencia de elementos adicionales imprescindibles para considerar existente la explotación requerida (STS. 1390/2004 de 22.11), no se aprecia la existencia del tipo objetivo consistente en que el empleo se haga en condiciones perjudiciales para sus derechos laborales /STS. 1471/2005 de 12.12).

El motivo por lo expuesto debe ser estimado con la consiguiente absolución del recurrente del delito del art. 312.2 CP.

SEGUNDO.- El motivo segundo al amparo del art. 849.1 LECrim. por infracción de preceptos penales de carácter sustantivo en la aplicación del art. 31.2 CP. estimado que ha sido el motivo precedente es innecesario su análisis al igual que el motivo tercero referido al art. 849.2 LECrim. por error en la apreciación de la prueba, al haberse desistido de su formalización.

TERCERO.- El motivo cuarto al amparo de lo previsto en el art. 5.4 LECrim. y art. 852 LECrim. por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del art. 24.1 CE. en relación al acusado Efraín, dado que los hechos probados no se fundamenta en declaraciones efectuadas a presencia judicial o en el juicio oral, sino que se han desdicho a presencia judicial las manifestaciones indicadas en Comisaría como el supuesto pago o imposición de multas por los acusados, además de aquellas otras relativas al delito contra la salud pública que en cuanto se remite al motivo sexto al amparo

del art. 849.1 LECrim. por inaplicación del art. 24 CE en relación con el art. 5.4 LOPJ. por falta de prueba de cargo del referido delito en relación a dicho acusado, deben ser analizados conjuntamente al plantear cuestiones similares, esto es, que los únicos indicios que pueden inculpar a Efraín son unas declaraciones de presuntos compradores no ratificadas y unos escasos envoltorios encontrados en dependencias ocupadas por personas ajenas al recurrente, sin que de las intervenciones telefónicas y de los registros se hayan encontrado evidencia que destruyan la presunción de inocencia, a pesar del tiempo invertido en la investigación, no existiendo cantidad de droga predefinida al tráfico, material habitual empleado para su mezcla, instrumentos necesarios para su venta como pesos de precisión, ni ningún otro indicio que determine la existencia del citado delito.

Con carácter previo debemos recordar -SSTS. 1322/2009 de 31.12, 728/2008 de 18.11 - que nuestro sistema casacional no queda limitado al análisis de cuestiones jurídicas y formales y a la revisión de las pruebas por el restringido cauce que ofrece el art. 849.2 LECrim. pues como señala la STC. 136/2006 de 8.5; en virtud del art. 852 LECrim, el recurso de casación puede interponerse, en todo caso, fundándose en la infracción de un precepto constitucional, de modo que a través de la invocación del 24.2 CE (fundamentalmente, en cuanto se refiere al derecho a la presunción de inocencia), es posible que el Tribunal Supremo controle tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas (por todas STC. 60/2008 de 26.5).

Por ello a través de un motivo de casación basado en la infracción del derecho a la presunción de inocencia, se puede cuestionar no solo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el Juzgador de instancia haya deducido de su contenido. Por tanto el acusado tiene abierta una vía que permite a este Tribunal Supremo “la revisión íntegra” entendida en el sentido de posibilidad de acceder no solo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba (SSTC. 70/2002 de 3.4 y 116/2006 de 29.4).

Así pues, al tribunal de casación debe comprobar que el tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad,

contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria.

Es decir, el control casacional de la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que de la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS. 209/2004 de 4.3). Esta estructura racional del discurso valorativo si puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva arbitrarias (art. 9.1 CE), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio “nemo tenetur” (STS. 1030/2006 de 25.10).

Doctrina esta que ha sido recogida en la STC. 123/2006 de 24.4, que recuerda en cuanto al derecho de presunción de inocencia, art. 24.2 CE. “se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. En cualquier caso es doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE. sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta...

De modo que sólo podemos considerar insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos, aún partiendo de las limitaciones ya señaladas al canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable, bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente, más allá de toda duda razonable, bien la convicción en sí (STC. 300/2005 de 2.1, FJ. 5).

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

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

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

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

En definitiva, en cuanto al ámbito del control en relación a las pruebas de cargo de carácter personal que han sido valoradas por el tribunal de instancia en virtud de la inmediatez de que se dispuso -y de la que carece como es obvio esta Sala casacional- se puede decir con la STS. 90/2007 de 23.1, que aborda precisamente esta cuestión, que en el momento actual, con independencia de la introducción de la segunda instancia, es lo cierto que reiterada jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional han declarado la naturaleza efectiva del recurso de casación penal en el doble aspecto del reexamen de la culpabilidad y pena impuesta por el Tribunal de instancia al condenado por la flexibilización y amplitud con que se está interpretando el recurso de casación desposeído de toda rigidez formalista y por la ampliación de su ámbito a través del cauce de la vulneración de derechos constitucionales, singularmente por vulneración del derecho a la presunción de inocencia que exige un reexamen de la prueba de cargo tenida en cuenta por el Tribunal sentenciador desde el triple aspecto de verificar la existencia de prueba válida, prueba suficiente y prueba debidamente razonada y motivada, todo ello en garantía de la efectividad de

la interdicción de toda decisión arbitraria -art. 9-3-, de la que esta Sala debe ser especialmente garante, lo que exige verificar la razonabilidad de la argumentación del Tribunal sentenciador a fin de que las conclusiones sean acordes a las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos.

CUARTO.- En el caso que nos ocupa la sentencia de instancia, fundamento jurídico segundo, con relación al apartado B) de los hechos probados tiene en cuenta la declaración del testigo Jesús Carlos, que entiende corroborada por el contenido de las conversaciones telefónicas que mantenía con el recurrente y las declaraciones del testigo Simón, sin desconocer que aquel testigo negó durante el juicio oral cuanto había dicho en fase de instrucción.

En este extremo esta Sala tiene declarado SSTS. 450/2007 de 30.5, 304/2008 de 5.6, 1238/2009 de 11.12 que el Tribunal de Instancia puede otorgar prevalencia para fundar su convicción a la prueba practicada en la fase de instrucción sobre la practicada en el plenario, caso de discordancia entre ambas, siempre que aquella se halla practicado judicialmente con las debidas garantías y se halla sometido a efectiva contradicción en el acto del juicio oral. Concretamente en el caso de testimonios contradictorios previstos en el artículo 714 de la L.E.Criminal, la doctrina constitucional y de esta Sala (S.T.C. 137/88, S.T.S. 14-4-89, 22-1-90, 14-2-91 o 1 de diciembre de 1995, sentencia núm. 1207/95), admite que el Tribunal pondere la mayor o menor verosimilitud de las versiones contrapuestas, contrastándolas con los datos deducidos de otras pruebas practicadas y con la credibilidad de las razones expuestas para justificar las contradicciones, correspondiendo al Tribunal de Instancia dicha valoración, conforme a lo dispuesto en el artículo 741 de la L.E.Criminal.

Esta Sala igualmente ha declarado (ver S. 113/2003 de 30.1) que las declaraciones de los testigos y los acusados aún cuando se retracten en el juicio oral, pueden ser tenidas como actividad probatoria suficiente para enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia sobre la base de la mayor fiabilidad que pudiera tener la versión sumarial. Pero esta afirmación aparece sujeta a determinados requisitos que inciden sobre la apreciación de la credibilidad de la rectificación con confrontación de las distintas manifestaciones, extremo que depende substancialmente de la percepción directa que sólo tiene el Tribunal de instancia por la inmediatez de la prueba (Sentencias de 7 de noviembre de 1997; 14 de mayo de 1999). En otros términos, la posibilidad de valorar una u otra declaración no significa un omnímodo poder de los tribunales para optar por una u otra declaración, a modo de alternativa

siempre disponible por el solo hecho de existir en los autos una declaración distinta de la prestada por el testigo, o en su caso coimputado, en el Juicio Oral.

