



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 XVI. Número 2761

Madrid, lunes 23 de noviembre de 2009

 **TS PENAL**
2009/128117

TS Sala 2ª, Sentencia 10 junio 2009. Ponente: D. Diego Antonio Ramos Gancedo

Inaplicación de atenuante analógica de arrepentimiento en delito contra la salud pública

Se estima el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra sentencia dictada en proceso seguido por delito contra la salud pública. El TS dicta segunda sentencia por la que deja sin efecto la atenuante analógica de arrepentimiento que había sido apreciada, ya que resulta incuestionable que la acción "ex post" del acusado, limitándose a manifestar que llevaba en su interior las bolas de cocaína, no integra ninguno de los supuestos legales para la aplicación de la atenuante, pues tal reconocimiento era completamente irrelevante e inócuo, porque el hallazgo de las bolas de cocaína resultaba inevitable e inmediato.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Audiencia Provincial de Madrid condenó al acusado como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública en su modalidad de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud, previsto y penado en el art. 368 y 369.1.6ª C.P. (cantidad de notoria importancia), al haber declarado probado que "Sobre las 11:20 horas del día 14 de marzo de 2.008, D. Justino llegó al aeropuerto de Madrid Barajas en el vuelo de la Compañía Aérea IBERIA núm.000, procedente de Bogotá (Colombia), portando en el interior de su organismo, por haberlas ingerido previamente, un total de 89 bolas que contenían una sustancia que, analizada, resultó ser cocaína, con un peso total de 1.378,61 gramos y una pureza del 71,6%, que estaba destinado al comercio ilícito".

El Tribunal de instancia declara concurrente la circunstancia atenuante analógica muy cualificada de confesión del art. 21.6 en relación con el 21.4º, con el art. 376 C.P. y

con el art. 801 L.E.Cr., imponiendo al acusado la pena de siete años de prisión y multa de 22.407,51 euros.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal recurre en casación impugnando por el cauce del art. 849.1º L.E.Cr., la aplicación de la mentada circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal, alegando que la declaración de Hechos Probados de la sentencia no contiene los requisitos que para ello exige la ley y la doctrina jurisprudencial que la interpreta, toda vez que lo que el "factum" establece es que "Inmediatamente a ser interceptado D. Justino por los funcionarios de la Guardia Civil en el aeropuerto de Madrid Barajas, invitándole a ser reconocido por rayos X manifestó que era portador de sustancia estupefaciente que previamente ingirió. Reiteró ante el Magistrado del Juzgado de Instrucción cuando fue puesto a disposición judicial en calidad de detenido que había ingerido bolas de drogas que le habían dado las personas a las que no puede identificar y que le habían dicho que era cocaína, viaje que hizo porque le habían prometido pagar

5.000 ó 6.000 euros. En el acto del juicio oral el acusado a preguntas del Ministerio Fiscal reconoció que había ingerido 93 bolas de cocaína y que le iban a pagar por dicho viaje 5.000 ó 6.000 euros las personas que le iban a esperar en España y a las que no conoce, viaje que hizo por motivos económicos para ayudar a su familia".

El motivo casacional debe ser estimado.

Señala la parte recurrente que la acusación pública imputa al acusado el delito de tráfico de cocaína en cantidad de notoria importancia, sin la concurrencia de ninguna circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal, solicitando la pena de once años de prisión y multa, y que la defensa del acusado se mostró conforme con la acusación fiscal, pero interesando la pena de siete años de prisión.

Una primera consideración que cabe consignar es que aunque ni acusación ni defensa soliciten la aplicación de una circunstancia atenuante, ésta puede ser apreciada de oficio por el Tribunal sentenciador, siempre que los elementos que configuran esa circunstancia aparezcan claramente en el relato de Hechos Probados, porque así como la introducción en el debate judicial a través de una propuesta concreta discutida por las partes bajo los principios de bilateralidad, contradicción, lealtad y buena fe si bien es de inexcusable observancia cuando de circunstancias de agravación se trata por el riesgo de indefensión que comportaría su planteamiento ex novo, en los supuestos en los que el relato de los hechos presta puntual y suficiente base para la apreciación de una circunstancia de atenuación o favorable al reo es aplicable la excepción a dicha regla general, cuando, aun sin proposición de parte, la narración fáctica de la sentencia contenga todos los datos que sirven de base para la apreciación de una circunstancia determinada que el Tribunal de instancia, aún de oficio, vendría obligado a aplicar (véase STS de 15 de diciembre de 2.000, entre otras).

Al margen de ello, el Tribunal a quo excluye con buen criterio la aplicación "plena" de la atenuante ordinaria de confesión del art. 21.4

SUMARIO

TC

CONSTITUCIONAL

Parcial vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones **3**

TS

CIVIL

Resolución justificada de arrendamiento de obra ante la pérdida de confianza **9**

PENAL

Inaplicación de atenuante analógica de arrepentimiento en delito contra la salud pública **1**

ADMINISTRATIVO

Legalidad de la orden autonómica que aplica los criterios de la decisión comunitaria sobre desarrollo local **11**

RS RESEÑA DE SENTENCIAS **16**

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

C.P. argumentando que no concurre el requisito temporal de que la confesión se haya efectuado con anterioridad a conocer el acusado que el procedimiento se dirige contra él, ya que -apunta- "existe uniforme jurisprudencia del Tribunal Supremo que afirma que en el concepto de procedimiento judicial se incluye la actuación policial (sentencias del Tribunal Supremo núm. 366/1997, de 21 de marzo y núm. 1220/2001, de 22 de junio), constando que la manifestación que realiza el acusado ante los funcionarios de la Guardia Civil reconociendo que portaba sustancia estupefaciente se realizó en un momento en que le invitan a someterse a Rayos X y, por lo tanto, con toda seguridad se iba a descubrir que portaba sustancia estupefaciente, motivo por lo que resulta inadecuado aplicar con plenitud la circunstancia atenuante 4ª del artículo 21 del Código Penal". Y es claro y palmario que en el caso presente, una vez retenido el acusado por los funcionarios policiales como sospechoso de transportar drogas, con la finalidad de someterle a una inspección radiológica, la actuación policial ya se había iniciado, con lo que a la confesión realizada no sólo le faltaría el requisito temporal, sino que, además, carecería de la menor relevancia al resultar inevitable el hallazgo de las bolas de cocaína que llevaba en el interior de su organismo.

TERCERO.- La sentencia impugnada aplica la atenuante analógica de confesión (como muy calificada) fundamentando esta subsunción en dos argumentos que desarrolla ampliamente, cuales son la relación de analogía con la circunstancia atenuante específica prevista en el art. 376 C.P., por un lado, y, por otro, con base en las disposiciones legales establecidas para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos y las sentencias de conformidad que tengan lugar en este ámbito regulado por el art. 801 L.E.Cr. Ningún razonamiento se expone, por el contrario, para fundamentar la atenuante apreciada en base a su analogía con el art. 21.4 C.P., no obstante lo cual nos parece conveniente hacer algunas consideraciones sobre este tercer extremo: la naturaleza, concepto y contenido de la atenuante analógica han sido objeto de estudio y de preocupación por parte del Tribunal Supremo, sin duda por la importancia que para la responsabilidad criminal ha de tener una circunstancia "abierta" y sometida a la convicción íntima de los Jueces pues, como es sabido, la semejanza o similitud con alguna de las demás atenuantes del antiguo

artículo 9, hoy artículo 21, faculta para asumir la disminución de la imputabilidad.

Mas esa posibilidad (véase entre otras muchas la Sentencia de 3 de febrero de 1995) no puede alcanzar nunca el supuesto en el que falten los requisitos básicos para estimar una concreta atenuante porque entonces se permitiría la creación de atenuantes incompletas o, lo que es peor, la infracción de la norma. Tampoco puede exigirse una similitud absoluta entre la atenuante analógica y la que sirve de comparación en tanto que ello equivaldría a hacer inoperante el humanitario y plausible propósito de que hablaba la Sentencia de 28 de enero de 1980.

La analogía a la que se refiere el artículo 21.6 se ha de establecer atendiendo no a la similitud formal, morfológica o descriptiva, sino a la semejanza de sentido intrínseco. De ahí que sea una cláusula general de individualización de la pena que trata de ajustar ésta a la verdadera culpabilidad, es decir, no por la semejanza formal con la atenuante específica de que se trate sino por la similitud con la idea genérica que básicamente informan los demás supuestos del artículo 21. De ahí que la apreciación de la atenuante analógica requiera, inicialmente, la existencia de un parecido o de significado semejante con alguna de las atenuantes del texto legal, que nunca puede ser absoluto, tampoco diametralmente distinto. Eso sí, conforme a lo dicho, atendiendo a semejanzas de sentido o a analogías intrínsecas basadas sobre todo en el mismo Derecho Natural. Es, en conclusión, una labor de ponderación y equilibrio que el legislador quiso residenciar en los Jueces a la hora de individualizar la pena.

Respecto a la atenuante de arrepentimiento espontáneo, la jurisprudencia de esta Sala ha pasado de sostener la exigencia de un sentimiento de pesar por haber obrado mal para la aplicación de la atenuante, a valorar conductas posteriores a la comisión del delito reveladoras de una voluntad de realizar actos de cooperación a los fines del ordenamiento jurídico que se opongan a contrarresten la anterior voluntad antijurídica mostrada al cometer la infracción (sentencia de 6 de marzo de 1993). Y, en concreto, para la apreciación de una circunstancia atenuante análoga al arrepentimiento se admite jurisprudencialmente cuando, aún faltando alguno de los elementos exigidos por el número 9 del artículo

9º, se ha producido postdelictualmente por parte del reo una conducta consistente en algunos de los supuestos legalmente recogidos y que constituyen razón de ser de la atenuante: reparación total o parcial de los efectos del delito, satisfacción al ofendido o confesión de los hechos a las autoridades y, en todo caso, que tales conductas se produzcan antes de conocer el agente la apertura de procedimiento penal (sentencias de 25 de noviembre de 1.991, 2 de octubre de 1.992, 30 de enero de 1.993 y 14 de junio de 1.994).

"La carencia de la última exigencia citada impide en el presente caso la aplicación de la atenuante analógica de arrepentimiento. Dice la sentencia recurrida que, una vez descubierto en el depósito de combustible de su vehículo el haschis que portaba, el acusado aceptó su responsabilidad en el transporte de la droga que efectuaba y al hacerlo así denotó menor culpabilidad asumiendo la vigencia del derecho y facilitando la investigación policial. Empero la conducta facilitadora de la tarea investigadora solo se produjo una vez que el alijo de droga ya había sido descubierto e iniciado así el procedimiento para perseguir y sancionar el hecho, siendo patente para el acusado que tal procedimiento había comenzado a desarrollarse, y con ello vetándose la posibilidad de apreciación por el juzgador de una atenuante de arrepentimiento aún siquiera por analogía (véase STS de 9 de febrero de 1.996, entre otras)".

Este criterio ha venido siendo flexibilizado, en cuanto que una conducta post delictual del sujeto activo de confesión tardía del delito cometido, puede ser en ciertos casos constitutiva de una eficaz y productiva colaboración con la justicia gracias a la cual se consiguen resultados positivos en la investigación, difícilmente alcanzables en otro caso. En esta situación, la confesión del acusado no permite la apreciación de la atenuante 4ª del art. 21 C.P. por falta de requisito cronológico, pero sí puede ser considerada como analógica a ésta, vía núm. 9 de dicho precepto. Así lo expresamos en nuestra STS de 14 de mayo de 2.001 cuando exponíamos que "la jurisprudencia de esta Sala primero y el Legislador de 1995 después han sustituido el fundamento moral que representaba la exigencia del impulso de arrepentimiento espontáneo por una mayor objetivación que consolida la tendencia doctrinal de justificar la atenuación por razones de política criminal, sustituyendo la exigencia subjetiva del

arrepentimiento por el mero acto objetivo de colaboración con la Justicia consistente -en el caso de la actual atenuante 4 del artículo 21 - en proceder el culpable a confesar la infracción a las Autoridades. Desde esta perspectiva cobra mayor relevancia la exigencia de que la confesión deba producirse antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él por cuanto después de ese momento, que presupone un cierto conocimiento previo por las Autoridades aunque sea indiciario de su responsabilidad criminal, la confesión carece de la relevancia colaboradora que en cambio tiene la confesión de una responsabilidad desconocida hasta entonces por las Autoridades.

De ahí que la confesión del recurrente después de su detención sobre su propia participación en el hecho, no permita la estimación de la atenuante 4 del artículo 21, ni -por lo ya expuesto- la analógica del número 6. Pero su complementaria colaboración descubriendo a la Policía lo que ésta ignoraba, es decir, nombres y datos sobre la participación de otras personas en el presunto hecho delictivo, cuando aparecen como especialmente significativos para esclarecer la intervención de otros individuos en los hechos enjuiciados, permite la aplicación de la circunstancia atenuante analógica 10ª del artículo 9, en relación con la 9ª del mismo precepto, del Código Penal de 1973 o la analógica 6ª del artículo 21, en relación con la con la del número 4 del mismo artículo, del Código Penal de 1995. Si el espontáneo arrepentimiento, con toda su significación moral ha desaparecido definitivamente del Código Penal, y es la utilidad de la colaboración relevante para con la Justicia lo que justifica por razones objetivas de política criminal la atenuante nominada, análoga significación cabe apreciar en la referida conducta que da lugar a la atenuante por analogía".

CUARTO.- En el caso presente, el Tribunal sentenciador no establece la relación de analogía con la atenuante del art. 21.4 C.P., sino con la superatenuante específica del art. 376 C.P. que tiene unas consecuencias minorativas de la pena muchísimo más importantes, pues permite rebajar ésta en uno o dos grados, en tanto que aquella, como atenuante ordinaria, sólo autoriza a sancionar el delito con la mitad inferior de la pena asignada al mismo. Pero en el art. 376, el beneficio penológico se encuentra supeditado e irremisiblemente condicionado a una conducta post

delictiva del acusado concreta, contrastada y objetivada en los términos que la norma establece: que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con las autoridades o sus agentes bien para impedir la producción del delito, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otras responsables, o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado.

Resulta incuestionable que la acción "ex post" del acusado, limitándose a manifestar que llevaba en su interior las bolas de cocaína, no integra ninguno de los supuestos legales para la aplicación del art. 376, pues tal reconocimiento era completamente irrelevante e inocuo, pues el hallazgo de las bolas de cocaína resultaba -como ya se ha dicho- inevitable e inmediato. Por eso tampoco cabe justificar la aplicación del art. 376 en el abandono voluntario del acusado de su actividad delictiva, ni, desde luego, en las demás conductas activas y eficaces de colaboración eficiente y fructífera con la Justicia que el precepto establece.

La sentencia, a pesar de ello, aplica el precepto en base a que -dice- el acusado no es más que un simple y último "peón" de la organización criminal y porque debido a que desconoce la identidad de las personas que componen esa organización delictiva, no ha tenido posibilidad de colaborar efectivamente aportando datos de esas posibles personas responsables de la organización y así favorecer su posible detención o impedir la comisión de nuevos hechos delictivos.

Esta explicación no puede ser aceptada. En primer lugar porque se asienta en meras conjeturas y especulaciones sin base probatoria alguna, ya que ni figura en el "factum" el completo desconocimiento por el acusado de todas las personas integradas en la organización, ni mucho menos cabe aseverar que, de haber podido hacerlo, hubiera identificado a los responsables de la misma, ya que esta eventualidad, la de la delación de otros miembros del grupo criminal dedicado al narcotráfico (principales o subalternos) es algo realmente inusual y anómalo por razones de todos conocidas según las máximas que la experiencia nos enseña constantemente.

Y, en fin, porque la aplicación del art. 376 o del 24.1 por vía analógica, sin que concurran los elementos materiales y objetivos exigidos por la Ley, supondría -como acertadamente señala la parte recurrente- no ya la creación de una nueva atenuante incompleta a espaldas del legislador, sin la aplicación de esa norma sin otra razón que el puro voluntarismo.