Jurisprudencialmente hemos requerido la concurrencia de circunstancias que afectan tanto a las condiciones de validez de la prueba que permita su valoración como a los criterios de valoración. Así, en primer término, para que la declaración sumarial sea valorable en sentido objetivo, es decir susceptible de ser valorada como material probatorio, es preciso que se incorpore al plenario sometándose a la contradicción, exigencia condicionante de la propia idoneidad probatoria de la declaración sumarial, sin la cual ésta no puede ser considerada siquiera por el Tribunal de instancia en la formación de su convicción. Es necesario para ello que se dé cumplimiento a lo dispuesto en el art. 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal procediendo a la lectura de aquélla y permitiendo a las partes someter la declaración a contradicción (SSTS. de 5 de noviembre de 1996 y 20 de mayo de 1997; y STC. de 29 de septiembre de 1997). Sin esta incorporación al plenario la declaración sumarial no es prueba, ni cabe ser considerada.

Esta exigencia presupone que la declaración que se incorpora al enjuiciamiento, provenga del sumario, es decir, de la documentación de la actuación judicial en investigación de un hecho delictivo, pues así lo exige el art. 714 de la Ley Procesal, que refiere la posibilidad de dar lectura a las declaraciones del sumario, esto es las practicadas en sede jurisdiccional con exclusión de las celebradas ante la policía. Además tal declaración ha de ser realizada con observancia de las reglas que rigen la práctica de estas diligencias. Consecuentemente debe tratarse de declaraciones prestadas ante el Juez de Instrucción reuniendo los requisitos exigidos por la Ley, pues fuera de este supuesto no se trataría propiamente de diligencias sumariales de prueba, de forma que, aún no satisfaciéndose el principio de contradicción en aquella declaración, puesto que sucede con frecuencia, sobre todo cuando se trata del denunciante, que su declaración se produce con anterioridad a la del imputado, que dicho principio esencial del proceso se desenvuelve en el acto del Plenario, mediante la lectura concreta y puntual de la diligencia, abriéndose de esta forma a las partes la posibilidad de salvaguardar sus derechos (SSTS. 4.3.2002, 17.7.2002, 5.12.2003). Por otra parte, la contradicción que permite la lectura de las obrantes en el sumario debe recaer sobre aspectos esenciales del testimonio, como afirmaciones contradictorias o retractaciones totales o parciales.

La declaración sumarial debe ser incorporada al juicio mediante su lectura a petición de cualquiera de

las partes como establece el art. 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pudiéndolo hacer el Tribunal de oficio (art. 708 párrafo segundo LECr.). Como consecuencia de esa lectura ha de ser interpelado el declarante sobre las razones de su divergencia siendo entonces cuando el Tribunal puede sopesar la credibilidad de lo manifestado por el testigo y decantarse por lo declarado en sumario o en Juicio Oral.

Con relación a esta última exigencia la jurisprudencia de esta Sala Segunda y la del Tribunal Constitucional han relativizado el requisito formal de la lectura considerando suficiente el que las diligencias sumariales hayan aparecido en el debate del juicio por el procedimiento del art. 714 o por cualquier otro que garantice la contradicción, siendo suficiente que las preguntas y respuestas dadas en el Juicio Oral hagan referencia expresa a tales declaraciones sumariales poniendo de manifiesto las contradicciones al objeto de que pueda darse la explicación oportuna. Lo que no puede hacerse es traer sorpresivamente desde el sumario a la sentencia, sin antes haber pasado por la posibilidad de ser debatido en el juicio oral (principios de oralidad, publicidad, contradicción e inmediatez) ese dato que se incorpora al relato de hechos probados. En todo caso lo que no es suficiente para que la declaración sumarial pueda ser tenida en cuenta es el empleo de la expresión ritual "por reproducida", práctica censurable inoperante para la efectiva entrada en el plenario de la declaración sumarial, y rechazada por la doctrina jurisprudencial.

Incorporada al Juicio Oral la declaración sumarial, esto es las condiciones de valorabilidad de la declaración obrante en el sumario, analizamos las exigencias que deben concurrir en la sentencia que la valora para comprobar, desde la perspectiva del control casacional de la presunción de inocencia, la correcta valoración de la prueba y la correcta enervación del derecho a la presunción de inocencia.

En primer lugar, por la falta de inmediatez de aquélla, la hipotética mayor credibilidad frente a la declaración en Juicio Oral ha de apoyarse en su verosimilitud objetiva lo que significa que en ese plano debe estar corroborada por otras circunstancias periféricas u otros medios probatorios (SSTC. 153/97, de 29 de septiembre; 115/98, de 1 de junio; y SSTS. de 13 de julio de 1998 y 14 de mayo de 1999). Es decir, la credibilidad objetiva precisa de la concurrencia de hechos o indicios externos o periféricos a la declaración sumarial que la doten de objetividad bastante para hacer razonable su valoración frente a la declaración que, con observancia del principio de inmediatez, se prestó en el Juicio Oral.

En segundo término, y como consecuencia del anterior requisito, es

necesario que el Tribunal de instancia exprese las razones por las que se inclina por versión distinta de la que ha aflorado en el Juicio Oral (Sentencias de 22 de diciembre de 1997 y 14 de mayo de 1999), pues no habiendo presenciado la declaración sumarial se hace especialmente necesario razonar la causa de concederle mayor credibilidad, a la vista de lo declarado contradictoriamente a su presencia, rectificando sus manifestaciones anteriores, y de las explicaciones dadas al respecto por el declarante.

No de otro modo ha procedido la Sala de instancia, al señalar que llama la atención que en su declaración ante el Juzgado manifestara de forma expresa que no se había sentido presionado cuando declaró ante la Policía, llegando a decir, tras preguntarle si fue a Comisaría con miedo "que no va con miedo a ningún sitio" y destacar que no se ha puesto de manifiesto ningún motivo racional para afirmar que se hubiera presionado a este testigo para que este faltara a la verdad en su declaración judicial, en la que admitió que había comprado cocaína a Efraín en varias ocasiones en el mes de julio 2004 y que solía comprar un gramo de cocaína al precio de 60 E, añadiendo que en las conversaciones telefónicas mantenidas con este recurrente -cuando hablaban de whisky y de vino o usaban expresiones como "la cosa" o "el plan" se referían en realidad a la droga; para concluir que incluso, en el propio acto del juicio y pese a la retractación aludida, dicho testigo llegó a manifestar que en alguna ocasión "puede que yo le haya invitado a Efraín o él a mí", refiriéndose a sustancias estupefacientes.

Declaración testifical que la Sala entiende corroborada por el testimonio de Simón, persona que había trabajado como camarero en el club y al parecer también ocasionalmente como encargado, que si bien no llegó a admitir que hubiera presenciado directamente actos de venta de cocaína por parte de Efraín, si declaró tanto en Comisaría como en el Juzgado, haber tenido conocimiento de que el recurrente se dedicaba a ello y que algunos clientes se iban con Efraín a una dependencia reservada o salían del local, a fin de realizar las transacciones en la mayor intimidad.

Nos encontraríamos ante un testimonio de referencia que si puede ser valorado por la Sala. Como decíamos en SSTs. 667/2008 de 5.11 y 957/2007 de 28.11, nuestro sistema procesal admite de manera expresa la figura del testigo de referencia, art. 710 LECrim., siendo éste la persona que no proporciona datos obtenidos por la percepción directa de los acontecimientos, sino la versión de lo sucedido obtenida a través de manifestaciones o confidencias de terceras personas.

Es cierto, que en general, toda testifical deber versar, en principio, so-

bre los hechos que son objeto de enjuiciamiento y no sobre el resultado de un medio de investigación o de prueba testifical pero ello no obsta, para que en el supuesto de que existiera controversia sobre la validez de un determinado medio de investigación o de prueba se practique prueba -incluso testifical- para poder tener elementos de juicio para resolver la cuestión; en otro orden, cuando la controversia puede verse sobre la credibilidad o fiabilidad de ciertos testigos, evidentemente se puede practicar prueba al respecto, y su alcance será solo tal controversia. Así el art. 710 LECrim deberá interpretarse como habilitación legal para dar relevancia al testigo de referencia, no para dilucidar el hecho que es objeto de enjuiciamiento, sino sobre la fiabilidad y credibilidad de un determinado testigo, por ejemplo, para valorar como corroboración periférica lo declarado por el testigo directo en caso de que la prueba de cargo se halle integrada sólo por la declaración de éste.

En definitiva las manifestaciones que realizó en su día la víctima o testigo directo de los hechos objeto de acusación debe ser necesariamente objeto de contradicción por el acusado o por su Letrado en el interrogatorio del juicio oral, y por ello no se puede inferir que el principio de intermediación permite sustituir un testigo directo por otro de referencia, pero no obstante la testifical de referencia si puede formar parte del acervo probatorio en contra del reo, siempre que no sea la única prueba de cargo sobre el hecho enjuiciado y siempre con independencia de la posibilidad o no de que el testigo directo puede deponer o no en el juicio oral.