QUINTO.- Como último argumento, la sentencia de instancia acude a

una interpretación analógica del art. 801 L.E.Cr. señalando que esta disposición procesal establece la reducción de la pena en un tercio en los supuestos recogidos en dicho precepto en que haya existido conformidad del acusado, criterio reductor que obedece a la finalidad de agilizar los procesos judiciales y que debe aquí aplicarse también por analogía.

El argumento es jurídicamente insostenible. El art. 801 L.E.Cr. tiene su ámbito de aplicación en los procedimientos para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos y siempre que concurran determinados requisitos que la ley especifica: que se trate de delitos contra la salud pública del art. 368, inciso segundo, esto es, tráfico de drogas que no causen grave daño a la salud. Aquí el objeto del ilícito tráfico era cocaína con un peso de 1.378,61 gramos y una pureza del 71,6%. En segundo lugar, el art. 801 mencionado, que regula la sentencia de conformidad en el marco legal de su aplicación, requiere "que los hechos objeto de acusación hayan sido calificados como delito castigado con pena de hasta tres años de prisión...", en tanto que en nuestro caso, el delito imputado al acusado era el del 368, primer inciso y el 369.1.6º (cantidad de notoria importancia), sancionado con pena de prisión de hasta trece años y seis meses. Tampoco podría haberse dictado sentencia de conformidad como premisa para rebajar en un tercio "la pena solicitada", pues hubo conformidad con los hechos, pero no con la pena, lo que también abortaba la aplicación directa o analógica del citado art. 801 L.E.Cr.

SEXTO.- Finalmente, tampoco puede ser acogida como fundamento de la apreciación de la atenuante muy calificada de confesión, la mención que hace el Tribunal sentenciador a las propuestas de reducción de pena en los delitos contra la salud pública formuladas en el Pleno de la Sala 2ª citado en la sentencia ya que, aparte de que se refieren fundamentalmente a los supuestos de escasa cuantía de las sustancias estupefacientes aprehendidas, que no es el caso, no consta por el momento que hayan sido asumidas por el legislador.

SÉPTIMO.- Todo cuanto ha quedado expuesto avala la estimación del motivo formulado por el Ministerio Fiscal, pues es palmario que no existe en absoluto el presupuesto fáctico necesario para aplicar la circunstancia atenuante analógica y, mucho menos, como muy calificada. Por ello, la sentencia deberá ser casada, dictándose otra por esta Sala en la que, excluyendo aquélla, indebidamente aplicada en la instancia, se imponga al acusado la pena interesada por el Fiscal de 9 años y un día de prisión, que, por lo demás, es el mínimo legalmente posible.

FALLO

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR

AL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de ley interpuesto por el Ministerio Fiscal; y, en su virtud, casamos y anulamos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 17ª, de fecha 14 de noviembre de 2.008 en causa seguida contra el acusado Justino que fue acusado de un delito contra la salud pública. Se declaran de oficio las costas procesales. Y, comuníquese esta resolución, y la que seguidamente se dicte, a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos con devolución de la causa que en su día remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Saavedra Ruiz Julian Sanchez Melgar Miguel Colmenero Menendez de Lúcar Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Diego Ramos Gancedo

SEGUNDA SENTENCIA

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

En la causa instruida por el Juzgado de Instrucción núm. 19 de Madrid con el núm. 3 de 2.008, y seguida ante la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 17ª contra Justino, nacido en Guantaven (Venezuela), el día 1 de octubre de 1.962, hijo de julio Rafael y de Natividad, con domicilio en Caracas (Venezuela) C/ DIRECCION000 núm.001, con pasaporte núm. núm.002 y NISS núm. núm.003 sin antecedentes penales, y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia, con fecha 14 de noviembre de 2.008, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia

del Excmo. Sr. D. Diego Ramos Gancedo, hace constar lo siguiente:

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los Hechos Probados de la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Los que se consignan en la primera sentencia de esta Sala.

FALLO

Condenamos a Justino como autor penalmente responsable de un delito contra la salud pública por tráfico de sustancias estupefacientes de las que causan grave daño a la salud en cantidad de notoria importancia, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de nueve años y un día de prisión, multa de 44.815 euros e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Manteniéndose el resto de los pronunciamientos del fallo de la sentencia recurrida no afectados por la presente resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Saavedra Ruiz Julian Sanchez Melgar Miguel Colmenero Menendez de Lúcar Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Diego Ramos Gancedo

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



TC Sala 1ª, Sentencia 28 septiembre 2009. Ponente: D. Francisco Javier Delgado Barrio

Parcial vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones

El TC otorga parcialmente el amparo solicitado, reconociendo lesionado el derecho del recurrente al secreto de las comunicaciones y a un proceso con todas las garantías frente a resoluciones que le condenaron por un delito contra la salud pública. Considera la Sala que las resoluciones impugnadas no contienen una motivación suficiente para poder afirmar la legitimidad constitucional de la medida, pues no incorporaron ningún dato objetivo que pueda considerarse indicio de la existencia del delito y de la conexión de la persona cuyas comunicacio-

nes se intervienen con el mismo, por lo que hay que concluir que el órgano judicial no ha valorado la concurrencia del presupuesto legal habilitante para la restricción del derecho al secreto de las comunicaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de amparo se interpone contra el Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2006, recaído en el recurso de casación 538-2006, interpuesto contra la Sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 9 de enero de 2006, que condenó al recurrente como autor de un delito contra la salud pública.

En la demanda se denuncia, en primer lugar, la vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), por falta de motivación del Auto que acuerda la primera de las intervenciones telefónicas y por fundarse todos los demás en los resultados obtenidos en la primera y en las sucesivas intervenciones; por falta de control judicial de la medida y por falta de notificación de los Autos que acuerdan las intervenciones al Ministerio Fiscal. También se denuncia la falta de audición de las cintas en el acto del juicio, al haberse extraviado. Como consecuencia de esta vulneración toda la prueba practicada y en la que se sustenta la condena devendría nula, por su conexión con las intervenciones telefónicas, por lo que también se entienden vulnerados los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). Se denuncia, por otra parte, la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), derivada de la insuficiente motivación de los Autos que acuerdan los registros domiciliarios, que además se practicaron excediendo el ámbito temporal de la autorización y sin presencia de su Letrado. Como tercer motivo de amparo, se denuncia la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), al haberse practicado el registro de la furgoneta sin autorización judicial y sin presencia de su titular o de su Abogado, considerando además que la falta de respuesta a esta cuestión por parte de los órganos judiciales vulnera su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

El Ministerio Fiscal interesa la estimación parcial del recurso, por entender concurrente la denunciada vulneración del art. 18.3 CE, sin que este Tribunal pueda pronunciarse sobre la desconexión de las pruebas que sustentan la condena de las intervenciones telefónicas nulas, por lo que interesa la anulación de las resoluciones recurridas, con retroacción

de las actuaciones al momento anterior al dictado de la Sentencia de instancia, para que se proceda a dictar otra respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

SEGUNDO.- Hemos de comenzar rechazando la denunciada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) que se imputa al Auto de inadmisión del recurso de casación, puesto que, al margen de que existió una respuesta por parte del Tribunal Supremo a la cuestión de la falta de garantías procesales en el registro de la furgoneta (tanto en el razonamiento jurídico primero in fine, como en el razonamiento jurídico segundo, poniendo de relieve que, al no tener la furgoneta la condición de domicilio no era necesaria ni la autorización judicial ni la presencia del interesado y el Letrado, estando habilitados legalmente los agentes de la autoridad para recoger los instrumentos y efectos del delito), si el recurrente entendía que no se respondía a la cuestión por él planteada debió acudir al incidente de nulidad de actuaciones previsto en el art. 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) para entender correctamente agotada la vía judicial, denunciando la incongruencia omisiva en la que habría incurrido la resolución judicial y que se denuncia per saltum en amparo. Al no haberlo hecho así, la demanda incumple de forma insubsanable, respecto de esta concreta queja, el requisito procesal previsto en el art. 44.1 a) LOTC, "que se hayan agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial", por lo que la queja debe ser inadmitida. Ha de recordarse que el sistema de protección de derechos fundamentales a través del recurso de amparo se rige por el principio de subsidiariedad, y que con el citado requisito, como afirmamos en STC 52/2000, de 28 de febrero, FJ 3, no se trata de cerrar la vía del amparo constitucional con un enfoque formalista, sino de dar a los órganos judiciales la posibilidad de reparar las vulneraciones de los derechos procesales que puedan cometer y reservar al recurso de amparo ante este Tribunal Constitucional el carácter subsidiario que le ha atribuido la Constitución.

TERCERO.- Sentado lo anterior, para el examen de las restantes vulneraciones resulta indispensable analizar las particulares circunstancias fácticas del presente caso, tal y como se desprenden del examen de las actuaciones judiciales:

a) Al folio 1 de las mismas consta un oficio policial, de fecha 28 de enero de 1998, por el que se solicita la primera intervención telefónica, cuyo tenor literal es el siguiente: "Por el presente, se participa al Ilustrísimo Señor Juez, del Juzgado de Instrucción núm. 3 de los de esta ciudad, que por este Grupo Operativo de Policía Judicial, se está practicando una investigación por un presunto delito contra la salud pública (tráfico de materias estupefacientes),

en virtud de gestiones practicadas por este Grupo Operativo de Policía Judicial, en conexión con las secciones de estupefacientes de Barcelona y Madrid, se ha tenido conocimiento de que un grupo de personas, organizado a tal cometido, estaría realizando desembarcos de materias estupefacientes, concretamente hachís, en las costas de la zona comprendida entre Vinaroz y Ametlla de Mar; en dichas operaciones son utilizados barcos pesqueros, siendo el contacto para la concertación de dichos desembarcos el llamado R.M.R. Dichas operaciones serían realizadas presumiblemente a través de los números de teléfono usados por el indicado, el ..., del que es titular la compañera sentimental del indicado, llamada A.V.A., así como a través del móvil ..., correspondiendo a una tarjeta Activa de Airtel.

De los indicios obtenidos en esta investigación, se desprende que existen fundadas sospechas de que el autor de los hechos pudiera ser R.M.R., nacido en San Carlos de la Rápita (Tarragona), el 6 de noviembre de mil novecientos sesenta y siete, hijo de A. y de A., con domicilio en San Carlos de la Rápita, calle Marqués de Valterra, número 92, piso cuarto, usuario de los teléfonos núm. ... y ..., y titular del Documento Nacional de Identidad núm....

Para poder llegar a un total esclarecimiento de los hechos denunciados, es imprescindible la intervención de los teléfonos usados por el dicho R.M.R., y es por lo que se solicita de su Autoridad, los correspondientes mandamientos de intervención telefónica para su grabación y escucha de los teléfonos número... y... por un espacio de un mes, lo que se llevará a efecto en las dependencias del Grupo Operativo de Policía Judicial de esta Comisaría, en lo referente al primero de los teléfonos solicitados, y en las dependencias de la sección de estupefacientes de la Jefatura Superior de Policía de Barcelona respecto al segundo, ante la carencia de medios técnicos adecuados en estas dependencias; siendo remitido a ese Juzgado informe periódico del resultado de la intervención, así como, la transcripción literal de las conversaciones telefónicas que se mantengan y la grabación de las mismas; así como de otras circunstancias que resulten de interés.

Igualmente se solicita de su Autoridad, mandamiento a la empresa Airtel, al objeto de ser facilitado el titular de la tarjeta activa correspondiente al ..., así como caso de existir número de cuenta bancaria en la que se efectúen los pagos, listado de llamadas recibidas-efectuadas desde fecha 01-12-97, así como información diaria de las llamadas registradas" Ese mismo día, el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Tortosa dictó un Auto de incoación de diligencias previas, ordenando dar cuenta de las mismas al Ministerio Fiscal. En ese mismo Auto se acordaba la práctica

de una serie de diligencias, en concreto que se oficiara a la compañía Airtel para que facilitase el nombre del titular de la tarjeta correspondiente al número de teléfono ..., así como que remitiese el listado de llamadas recibidas y efectuadas desde dicho número.

Simultáneamente se dictan dos Autos, de fecha 28 de enero de 1998, por los que se acuerda decretar la intervención del número de teléfono ... y del teléfono El primero de dichos Autos contiene la siguiente fundamentación jurídica y parte dispositiva:

"Primero. El artículo 18 párrafo 3º de la Constitución Española, "garantiza el secreto de las comunicaciones telefónicas", las que no podrán ser intervenidas "salvo resolución judicial"; y el artículo 579-2 de la LECr dispone que "el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del imputado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho importante de la causa".

En este caso se solicita la intervención de un número telefónico cuyo titular se desconoce puesto que la propia policía nacional ha solicitado junto con el mandamiento de intervención el que se oficie a la Compañía a la que el mismo corresponde para la averiguación de su titular, pero desde que se sabe por las averiguaciones practicadas hasta este momento que es utilizado habitualmente por R.M.R., persona que está integrada en una organización que está siendo objeto de investigación por distintas unidades policiales y que tiene por finalidad el verificar desembarco de sustancias estupefacientes en una zona de la costa comprendida entre Vinarós y l'Ametlla de Mar. Asimismo, consta que el número de teléfono antes mencionado es utilizado por el señor M. para realizar contactos con los que preparar los posibles desembarcos de material estupefaciente. Lo anterior hace que existan elementos e indicios de que R.M.R. pueda estar verificando actividades constitutivas de un delito contra la salud pública sancionado en los arts. 368 y concordantes del Código Penal con unas penas de hasta seis años de privación de libertad. Esta circunstancias hace que en un juicio ponderado entre el interés público de cara al esclarecimiento de actividades delictivas y el secreto de las comunicaciones telefónicas deba prevalecer en este caso el primero dada la gravedad de las penas que señala el Código Penal a la infracción cometida y el interés de cara a su esclarecimiento; siendo una medida además absolutamente necesaria para que las fuerzas policiales puedan desentrañar el contenido de las operaciones de la red investigada, a través del número de teléfono mencionado podrá entrar en contacto el Sr. M.R. con otros miembros de la organización.

Esta intervención se limitará al tipo delictivo antes mencionado debiéndose solicitar la correspondiente ampliación en el caso de que surjan indicios de otras actividades delictivas.

Segundo. Siendo la doctrina consagrada entre otras Sentencias del T.S. del 21-2-91, 6-5-88, 17-4-89 y 12-2-90 así como por el Tribunal Constitucional en las Sentencias 160/94, 50/95, 181/95, 49/96, incluso por las del Tribunal de Derechos Humanos en asuntos como el caso Klass de 6-9-78 o el caso Malone 2-8-84, que justifican los anteriores razonamientos consideramos también conveniente acordar la remisión a este Juzgado de las cintas originales en su integridad para su transcripción.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación.

Dispone

Que debía decretar y decretaba la intervención del teléfono número ... cuyo abonado se desconoce por el momento y que se precisará una vez sea conocido, por plazo de treinta días, y autorizando la misma se lleve a cabo por la Sección de Estupefacientes de la Jefatura Superior de Estupefacientes de Catalunya, quienes una vez practicada deberán participar a este Juzgado la totalidad de las cintas originales. Diríjase oficio a la Compañía Airtel, a los efectos acordados”.

El segundo Auto tiene una fundamentación jurídica similar, si bien hace referencia a que se trata de un terminal cuya titularidad corresponde a la compañera sentimental del sospechoso y que según las investigaciones policiales también podría estar siendo utilizado por éste para realizar contactos con los que preparar los posibles desembarcos de material estupefaciente. La autorización se concede igualmente por plazo de treinta días, autorizando a practicarla al Grupo Operativo de la Policía Judicial de la Comisaría de Tortosa, con la obligación de remitir al Juzgado la totalidad de las cintas originales.

b) Con posterioridad, y como ampliamente se reseña en el razonamiento jurídico primero del Auto de inadmisión del recurso de casación, el Grupo Operativo de Tortosa remite al Juez periódicamente informes con los resultados de las investigaciones, así como las transcripciones de las conversaciones interceptadas que resultan relevantes, solicitando nuevas intervenciones y prórrogas de las ya acordadas, en atención a los datos obtenidos en las anteriores. Igualmente obran en las actuaciones los Autos del Juez Instructor acordando las nuevas intervenciones y las prórrogas, motivados con base en los informes policiales y especificando en todos los casos la persona y el delito investigado, el número de teléfono a intervenir, el marco temporal

de la intervención, así como la obligación de dar cuenta de los resultados de las mismas.

En concreto, al folio 25 de las actuaciones, la unidad policial remite al Juez un informe sobre el resultado de las intervenciones, identificando los teléfonos de dos personas que se ponen en contacto con R.M. y que permiten intuir la realización en breve plazo de una operación de transporte de sustancia tóxica. Igualmente se remiten cinco transcripciones de uno de los teléfonos intervenidos y se solicitan dos nuevas intervenciones (correspondientes a teléfonos de personas con las que R. mantiene contactos telefónicos) y la prórroga de las dos intervenciones iniciales. Por Auto de 26 de febrero de 1998, el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Tortosa acuerda la intervención y prórroga solicitadas, incorporando a la motivación de la resolución la información policial relativa a las investigaciones solicitadas.

El día 20 de marzo de 1998 (folio 56), se remite un nuevo oficio al Juez, comunicando los resultados de las investigaciones hasta la fecha y solicitando nuevas intervenciones sobre la base de esos datos, que fueron autorizadas por el Juez de Instrucción ese mismo día.

El día 27 de marzo de 1998, el Grupo Operativo de Tortosa remite al Juez un nuevo informe así como las cintas originales correspondientes a las intervenciones practicadas. Se acompañan las transcripciones de las conversaciones interceptadas (folios 70 a 117) y se solicita una prórroga. Por Auto de la misma fecha, el Juzgado acordó la medida solicitada por plazo de 25 días.

Al folio 118, consta acta en la que, con intervención del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Tortosa y del Secretario, se certifica que las conversaciones transcritas se ajustan a las grabadas.

Al folio 125, el Grupo Operativo de Tortosa remite escrito poniendo de manifiesto los resultados de las investigaciones realizadas hasta la fecha (20 de abril de 1998) y solicitando con base en ellas prórrogas y nuevas intervenciones, acordadas por Auto de 20 de abril de 1998.

Al folio 140, obra nuevo informe policial relativo a los resultados de una de las intervenciones y a los folios 142 a 145 obran las transcripciones telefónicas de las conversaciones remitidas por la policía con el oficio anterior. El Juzgado de Instrucción núm. 3 de Tortosa mediante Auto de 24 de abril de 1998 acordó, a partir de la información facilitada por la Policía, la intervención de un nuevo teléfono del que era titular J.C.B.

Mediante otro informe fechado el día 30 de abril de 1998 (folio 151), el Grupo Operativo de Tortosa da traslado al Juzgado de los resultados

de las escuchas practicadas, identifica a E.G.B. como titular del teléfono ..., señala un nuevo número del teléfono usado por J.C.B. e identifica a D., hombre de confianza de “J.”, como titular de un teléfono, cuyas conversaciones se realizan en lengua árabe. Asimismo, se informa de que se había planeado una operación que había sido frustrada por la acción de un grupo rival. Se remítan una serie de cintas con sus correspondientes transcripciones y se solicitan dos nuevas intervenciones y el cese de otra. A los folios 153 a 156 obran parte de las transcripciones remitidas por la unidad policial. El Juzgado de Instrucción núm. 3 de Tortosa con fecha 30 de abril de 1998 acordó la intervención las intervenciones solicitadas.

A los folios 173 a 204, obran las actas de certificación realizadas por el Juez de Instrucción y el Secretario de las siete cintas remitidas por la Policía.

Al folio 212 obra un nuevo informe exhaustivo remitido por la unidad policial en el que se dan cuenta de los resultados de las intervenciones telefónicas hasta el momento y se remiten también transcripciones de las escuchas realizadas (folios 216 a 249; y 257 a 271) y cintas originales. Por Autos de 15 de mayo de 1998, el Juzgado de Instrucción acuerda nuevas intervenciones basadas en los resultados puestos de manifiesto por el informe policial.

A los folios 278 a 297 obran las actas de transcripción judicial y cotejo de las conversaciones intervenidas por la Policía.

Al folio 298 obra un nuevo informe del Grupo Operativo de Tortosa en el que se señala que los intervenidos están intentando montar una importante operación de traslado de droga, se aporta información relativa a E.G. y se solicita la intervención de nuevos teléfonos de personas que han ido apareciendo a lo largo de la investigación, entre otros el del domicilio de E.G. Por Autos de 21 de mayo de 1998, y en base a la información suministrada, que se incorpora como motivación al cuerpo de la resolución, el Juzgado de Instrucción acuerda nuevas intervenciones, destacando que resulta esencial para la investigación y la averiguación de las operaciones de tráfico que se van a llevar a cabo el conocimiento de los contactos que se puedan mantener por vía telefónica, pues ésta es la vía de comunicación utilizada por los diversos integrantes de la red, conforme a la información suministrada por la unidad policial.

Al folio 341, la unidad policial informa de que ha tenido conocimiento por el contenido de las conversaciones intervenidas de que E.G., J.C.B. y M.A.M.D. han estado de viaje en Centroamérica, presumiblemente para organizar una operación. Asimismo identifican a “B.”, como titu-

lar de un número de teléfono cuya intervención solicitan y que fue autorizada por el Juzgado de Instrucción, con fecha 12 de junio de 1998. Al folio 380 consta un nuevo informe del Grupo Operativo de Tortosa en el que ponen de manifiesto el recurrente y otras dos personas han viajado a Santo Domingo con el objeto de entrevistarse con un contacto en Sudamérica, teniendo el convencimiento de que se está preparando una operación de tráfico ilícito de cocaína. Se solicita, en consecuencia, la prórroga de las intervenciones de sus teléfonos y se acompañaban cintas master originales y transcripciones de las diversas escuchas hechas, que obran a los folios 382 a 443. A través de una serie de Autos de fecha 19 de junio de 1998, el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Tortosa acordó la prórroga de los teléfonos citados, en base a la información suministrada.

A los folios 481 a 513, obra acta del Juez de Instrucción, en la que se recoge la audición y transcripción de las cintas remitidas.

Con fecha 30 de junio de 1998 (folio 515) el Grupo Operativo de Tortosa, sobre la base del contenido de las conversaciones mantenidas desde los teléfonos intervenidos entre J.C.B. y su lugarteniente, E.G., afirman haber descubierto que J.C. alias “B.” dispone de otro terminal telefónico, cuya intervención solicitan. Asimismo se remiten cintas y transcripciones de las escuchas realizadas. Por Auto de 1 de julio de 1998, el Juez acuerda la intervención del teléfono del que era titular J.C. “B.”, tomando como motivación incorporada a la resolución las manifestaciones hechas por la unidad policial.

c) Constan a los folios 533 ss. de las actuaciones una serie de oficios policiales, de fecha 3 de julio de 1998, en los que se solicitan mandamientos de entrada y registro en los domicilios de los investigados y en una nave industrial; igualmente constan a los folios 541 ss. Autos del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Tortosa autorizando las entradas y registros y al folio 591, Auto del Juzgado por el que se dejan sin efecto las entradas y registros acordadas mediante Autos de 3 de julio de 1998. Dicho Auto razona que los registros se autorizaron ante “la inminencia de una operación en la cual se podrían obtener suficientes pruebas para acreditar la magnitud de la red y proceder a su desarticulación. No obstante lo anterior, por el Cuerpo Nacional de Policía se ha puesto en conocimiento de este Juzgado que no se verificó la extracción del material estupefaciente del almacén situado en Castellón que hubiera permitido la aprensión del mismo y la detención de los afectados con la posibilidad de desarticular toda la red investigada. Esto hace que las circunstancias que motivaron la concesión de las entradas y registros no se hayan podido llegar a cumplir al haber sido imposible la consecución del

objetivo perseguido. Ello hace que sea necesario dejar sin efecto todas las entradas y registros acordadas, continuando con las labores investigatorias, sin perjuicio de que cuando el momento sea el oportuno se pueda volver a adoptar de nuevo una medida de igual naturaleza”.

d) A los folios 592 y siguientes obra un nuevo informe policial relativo a las comunicaciones intervenidas, en el que se da cuenta del contenido de concretas conversaciones, que han dado lugar al montaje de dispositivos de vigilancia y seguimientos, en espera de la realización de concretas operaciones que no han llegado a producirse. Ante lo cual se solicita la prórroga de algunas de las intervenciones, el cese de otras y la intervención de un teléfono que era utilizado por J.C.N. Tales medidas fueron acordadas por una serie de Autos de fecha 17 de julio de 1998 (folios 629 y siguientes).

e) Finalmente, a los folios 667 y ss. de las actuaciones obran oficios policiales, de fecha 31 de julio de 1998, en los que se da cuenta de la detención ese mismo día de R.R.N., E.G.B., J.C.N., E.B.E. y J.C.B.E., solicitando la entrada y registro en sus domicilios, así como en una nave industrial, lo que fue acordado por los Autos de fecha 31 de julio de 1998.

CUARTO.- Nuestro examen debe comenzar con las quejas relativas a la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), recordando la doctrina sobre las exigencias de motivación que ha de cumplir la autorización judicial de una intervención telefónica para considerarla constitucionalmente legítima.

a) Desde la STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 7, este Tribunal viene afirmando que forman parte del contenido esencial del art. 18.3 CE las exigencias de motivación de las resoluciones judiciales que autorizan la intervención o su prórroga. Éstas deben explicitar, en el momento de la adopción de la medida, todos los elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad y para hacer posible su control posterior, en aras del respeto del derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida pues, por la propia finalidad de ésta, la defensa no puede tener lugar en el momento de su adopción (SSTC 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2).

En primer lugar, la resolución judicial que acuerda una intervención telefónica ha de justificar la existencia de los presupuestos materiales habilitantes de la intervención: los datos objetivos que puedan considerarse indicios de la posible comisión de un hecho delictivo grave y de la conexión de las personas afectadas por la intervención con los hechos investigados. Indicios que son algo más que simples sospechas, pero también algo

menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento. “La relación entre la persona investigada y el delito se manifiesta en las sospechas que, como tiene declarado este Tribunal, no son tan sólo circunstancias meramente anímicas, sino que precisan para que puedan entenderse fundadas hallarse apoyadas en datos objetivos, que han de serlo en un doble sentido. En primer lugar, en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control y en segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito, sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona. Esta mínima exigencia resulta indispensable desde la perspectiva del derecho fundamental, pues si el secreto pudiera alzarse sobre la base de meras hipótesis subjetivas, el derecho al secreto de las comunicaciones, tal y como la CE lo configura, quedaría materialmente vacío de contenido” (STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8; en el mismo sentido, SSTC 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 8; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 8; 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; 14/2001, de 29 de enero, FJ 5; 138/2001, de 18 de junio, FJ 3; 202/2001, de 15 de octubre, FJ 4; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 11; 261/2005, de 24 de octubre, FJ 2; 220/2006, de 3 de julio, FJ 3).

Se trata, por consiguiente, de determinar si en el momento de pedir y adoptar la medida de intervención se pusieron de manifiesto ante el Juez, y se tomaron en consideración por éste datos objetivos que permitieran precisar que dicha línea era utilizada por las personas sospechosas de la comisión del delito o de quienes con ella se relacionaban, y que, por lo tanto, no se trataba de una investigación meramente prospectiva, pues el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan en los encargados de la investigación, ya que de otro modo se desvanecería la garantía constitucional (por todas, SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8; 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 8; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 8; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 2; 253/2006, de 11 de septiembre, FJ 2).

Sobre esa base, el Tribunal ha considerado insuficiente la mera afirmación de la existencia de una investigación previa, sin especificar en qué consiste, ni cuál ha sido su resultado por muy provisional que éste pueda ser, afirmando también que la concreción del delito que se investiga, las personas a investigar, los teléfonos a intervenir y el plazo de intervención no pueden suplir la carencia fundamental de la expresión de los elementos objetivos indiciarios que pudieran servir de soporte a la investigación, ni la falta de esos indispen-

sables datos pueda ser justificada a posteriori por el éxito de la investigación misma (SSTC 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 5; 138/2001, de 18 de junio, FJ 4; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 3; 165/2005, de 20 de junio, FJ 5; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 4; 253/2006, de 11 de septiembre, FJ 4). También ha destacado el Tribunal que “la idea de dato objetivo indiciario tiene que ver con la fuente de conocimiento del presunto delito, cuya existencia puede ser conocida a través de ella. De ahí que el hecho en que el presunto delito puede consistir no pueda servir como fuente de conocimiento de su existencia. La fuente del conocimiento y el hecho conocido no pueden ser la misma cosa” (STC 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 5; citándola STC 138/2001, de 18 de junio, FJ 4).

Asimismo, debe determinarse con precisión el número o números de teléfono que deben ser intervenidos, el tiempo de duración de la intervención, quién ha de llevarla a cabo y los períodos en los que deba darse cuenta al Juez de sus resultados a los efectos de que éste controle su ejecución (por todas SSTC 49/1999, de 26 de marzo, FJ 3; 49/1999, de 5 de abril, FJ 7 y siguientes; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2; STC 184/2003, de 23 de octubre, FJ 9; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 2; 136/2006, de 8 de mayo, FJ 4).

Y aunque es deseable que la resolución judicial contenga en sí misma todos los datos anteriores, nuestra jurisprudencia ha admitido la motivación por remisión, de modo que la resolución judicial puede considerarse suficientemente motivada si, integrada con la solicitud policial, a la que puede remitirse, contiene todos los elementos necesarios para llevar a cabo el juicio de proporcionalidad (por todas, SSTC 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 9; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 2; 136/2006, de 8 de mayo, FJ 4).

b) Por lo que respecta a las prórrogas y a las nuevas intervenciones acordadas a partir de datos obtenidos en una primera intervención, las exigencias de motivación anteriormente expuestas han de observarse también en las resoluciones que las acuerdan, debiendo el Juez conocer los resultados de la intervención acordada con carácter previo a acordar su prórroga y explicitar las razones que legitiman la continuidad de la restricción del derecho, aunque sea para poner de relieve que persisten las razones anteriores, sin que sea suficiente una remisión tácita o presunta a la inicialmente ofrecida (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 11; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 8.c; 202/2001, de 15 de octubre, FJ 6; 261/2005, de 24 de octubre, FJ 4).

Ha de tenerse en cuenta que la ilegitimidad constitucional de la primera intervención afecta a las prórrogas y a

las posteriores intervenciones ordenadas sobre la base de los datos obtenidos en la primera. Ciertamente, el resultado de la intervención telefónica precedente puede proporcionar datos objetivos indiciarios de la existencia de un delito grave, pero la ilegitimidad constitucional de la primera intervención contamina irremediablemente las ulteriores de ella derivadas (por todas, SSTC 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 8.c; 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 6; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 11; 165/2005, de 20 de junio, FJ 6; 253/2006, de 11 de septiembre, FJ 5).

QUINTO.- La mera lectura de las resoluciones judiciales que acuerdan las dos primeras intervenciones telefónicas, Autos de 28 de enero de 1998, conjuntamente con la solicitud policial a la que responden, permite constatar que en ellas se especifica quién es la persona objeto de la investigación (D. R.M.R.), cuál es el delito investigado (tráfico de drogas a gran escala y mediante organización) y cuáles son los números de teléfono cuya intervención se solicita. Igualmente consta el tiempo de duración de la intervención, quién ha de llevarla a cabo y los períodos en los que deba darse cuenta al Juez de sus resultados a los efectos de que éste controle su ejecución.

Sin embargo, es claro que faltan otros elementos imprescindibles para poder aceptar la legitimidad constitucional de las intervenciones acordadas, puesto que se afirma la existencia de un delito de tráfico de drogas y de una organización dedicada al mismo, así como la participación en él de la persona investigada, sin expresar, ni siquiera de modo genérico, qué datos objetivos sirven de base a tales afirmaciones.