El testigo de referencia podrá ser valorado como prueba de cargo -en sentido amplio- cuando sirva para valorar la credibilidad y fiabilidad de otro testigo -por ejemplo testigo de referencia que sostiene sobre la base de lo que le fue manifestado por un testigo presencial, lo mismo o lo contrario, o lo que sostiene otro testigo presencial que si declara en el plenario-, o para probar la existencia o no de corroboraciones periféricas -por ejemplo, para coadyuvar a lo sostiene el testigo único-.

Ello no impide para que el testigo de referencia pueda valorarse, como cualquier otro testigo, en lo que concierne a hechos objeto de enjuiciamiento que haya apreciado directamente y a hechos relativos a la validez o fiabilidad de otra prueba, en este caso el testimonio de Jesús Carlos que había manifestado haber comprado droga a Efraín en varias ocasiones.

QUINTO.- El motivo quinto al amparo del art. 851.1 LECrim. por estimar que existe falta de claridad en los hechos probados en cuanto al apartado B por cuanto que los únicos que se declaran probados carecen de

indicios necesarios para considerar a Efraín culpable del delito que se le ha impuesto y a pesar de estos, en los fundamentos de derecho se realizan unas elucubraciones que carecen de apoyatura probatoria.

El motivo debe ser desestimado por cuanto el recurrente desenfoca la vía casacional del art. 851.1 LECrim., vicio in iudicando.

En efecto la falta de claridad sólo deberá apreciarse cuando el Tribunal haya redactado el relato fáctico utilizando términos, frases o expresiones ininteligibles, oscuras o dubitativas, en extremos jurídicamente relevantes del mismo, de tal modo que no sea posible conocer con precisión qué es lo que el Tribunal declara probado y por tanto, resulte imposible su calificación jurídica (STS. 161/2004 de 9.2).

Los requisitos que conforme a reiterada doctrina jurisprudencial (SSTS. 1006/2000 de 5.6, 471/2001 de 22.3, 717/2003 de 21.5, 474/2004 de 13.4, 770/2006 de 13.7) hacen viable a este motivo son los siguientes:

a) Que en el contexto del hecho probado se produzca la existencia de una imprecisión, bien por el empleo de términos o frases ininteligibles, bien por omisiones que hagan incomprensible el relato, o por el empleo de juicios dubitativos, por la absoluta carencia de supuesto fáctico o por la mera descripción de la resultancia probatoria sin expresión por el juzgador de lo que considera probado, debe ser interna y no podrá oponerse frente a otros apartados de la sentencia, y debe ser gramatical, sin que quepa su alegación frente a una falta de comprensión lógica o argumental, cuya impugnación deberá articularse por otras vías, como el error de derecho.

b) La incomprensión, la ambigüedad, etc. del relato fáctico debe estar causalmente relacionado con la calificación jurídica de la sentencia. La falta de claridad impide la comprensión del hecho probado e impide una correcta subsunción.

c) Además, la falta de claridad debe producir una laguna o vacío en la descripción histórica del hecho que se declara probado.

d) Las imprecisiones en cuanto a fechas o intervención de personas podrán dar lugar a la falta de claridad en función de la prueba practicada pues, si bien es exigible la mayor precisión de cuantos datos fácticos sean necesarios para la calificación, y es claro que toda sentencia penal tiene que contener junto al relato de hechos probados, la oportuna referencia a cuando ocurrieron los hechos enjuiciados, al menos con referencia aproximada, sino es posible una precisión concreta, como sería deseable, su incomprensión por falta de acreditamiento no dará lugar al

vicio procesal, pues el hecho probado debe recoger aquello que, efectivamente, resulte acreditado.

Ahora bien la falta de claridad no se integra por las meras omisiones de datos fácticos en el relato de hechos probados, ya que como la contradicción, es vicio puramente interno del mismo que solo surge por omisiones sintácticas o vacíos de comprensibilidad que impiden conocer qué es lo que el Tribunal consideró o no probado, siempre que la incorporación del relato esté directamente relacionada con la calificación jurídica y que la falta de entendimiento o incomprensión del relato provoque una laguna o vacío en la descripción histórica de los hechos (SSTS. 235/2000, 24.3.2001, 23.7.2001, 1.10.2004, 2.11.2004, 12.11.2004, 28.12.2005).

Desde esta perspectiva no se aprecia falta de claridad alguna en el apartado B del relato fáctico en cuanto recoge que "Efraín se valía asimismo del establecimiento que regentaba para distribuir cocaína mediante precio a distintos compradores, uno de los cuales era Jesús Carlos, a quien suministró la expresada sustancia estupefaciente en varias ocasiones durante el mes de julio de 2004, -conducta ésta subsumible en el art. 368 CP - para a continuación relatar como concertaban las transacciones: mediante conversaciones telefónicas en las que, en vez de llamarse por sus respectivos nombres, lo hacían como "soldado" y "soldadito", y refiriéndose en dichas conversaciones a la cocaína como botellas de vino o de whisky, cantidad vendida en cada ocasión: un gramo de cocaína y precio pagado sesenta euros, y como el día 18 de diciembre de 2004, en el registro de dos habitaciones del establecimiento se encontraron en un envoltorio de plástico conteniendo cocaína con un peso neto de 0,78 gramos y una riqueza media del 43,1 por ciento y otro envoltorio con la misma sustancia con un peso neto de 0,67 gramos y una riqueza media del 50,6 por ciento, así como una sustancia vegetal que resultó ser marihuana con un peso neto de 1,42 gramos y una riqueza media del 7,5 por ciento.

Consecuentemente no se aprecia vacío alguno en la descripción histórica del hecho que se declara probado, que origina incomprensión de su sentido y que impida su calificación jurídica.

Recurso interpuesto por Valentina.

SIXTO.- El recurso primero referido al art. 849.1 LECrim. por indebida aplicación del art. 312.2, art. 66.6 CP. y restantes normas del ordenamiento jurídico.

El motivo en cuanto se remite a la jurisprudencia indicada en el mismo ordinal del recurso interpuesto por el coacusado Efraín debe ser igualmente estimado, dado que la única cues-

ción que se le atribuye a esta recurrente en los hechos probados es que imponía multas a las mujeres si faltaban al trabajo sin justificar su ausencia por enfermedad. Con independencia de que este hecho aislado pueda suponer una condición laboral restrictiva de los derechos de todo trabajador al no poder equipararse a la "baja productividad" a la que se refiere la STS. 30.5.2003, lo cierto es que tal extremo, que en el acto del juicio oral fue expresamente negado por una de las prostitutas Angélica, quien manifestó que por no trabajar no se les imponía multa (acta del juicio, Pág. 20), solo aparece en las declaraciones prestadas en Comisaría por Virtudes (folio 411), declaraciones que no fueron ratificadas en el juicio oral en este punto concreto, y no podemos olvidar -como ya hemos precisado en motivos anteriores- que el art. 714 LECrim. en relación a la posibilidad de valorar declaraciones anteriores, se refiere expresamente a las prestadas "en el sumario" y por tal no puede estimarse el atestado policial, que se integra por una serie de actos de investigación que pueden contener fuentes de prueba, pero no prueba en sí misma, y por ello el valor procesal de tales actuaciones es el de simple denuncia, a que se refiere el art. 297 LECrim. (SSTC. 23.2.95, 14.10.97, SSTS. 1.12.95, 12.7.2000).

Por ello, una declaración testifical incriminatoria prestada en sede policial, no puede ser valorada, por sí sola, en orden a fundar una sentencia condenatoria, por tratarse de actividad preprocesal que no ha sido incorporada al sumario en el juicio oral (STS. 1940/2002 de 21.11), puede ser fuente de prueba pero no prueba en sí misma, ni aún con su lectura en el plenario de acuerdo con el art. 714 LECrim., porque tal lectura no muda la naturaleza del atestado y de todas las diligencias que la integran, ya que sólo la única autoridad dotada de su suficiente independencia para generar actos de prueba es el propio Juez de Instrucción; nótese que el mismo art. 714 de la LECrim al referirse a la diversidad de declaraciones del testigo, se refiere a las prestadas "en el sumario", y por tal no puede estimarse el atestado policial que sólo se integra por actos de investigación que, a lo sumo, pueden ser fuentes de prueba pero no prueba en sí mismos, porque no forman parte de la encuesta judicial en sentido propio (STS 918/2004 de 26.7).

Consecuentemente el motivo deberá prosperar con la subsiguiente absolución de Valentina del delito contra los derechos de los trabajadores extranjeros por el que había sido condenada, siendo innecesario el estudio de los restantes motivos de su recurso.

Recurso interpuesto por Aníbal

SÉPTIMO.- El motivo primero por infracción de precepto constitucional del principio de presunción de

inocencia, art. 24 CE, al amparo del art. 5.4 LOPJ. y art. 852 LECrim. al basarse la condena en las declaraciones efectuadas por Agentes de la Autoridad, miembros de la Policía Nacional, núm. 000 y núm. 001, así como en las de los testigos Angélica y Simón, de las que no puede deducirse que el recurrente se dedique a la venta de sustancias estupefacientes, al ser la cantidad que éste tiró al suelo, ante el registro policial, nimia, sin que existiesen instrumentos adecuados para traficar y siendo su capacidad económica alta y el dinero que le fue intervenido, procedente de la recaudación de ese día del pub que regentaba. Retomando lo ya expuesto en el motivo cuarto del recurso de Efraín cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, se concreta, en la verificación de si la prueba de cargo en base a la cual el Tribunal sentenciador dictó sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y por tanto:

-En primer lugar, debe analizar el "juicio sobre la prueba", es decir, si existió prueba de cargo, entendiendo por tal aquella que haya sido obtenida con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que además, haya sido introducida en el Plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen dicho acto. Contradicción, intermediación, publicidad e igualdad.

-En segundo lugar, se ha de verificar "el juicio sobre la suficiencia", es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

-En tercer lugar, debemos verificar "el juicio sobre la motivación y su razonabilidad", es decir si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, es decir si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia, ya que la actividad de enjuiciamiento es por un lado una actuación individualizadora no seriada, y por otra parte es una actividad razonable, por lo tanto, la exigencia de que sean conocidos los procesos intelectuales del Tribunal sentenciador que le han llevado a un juicio de certeza de naturaleza incriminatoria para el condenado, es, no sólo un presupuesto de la razonabilidad de la decisión, sino asimismo una necesidad para verificar la misma cuando la decisión sea objeto de recurso, e incluso la motivación fáctica actúa como mecanismo de aceptación social de la actividad judicial.

En definitiva, el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, en consecuencia, la decisión alcanzada por el Tribunal sentenciador, en sí

misma considerada, es lógico, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan existir otras conclusiones porque no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente, si la decisión escogida por el Tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena, -SSTC 68/98, 85/99, 117/2000, 4 de junio de 2001 ó 28 de enero de 1002, ó de esta Sala 1171/2001, 6/2003, 220/2004, 711/2005, 866/2005, 476/2006, 528/2007 entre otras-.

Por ello, queda fuera, extramuros del ámbito casacional verificado el canon de cumplimiento de la motivación fáctica y la razonabilidad de sus conclusiones alcanzadas en la instancia, la posibilidad de que esta Sala pueda sustituir la valoración que hizo el Tribunal de instancia, ya que esa misión le corresponde a ese Tribunal en virtud del art. 741 LECrim. y de la intermediación de que dispuso, intermediación que no puede servir de coartada para eximir de la obligación de motivar.

Así acotado el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia, bien puede decirse que los Tribunales de apelación, esta Sala de Casación o incluso el Tribunal Constitucional en cuanto controlan la motivación fáctica de la sentencia sometida a su respectivo control, actúan verdaderamente como Tribunales de legitimación de la decisión adoptada en la instancia, en cuanto verifican la solidez y razonabilidad de las conclusiones alcanzadas, confirmándolas o rechazándolas -SSTS de 10 de junio de 2002, 3 de julio de 2002, 1 de diciembre de 2006, 685/2009 de 3 de junio -y por tanto controlando la efectividad de la interdicción de toda decisión inmotivada o con motivación arbitraria.

En síntesis, reiteramos que los cuatro puntos cardinales del control casacional en relación al derecho a la presunción de inocencia se concretan en la verificación de si existió prueba constitucionalmente obtenida, legalmente practicada, suficiente y racionalmente valorada -STS 987/2003 de 7 de julio-.

OCTAVO.- En el caso presente la sentencia de instancia considera acreditada la tenencia por parte del recurrente de dos trozos de hachís con un peso neto de 1,0 gramos, un envoltorio de plástico conteniendo cocaína con un peso neto de 4,48 gramos y riqueza media del 82,3%, y una bolsita de celofán con tres envoltorios de plástico de 2,62 gramos, y una riqueza media del 38,6%, sustancias -cuya posesión ha negado Aníbal- de las que intentó deshacerse en el registro policial, valorando para ello las testificales del agente núm. 000 (Pág. 19 del acta del juicio), que en el plenario declaró que se le asignó la vigilancia de Aníbal y que metió la mano en el bolsillo para tirar algo al suelo y alejarlo con la

pierna, hallándose el acusado junto a la puerta de la cocina en donde hay una nevera, y del Inspector Jefe del Grupo operativo de extranjeros núm. 001 (folio 14 del acta) Remigio, que señaló como también pudo ver cómo el acusado trataba de esconder algo empujándolo con la pierna.

Es cierto en este extremo que no son medios de prueba la declaración de los policías vertidas en el atestado, siendo necesario que, de conformidad con lo establecido en los arts. 297.2 y 717 LECrim., tales funcionarios presten declaración en el juicio oral, debiendo en tales casos ser apreciadas sus manifestaciones como declaraciones testificales en cuanto se refieren a hechos de conocimiento propio (STC. 100/85).

En este sentido, hemos dicho en SSTS. 792/2008 de 4.12, 181/2007 de 7.3, el art. 717 LECrim. dispone que las declaraciones de las autoridades y funcionarios de la Policía Judicial tendrán el valor de declaraciones testificales apreciables, como éstas, según las reglas del criterio racional. Así tiene declarado esta Sala, STS. 2.4.96, que las declaraciones testificales en el plenario de los agentes de la Policía sobre hechos de conocimiento propio, al estar prestadas con las garantías procesales del acto, constituyen prueba de cargo, apta y suficiente, para enervar la presunción de inocencia; STS. 2.12.98, que la declaración de los Agentes de Policía prestadas con las garantías propias de la intermediación, contradicción y publicidad, es prueba hábil y suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, correspondiente su valoración, en contraste con las demás pruebas, al Tribunal de instancia, por cuanto la relevancia del juicio oral reside en la posibilidad que tiene el Juez de percibir directamente las pruebas que se desarrollan, que en el caso de la prueba testifical adquiere una mayor importancia, al poder discernir las condiciones del testigo el origen de su conocimiento, su capacidad de comprensión de la realidad, lo que, en definitiva, se resume en la fuerza de convicción de sus testimonios; y en STS. 10.10.2005 que precisa que las declaraciones de autoridades y funcionarios de la Policía Judicial tendrán el valor de declaraciones testificales, apreciables como éstas, según las reglas del criterio racional.

Estos funcionarios llevan a cabo sus declaraciones de forma imparcial y profesional, en el sentido de que no existe razón alguna para dudar de su veracidad, cuando realizan sus cometidos profesionales, teniendo las manifestaciones que prestan un alto poder convictivo, en cuanto no existe elemento subjetivo alguno para dudar de su veracidad, precisamente en función de la profesionalidad que caracteriza su cometido profesional, la formación con la que cuentan y la inserción de la policía judicial en un estado social y democrático de Derecho, como es el nuestro, todo ello de

conformidad con los arts. 104 y 126 CE.

Valoración probatoria que debe asumirse por esta Sala al no constar ninguna circunstancia que haga irrazonable la apreciación de esta prueba, pues la relevancia del juicio oral reside en la posibilidad que tiene el Juez de percibir directamente las pruebas que se desarrollan, que en el caso de prueba testifical adquiere una mayor importancia, al poder discernir las condiciones del testigo, el origen de su conocimiento, su capacidad de comprensión de la realidad, lo que en definitiva, se resume en la fuerza de convicción de sus testimonio. El Juez "a quo" analiza los testimonios de cargo y le lleva a la convicción establecida en el relato de hechos. Como decía la STS. 3.1.2000 "en el proceso penal el testigo se limita a participar al Tribunal unos hechos desprovistos de cualquier valoración que el testigo puede realizar y su testimonio será eficaz o no para el enjuiciamiento y meditación de los hechos en función de lo que haya visto y presenciado, lo comunique al Tribunal del enjuiciamiento que lo valorará teniendo en cuenta la capacidad de percepción y convicción del testigo".