En efecto, el oficio policial cuyo contenido incorporan los Autos de 28 de enero de 1998 se limita a hacer una mención genérica de las “gestiones practicadas por este Grupo Operativo de Policía Judicial, en conexión con las secciones de estupefacientes de Barcelona y Madrid” (sin especificar, siquiera mínimamente, en qué han consistido tales investigaciones y en función de qué datos se conecta al afectado por la medida con el delito que se pretende investigar), a partir de las cuales se dice tener conocimiento de la existencia de un grupo organizado de personas dedicado al desembarco de estupefacientes y de que “el llamado R.M.R.” es el contacto para la concertación de desembarcos de droga en la costa comprendida entre Vinaroz y Ametlla, solicitando la intervención de dos números de teléfono utilizados por el mismo, sin aportar ningún dato objetivo que corrobore tales afirmaciones. Como este Tribunal ya ha tenido ocasión de declarar en numerosas ocasiones, si el conocimiento de la existencia del delito deriva de investigaciones policiales previas, resulta exigible que se detalle en la solicitud policial en qué han

consistido esas investigaciones y sus resultados, por muy provisionales que puedan ser en ese momento, precisiones que lógicamente debió exigir el Juzgado antes de conceder la autorización, sin que -como señalamos en el anterior fundamento jurídico-la concreción del delito que se investiga, las personas a investigar, los teléfonos a intervenir y el plazo de intervención puedan suplir la carencia fundamental de la expresión de los elementos objetivos indiciarios que pudieran servir de soporte a la investigación, ni la falta de esos indispensables datos pueda ser justificada a posteriori por el éxito de la investigación misma.

Por tanto, ha de afirmarse que los citados Autos no contienen una motivación suficiente para poder afirmar la legitimidad constitucional de la medida, pues no incorporaron -aunque pudiera existir- ningún dato objetivo que pueda considerarse indicio de la existencia del delito y de la conexión de la persona cuyas comunicaciones se intervienen con el mismo, por lo que hay que concluir que el órgano judicial no ha valorado, en los términos constitucionalmente exigibles, la concurrencia del presupuesto legal habilitante para la restricción del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) y, en consecuencia, ha declararse la lesión de este derecho fundamental.

SEXO.- Por lo que respecta a la motivación de las prórrogas y de las nuevas intervenciones telefónicas solicitadas a raíz de los resultados obtenidos en las iniciales -y en concreto, la de los teléfonos del propio recurrente por Autos de 24 de abril, 30 de abril y 15 de mayo de 1998, y las prórrogas de las mismas acordadas por Autos de 21 de mayo, 20 de junio y 17 de julio de 1998- en la demanda no se cuestiona que las mismas contengan datos objetivos suficientes para acordarlas, si bien se les reprocha que los datos de cada nueva intervención o prórroga son conocidos directamente a través de los resultados de la primera, cuya ilegitimidad constitucional contamina las posteriores.

Y -como se desprende del examen de las actuaciones a las que anteriormente se ha hecho referencia y pone de relieve el Ministerio Fiscal- la cadena de nuevas intervenciones y prórrogas se sustenta en los datos revelados por la primera y sucesivas, por lo que asiste la razón al recurrente cuando afirma que todas las resoluciones posteriores resultan contaminadas por la ilegitimidad constitucional de la primera y resultan igualmente vulneradores del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE).

Por el contrario, no se aprecia un deficiente control judicial en la ejecución de la medida, pues reiteradamente hemos afirmado que para dicho control no es necesario que la policía remita las transcripciones in-

tegras y las cintas originales y que el Juez proceda a la audición de las mismas antes de acordar prórrogas o nuevas intervenciones, sino que resulta suficiente el conocimiento de los resultados obtenidos a través de las transcripciones de las conversaciones más relevantes y de los informes policiales (SSTC 82/2002, de 22 de abril, FJ 5; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 12; 205/2005, de 18 de julio, FJ 4; 239/2006, de 17 de julio, FJ 4), que es lo sucedido en el presente caso, pues consta la remisión periódica de las transcripciones de las conversaciones más relevantes y de exhaustivos informes policiales, por lo que puede afirmarse que el órgano judicial realizó un seguimiento de las vicisitudes del desarrollo de la medida y conoció puntualmente los resultados obtenidos, sirviendo éstos de base para la autorización de las prórrogas, el alzamiento de la medida o la autorización de nuevas intervenciones.

Por otra parte -aunque ello no afectaría al derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) sino, en su caso, al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE)-, existe constancia en las actuaciones de la audición de las cintas por parte del Juez instructor y de la adverbación de las transcripciones por el Secretario Judicial. No obstante, la imposibilidad de oír las cintas originales en el acto del juicio determinó que las mismas fueran excluidas como prueba de cargo por el Tribunal sentenciador, al no poder garantizarse la contradicción (fundamento jurídico primero de la Sentencia de instancia), sustentándose la condena en otros medios de prueba practicados en el acto del juicio. Por tanto, no cabe apreciar vulneración tampoco del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) derivada de la falta de audición de las cintas en el acto del juicio.

SÉPTIMO.- Hemos de examinar, por último, la eventual incidencias que en las garantías consagradas en el art. 18.3 CE puede tener en el presente caso la denunciada falta de notificación al Ministerio Fiscal de los Autos que autorizan o prorrogan las intervenciones telefónicas.

Desde la STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 6, dictada por el Pleno de este Tribunal, venimos señalando que la garantía jurisdiccional del secreto de las comunicaciones no se colma con la concurrencia formal de una autorización procedente de un órgano jurisdiccional (en el caso del ordenamiento español, el Juez de Instrucción, al que la Ley de enjuiciamiento criminal configura como titular de la investigación oficial), sino que ésta ha de ser dictada en un proceso, único cauce que permite hacer controlable, y con ello jurídicamente eficaz, la propia actuación judicial. Al desarrollarse la actuación judicial en el curso de un proceso es posible el control inicial por parte del Ministerio Fiscal -como garante

de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos-, en el periodo en que se desarrolla la misma, sin conocimiento del interesado y, posteriormente, cuando la medida se alza, por el propio interesado, que ha de poder conocer e impugnar la medida. No obstante, hemos afirmado que tal garantía existe también cuando las "diligencias indeterminadas" se unen, pese a todo, sin solución de continuidad, al proceso judicial incoado en averiguación del delito, "satisfaciendo así las exigencias de control del cese de la medida que, en otro supuesto, se mantendría en un permanente, y por ello constitucionalmente

■

"la resolución judicial que acuerda una intervención telefónica ha de justificar la existencia de los presupuestos materiales habilitantes de la intervención: los datos objetivos que puedan considerarse indicios de la posible comisión de un hecho delictivo grave y de la conexión de las personas afectadas por la intervención con los hechos investigados. Indicios que son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento."

■

inaceptable, secreto" (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 6; 126/2000, de 16 de mayo, FJ 5; 165/2005, de 20 de junio, FJ 7; 136/2006, de 8 de mayo, FJ 5).

Sobre la base de esa doctrina -y siempre en referencia a supuestos en los que los Autos de intervención y prórroga se dictan en el seno de unas "diligencias indeterminadas", que no constituyen en rigor un proceso legalmente existente- posteriores resoluciones han declarado contrario a las exigencias de control de la intervención la falta de notificación al Ministerio Fiscal de los Autos de intervención o prórroga, cuando no

existe constancia de que efectivamente se produjera tal conocimiento, en la medida en que tal ausencia impidió el control inicial del desarrollo y cese de la medida, en sustitución del interesado, por el garante de los derechos de los ciudadanos (SSTC 205/2002, de 11 de noviembre, FJ 5; 165/2005, de 20 de junio, FJ 7; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 5; 146/2006, de 8 de mayo, FJ 4). Ciertamente, en la STC 165/2005, de 20 de junio, FJ 7, se afirma que, además de la falta de notificación al Fiscal de los Autos de intervención y prórroga dictados en el seno de las diligencias indeterminadas, también se aprecia la falta de notificación de los Autos de intervención y prórroga dictados ya en las diligencias previas que se incoaron posteriormente y a las que se incorporaron las diligencias indeterminadas, pero destacando que el Auto de incoación de las diligencias previas tampoco fue notificado al Fiscal, lo que impidió cualquier control inicial de la medida por parte de éste.

De lo anteriormente expuesto cabe concluir que lo que nuestra doctrina ha considerado contrario a las exigencias del art. 18.3 CE no es la mera inexistencia de un acto de notificación formal al Ministerio Fiscal de la intervención telefónica -tanto del Auto que inicialmente la autoriza como de sus prórrogas-, sino el hecho de que la misma, al no ser puesta en conocimiento del Fiscal, pueda acordarse y mantenerse en un secreto constitucionalmente inaceptable, en la medida en que no se adopta en el seno de un auténtico proceso que permite el control de su desarrollo y cese.

Ahora bien, en el presente caso, y a diferencia de los resueltos por la jurisprudencia anteriormente citada, las intervenciones telefónicas se acuerdan en el seno de unas diligencias previas, que sí constituyen un auténtico proceso judicial, de cuya existencia tuvo conocimiento el Ministerio Fiscal desde el primer momento, pues con carácter previo a autorizar las primeras intervenciones el Juez de Instrucción dictó un Auto, de fecha 28 de enero de 1998, por el que se incoan las diligencias previas 93-1998, ordenando en su parte dispositiva dar cuenta de las mismas al Ministerio Fiscal, constando una diligencia del Secretario en la que da fe del cumplimiento de lo acordado. Y en el fundamento jurídico segundo de dicho Auto se establecía ya la procedencia de acordar la intervención telefónica solicitada en el oficio policial y en su parte dispositiva se ordenaba oficiar a la compañía telefónica para que facilitase al Juzgado y a la Comisaría los listados de llamadas de uno de los teléfonos posteriormente intervenidos. Siendo así, y aunque no existe constancia en las actuaciones de la notificación al Fiscal de los Autos que autorizan y prorrogan las intervenciones telefónicas, la ausencia de dicho acto formal de notificación no constituye un defecto constitucionalmente relevante en el

control de la intervención, en la medida en que no ha impedido el control inicial de su desarrollo y cese y no consagra, por tanto, un "secreto constitucionalmente inaceptable". Al haberse acordado en el seno de un auténtico proceso, de cuya incoación tuvo constancia el Ministerio Fiscal desde el primer momento, éste pudo desde entonces intervenir en las actuaciones en defensa de la legalidad y como garante de los derechos del ciudadano, quedando así garantizada la posibilidad efectiva de control inicial de la medida hasta su cese. Y posteriormente, cuando la medida se alzó, el propio interesado tuvo la posibilidad de conocerla e impugnarla, lo que no se ha puesto en cuestión en la demanda de amparo.

De todo lo expuesto ha de concluirse que no cabe apreciar en el presente caso una vulneración adicional del art. 18.3 CE, derivada de la falta de notificación al Ministerio Fiscal de los Autos de intervención y prórroga de las intervenciones telefónicas.

OCTAVO.- Analizaremos a continuación la denunciada vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), que el recurrente vincula tanto a la deficiente motivación de los Autos de 31 de julio de 1998, como al hecho de haberse excedido el ámbito temporal para el que fueron concedidas las autorizaciones.

Por lo que respecta a la motivación de las resoluciones judiciales que autorizan las entradas y registros, del examen de las actuaciones se desprende que cuando se autorizan los registros, y según resulta de los datos que constan en los Autos de 31 de julio y en el oficio policial de ese mismo día (folios 667ss. de las actuaciones), el delito que se estaba investigando era un delito grave (tráfico de drogas a gran escala y en el marco de banda organizada), habiéndose practicado esa misma noche la detención de varios de los sospechosos, que venían siendo investigados desde hacía meses en el marco de las diligencias previas abiertas, desprendiéndose del contenido de las transcripciones remitidas por la policía al Juzgado múltiples indicios de la implicación de los afectados por la medida en el delito investigado, así como de la posibilidad de hallar en los domicilios y locales cuyo registro se autoriza elementos relacionados con el delito, como se hace constar en cada uno de los Autos que autorizan las entradas y registros. En concreto, al folio 691 obra el Auto relativo a la entrada y registro en el domicilio del recurrente, en el que se señala que del resultado de las intervenciones telefónicas se desprende que se trata de "uno de los principales colaboradores de J.C.B.E. en la red de tráfico de estupefacientes objeto de las presentes diligencias y que se está desarticulando en el día de hoy, ante los numerosos contactos mantenidos hasta

el momento presente por vía telefónica, que han sido objeto del debido control judicial. Es por ello que en el domicilio del Sr. G.... pudieran hallarse elementos directamente relacionados con el delito contra la salud pública aquí investigado", razón por la que se accede a lo solicitado.

Así las cosas, no cabe cuestionar desde la perspectiva constitucional la motivación de las resoluciones judiciales y la ponderación efectuada por el Juez que autorizó el registro a la luz de tales datos, por lo que hemos de concluir que no se produjo vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio por falta de proporcionalidad de la medida adoptada (por todas, SSTC 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 10; 239/2006, de 17 de julio, FJ 6).

No obsta a lo anterior el hecho de que en fecha anterior -en concreto el día 3 de julio de 1998, según consta a los folios 533 ss de las actuaciones- se hubieran solicitado y autorizado las entradas y registros en los domicilios de los investigados y en una nave industrial, con una motivación sustancialmente idéntica; registros que no llegaron a producirse, dejándose sin efecto la autorización mediante Auto de 6 de julio de 1998. En efecto, como se señala en dicho Auto, los registros fueron inicialmente autorizados ante la inminencia de una operación de tráfico que no llegó a realizarse, por lo que se dejaron sin efecto las entradas y registros acordados, continuando con la investigación. Cuando posteriormente se tiene constancia de que la operación se ha producido es cuando finalmente se producen las detenciones y vuelven a solicitarse los registros, sobre una base fáctica sustancialmente idéntica, esto es, todos los datos que se venían obteniendo a lo largo de la investigación.

Tampoco cabe apreciar vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio por haberse excedido el marco temporal para el que fue concedida la autorización. Como señala el Ministerio Fiscal, de la lectura de los Autos de 31 de julio de 1998 cuestionados se desprende que la queja carece de base real, pues en la parte dispositiva de todos ellos se hace constar la advertencia expresa de que la diligencia se llevará a cabo en horas nocturnas por la argumentación expuesta en el fundamento de derecho segundo, en el que se justifica la prórroga y práctica del registro en tales horas "en base en que ha sido en la tarde de hoy cuando se ha procedido a la desarticulación de la red investigada desde hace tiempo, habiéndose producido detenciones que hacen imprescindible el proceder de forma inmediata a la entrada y registro a fin de evitar que puedan desaparecer los objetos relacionados con el delito contra la salud pública objeto de estas diligencias ante el aviso que pudieran recibir los implicados dada la falta de noticias de las personas con las que han contactado y cuya detención se ha verificado".

En concreto, la entrada y registro del domicilio del recurrente (según consta en la diligencia obrante a los folios 1065 y siguientes) se llevó a cabo en la madrugada del día 1 de agosto, iniciándose a las 5:00 horas. Por tanto, no se aprecia exceso en el ámbito temporal de la autorización judicial.

Por lo demás, todos los registros fueron llevados a cabo con la presencia del interesado, sin que la ausencia de su Letrado, como cualquier otra incidencia en su práctica una vez obtenido el mandamiento judicial, pueda afectar desde la perspectiva constitucional al derecho fundamental invocado, sino en su caso a la validez de la prueba (por todas, SSTC 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 11; 219/2006, de 3 de julio, FJ 7). Pero ello no impide que el resultado de la diligencia pueda ser incorporado al proceso por vías distintas a la propia acta, especialmente a través de las declaraciones de los policías realizadas en el juicio oral con todas las garantías, incluida la de contradicción (SSTC 303/1993, de 25 de octubre, FJ 5; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 12; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 6; 219/2006, de 3 de julio, FJ 7). Y así sucede en el presente caso, en que la diligencia de entrada y registro en los domicilios no se utiliza como prueba de cargo preconstituida, sino que el resultado de la misma accede al proceso a través de las declaraciones de los funcionarios policiales que la practicaron, declaraciones realizadas en el juicio oral con todas las garantías necesarias para salvaguardar el derecho de defensa del demandante de amparo, así como la inmediación y la contradicción, como evidencia la lectura del acta de la vista, y que son las que constituyen el sustrato probatorio del relato fáctico de la Sentencia de instancia, como se señala expresamente en el fundamento jurídico tercero de la misma.