Acreditada, por tanto, esa tenencia de las sustancias por el recurrente, esto es el aspecto objetivo del delito del art. 368 CP, es preciso, tratándose de tenencia con destino al tráfico - como decimos en SSTs. 117/2009 de 27.2, 1183/2009 de 1.12- que la prueba acredite que la finalidad de la tenencia es precisamente proceder a la venta o a la ejecución de cualquier otro acto de tráfico.

Respecto a la concurrencia de este elemento subjetivo del tipo que se exige para considerar delictiva la posesión de la droga, su probanza puede venir o de la mano de la prueba directa, como sucede en los casos de confesión del propio sujeto, o testigos que compraron la sustancia prohibida o la vieron ofrecer en venta o de cómo conocieron tal intención de entrega a terceros y así lo declaran. Sin embargo, lo más frecuente es que tales pruebas no existan y se acuda al mecanismo de la prueba indirecta o de indicios, por medio de la cual, a través de ciertos hechos básicos plenamente acreditados, a través de determinadas circunstancias objetivas que concurren en el hecho que se enjuicia, se infiera la existencia de aquel elemento subjetivo.

Así los criterios que se manejan para deducir el fin de traficar con la droga son: la cantidad, pureza y variedad de la droga; las modalidades de la posesión o forma de presentarse la droga; el lugar en que se encuentra la droga; la tenencia de útiles, materiales o instrumentación para propagación, elaboración o comercialización; la capacidad adquisitiva del acusado en relación con el valor de la droga; la ocupación de di-

nero en moneda fraccionada; la falta de acreditamiento de la previa dependencia, entendiendo como de lo más significativo la no constancia de la adicción al consumo de drogas; la actitud adoptada al producirse la ocupación, la forma de reaccionar ante la presencia policial, el intento disimulado de deshacerse de ella o de ocultarla; e incluso se ha aludido en alguna ocasión a las circunstancias personales del acusado.

En el caso presente la sentencia impugnada infiere tal ánimo de tráfico del dato que si bien las cantidades intervenidas están en los límites de los fijados por esta Sala en el Pleno de 19.10.2001, siguiendo el criterio del Instituto Nacional de toxicología, su forma de distribución no en un único envoltorio sino en varias bolsitas y en algunas de ellas con distintas cantidades y variedades de sustancias, y las testificales de Angélica, que en aquellos momentos prestaba servicios en el club, en el sentido de que tenía entendido que Aníbal traía cocaína al club a menudo, y si bien ella nunca le vio vender si había oído comentarios en tal sentido, y de Simón en similar sentido, precisando que el acusado iba muchas veces al baño con clientes y que por referencias de otras personas y por las propias visitas al baño, había que pensar que vendía cocaína.

El recurrente impugna esta última declaración por entender que para que las mismas pudieran tomarse en cuenta a la hora de dictar sentencia, se deberían haber leído en la Sala, ya que como consta en el Acta del Vista, el citado testigo no compareció pese a que estaba citado en forma, no solicitando el Ministerio Fiscal, ni ninguna de las partes personadas la suspensión de la vista, ni que se leyese sus declaraciones para su contradicción ante el Tribunal.

Impugnación que no puede sostenerse pues si bien la lectura conforme al art. 730 LECrim. requiere que la presencia del testigo no fue fuera posible, pues de otra forma, queda injustificada la utilización como prueba de cargo de sus declaraciones sumariales, dado que su lectura está subordinada a la imposibilidad de contar con el testimonio directo de su autor, lo cierto es que en el caso presente ante la incomparecencia de este testigo y otros en la primera sesión del juicio oral celebrada el 24.2.2009, la Sala previa petición del Ministerio Fiscal acordó la suspensión del juicio y nueva citación de los testigos incomparecidos, señalándose a continuación del juicio para el 23.3.2009, y hasta nueva sesión si compareció Simón sometiéndose sus declaraciones anteriores al debate contradictorio de todas las partes.

Consecuentemente estas declaraciones si pueden ser tenidas en cuenta por la Sala, partiendo del hecho probado de la ocupación en poder del recurrente de distintas sustancias, de su conducta ante la presencia po-

licial intentando, primero, deshacerse de ellas, y negando, después, que poseyera droga alguna, para inferir que aquella droga estaba destinada a su distribución a terceros, inferencia que es conforme a las reglas de la lógica y máximas de experiencia, atendida la negativa de la posesión, no obstante acreditada por prueba directa, y la no constancia, siquiera, de su condición de drogadicto.

El motivo, por lo expuesto se desestima.

NOVENO.- El motivo segundo, por error en la apreciación de la prueba, art. 849.2 LECrim. y tercero, por infracción de Ley, art. 849.1 LECrim. por aplicación incorrecta del art. 368 CP. en relación con el art. 29 CP. en cuanto se remiten al motivo precedente, deben seguir igual suerte desestimatoria.

DECIMO.- Estimándose parcialmente el recurso interpuesto por Efraín y en su totalidad en lo concerniente a Valentina se declaran de oficio las costas del mismo, y desestimándose el planteado por Aníbal, se le imponen las costas causadas en su tramitación, art. 901 LECrim.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación, interpuesto por Efraín y Valentina, contra sentencia de 9 de junio de 2009, dictada por la Audiencia Provincial de Huesca, Sección Primera, en causa seguida contra los mismos por delitos de los derechos de los trabajadores extranjeros y salud pública, y en su virtud casamos y anulamos dicha resolución, dictando nueva sentencia más acorde a derecho, declarando de oficio las costas del recurso.

Y debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Aníbal, contra la referida sentencia, condenándole al pago de las costas del recurso.

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. Julián Sánchez Melgar.- Perfecto Andrés Ibáñez.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.- Alberto Jorge Barreiro.- José Antonio Martín Pallín.

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de marzo de dos mil diez.

En la causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de

Huesca, y fallada posteriormente por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Huesca; y que fue seguida por delito contra los derechos de los trabajadores, y contra la salud pública, contra Efraín, nacido en Sevilla el 8.9.1952, hijo de Venancio y Dolores, con DNI. núm. 002, cuyos antecedentes penales no constan y en situación de libertad provisional por esta causa tras haber sido cautelarmente privado de libertad los días 18, 19 y 20.12.2004; Aníbal, nacido en Huesca el 28.9.1962, hijo de julio y Teresa, con DNI. núm. 003, cuyos antecedentes penales no constan y en situación de libertad provisional por esta causa tras haber sido cautelarmente privado de libertad los días 18,19,20.12.2004; Valentina, nacida en Marceio (Brasil) el 13.1.1967, hija de María Das Does, con pasaporte núm. 004, cuyos antecedentes penales no constan y en situación de libertad provisional por esta causa tras haber sido cautelarmente privada de libertad los días 18,19 y 20.12.2004; la Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, hace constar los siguientes:

ANTECEDENTES

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Tal como se ha razonado en los fundamentos jurídicos 1º y 6º de la sentencia precedente los hechos probados no constituyen en relación a Efraín y Valentina el delito contra los derechos de los trabajadores extranjeros, art. 312.2 CP.

PARTE DISPOSITIVA

Fallamos: Que manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca, Sección Primera de fecha 9 de junio de 2009, debemos absolver y absolvemos a Efraín y Valentina del delito contra los derechos de los trabajadores extranjeros por el que habían sido condenados, declarando de oficio las costas correspondientes.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Julián Sánchez Melgar.- Perfecto Andrés Ibáñez.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.- Alberto Jorge Barreiro.- José Antonio Martín Pallín.

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



TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2010/70321

TS Sala 3ª, Sección: 4, Sentencia 5 mayo 2010. Ponente: D. Santiago Martínez-Vares García

Subsanación de defectos procesales

Archivo de actuaciones calificado como medida excesiva por impago de tasa judicial

Acuerda el TS haber lugar al recurso de casación interpuesto frente a Auto de la Sala de lo contencioso del TSJ de Andalucía, que afirmó el archivo de las actuaciones, rechazando el recurso de súplica interpuesto por la recurrente. Se procedió al archivo de las mismas puesto que la mercantil no abonó la tasa judicial correspondiente. Se pone de manifiesto el error en la redacción de la DO de 19 de octubre de 2007, que lleva a suponer que se tiene por interpuesto el recurso, dando la posibilidad de subsanar el defecto procesal de abono de la tasa en un momento posterior, suponiendo entonces, una grave infracción de la normativa que regula dicha tasa. Indica también la recurrente, a este respecto, que la decisión de archivo, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva. Explica la Sala, que entiendo desproporcionado el archivo de las actuaciones, por el impago de la tasa, salvo voluntad expresa en ese sentido manifestada por la recurrente, lo que no le eximiría en todo caso de su abono, al haberse producido ya el hecho imponible. Añade por ello, que una vez que como expresa el Auto recurrido se produjo el abono de la tasa se debió dar curso al procedimiento de modo que procede estimar el recurso, dejar sin efecto el Auto de archivo recurrido, y reponer actuaciones al momento procesal de admisión del recurso para que el mismo se sustancie por sus trámites.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone por la representación procesal de Europa Health Care Clinic, S.L., el recurso de casación que resolvemos frente al Auto de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sede de Sevilla, de siete de abril de dos mil ocho, que rechazó el recurso de súplica deducido frente a otro anterior de veintidós de enero del mismo año, que dispuso proceder “al archivo de las presentes actuaciones dejándose nota en los libros correspondientes”.

SEGUNDO.- El Auto que desestimó el recurso en el fundamento de Derecho único expresó que: “La Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, introdujo en su art. 35 la denominada Tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil y contencioso-administrativo (desarrollado posteriormente por la Orden del Ministerio de Hacienda 661/2003, de 24 de marzo y por la Resolución de 8 de noviembre de 2003, de la Secretaría de Estado de Justicia), estableciendo como hecho imponible de esta tasa, por lo que aquí nos ocupa la interposición

de recursos contencioso administrativo (apartado Uno, 1.c), y como momento de devengo, la Interposición del recurso contencioso administrativo (apartado Cuarto, 2.a), lo que debe entenderse referido, en interpretación sistemática con la LJCA, a la presentación del escrito de interposición del recurso. Por otra parte, el apartado Siete del mismo art. 25 (sic) dispone en su número 2 que: “El justificante del pago de la tasa con arreglo al modelo oficial, debidamente validado, acompañará a todo escrito procesal mediante el que se realice el hecho imponible de este tributo, sin el cual el Secretario Judicial no dará curso al mismo, salvo que la omisión fuere subsanada en un plazo de diez días”, configurando así el pago de la tasa, o en su caso la acreditación de la exención subjetiva, como un auténtico requisito procesal para la admisión del correspondiente escrito.

Desde estas premisas, no puede prosperar el recurso de súplica. La parte actora ha dejado transcurrir un plazo notablemente superior al legal para efectuar este trámite, no subsanando en tiempo el incumplimiento del requisito de la tasa judicial establecida pese a serle notificada la posibilidad de subsanación.

El principio de subsanabilidad de los defectos en que incurran los actos procesales de las partes, proclamado en los arts. 45.3 y 138.2 LJCA y específicamente en relación con la tasa judicial, en el art. 35. 7.2 de la Ley 53/2002, únicamente conlleva el otorgamiento de los plazos de subsanación correspondientes, pero no autoriza el cumplimiento del requisito fuera de dicho plazo, ya que ello supondría una infracción de los principios de improrrogabilidad de plazos de preclusión de actos procesales de los arts. 128 de la LJCA y 132, 134 y 136 de la LEC. El carácter subsanable del defecto, no impide decretar el archivo si no se verifica dentro del plazo concedido precisamente al efecto del art. 11.3 (sic).

En el presente supuesto, pese a que se posibilitó la vía subsanatoria, no fue cumplido en el plazo legal concedido, habiéndose procedido al abono de la tasa una vez dictado y notificado el auto impugnado acordando el archivo, lo que convierte dicho requisito en insubsanable y determina el archivo sin más trámite como establece el art. 45.3 de la Ley Jurisdiccional, dado que los Jueces y Tribunales, vienen sometidos a su observancia al constituir materia de legalidad ordinaria”.

TERCERO.- El recurso contiene dos motivos de casación, ambos al amparo del apartado d) del número 1 del art. 88 de la Ley de la Jurisdicción, por “infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate”.

El primero de ellos imputa al Auto recurrido la vulneración del art. 35, apartado siete, núm. 2 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre. Partiendo de lo anterior señala que: “mientras la ley es tajante e indica que sin la aportación de dicha tasa el Secretario Judicial no dará curso al recurso “entendido en este contexto de la Jurisdicción contencioso-administrativa como que no se tendrá por interpuesto el recurso en tanto no se cumplimente este requisito formal “la diligencia de ordenación de 19 de octubre de 2007 dictada por la Secretaria Dª María Luisa Fernández Camacho, y cuyo tenor literal está recogido en el antecedente de hecho segundo, dispone que “se tiene por interpuesto recurso contencioso administrativo” con independencia de que posteriormente se requiera para cumplimentar el trámite formal de la tasa.

Este error en la redacción de la diligencia de ordenación supone una grave infracción de la normativa que regula la citada tasa, y tiene unas consecuencias gravísimas por cuanto como adelantamos anteriormente, conduce a la parte recurrente a la creencia errónea de que el recurso está debidamente presentado.

Así pues, supone una grave infracción de la normativa por cuanto se-

gún el tenor literal de la ley el Secretario Judicial no debía haber dado curso al escrito procesal presentado, y en este caso concreto no debía haber tenido por interpuesto el recurso, lo que sin duda nos hubiera llevado a la subsanación del defecto formal de inmediato. Sin embargo, la literalidad de la diligencia cuestionada supuso- unida a la interpretación que de este requisito hace la jurisprudencia y al hecho de que mi mandante está exenta de pagar la tasa- que por esta parte no se considerara que fuera requisito necesario para la admisión del recurso la presentación del modelo 696 en el plazo riguroso que establecía dicha diligencia, por cuanto, insistimos si la presentación del modelo fuera de plazo iba a suponer el archivo de las actuaciones ex art. 35 de la Ley 53/2002 la no presentación con el recurso debía haber supuesto ab initio que no se tuviera por interpuesto el recurso, ya que en caso contrario se incurriría en una serie de irregularidades que atentan contra la seguridad jurídica e implican una clara indefensión de los administrados”.

Y añade a lo anterior que la Ley 53/2002 fue completada por la Orden del Ministerio de Hacienda 661/2003 y la Resolución de la Secretaría de Estado de Justicia de 8 de noviembre siguiente, de modo que la aplicación de esas disposiciones no podían conducir al archivo del recurso sino a llevar a la Sala a dirigirse a la Administración en los términos en ellas previstos pero tramitando el proceso.

El segundo de los motivos considera que la decisión del Auto de la Sala no tuvo en cuenta la Sentencia del Tribunal Constitucional 141/1988 relativa a las limitaciones impuestas al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Mantiene el motivo que esa decisión fue desproporcionada e interfirió en el derecho a la tutela judicial efectiva que se desconoció a la recurrente.

Opone la defensa de la Junta de Andalucía que debe confirmarse la decisión de instancia aplicando el art. 138.3 de la Ley de la Jurisdicción, porque al no haberse subsanado en plazo el defecto la Sala procedió conforme a Derecho, y por que, además, una sola Sentencia no constituye jurisprudencia.

CUARTO.- Los dos motivos que contiene el recurso permiten dada la finalidad que persiguen, y la razón última que defienden, que no es otra que acreditar que la decisión de archivo recurrida vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, su resolución conjunta por la Sala.

Pero antes de abordar la resolución del fondo de la cuestión conviene también adelantar por evidente que resulte, que se trata de recurrir un Auto de aquellos a los que el art. 87.1.a) de la Ley de la Jurisdicción

se refiere como posible objeto del recurso de casación en los mismos supuestos que para las Sentencias contempla el art. 86 de la Ley, y que son "los que declaren la inadmisión del recurso contencioso administrativo o hagan imposible su continuación". El primero de esos supuestos es el que nos ocupa.