NOVENO.- Por lo que respecta a la ausencia de autorización judicial y a la no presencia del titular o de su Abogado en la práctica del registro de la furgoneta, irregularidades que el recurrente considera vulneradoras del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), cabe recordar en primer lugar -como señala el Tribunal Supremo, razonamiento jurídico primero- que, no teniendo el citado vehículo la condición de domicilio, no le son aplicables las garantías establecidas en el art. 18.2 CE, lo que no parece ponerse en cuestión en la demanda de amparo. Por otra parte, como señala el Ministerio Fiscal, el registro de la furgoneta en la que sospechaban que se hallaba la droga, practicado de forma inmediata a la detención de los sospechosos por parte de los agentes policiales actuantes, tiene cobertura legal, pues constituye una obligación de la policía judicial, de conformidad con lo previsto en el art. 282 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrim) y en el art. 11.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado recoger

todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito, poniéndolos a disposición de la Autoridad judicial (STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 10).

Y en cuanto a la no presencia del interesado o de su Abogado en el citado registro, pese a estar ya detenido, podría determinar la falta de valor probatorio como prueba preconstituida o anticipada de las actas que documentan las diligencias policiales, al imposibilitarse la garantía de contradicción, pero ello no impide -al igual que afirmamos en el anterior fundamento jurídico respecto de las entradas y registros- que el resultado de la diligencia pueda ser incorporado al proceso a través de las declaraciones de los policías realizadas en el juicio oral con todas las garantías, incluida la de contradicción, como afirmáramos también en relación con el registro de un vehículo sin presencia de su titular, entre otras, en la STC 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 12. Y en el presente caso, aunque dicha diligencia se practicara de hecho sin contradicción, su resultado se incorporó al proceso a través de las declaraciones de los funcionarios policiales que la llevaron a cabo, declaraciones realizadas en el juicio oral con todas las garantías necesarias para salvaguardar el derecho de defensa del demandante de amparo, así como la inmediación y la contradicción (fundamento jurídico tercero de la Sentencia de instancia). Por ello, ha de entenderse que la ausencia de contradicción en la práctica de las aludidas diligencias no generó indefensión material y no es lesiva del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

DÉCIMO.- Despejadas las anteriores cuestiones, y afirmada la vulneración del art. 18.3 CE en los términos ya expuestos, hemos de analizar por último las consecuencias que de ello se derivan en relación con el derecho a un proceso con todas las garantías y con el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), pues el recurrente sostiene que toda la prueba deriva directa o indirectamente de la obtenida con vulneración del derecho fundamental.

Constituye doctrina reiterada de este Tribunal que la estimación de la denunciada vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) determina la prohibición, derivada de la Constitución, de valorar todas las pruebas obtenidas directamente a partir de las referidas intervenciones telefónicas. Una prohibición que afecta, en primer término, a las cintas en que se grabaron las conversaciones y sus transcripciones, e impide también incorporar al proceso el contenido de las conversaciones grabadas mediante las declaraciones de los policías que llevaron a cabo las escuchas, pues con tales declaraciones lo que accede al proceso es, pura y simplemente, el conocimiento adquirido al practicar la prueba constitucionalmente ilícita (por todas, SSTC

94/1999, de 31 de mayo, FJ 8; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 13; 165/2005, de 20 de junio, FJ 9).

Ahora bien, en el presente caso y como ha quedado reflejado en los antecedentes, las resoluciones judiciales impugnadas destacan que el resultado de las intervenciones telefónicas no fue utilizado por el órgano judicial de instancia para fundamentar la condena, ante la imposibilidad de llevar a cabo la audición de las cintas en el acto del juicio, solicitada por la defensa, por haberse extraviado. Son otra serie de diligencias (seguimientos y vigilancias policiales, entradas y registros domiciliarios, registro de la furgoneta en la que se había observado al recurrente introducir unos fardos pesados sacados de un almacén y un cubo de color blanco con tapa azul, incautación de la droga), cuyo resultado accede al proceso a través de las declaraciones de los funcionarios policiales que las practicaron, junto a las declaraciones de dos coimputados, las que constituyen la prueba de cargo en la que se fundamenta el relato de hechos probados. Unas pruebas que, en sí mismas, no adolecen de ninguna ilicitud constitucional, por lo que para concluir que la prohibición de valoración se extiende también a ellas habrá que determinar si entre ellas y las anuladas por vulneración del art. 18.3 CE existe tanto una conexión natural o causal (que constituye el presupuesto para poder hablar de prueba derivada de otra lícitamente obtenida) como lo que hemos denominado "conexión de antijuridicidad", esto es, la existencia de un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas. De lo contrario, si esas pruebas pueden considerarse jurídicamente independientes, aunque se encuentren conectadas desde una perspectiva natural con el hecho vulnerador del derecho fundamental por derivar del conocimiento adquirido a partir del mismo, no existe una prohibición de valoración de las mismas derivada de la Constitución (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 14; 94/1999, de 31 de mayo, FJ 6; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 4; 136/2000, de 29 de mayo, FJ 6; 28/2002, de 11 de febrero, FJ 4; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 6; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 7).

Y hemos afirmado que la valoración acerca de si se ha roto o no el nexo entre una prueba y otra no es, en sí misma, un hecho, sino un juicio de experiencia acerca del grado de conexión que determina la pertinencia o impertinencia de la prueba cuestionada que corresponde, en principio, a los Jueces y Tribunales ordinarios, limitándose nuestro control a la comprobación de la razonabilidad del mismo. Por ello, cuando no ha habido un pronunciamiento previo de los órganos de la jurisdicción ordinaria sobre la posible conexión existente entre las pruebas viciadas por la vulneración del derecho fundamental y el resto de la prueba practicada, en

si misma no afectada por ese vicio, este Tribunal como regla general se ha limitado a declarar la vulneración del derecho sustantivo al secreto de las comunicaciones o a la inviolabilidad del domicilio, y a anular la Sentencia condenatoria, retrotrayendo las actuaciones, para que fueran los órganos judiciales los que resolvieran acerca de la existencia o no de conexión de antijuridicidad entre las pruebas rechazadas y las restantes y sobre la suficiencia de estas últimas para sustentar la condena (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 14; 139/1999, de 22 de julio, FJ 5; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 15; 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 9; 28/2002, de 11 de febrero, FJ 4; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 6; 253/2006, de 11 de septiembre, FJ 7), salvo en supuestos en los que la claridad meridiana de los datos aportados al proceso de amparo y de los que se desprenden de las resoluciones judiciales le permiten ejercer directamente su control sin necesidad de reenvío (SSTC 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 16; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 7; 253/2006, de 11 de septiembre, FJ 7).

En el presente caso, ni la Sentencia de instancia ni la de casación apreciaron la denunciada vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), aunque se expulsara el resultado de las intervenciones telefónicas del acervo probatorio al no haber podido ser oídas en el juicio oral, señalando la Sentencia de instancia que ello no es óbice para que puedan servir como fuente de información policial y pueda dictarse Sentencia condenatoria basada en otros medios de prueba practicados en el juicio oral. Y, no habiéndose apreciado la vulneración, ninguna de las dos resoluciones judiciales realiza juicio alguno de desconexión entre la prueba viciada por la vulneración del derecho fundamental y el resto de las pruebas que sirven de fundamento a la condena, un juicio que corresponde realizar a los órganos de la jurisdicción ordinaria, limitándose nuestro control a la comprobación de la razonabilidad del mismo, como anteriormente se expuso.

Siendo así, ha de entenderse vulnerado también el derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en el art. 24.2 CE (SSTC 28/2002, de 11 de febrero, FJ 5; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 8), punto este en el que se agotan nuestras posibilidades de control en el presente caso, pues no existiendo pronunciamiento previo de los órganos de la jurisdicción ordinaria sobre la posible conexión entre las pruebas, y no desprendiéndose ni del examen de las actuaciones, ni de las resoluciones recurridas datos inequívocos que permitan ejercer a este Tribunal su control sin necesidad de reenvío, debemos evitar nuestro pronunciamiento sobre la validez constitucional de la prueba derivada, retrotrayendo las actuaciones, para que sean los órganos judiciales los que resuelvan acerca de la existencia o

no de la conexión de antijuridicidad y sobre la suficiencia de la prueba no contaminada, si la hubiere, para sustentar la condena.

Tampoco nos corresponde pronunciarnos en este momento acerca de la denunciada vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), que sólo se produciría si no hubiera existido prueba de cargo válida sobre la que fundar las condenas (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 14; 139/1999, de 22 de julio, FFJJ 5 y 6; 149/2001, de 27 de junio, FJ 7; 202/2001, de 15 de octubre, FJ 8; 28/2002, de 11 de febrero, FJ 5; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 14).

UNDÉCIMO.- En conclusión, hemos de estimar parcialmente el amparo, al haberse vulnerado el derecho del recurrente al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), y para restablecerlo en su derecho han de anularse parcialmente las resoluciones recurridas, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior al fallo, para que el órgano judicial competente pueda fundamentar el juicio de conexión o desconexión entre la prueba declarada nula por vulneración del art. 18.3 CE y la de ella derivada y valorar las pruebas constitucionalmente lícitas, si las hubiere, en el sentido que estime procedente.

FALLO

Otorgar parcialmente el amparo solicitado por D. Eduardo y, en su virtud:

PRIMERO.- Reconocer su derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

SEGUNDO.- Anular los Autos del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Tortosa de 28 de enero de 1998 y todos los posteriormente dictados en las diligencias 93-1998 por los que se autorizaron las intervenciones telefónicas o las prórrogas de las inicialmente acordadas.

TERCERO.- Anular parcialmente el Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2006 y la Sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 9 de enero de 2006, en lo que se refiere a la condena del recurrente como autor de un delito contra la salud pública.

CUARTO.- Retrotraer las actuaciones al momento anterior al fallo en la instancia, para que se dicte Sentencia con respeto a los derechos fundamentales indicados.

Publíquese esta Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado".

Dada en Madrid, a veintiocho de septiembre de dos mil nueve. María Emilia Casas Baamonde, Presidenta.- Javier Delgado Barrio.- Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.- Manuel Aragón Reyes.- Pablo Pérez Tremps, Magistrados



2009/205326

TS Sala 1ª, Sentencia 30 julio 2009. Ponente: D. Antonio Salas Carceller

Resolución justificada de arrendamiento de obra ante la pérdida de confianza

El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandados contra la sentencia dictada por la AP y la confirma. La Sala, entre otros pronunciamientos, considera ajustada a derecho la resolución impugnada que declaró la resolución del contrato de arrendamiento de obra por incumplimiento de los demandados, pues resulta acreditado que el anteproyecto de obra se presentó sin justificación alguna fuera del plazo de tres meses convenido, siendo razonable que la parte que ve frustradas sus expectativas de cumplimiento de los plazos marcados de común acuerdo experimente una pérdida de confianza en la actuación de la parte contraria que se sitúa en la base de la decisión resolutoria.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento del litigio.

D. Inocencio, Párroco de la Parroquia de Santa Paula de Madrid -posteriormente fallecido y operada la sustitución procesal en la persona del

nuevo párroco D. Justino- interpuso demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra D. Fernando, D. Cosme y D. Eliseo, interesando que se dictara sentencia por la cual:

1º.- Se declare la resolución del contrato suscrito entre las partes litigantes en fecha 19-9-94, por virtud del cual la parte actora encargó a los codemandados la realización del proyecto básico, de ejecución y dirección de obras para la construcción de un centro parroquial en la calle Tribaldos del Barrio de Canillas de Madrid, basándose en el incumplimiento por parte de los codemandados del plazo convenido para la entrega del anteproyecto, cuyo plazo de elaboración era de tres meses desde la firma de la hoja de encargo.

2.- Se condene a los codemandados solidariamente a indemnizar a la actora los daños y perjuicios que se le han producido como consecuencia del incumplimiento contractual operado por aquellos, estableciendo como índices para su cuantificación la variación existente sobre el presupuesto del contrato por incremento de los costes de mano de obra, materiales, licencias etc., así como de honorarios de arquitecto y aparejadores, desde la fecha del contrato hasta la presentación de la demanda, por el incremento del IPC u otro baremo similar, a determinar por los trámites de ejecución de sentencia, más el interés legal y costas.

Los demandados se opusieron a tales pretensiones y formularon reconvencción solicitando que se condenara a la parte actora:

1.- A satisfacer a D. Fernando la cantidad de 6.401.698 pesetas, a D. Eliseo y D. Cosme la cantidad de 3.200.850 pesetas a cada uno, correspondientes a los honorarios devengados por dichos arquitectos por la redacción del proyecto básico del centro parroquial integrado de Santa Paula, y al 30% de los honorarios que a los mismos les quedaban por percibir de aquellas fases encargadas que ya no podrán realizarse, como consecuencia de la resolución unilateral del contrato por parte de la propiedad y todo ello en aplicación de la cláusula "E" de la hoja de encargo de 19-9-94, visada por el Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid el 5-10-94.

2.- A abonar a los codemandados los intereses que devenguen las anteriores cantidades al tipo del 12% anual y desde el 24-3-94 en que fueron presentadas las minutas de honorarios en el Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid, hasta que las cantidades reclamadas sean pagadas.

3º.- En defecto del apartado anterior, que se condene al actor reconvenido a abonar a los codemandados dichos intereses al tipo del 12% anual pactado desde la interposición de la demanda reconvenccional por parte de cada uno de ellos.

Seguido el proceso por sus trámites, el Juzgado de Primera Instancia núm. 58 de Madrid, al que correspondió por reparto el conocimiento del asunto, dictó sentencia de fecha 11 de noviembre de 2002 que fue desestimatoria de la demanda y estimó la reconvencción condenado a la parte actora a satisfacer a los demandados las cantidades reclamadas más el interés calculado al 12% anual desde la fecha de interposición de la demanda reconvenccional, así como las costas causadas.

La parte actora recurrió en apelación, así como los demandados en el particular referido a la fijación del "dies a quo" respecto del pago de intereses, y la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 18ª) dictó nueva sentencia de fecha 12 de mayo de 2004 que fue estimatoria del recurso de la parte actora y desestimatoria en cuanto al de los demandados, por lo que revocó la sentencia dictada en primera instancia y estimó íntegramente la demanda, desestimando la reconvencción, declarando resuelto el contrato suscrito entre las partes y condenando a los demandados solidariamente a indemnizar a la parte actora los daños y perjuicios que en ejecución de sentencia se fijan con arreglo a la variación existente sobre el presupuesto del contrato por incremento de los costes, mano de obra, materiales, licencia etc., así como honorarios de arquitectos y aparejadores desde la fecha del contrato hasta la presentación de la demanda por el incremento del IPC u otro baremo similar, más el interés legal de dicha suma desde su fijación definitiva en ejecución de sentencia con expresa imposición de costas de primera instancia a los demandados, sin especial imposición de costas de la alzada.

SEGUNDO.- Admisibilidad del recurso por razón de la cuantía.

Esta Sala dictó auto de fecha 26 de febrero de 2008 en el cual, tras razonar en el sentido de que el presente recurso de casación tiene por objeto una sentencia dictada tras la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, y en consecuencia se rige por las normas de la citada Ley, tratándose de un juicio seguido por razón de la cuantía, admite el referido recurso por entender que la misma supera el mínimo de 150.000 euros (art. 477.2.2 de la LEC), lo que no impide al Tribunal plantearse ahora de nuevo la concurrencia de tal requisito.

En primer lugar no cabe acumular a efectos de fijación de la cuantía la correspondiente a la demanda y a la reconvencción (art. 252.5ª de la LEC) por lo que habrán de determinarse separadamente en cuanto a una y otra.