Según el art. 35 uno, 1.c), de la Ley 53/2002, la interposición de un recurso contencioso-administrativo constituye el hecho imponible de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en el orden contencioso-administrativo, produciéndose el devengo de la tasa en el momento de la interposición del recurso contencioso-administrativo, disponiendo el número siete 1 y 2 de ese precepto que los sujetos pasivos autoliquidarán la tasa conforme al modelo oficial establecido por el Ministerio de Hacienda y procederán a su ingreso en el Tesoro Público con arreglo a lo dispuesto en la legislación tributaria general y en las normas reglamentarias de desarrollo de este artículo, y acompañarán el justificante del pago de la tasa con arreglo al modelo oficial, debidamente validado, a todo escrito procesal mediante el que se realice el hecho imponible de este tributo, sin el cual el secretario judicial no dará curso al mismo, salvo que la omisión fuere subsanada en un plazo de diez días. Como consecuencia de lo que acabamos de exponer dice el primero de los motivos que el pago de la tasa o la acreditación de la exención subjetiva se constituyen como un auténtico requisito procesal para la admisión del correspondiente escrito.

Como en este caso el escrito no fue acompañado del documento acreditativo del abono de la tasa, y sin embargo se dictó Diligencia de Ordenación que expresaba "se tiene por interpuesto recurso contencioso administrativo... y no acompañándose el justificante de pago de la tasa, debidamente validado... requiriese a la parte recurrente para que la aporte", deduce de ahí el motivo que el recurso se tuvo por interpuesto, y por ello no consideró que fuera requisito necesario para la admisión del recurso la presentación del modelo 696 en el plazo riguroso que establecía la posterior Diligencia que le requirió a ese efecto. De ahí que fuera gravemente perjudicado por el error en que incurrió la Sala.

Nada más lejos de la realidad. La Sala procedió de acuerdo con la Ley cuando presentó el escrito de interposición el Secretario Judicial extendió la Diligencia de Ordenación haciendo constar que se había interpuesto el recurso ya que se había presentado un escrito por la sociedad recurrente a través de su representación procesal en el que identificaba el acto de la Administración que recurría, y que le había impuesto una sanción con la que estaba disconforme. Y que el Secretario tuviera por interpuesto el recurso como consecuencia de la presentación del escrito

que se limitaba a identificar el acto que se recurría tenía evidente trascendencia, puesto que la constancia de la interposición era precisa para garantizar el momento en que se había puesto de manifiesto el deseo de recurrir a los efectos de acreditar que el escrito, y, en consecuencia, el recurso se presentaron en plazo.

Ahora bien cumplida esa obligación y a tenor de lo dispuesto por el número 3 del art. 45 de la Ley 29/1998, el Juzgado o Sala venía obligado a examinar de oficio la validez de la comparecencia tan pronto como se hubiera presentado el escrito de interposición, y para ello debía comprobar si con el escrito citado se acompañaban los documentos a los que se refería el número 2 del artículo citado y enumerados en los apartados a), b), c) y d) y, además, el exigido por el art. 35. siete. 2 de la Ley 53/2002, consistente en el justificante del pago de la tasa creada para el ejercicio de la potestad jurisdiccional por la Ley citada debidamente validado.

Y como consecuencia de lo anterior preveía también la Ley en ese artículo y número que si con el escrito de interposición no se acompañaran los documentos expresados en el apartado anterior o los presentados son incompletos y, en general, siempre que el Juzgado o Sala estimare que no concurrían los requisitos exigidos por la Ley para la validez de la comparecencia, requeriría inmediatamente la subsanación de los mismos, señalando un plazo de diez días para que el recurrente pueda llevarla a efecto y, si no lo hiciera, por el Juez o Tribunal se ordenaría el archivo de las actuaciones.

De este modo procedió la Sala en este supuesto, requiriendo el Secretario al representante procesal de la recurrente para que en el plazo de diez días aportase el justificante del pago de la tasa con arreglo al modelo oficial, debidamente validado, y transcurrido ese plazo la Sala ordenó el archivo de lo actuado, y ello porque atendiendo en concreto a esta cuestión es obvio que la tasa se devenga con la interposición del recurso y no con la admisión a trámite del mismo. Todo ello con arreglo a la norma vigente en el momento de la interposición del recurso modificada en este punto por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, vigente desde el día cuatro de mayo del corriente, que atribuye el examen de la comparecencia directamente al Secretario Judicial que deberá requerir la subsanación de los defectos que detecte y transcurrido el plazo legal sin que se subsanen, dará cuenta al Juzgado o Tribunal que se pronunciará sobre el archivo de las actuaciones.

Ahora bien si en los supuestos que se enumeran en los apartados a), b), c), y d), del número 2, resulta evidente que no atendido el requerimiento la voluntad del legislador es que el Juzgado o Tribunal archive el procedimiento, no parece que sea esa la

solución procedente cuando lo que se incumple es la obligación de incorporar al proceso el justificante del pago de la tasa debidamente validado.

En primer término porque la obligación del pago se deriva necesariamente de la presentación del escrito de interposición del recurso por que precisamente el hecho imponible de la tasa lo constituye la interposición del recurso contencioso administrativo y el devengo de la misma se produce en el momento de la presentación del escrito de interposición, artículo uno 1. c) y cuatro 1. e) de la Ley 53/2002, y no cuando el recurso se admite como ya expusimos. Y además porque desarrollando la Ley, la Orden del Ministerio de Hacienda 661/2003, de 24 de marzo, prevé en el número Sexto. Cuatro para el supuesto de que el sujeto pasivo no subsanare la omisión dentro del plazo establecido que el Secretario Judicial comunique esta circunstancia a la Delegación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria correspondiente, y, por su parte, la Resolución de la Secretaría de Estado de Justicia de 8 de noviembre de 2003, que dicta instrucciones a los Secretarios Judiciales acerca del procedimiento a seguir para la tramitación de la tasa en el sexto de sus apartados, añade que el Secretario cuando no se subsanare el defecto, es decir, cuando no se abone la tasa facilitará a la Delegación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria correspondiente los datos necesarios para que ésta practique de oficio la liquidación correspondiente de la tasa.

De este modo parece desproporcionado que se archive sin más el recurso por el impago de la tasa, salvo voluntad expresa en ese sentido manifestada por el recurrente, lo que no le eximiría en todo caso de su abono, al haberse producido ya el hecho imponible, porque, efectivamente, una medida tal parece excesiva, si se han cumplido el resto de los requisitos que exige la norma legal, cuando existe una voluntad previa manifiesta y expresa de recurrir para obtener tutela judicial efectiva frente a un acto de la Administración que se estima contrario a Derecho.

Tanto más cuanto que en este supuesto inicialmente la parte consideró que estaba exenta del pago de la tasa, lo que no le eximía de la obligación de acreditarlo ante el Tribunal y no lo hizo, y después procedió a su abono una vez dictado y notificado el Auto impugnado.

Y además porque si se examina la secuencia de las expresiones que contienen tanto la Ley 53/2002, como la posterior Orden que la desarrolla y la Resolución ulterior de la Secretaría de Estado que da instrucciones a los Secretarios Judiciales acerca del modo de proceder en relación con la tasa, se desprende que la misma tiene una clara función recaudatoria encaminada al sostenimiento del servicio de justicia cuando quien

lo demanda son personas jurídicas, y, también, en menor medida disuasoria de litigios, de modo que se arbitran mecanismos para el abono de la tasa hasta imponerlo, pero sin que se pretenda si voluntariamente no se cumple, cercenar el ejercicio de la tutela judicial efectiva, y así la Ley inicialmente si no se acompaña el justificante de pago, dispone que el Secretario no dará curso al escrito procesal, salvo que la omisión se subsane en el plazo que se ha de otorgar, mientras que la Orden del ministerio de Hacienda dispone que si no se subsana la omisión dentro del plazo concedido el Secretario lo comunicará a la Delegación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria correspondiente, en tanto que la Resolución posterior va más allá, y expresa que esa comunicación se hace para que conocidos todos los datos precisos para ello, que facilitara el Secretario, la Delegación pueda practicar de oficio la liquidación. Pero lo que en ningún momento se afirma es que el no acreditar en el plazo otorgado para ello el pago de la tasa justifique el archivo de la actuaciones, sino que por el contrario parece deducirse que la consecuencia única de ese impago será la de que no se dé curso al procedimiento hasta que finalmente se acredite la liquidación de la tasa.