En la demanda no se fijó cuantía del proceso y la regla 8ª del artículo 251 de la LEC establece que "en los juicios que versen sobre la existen-

cia, validez o eficacia de un título obligacional, su valor se calculará por el total de lo debido, aunque sea pagadero a plazos...". En el caso presente la parte actora instaba la resolución del contrato de arrendamiento de obra concertado con los demandados y materializado en la hoja de encargo, en la cual se fijaba un precio total aproximado por los trabajos encomendados de 18.300.000 pesetas (109.985,22 euros), acumulándose una petición ilíquida de daños y perjuicios, lo que determina que la cuantía no superaba la cifra exigida como mínima de 150.000 euros.

En cuanto a la reconvencción, sumando las cantidades solicitadas por cada uno de los demandados, al provenir del mismo título obligacional (art. 252.2ª de la LEC), tampoco alcanzan el mínimo exigido, pues como dice la norma citada sólo se tomará en cuenta el importe de las acciones que tuvieran un valor líquido.

En definitiva cabe concluir que en el presente caso no se alcanzaba la suma requerida legalmente para que el asunto pudiera tener acceso a casación y, sólo por ello, el recurso habría de ser desestimado en cuanto las causas de inadmisión son causas de desestimación. No resultaba ajena a ello la propia parte recurrente que fundamentaba su recurso no por razón de la cuantía o interés litigioso, sino por "interés casacional" (artículo 477.2.3 de la LEC); criterio al que no se podía acudir precisamente por tratarse de una cuestión cuyo cauce procesal había quedado establecido por razón de la cuantía.

TERCERO.- Improcedencia en cuanto al fondo.

La sentencia dictada por la Audiencia Provincial, hoy recurrida, razona en el sentido de que la cuestión nuclear objeto de debate es la de determinar si los demandados dieron adecuado cumplimiento a las obligaciones contractuales pactadas en la hoja de encargo, pues precisamente la acción principal ejercida en la demanda refiere la existencia de incumplimiento para fundar la acción resolutoria del contrato. Se recoge como hecho acreditado (fundamento de derecho primero) el pacto acerca de que el plazo de entrega del trabajo era de tres meses desde la celebración del contrato, en cuanto al anteproyecto, y el de seis meses para el proyecto básico, contados estos últimos desde la aprobación del citado anteproyecto. Entiende la Audiencia que lo pactado implicaba la necesidad de presentación del anteproyecto dentro del referido plazo de tres meses y que el mismo debía ser sometido a la aprobación de la parte actora que había realizado el encargo profesional, por cuanto el anteproyecto tiene como finalidad fundamental la de determinar las líneas básicas generales del proyecto. Concluye en el sentido de que ha existido un incumplimiento de los demandados y en consecuencia nació para la parte ac-

tora la facultad resolutoria de las obligaciones recíprocas establecida en el artículo 1124 del Código Civil con los efectos a que dicha norma se refiere, pues el anteproyecto contratado se presentó fuera ya de dicho plazo y una vez que los demandados habían sido requeridos de resolución.

Pues bien, la cuestión que se plantea en el recurso es la de si ese incumplimiento objetivo de lo convenido -en cuanto al plazo de finalización del anteproyecto- resultaba apto para fundar la resolución del contrato. La doctrina de esta Sala, como expresa la sentencia de 11 octubre 2006, es reiterada en exigir para que se produzca la resolución de las relaciones contractuales privadas, no precisamente una voluntad decididamente rebelde, que sería tanto como exigir dolo (SSTS de 18 de noviembre de 1983 y 18 de marzo de 1991), sino la concurrencia de una situación de frustración del contrato, sin que el posible incumplidor aporte explicación o justificación razonable alguna de su postura (SSTS de 5 de septiembre y 18 de diciembre de 1991), por lo que basta que se dé una conducta no sanada por justa causa, obstativa al cumplimiento del contrato en los términos en que se pactó (SSTS de 14 de febrero y 16 de mayo de 1991 y 17 mayo y 2 de julio de 1994, entre otras muy numerosas). En similares términos la sentencia de 26 abril 1999 señalaba que el retraso en el cumplimiento del contrato resulta eficaz a efectos resolutorios cuando se da por causas únicamente atribuibles a una de las partes (sentencias de 1 junio y 15 diciembre 1955), es decir, que la responsable de forma libre, voluntaria y sin justificación aceptable alguna adopta posición reticente a ejecutar el trabajo al que se comprometió. Cabe añadir que no en vano el artículo 1256 del Código Civil dispone que el cumplimiento de los contratos no puede quedar al arbitrio de una de las partes y, si adolece de nulidad la disposición contractual que así lo establece, tampoco puede aceptarse que por vía de hecho alguna de ellas incumpla, sin justificación, el plazo convencionalmente señalado para el cumplimiento, máxime cuando -como ocurre en el caso- se trata de una relación de trabajo profesional que había de seguirse de otras actuaciones posteriores, siendo razonable que la parte que ve frustradas sus expectativas de cumplimiento de los plazos marcados de común acuerdo experimente una pérdida de confianza en la actuación de la parte contraria que se sitúa en la base de la decisión resolutoria y que se encuentra amparada en la norma del artículo 1124 del Código Civil salvo los casos en que el ejercicio de una resolución apresurada denote un ejercicio abusivo del derecho, contrario a los postulados de la buena fe (artículo 7 del Código Civil), situación que no resulta predicable en relación con el presente caso.

CUARTO.- Desestimación del recurso.

Procede por todo ello la desestimación del recurso y la condena a la parte recurrente al pago de las costas causadas en el mismo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.1, en relación con el 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Cosme, D. Eliseo y D. Fernando contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 18ª) de fecha 12 de mayo de 2004, dimanante de autos de juicio de menor cuantía número 538/96, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm.

58 de dicha ciudad, a instancia de D. Justino contra los hoy recurrentes, la cual confirmamos y condenamos a la parte impugnante al pago de las costas causadas por su recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan Antonio Xiol Ríos.- Xavier O'Callaghan Muñoz.- Jesús Corbal Fernández.- José Ramón Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.

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

reuniones de la Comisión de Selección han sido más de dos y alcanzaron al total de cinco, celebrándose los días 19 de diciembre de 2001, 11 de enero, 5 de febrero, 26 de marzo y 8 de mayo de 2002, si bien esta última fue posterior a la Orden impugnada. Por tanto, la parte recurrente no está en lo cierto cuando en los hechos tercero y cuarto de su demanda afirma que tan sólo se celebraron dos reuniones de aquel organismo.

Segunda.- El informe de la Dirección General autonómica de Desarrollo Rural presentado en la primera de esas reuniones no preseleccionó candidaturas sino que tan sólo planteó un método de trabajo (primera aproximación mediante una valoración cualitativa) y sin perjuicio de las valoraciones cuantitativas a realizar más adelante: así lo indicaron los dos últimos párrafos del acta número 1 (página 3). Este informe no fue definitivo o determinante de la selección y así queda demostrado por el examen en conjunto de las actas de las cuatro sesiones de la Comisión de Selección.

Tercera.- Con independencia de la Comunicación 2000/C 139/05 de la Comisión Europea y de la Decisión C (2001) 2176, de 20 de agosto (aprobación del programa regional de Castilla y León) lo cierto es que la selección de los grupos de acción local ha tenido como fuente reguladora de primer grado la Orden autonómica de convocatoria de 5 de septiembre de 2001 y la que le reforma de 25 de septiembre siguiente; y como fuente reguladora de segundo grado el Real Decreto 2/2002. Ninguna de las citadas consta hubiera sido impugnada con éxito por la ahora recurrente, por lo cual queda vinculada por sus previsiones y prescripciones”.

En el Tercero da respuesta al primer argumento impugnatorio sobre infracción, competencia, transparencia y buena administración rechazándolo de plano. Razona que la recurrente omite detallar la forma, momento y en qué medida la administración incumplió los principios comunitarios esgrimidos. Añade que “en cualquier caso el Director General de Agricultura de la Comisión Europea, mediante escrito de 20 de agosto de 2002, concluye con lo siguiente: “... mis servicios consideran que no existen elementos que puedan invalidar el proceso de selección de Grupos”; con lo cual el referido planteamiento genérico de aquella litigante es mucho más difícil que pueda tener viabilidad, máxime cuando en el trámite de conclusiones vuelve a incurrir en el mismo defecto”.

Al Segundo motivo, falta de respeto del trámite de audiencia dedica el fundamento cuarto desestimándolo asimismo. Argumenta que la recurrente parte de una base fáctica errónea “ya que hubo más de dos reuniones de la Comisión de Selección y la respuesta del Consejero de Agricul-

tura y Ganadería de fecha 26 de febrero de 2002 fue intermedia a las cuatro reuniones de la referida Comisión, que no después de la propuesta que más adelante efectuó ese organismo selectivo. En cualquier caso, el referido Consejero contestó a la petición de 15 de febrero de 2002 (presentada la solicitud el día veinte del mismo mes) con celeridad y comunicó el estado de tramitación en que se encontraba el procedimiento. Por lo demás, es desconocida la concreta indefensión real que hubiere sufrido la ahora accionante, pues la misma y en este proceso ejerce una impugnación con bastante amplitud.

Respecto a la vertiente concierne al trámite de audiencia, replicar diciendo que el Real Decreto 2225/1993 no es de aplicación directa en la materia a la que se refiere este pleito, sino las normas expresadas más atrás, que regulan un procedimiento administrativo especial a seguir en estos casos y es el previsto en los artículos 15 y siguientes de la Orden de 5 de septiembre de 2001”.

En el Quinto desecha la alegada arbitrariedad. Sostiene que “las irregularidades e incidencias que relaciona y explica el fundamento de derecho quinto de la demanda (páginas 12 y 13) tienen cumplida respuesta en el apartado E) del escrito de contestación de la demandada, apartado primero de los fundamentos de derecho, que ahora se da por reproducida.

Añadir que la legalidad del procedimiento selectivo compete en exclusiva -su análisis- a los órganos jurisdiccionales o a la Administración autora del acto recurrido mediante los procedimientos revisorios previstos en la Ley Procedimental 30/1992 y que si existen dudas sobre la imparcialidad del titular del órgano que resolvió dicho procedimiento de selección la parte actora ha podido impugnar la resolución articulando una causa de recusación, carga que no efectúa. Por lo demás, la desviación de poder no está suficientemente concretada en lo referente a la ilicitud de causa y carece en absoluto de prueba demostrativa de su existencia; y sobre las fechas de las decisiones adoptadas, vistas las actas de la Comisión de Selección y las publicaciones en el BOCYL, la demandante dispone de información suficiente sobre este particular.

En conclusión, las denunciadas irregularidades carecen de virtualidad para demostrar la ilegalidad formal o material de la actividad administrativa recurrida”.

El cuarto argumento de debate es la falta de motivación que no prospera en el fundamento Sexto.- Razona “en primer lugar porque la “ratio decidendi” puede ser de primer o de segundo grado y este último existe en el caso enjuiciado con solo reparar en la actividad desarrollada por la

TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2009/225119

TS Sala 3ª, Sección: 4, Sentencia 6 mayo 2009. Ponente: Dª Celsa Pico Lorenzo

Legalidad de la orden autonómica que aplica los criterios de la decisión comunitaria sobre desarrollo local

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por el colectivo para el desarrollo rural de tierra de campos contra la STSJ de Castilla y León, que confirmó la Orden de la Consejería de Agricultura y Ganadería por la que se resuelve parcialmente la convocatoria de selección de grupos de acción local de Castilla y León, para la iniciativa comunitaria de desarrollo local Leader, 2000-2006. La Sala considera que no resulta de aplicación directa el contenido de la Comunicación de la Comisión Europea, en la que se fijan orientaciones sobre la iniciativa comunitaria de desarrollo rural Leader, y rechaza la vulneración del art. 5 y art. 6, 2 RD 1225/1993 relativos al trámite de audiencia y a la motivación de la resolución. Por otra parte, no considera que se justifique por la actora que las bases y criterios establecidos en el programa regional aprobado por la Comisión Europea para Castilla y León fueran vulnerados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación del Colectivo para el Desarrollo Rural de Tierra de Campos interpone recurso de casación 2677/2007 contra la sentencia de fecha 17 de abril de 2007, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Castilla y León, con sede en Valladolid, en el recurso núm. 1107/02, interpuesto por aquel contra la Orden de la Consejería de Agricultura y Ganadería de la Junta de Castilla y León de 8 de abril de 2002 por la que se resuelve parcialmente la convocatoria de selección

de grupos de Acción Local de Castilla y León para la iniciativa comunitaria de desarrollo local Leader(2000-2006).

Identifica la sentencia en su fundamento Primero el acto impugnado al tiempo que reseña los motivos de impugnación.

Ya en el Segundo sienta como premisa para resolver:

“Primera.- Como afirma y prueba la Administración autonómica (documento número uno acompañado con el escrito de contestación) las

Comisión de Selección, la cual queda materializada en las actas de sus sesiones y de cuyo examen es posible tener conocimiento de los motivos de los que se ha servido la Administración para seleccionar a unos concretos grupos de acción local. Y, en segundo lugar, porque en este caso ese elemento esencial del acto administrativo reviste una morfología singular, cual es una puntuación que se concede a cada uno de los solicitantes en función de unos criterios preestablecidos, la cual por cierto está reflejada en el apartado primero de la Orden de 8 de abril de 2002. Esa puntuación, evidentemente, es fruto del ejercicio de una potestad de discrecionalidad técnica.

Finalmente, lo que la recurrente denomina informe extraprocedimental y que fue el aportado en la reunión de 19 de diciembre de 2001 carece del valor y del alcance que dice esa litigante tiene, siendo el que queda expresado más atrás y sin que pueda ser calificado como la única o determinante motivación de la Orden autonómica”.

Ya en el séptimo tampoco acepta la existencia del resto de irregularidades denunciadas, pues reprocha arbitrariedad por falta de baremo previo y trato desigual por empleo de distintos criterios a la hora de valorar a la recurrente en relación con otros grupos. Dice la Sala que con ello plantea dos contravenciones constitucionales: a los artículos 103.1 y 9.3 del Texto de 1978. Adiciona que “A la vista del artículo 17 de la Orden de convocatoria, donde se establecen unas pautas de actuación y de valoración de la Comisión de Selección, en concordancia con el anexo 15 y la Comunicación 2000/C 139/05, a la cual por cierto esa orden se remite, este Tribunal en un principio considera suficientes los criterios establecidos a priori para valorar las solicitudes presentadas. Cosa distinta será que requiriesen o fuere conveniente que la expresada Comisión, en su reunión inicial, acordara unánimemente unas pautas para aplicar y detallar los referidos criterios si bien ni lo uno ni lo otro parece que hubiere sido preciso y así resulta del examen de las actas de las cuatro reuniones que precedieron a la Orden recurrida.

Por lo demás, el sistema de valoración no fue unidimensional, es decir, con uniformidad por parte de todos los componentes del órgano de selección, pues los mismos actuaron con libertad a fin de conceder los correspondientes puntos y el total deriva de ese método de trabajo, es decir, no mediaron imposiciones a los miembros o éstos no estaban constreñidos por unos condicionantes aportados o planteados por una de las Administraciones intervinientes: a tal fin basta recordar lo dicho en el fundamento de derecho segundo (premisa 2ª) de esta sentencia sobre el informe de la Dirección General autonómica”.

Concluye que la Administración no actuó con arbitrariedad.

Analiza luego la cuestión del tratado a la accionante exponiendo la inconcreción de que adolece su alegato en la demanda, donde no se cumple con la carga de aportar un término válido de comparación, “decir que ese trato desigual carece de una referencia válida y de la necesaria definición de la faceta valorativa en la que pudo ocurrir: es desconocido el apartado o ítem (como llama la demandante) en que pudo acaecer el trato discriminatorio. Por otro lado, en el acta de la sesión número 4, celebrada el 26 de marzo de 2006, consta (páginas 4 y siguientes) la causa en virtud de la cual no fue seleccionada la asociación demandante, siendo la de no haber alcanzado 50 puntos en uno de los apartados a valorar (territorio, programa y/o grupo); pues bien, debería ésa litigante haber definido y acreditado que un grupo de los seleccionados estaba en condiciones parejas a las suyas en el concreto apartado, carga que tampoco ha cumplido”.