En consecuencia una vez que como expresa el Auto recurrido se produjo el abono de la tasa se debió dar curso al procedimiento de modo que proceda estimar el recurso, dejar sin efecto el Auto de archivo recurrido, y reponer actuaciones al momento procesal de admisión del recurso para que el mismo se sustancie por sus trámites.

QUINTO.- Al estimarse el recurso no procede hacer expresa condena en costas a la sociedad recurrente de conformidad con lo dispuesto en el art. 139.2 de la Ley de la Jurisdicción en nombre de su Majestad El Rey y por la autoridad que nos confiere la Constitución

FALLO

Ha lugar al recurso de casación número 1.492/2008, interpuesto por la representación procesal de Europa Health Care Clinic, S.L., frente al Auto de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sede de Sevilla, de siete de abril de dos mil ocho, que rechazó el recurso de súplica deducido frente a otro anterior de veintidós de enero del mismo año, que dispuso proceder "al archivo de las presentes actuaciones dejándose nota en los libros correspondientes" que casamos y declaramos nulo y sin ningún valor ni efecto y disponemos la retroacción de actuaciones al momento en que acreditado el abono de la tasa, se tenga por interpuesto el recurso y se sustancie el mismo por sus trámites, y todo ello sin hacer expresa condena en costas a la recurrente.

(...)

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.



2010/84196

TS Sala 1ª, Sentencia 28 mayo 2010.
Ponente: D. Xavier O'Callaghan Muñoz

Inexistencia de intromisión ilegítima en el honor con la publicación de artículo periodístico de proceso penal

El TS declara haber lugar al rec. de casación anulando la sentencia de apelación y confirmando la dictada por el juzgado de primera instancia, que desestimó la demanda por la que el actor solicitaba que se declarase la existencia de una intromisión ilegítima en su derecho al honor como consecuencia de la publicación de un artículo periodístico firmado por el demandado. Declara la Sala que dicho artículo se publicó con el único objetivo de informar sobre el resultado de un proceso penal, siendo veraces los hechos relatados, y que, a la vista de la notoriedad pública del actor, su vinculación personal y las imputaciones contra su persona en materia de tráfico de sustancias estupefacientes y el contexto en el que se vieron, hacen que la noticia sea calificable de interés público y de relevancia social encuadrable dentro del marco al derecho a la libertad de información.

2010/84198

TS Sala 1ª, Sentencia 11 mayo 2010.
Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos

Inexistencia de error judicial en ejecución por sustitución

El TS desestima la demanda de error judicial confirmando el auto impugnado que, en ejecución de la sentencia que había declarado la validez del contrato de compraventa litigioso, determinó la cantidad que los demandados debían abonar a los actores-ejecutantes en concepto de prestación por equivalencia ya que no había sido posible la entrega de la totalidad del terreno comprado. Los ejecutados interponen la presente demanda alegando que el auto impugnado incurre en el error de fundar la ejecución por sustitución en la imposibilidad de entrega del resto del

terreno por doble venta. El TS declara que no puede aceptarse la concurrencia del mencionado error ya que dicha resolución no funda su decisión en la existencia de doble venta sino que considera que es indiferente la causa por la cual resultaba imposible en su totalidad la ejecución en forma específica del contrato declarado válido.



2010/31669

TS Sala 2ª, Sentencia 17 marzo 2010.
Ponente: D. Joaquín Giménez García

La teoría de la creación del riesgo como fundamento de la responsabilidad civil subsidiaria

No ha lugar a los recursos de casación interpuestos por los responsables civiles subsidiarios contra sentencia dictada en causa seguida por delitos de detención ilegal, estafa y robo con violencia y falta de hurto. Subraya el Tribunal que hoy ya es general y pacífica la tesis de que el fundamento del nacimiento de la responsabilidad civil subsidiaria se encuentra en la teoría de la creación del riesgo, de manera que quien se beneficia de las actividades de otra persona, que de alguna manera puedan provocar un riesgo para terceras personas, también debe soportar las consecuencias negativas de las consecuencias lesivas de ese riesgo creado, y ello, incluso se ha declarado cuando la actividad desarrollada por el infractor no le reporte ningún beneficio al principal.

2010/31673

TS Sala 2ª, Sentencia 1 febrero 2010.
Ponente: D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar

Aplicación de atenuante analógica de dilaciones indebidas

Desestimando el recurso de casación interpuesto por uno de los acusados, la Sala acoge parcialmente los formulados por los otros dos imputados contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delitos contra la salud pública, amenazas y tenencia ilícita de armas. El Tribunal aprecia en los recu-

rrentes la atenuante analógica de dilaciones indebidas, pues los actos alegatorios y de calificación se encuentran innecesariamente separados por periodos de tiempo excesivos que, sumados, denotan una dilación -un año y medio para todo ello- indebida en un proceso ya de por sí dilatado en el tiempo; dilación que no siendo imputable a maniobras de los acusados, ha de valorarse suficiente para apreciar la atenuante.



2010/26503

TS Sala 3ª, Sección 7ª, Sentencia 3 febrero 2010.
Ponente: D. Nicolás Maurandi Guillén

Pérdida de la condición funcional impuesta como sanción de naturaleza disciplinaria

El TS desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el recurrente frente al acuerdo del Consejo de Ministros que denegó la solicitud de rehabilitación como miembro de la Guardia Civil. La Sala considera que el silencio que viene a preconizar la demanda no puede ser compartido, pues lo que resulta es la clara voluntad legislativa de negar la posibilidad de rehabilitación en los casos en que la pérdida de la condición funcional haya sido impuesta como sanción de naturaleza disciplinaria, y la primera consecuencia que resulta de lo anterior es la inviabilidad de la aplicación analógica pretendida, por no ser de apreciar laguna normativa alguna sino un claro mandato legal.

2010/26483

TS Sala 3ª, Sección 2ª, Sentencia 8 febrero 2010.
Ponente: D. Rafael Fernández Montalvo

Reconocimiento de extensión de efectos en comprobación de valores en materia del ITP y AJD

El TS, que ha lugar el recurso de casación, casa y anula los autos que reconocieron la extensión de efectos de la sentencia dictada en un asunto relativo a una comprobación de valores en

materia del ITP y AJD. La Sala considera que la eliminación del acto o disposición impugnada en vía jurisdiccional da lugar a la desaparición del presupuesto necesario para la formulación de pretensiones que pudieran ser objeto de ulteriores recursos, de suerte que no resulta viable hacer pronunciamientos sobre aspectos del contenido de un acto o disposición que ha desaparecido del mundo jurídico por virtud de la sentencia anulatoria, y, por consiguiente, para tal clase de sentencia meramente anulatoria no cabe, siquiera, plantearse la aplicación de un cauce procesal, como es el que representa el art. 110 LJCA, que se justifica en la conveniencia de evitar la reiteración de procesos.



2010/71361

TS Sala 4ª, Sentencia 22 marzo 2010.
Ponente: D. Aurelio Desdentado Bonete

Denegado subsidio para mayores de 52 años

Desestima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por la emigrante retornada accionante contra sentencia que rechazó el reconocimiento del derecho a percibir subsidio para mayores de 52 años. Explica la Sala que es preciso que el trabajador migrante que regresa a España y solicita el subsidio asistencial controvertido acredite que ha completado en nuestro país los periodos de seguro en último lugar, exigencia que no se cumple en el caso de la actora.

2010/53619

TS Sala 4ª, Sentencia 15 marzo 2010.
Ponente: D. Aurelio Desdentado Bonete

Orden de llamamiento de los trabajadores fijos discontinuos

Estima el TS el recurso de casación formulado por la diputación provincial demandada contra sentencia que declaró que el orden de llamamiento de los trabajadores fijos-discontinuos de las estaciones invernales debe atemperarse a la estricta antigüedad en la prestación de servicios. Explica la Sala que si bien el convenio colectivo aplicable en el caso enjuiciado señala que el llamamiento se producirá por el orden de la antigüedad en la empresa, se refiere a continuación a cada especialidad y categoría, debiendo ponerse en relación con el criterio general de la antigüedad por años de servicios, que rige para la promoción económica en el convenio colectivo, el criterio específico de la antigüedad en la plantilla, que se prevé para la promoción interna.