Finalmente en el octavo también rechaza el pretendido error en la puntuación concedida a los grupos Adisac y la Asociación para el Desarrollo Integral de Sanabri, “es un asunto que -a falta de una explicación más detallada que debería haber aportado la actora- se desconoce en qué medida o de qué manera pudo incidir en la valoración otorgada a la referida litigante y en su exclusión. Entonces y dado que su legitimación activa tiene un alcance determinado, en el cual por supuesto no está incluida la mera defensa de la legalidad, el análisis de este motivo carece de utilidad a fin de satisfacer el interés personal y directo que en este pleito tiene ésa litigante”.

SEGUNDO.- Todos los motivos se amparan en la letra d) del art. 88.1. LJCA.

1.1. Un primero aduce vulneración de la Comunicación de la Comisión a los Estados Miembros de 14 de abril de 2000, por la que se fijan orientaciones sobre la iniciativa comunitaria de desarrollo rural (Leader). Alega que dicha norma, aplicable al proceso de selección, dispone en su punto 9 que debe ser un “procedimiento de selección abierto y riguroso”. Y en su punto 27 que “Los criterios de selección y los procedimientos deberán definirse claramente y garantizar una auténtica competencia entre los grupos de acción local. En cualquier caso, deberá garantizarse la transparencia de los procedimientos y el logro de unas condiciones satisfactorias de competencia entre los grupos de acción local”.

Sostiene que la sentencia inaplica dicha Comunicación, sin tener en consideración la eficacia directa del derecho comunitario donde transparencia y buena administración son

principios esenciales. Insiste en que incumbía a la Comisión de Selección fijar el baremo y, al no haberlo hecho, resulta imposible la revisión jurisdiccional de las puntuaciones asignadas a los grupos.

1.2. La representación de la Comunidad Autónoma de Castilla y León rechaza el motivo. Defiende que el contenido de la Comunicación era orientativo no siendo de aplicación directa al no tratarse ni de un Tratado, ni de un Reglamento ni Directiva.

1.3. La representación procesal de la Federación Promoción Rural de Castilla y León, Princal, muestra su oposición al entender que la citada Comunicación fija meras orientaciones que, por otro lado, no han sido vulneradas.

Añade que la recurrente olvida que, tal como prueba la Administración autonómica, las reuniones de la Comisión de Selección fueron cinco y se celebraron los días 19 de diciembre de 2001, 11 de enero de 2002, 5 de febrero de 2002, 26 de marzo de 2002 y 8 de mayo de 2002, ésta última posterior a la Orden impugnada.

Esgrime que la citada Comisión de Selección, está formada por representantes de la Administración General del Estado, de la Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla y León y de la Federación Regional de Municipios y Provincias. Alega que de las actas se desprende que en la Comisión no se fijó un baremo único para su aplicación, pues sus integrantes tuvieron la posibilidad de establecer el baremo que consideraron más oportuno, ya que en la reunión de 16 de enero de 2002 se elaboró una lista y no fue hasta la de 26 de marzo de 2002 -cuarta reunión- cuando se hizo una propuesta de resolución.

Aduce que en virtud del informe de la Dirección General de Desarrollo Rural, presentado en la primera de las reuniones de la Comisión, se planteó un método de trabajo sin preseleccionar candidatura alguna, no siendo definitivo o determinante el referido informe, según se desprende de un análisis conjunto de las actas de las cuatro sesiones posteriores de la Comisión de Selección. Sostiene que el rigor y la transparencia han sido manifiestos, ya que:

a) El método de selección fue aprobado por unanimidad por cada uno de los tres órganos de la Comisión de Selección (reunión de 19 de diciembre de 2001).

b) El proceso de selección se desarrolló con total legalidad y dentro de un marco objetivo (reunión de 5 de febrero de 2002).

Concluye que la selección de grupos de acción local tuvo como fuente reguladora inicial la Orden de con-

vocatoria de 5 de septiembre de 2001, y como fuente reguladora de segundo grado, el Real Decreto 2/2002, sin que conste que fuesen impugnadas con éxito por la recurrente.

2.1. Un segundo aduce vulneración del art. 5 del RD 2225/1993, de 17 de diciembre, que aprueba el Reglamento del procedimiento para la concesión de subvenciones públicas.

Esta norma nacional es aplicable al procedimiento de selección a que pone fin la Orden impugnada, y establece en su apartado 3 que el trámite de audiencia se evacuará de conformidad con lo previsto en el artículo 84 de la Ley 30/1992, de LRJAPAC. Insiste en que el trámite de audiencia debe servir a la realización del principio contradictorio en el procedimiento administrativo, y sólo puede prescindirse del mismo cuando no exista oposición entre los interesados y la Administración sobre algún aspecto del desarrollo del mismo.

Rechaza que la Sala no reputa de aplicación directa dicha norma pues a su entender prevalece el art. 2.1. del RD.

Invoca el contenido de disposición final primera del RD estatal 2/2002 sobre la naturaleza de normativa básica. Mantiene que la intervención de la Administración autonómica, previa mediante la selección de los grupos y permanente posterior en el desarrollo de los programas, es una gestión parcial de las ayudas, por lo que el Real Decreto, cuya jerarquía normativa es superior a de la Orden de convocatoria, es plenamente aplicable.

Así lo infiere también a sensu contrario del apartado tercero del artículo 2.3. y directamente del apartado cuatro.

2.2. La representación autonómica mantiene que la sentencia resuelve acertadamente al entender procede la aplicación de lo establecido en la Orden autonómica de 5 de septiembre de 2001.

2.3. La representación de Princal defiende, como la sentencia, que el precepto no es de aplicación directa, sino la Orden de 5 de septiembre de 2001 y el RD 2/2002, que regulan un procedimiento administrativo especial, previsto de modo específico en los artículos 15 y siguientes de la Orden 5 de septiembre de 2001.

3.1. Un tercer motivo aduce vulneración del art. 6.2 del RD 2225/1993 que establece que la decisión será motivada.

Sostiene que no existiendo un baremo previo sigue resultando imposible conocer no ya los motivos que llevaron la Comisión de Selección a efectuar su propuesta a la vista de las puntuaciones asignadas, sino los motivos que llevaron a asignar dichas

puntuaciones previas. Reputa irrelevante la afirmación de que mediante el examen de las actas de las sesiones es posible tener conocimiento de los motivos que llevaron a la Comisión de Selección a adoptar sus acuerdos. Rechaza la discrecionalidad técnica a que se refiere la sentencia.

3.2. También este motivo es objetado por la Junta de Castilla y León.

3.3. La representación de Princal refuta también este motivo. Aduce que no hay falta de motivación pues para llegar a la misma se han celebrado cinco reuniones de la Comisión de Selección, con el correspondiente debate e intercambio de pareceres, adoptándose finalmente la decisión por unanimidad de todos los miembros. Así se desprende del contenido de las distintas actas de las reuniones.

4.1. Un cuarto motivo aduce vulneración del art. 8 del RD 2/2002.

Según el mismo "Conforme a las bases y criterios que a tal efecto establezcan los programas nacional y regionales aprobados por la Comisión Europea, se convocarán los procesos públicos para la selección durante todo el período de ejecución de la iniciativa comunitaria, mediante un procedimiento abierto y riguroso de los programas comarcales y de los Grupos de Acción Local que hayan de gestionarlos", y en cuanto se remite en consecuencia entre otros al apartado 9 del Programa Regional de la Comunidad Autónoma de Castilla y León para la iniciativa Leader 2000-2006, concerniente al procedimiento de selección, que no ampara ni fundamenta en modo alguno una distribución territorial provincial de los proyectos, previa a la valoración específica de los mismos, ni impone número determinado de proyectos, para cada una de las provincias de la Comunidad Autónoma, ni excluye que los mismos, salvados eventuales solapamientos, se concentren especialmente en alguna/s provincia/s, o no sean seleccionados en cuanto a alguna/s provincia/s.

Y mantiene constituye el marco del sistema objetivo de selección, fundado en los principios similares de igualdad, mérito y capacidad a los del acceso a la función pública, afirmando textualmente que "en el proceso selectivo se valorará el territorio, el Grupo de Acción Local y el plan de desarrollo local, teniendo en cuenta los criterios de selección que serán fijados dentro de la oportuna convocatoria..." y que "cada uno de los apartados (territorio, Grupo y plan de desarrollo local) se valorarán de 0 a 100 puntos, considerándose que para pasar el proceso de selección los Grupos de Acción Local deberán tener una puntuación mínima que se fijará conjuntamente con la baremación oportuna de los distintos apartados, de acuerdo entre la Admi-

nistración General del Estado y las Comunidades Autónomas".

Aduce que al establecer un filtro previo y adoptar el resto de las decisiones del acta de la primera reunión de la Comisión de Selección vulneró totalmente su contenido, al igual que lo reventó del todo no estableciendo una baremación objetiva, homogénea y uniformemente aplicada para los distintos apartados.

4.2. La defensa de la administración autonómica defiende debe decaer el motivo al aplicarse lo dispuesto en el citado precepto "conforme a las bases y criterios que a tal efecto establezcan los programas nacional y regionales aprobados por la Comisión Europea, se convocarán los procesos públicos para la selección..."

El programa regional de Castilla y León fue aprobado mediante la Decisión C (2001) 2176, de 20 de agosto, de la Comisión de las Comunidades Europeas, y precisamente la Orden de 5 de septiembre de 2001 viene a regular las condiciones de selección de los programas de desarrollo local que hayan de aplicarse en áreas geográficas de Castilla y León y de los Grupos de Acción Local responsables de su gestión.

4.3. Defiende Princal la sentencia pues reputa certero que la recurrente no acreditó estar en condiciones parecidas a la de alguno de los grupos que fueron seleccionados.

5.1. Finalmente un quinto motivo aduce vulneración del art. 218 LEC. Arguye que del contenido de la sentencia se infiere que no se ha revisado el supuesto concreto del recurso promovido por el recurrente, a quien se atribuyen puntuaciones distintas de las obtenidas y respecto del cual las alegaciones formuladas en la demanda no han obtenido una respuesta específica.

5.2. Rechaza el motivo la Junta de Castilla y León. Arguye que si todos los motivos se amparan en el art. 88.1.d) LJCA, como sostiene la recurrente, no cabe la invocación de incongruencia, cuyo encaje sería en el apartado c) del art. 88 LJCA. No obstante adiciona la inexistencia de incongruencia alguna.

5.3. Repunta Princal conciso el motivo, así como reiterativo interesando su desestimación pues la sentencia es congruente y se encuentra motivada.

TERCERO.- Tiene razón la recurrente al afirmar que la transparencia constituye uno de los principios elementales del derecho comunitario más no la tiene cuando sostiene la vulneración de éste por ausencia de aplicación directa de una Comunicación de la Comisión.

No obstante, debemos subrayar que la transparencia procedimental y la libre concurrencia no es ajena ni a

nuestro sistema de contratación del sector público (art. 1. Ley 30/2007, de 30 de octubre) ni tampoco la primera al funcionamiento general de las Administraciones públicas en sus relaciones con los ciudadanos (art. 3.5 Ley 30/1992, de 26 de noviembre), ni ambas dos al procedimiento para la concesión de ayudas y subvenciones públicas (art. 1 RD 2225/1993, de 17 de diciembre, derogado mas vigente al tiempo de los hechos, art. 8. 3.a) de la vigente Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones).

Mas, ciñéndonos al motivo, si acudimos al art. 249 del Tratado Comunidades Europeas observamos que las modalidades de actuación de la

■

"...no cabe invocar como norma de derecho comunitario conculcada la Comunicación de la Comisión de 14 de abril de 2000 fijando orientaciones sobre la iniciativa comunitaria de desarrollo rural Leader, o "Liason entre actions de développement rural", método para movilizar y fomentar el desarrollo rural en núcleos rurales locales y no un conjunto fijo de medidas que deban aplicarse. El programa Leader indica "cómo" hay que actuar y no "qué" hay que hacer."

■

Comunidad que se proyectan jurídicamente son el Reglamento, la Directiva, la Decisión, la Recomendación y el Dictamen.

Sin embargo, los citados instrumentos jurídicos no ostentan todos el mismo rango. Solo los Reglamentos tienen alcance general siendo obligatorios en todas sus partes y directamente aplicables en los Estados Miembros.

Las Directivas, en principio no son directamente aplicables pues son los Estados miembros quienes eligen la forma de transposición ya que obligan en cuanto al resultado. Mas constante jurisprudencia del Tribunal

de Justicia de la Unión Europea ha venido considerando directamente aplicable una Directiva cuando hubiere transcurrido el plazo prescrito para desarrollarla o hubiera sido transpuesta de forma deficiente, sus disposiciones sean de contenido suficientemente claro y confieran derechos al ciudadano individual. Y, en un avance significativo, se ha reconocido el derecho del ciudadano a reclamar una indemnización de daños y perjuicios al Estado por inexistencia de transposición o deficiente trasposición de la misma (Sentencia Brasserie du Pêcheur/Factortame, de 5 de marzo de 1996, asuntos 46/1993 y 48/1993).

Las Decisiones que atienden a la regulación de hechos concretos en relación con destinatarios determinados son obligatorias en todos sus elementos para sus destinatarios, personas físicas o jurídicas o Estados Miembros.

Recomendaciones y Dictámenes no son vinculantes y tampoco crean derechos ni obligaciones para sus destinatarios pues tienen la naturaleza de simple declaración.

Además, de los citados instrumentos jurídicos enumerados en el art. 249 del Tratado (antiguo art. 189) en la práctica se han desarrollado una serie de actos atípicos como las Comunicaciones de la Comisión que no gozan en modo alguno de la esgrimida aplicación directa.

Significa, pues, que no cabe invocar como norma de derecho comunitario conculcada la Comunicación de la Comisión de 14 de abril de 2000 fijando orientaciones sobre la iniciativa comunitaria de desarrollo rural Leader, o "Liason entre actions de développement rural", método para movilizar y fomentar el desarrollo rural en núcleos rurales locales y no un conjunto fijo de medidas que deban aplicarse. El programa Leader indica "cómo" hay que actuar y no "qué" hay que hacer.

La citada Comunicación se limita en su art. 14 a señalar que "cada Estado miembro deberá precisar, en función de la situación específica de sus zonas rurales, los criterios que permitirán seleccionar mediante licitación los planes de desarrollo elaborados por los grupos de acción local," teniendo en cuenta los elementos de 14.1. territorios afectados, 14.2. estrategias de desarrollo.

Es indiscutible que no constituye derecho de aplicación directa.

TERCERO.- Y siguiendo tales orientaciones se observa que la Consejería de Agricultura y Ganadería de Castilla y León dictó la Orden de 5 de septiembre de 2001, por la que se hace pública la convocatoria para la presentación de programas de desarrollo local, adaptados al programa Regional de Castilla y León de la iniciativa comunitaria del desarrollo ru-

ral Leader (2000-2006), para su aplicación en la Comunidad Autónoma.

Norma que en su art. 17 estatuye que la Comisión de Selección analizará los programas en consonancia con los planteamientos de la Comunicación 2000/C 139/05, del Programa Regional de Castilla y León aprobado en la Iniciativa Leader y en particular aplicando los criterios recogidos en el Anexo núm. 15 para la valoración del territorio, del programa y de la estructura del Grupo de Acción Local, valorándose cada uno de ellos de 0 a 100 puntos. La calificación de menos de 50 puntos en cualquiera de los apartados anteriores implicará la desestimación del plan de desarrollo local presentado.

Su Disposición Adicional establece que "A la presente convocatoria, así como a los programas de desarrollo local que se aprueben con la resolución de la misma le será de aplicación aquella normativa de carácter básico que pueda dictar el Estado".

Y en el precitado Anexo núm. 15 se indica la valoración máxima a otorgar por cada uno de los distintos apartados comprendidos en territorio (densidad de población, tasa de dependencia, grado de envejecimiento, pérdida de población, etc.), programa (calidad del diagnóstico previo, temas aglutinantes, etc.), estructura del grupo de acción local (experiencia de desarrollo rural, procedimiento de gestión, etc.).

Con base en tal regulación se desarrolló el procedimiento y método de trabajo de la Comisión de Selección.

No prospera por tanto, el primer motivo.

CUARTO.- No ofrece duda alguna que las subvenciones a que se refiere la convocatoria por Orden de 5 de septiembre de 2001 se enmarcan en un procedimiento de concurrencia competitiva iniciado por aquella. Tampoco que la regulación de las ayudas de la iniciativa comunitaria "Leader Plus" tienen la naturaleza de normativa básica, en virtud art. 149.1.13 CE, tal cual establece la Disposición Final primera del RD 2/2002, de 11 de enero, y vuelve a reiterar la Disposición Final primera del RD 394/2006, de 31 de marzo.

Invoca el recurrente la aplicación del actualmente derogado RD 2225/1993, de 17 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento del procedimiento para la concesión de subvenciones públicas, tras la aprobación del RD 887/2006, de 21 de julio por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

Sostiene la vulneración del art. 5 relativo al trámite de audiencia, y del art. 6.2. relativo a la motivación de la resolución.

La antedicha disposición reglamentaria en su exposición de motivos nos recuerda que "el respeto a la primacía del Derecho comunitario justifica la aplicación supletoria del Reglamento al procedimiento de concesión de las subvenciones que responden en su origen a normativa de las Comunidades Europeas".

Mas previamente a su examen procede poner de relieve la existencia actual de una disposición estatal de superior rango: la Ley 38/2003, de 24 de noviembre. No resulta aplicable, por razones temporales, mas ilustra en la interpretación dada la prosecución de una línea de actuación ya existente en nuestro ordenamiento.

En el ámbito estatal la Ley General de Subvenciones, Ley 38/2003, de 24 de noviembre, art. 24, no reputado legislación básica en su Disposición final primera, estatuye que "se podrá prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por los interesados".

Y la regulación contenida en el art. 5 del RD 2225/1993, de 17 de diciembre, sobre el trámite de audiencia conforme al art. 84 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, LRJAPAC, dice debe adecuarse a ésta.

Se observa que tanto la nueva Ley General de Subvenciones de 2003, como el actualmente derogado, Reglamento de procedimiento de 1993, dictado bajo la vigencia de disposiciones contenidas en la Ley General Presupuestaria, aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, hacen mención al art. 84 de la LRJAPAC.

El citado precepto regula el trámite de audiencia en la instrucción del procedimiento en sus cuatro apartados. Mas es significativo que su apartado cuarto reproduce en su literalidad la misma excepción ahora establecida en la Ley General de Subvenciones respecto a la innecesidad del trámite de audiencia en determinados supuestos. Así "se podrá prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por los interesados".

Dado que en un procedimiento de concurrencia competitiva, como el cuestionado, era exigible la presentación de todos los documentos necesarios al tiempo de la solicitud no se vislumbra la necesidad en tal caso del trámite de audiencia ya que ni es factible realizar alegaciones nuevas ni tampoco aportar nuevo material probatorio. La especialidad procedimental permitía la entrada en juego

de la excepción prevista en la LRJAPAC.

No prospera el segundo motivo.

QUINTO.- La motivación de las resoluciones a que se refiere el art. 6 del derogado Reglamento de 17 de diciembre de 1993, RD 2225/1993 constituye una exigencia general de nuestro procedimiento administrativo (art. 54.1 LRJAPAC).

Mas dicha motivación puede producirse de múltiples formas no siendo preciso siempre explicitar las razones de la adjudicación de una concreta puntuación.

No conviene olvidar que el segundo apartado del art. 54. LRJAPAC estatuye que "la motivación de los actos que pongan fin a los procedimientos selectivos y de concurrencia competitiva se realizará de conformidad con lo que dispongan las normas que regulen sus convocatorias, debiendo, en todo caso, quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte".

Respecto al citado precepto existe una amplia y constante jurisprudencia de esta Sala asumiendo plenamente lo vertido en la STS de 14 de julio de 2000, recurso 258/1997 como recuerda la STS de 15 de enero de 2008, recurso de casación de 15 de enero de 2008.

Se dijo en el FJ 4º, apartado tercero, de la precitada STS de 14 de julio de 2000 que la "discrecionalidad técnica reduce las posibilidades del control de dicha actividad evaluadora, que prácticamente estarán constituidas por estos dos básicos supuestos: el de la inobservancia de los elementos reglados -cuando estos existan-, y el del error ostensible o manifiesto; y, consiguientemente, deja fuera de ese limitado control posible a aquellas pretensiones de los interesados que solo postulen una evaluación alternativa a la del órgano calificador, pero moviéndose también dentro de ese aceptado espacio de libre apreciación, y no estén sustentadas con un posible error manifiesto."

Y se añadió en el apartado 4 del mismo FJ 4º que "Lo anterior explica que las normas reguladoras de la actuación de esos órganos calificadores solo exijan a estos formalizar sus dictámenes o calificaciones mediante la expresión de la puntuación que exteriorice su juicio técnico. Y que tal puntuación sea bastante para que pueda ser considerada formalmente correcta dicha actuación de evaluación técnica.

Y cuando tales normas no exijan más que dicha puntuación, el órgano calificador cumplirá con limitarse a exteriorizarla, y no podrá reprochársele, desde un punto de vista formal, el no la haya acompañado de una explicación o motivación complementaria."

Por su parte reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 17/2009, de 26 de enero FJ5), reitera su consolidada doctrina acerca de que los Tribunales de justicia no pueden sustituir en las valoraciones técnicas a los órganos administrativos calificadores. No debe olvidarse que puede haber cuestiones que han de resolverse mediante elementos de carácter exclusivamente técnico (STC 219/2004, de 29 de noviembre, FJ6).

SEXTO.- La doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional expuesta en el razonamiento precedente en conjunción con la excepción legal establecida en el art. 54.2 LRJAPAC nos ayuda a entender que no siempre es exigida una motivación concreta y detallada de las razones que amparan la adopción de una determinada puntuación.

Aceptó la Sala de instancia el método de trabajo propuesto por la Comisión de Selección en su primera sesión y que dio lugar a las puntuaciones finales en la que participaron las tres Administraciones presentes en la Comisión de Selección de Grupos de Acción Local para el programa regional Leader Plus. Significa, pues, que hubo una voluntad colegiada de los once componentes de la Comisión que conformó la puntuación final.

Explicita la primera acta las razones por las que considera unas propuestas como candidaturas firmes y otras a considerar.

Refleja la segunda acta la puntuación final de las distintas propuestas tras haber facilitado individualmente la suya cada una de los tres portavoces -administración estatal, autonómica y local-. No se ha acreditado que no respetaran los parámetros autoimpuestos en la primera sesión en que se evaluaron todas las candidaturas. Normas de funcionamiento adoptadas por la Comisión de Selección al amparo de lo estatuido en el art. 8.2 "in fine" del RD 2/2002.

No se acoje el motivo tercero.

SÉPTIMO.- En el cuarto motivo se aduce vulneración del art. 8 del RD 2/2002 y a su amparo rechaza la parte recurrente que el programa Leader ampare la distribución territorial e impida su concentración en alguna provincia, tal cual se acordó con carácter previo a la asignación de puntuación.

Tal alegato obliga a tomar en cuenta que una de las características esenciales del programa Leader son las estrategias zonales de desarrollo local donde la aplicación de las políticas se circunscribe a un territorio pequeño, homogéneo y socialmente unido que no tiene porque corresponder a unos límites administrativos definidos previamente.

Y otra esencial es facilitar la innovación en el desarrollo de las zonas

rurales. Elementos todos que hacen razonable que el Programa Regional de la Comunidad Autónoma de Castilla y León evitara su concentración en alguna provincia o no que no fuera seleccionada alguna.

Y de lo alegado, razonó la Sala de instancia y comparte este Tribunal, no se justifica que las bases y criterios establecidos en el programa regional aprobado por la Comisión Europea para Castilla y León fueran vulnerados. Ha de tenerse presente que conforme al art. 8.3 del RD 2/2002,"3. En el proceso selectivo se valorará el territorio, el Grupo de Acción Local y el programa comarcal de desarrollo de conformidad con los criterios de selección incluidos en los programas nacional y regionales", y la Sala de instancia no ha estimado, por falta de acreditación, quebranto de aquellos criterios.

Debe insistirse, como ya hizo la Sala de instancia, que quién alega la vulneración de un precepto reglamentario debe justificar cómo ha acontecido sin que sean suficientes esgrimir generalidades.

En consecuencia no prospera el cuarto motivo.

OCTAVO.- Por último procede examinar el último motivo del recurso que atribuye a la sentencia incongruencia omisiva -ausencia de respuesta al concreto supuesto alegado por la parte- entremezclado parcialmente con falta de motivación.

Procede recordar que el Tribunal Constitucional ha dicho que la incongruencia consiste en la ausencia de respuesta a las pretensiones de las partes, es decir un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formulan sus pretensiones (STC 36/2006, de 13 de febrero).

La citada doctrina distingue entre lo que son meras alegaciones formuladas por las partes en defensa de sus pretensiones y las pretensiones en sí mismas consideradas (STC 189/2001, 24 de septiembre). Son sólo estas últimas las que exigen una respuesta congruente ya que no es preciso una respuesta pormenorizada de todos las cuestiones planteadas (STC 36/09, de 9 de febrero), salvo que estemos ante una alegación fundamental planteada oportunamente por las partes (STC 4/2006, de 16 de enero). E insiste en que es una categoría legal y doctrinal cuyos contornos no corresponde determinar al citado máximo intérprete constitucional (STC 8/2004, de 9 de febrero). Cabe, además, una respuesta de forma tácita o implícita obtenida del conjunto de razonamientos (STC 29/2008, de 20 de febrero). No cabe un desajuste entre el fallo y las pretensiones de las partes que contravena los razonamientos expuestos para decidir (STC 114/2003 de 16 de junio).

Constatamos que no es necesaria una correlación literal entre el desarrollo argumentativo de los escritos

de demanda y de contestación y el de los fundamentos jurídicos de la sentencia. Podemos, por ello, resumir la doctrina de esta Sala sobre la materia en:

a) Se incurre en el vicio de incongruencia tanto cuando la sentencia omite resolver sobre alguna de las pretensiones y cuestiones planteadas en la demanda (STS de 25 de febrero 2008, rec. casación 3541/2004), es decir la incongruencia omisiva o por defecto; como cuando resuelve sobre pretensiones no formuladas, o sea incongruencia positiva o por exceso (sentencias de 20 de septiembre 2005, rec. casación 3677/2001, de 5 de diciembre de 2006, rec. casación 10233/2003 y 20 de junio de 2007, rec. casación 11266/2004).

b) El principio de congruencia no se vulnera por el hecho de que los Tribunales basen sus fallos en fundamentos jurídicos distintos de los aducidos por las partes (STS 17 de julio de 2003, rec. casación 7943/2000). En consecuencia el principio "iuris novit curia" faculta al órgano jurisdiccional a eludir los razonamientos jurídicos de las partes siempre que no altera la pretensión ni el objeto de discusión.

c) Es suficiente con que la sentencia se pronuncie categóricamente sobre las pretensiones formuladas (STS 3 de noviembre de 2003, rec. casación 5581/2000). Cabe, por ello, una respuesta global o genérica, en atención al supuesto preciso, sin atender a las alegaciones concretas no sustanciales.

d) No incurre en incongruencia la sentencia que otorga menos de lo pedido, razonando porqué no se concede el exceso (STS 3 de julio de 2007, rec. casación 3865/2003).

e) No cabe acoger un fundamento que no se refleje en la decisión ya que la conclusión debe ser el resultado de las premisas establecidas (Sentencias de 27 de enero de 1996, rec. de casación 1311/1993). Se insiste en que las contradicciones producen confusión mientras que la precisión impone un rigor discursivo que se ignora en los casos de incoherencia interna. Es necesario, por tanto, que los argumentos empleados guarden coherencia lógica y razonable con la parte dispositiva o fallo, para no generar incoherencia interna, pues de no haberla se genera confusión (STS 23 de abril de 2003, rec. de casación 3505/1997).

El art. 248.3 LOPJ, establece la obligación de consignar en las sentencias los hechos probados, en su caso, y los razonamientos jurídicos, es decir la motivación exigida con carácter general en el art. 120 CE.

Declara el Tribunal Constitucional en STC 36/2006, de 13 de febrero que el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no impone "una determinada extensión de la

motivación jurídica, ni un razonamiento explícito, exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión sobre la que se pronuncia la decisión judicial". Reputa suficiente que "las resoluciones judiciales vengán apoyadas en razones que permitan conocer cuales han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, o, lo que es lo mismo, su ratio decidendi" (STC 75/2007, de 16 de abril, FJ 4).

A la motivación con base en las reglas de la lógica y la razón se refiere el art. 218, 2 LEC que exige, además valorar las pruebas, mientras el primer apartado del mismo precepto requiere claridad, precisión y congruencia entre la sentencia y las pretensiones de las partes. Y el Tribunal Constitucional ha declarado que cabe, una motivación breve y sintética (STC 75/2007, de 16 de

■

"...una de las características esenciales del programa Leader son las estrategias zonales de desarrollo local donde la aplicación de las políticas se circunscribe a un territorio pequeño, homogéneo y socialmente unido que no tiene porque corresponder a unos límites administrativos definidos previamente."

■

abril, FJ 4). Se ha reputado como constitucionalmente aceptable, desde las exigencias de la motivación del art. 24.1. CE, la que tiene lugar por remisión (STC 196/2005, de 18 de julio FJ 4).

NOVENO.- Tras lo expuesto no ofrece duda alguna que la vulneración del precepto esgrimido, art. 218 LEC, constituye, en su caso, un quebranto de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia.

Significa, que su invocación en el formal recurso de casación ha de ampararse en el art. 88.1.c) LJCA y no en la letra d) como es articulado en el presente caso.

Ello conduciría sin más a su inadmisión, pues, además, la brevedad de la argumentación obstaculiza su debido examen.

No obstante, por cortesía procesal, adicionamos que la sentencia ni es incongruente ni se encuentra inmotivada con arreglo a los criterios precedentemente expuestos.

Da cumplida respuesta a la pretensión actora lo que no significa que tenga que atender necesariamente a sus peticiones sino simplemente enjuiciar si aquellas se encuentran o no amparadas por la norma.

Tampoco prospera.

DÉCIMO.- Las valoraciones anteriores obligan, conforme a lo dispuesto en el artículo 95 de la Ley de la Jurisdicción, a declarar no haber lugar al recurso de casación, con expresa condena en costas a la parte recurrente. Y al amparo del artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción se señala como cantidad máxima a reclamar por el Letrado de la parte recurrida la cantidad de 2000 euros a satisfacer a cada una de las dos partes personadas como recurridas. Todo ello en atención:

a) A que las costas se imponen por imperativo legal, y en tales casos esta Sala de acuerdo además con las normas del Colegio de Abogados de Madrid, exige una especial moderación.

b) A que la actividad de las partes se ha referido a motivos de casación sin especial complejidad. Obviamente sin perjuicio de que el Letrado pueda interesar de su cliente la cantidad que estime proceda.

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey y por la potestad que nos confiere la Constitución,

FALLO

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación del Colectivo para el Desarrollo Rural de Tierra de Campos contra la sentencia de fecha 17 de abril de 2007, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Castilla y León, con sede en Valladolid, en el recurso núm. 1107/02, interpuesto por aquel contra la Orden de la Consejería de Agricultura y Ganadería de la Junta de Castilla y León de 8 de abril de 2002 por la que se resuelve parcialmente la convocatoria de selección de grupos de Acción Local de Castilla y León para la iniciativa comunitaria de desarrollo local Leader(2000-2006), la cual se declara firme con expresa condena en costas en los términos reflejados en el último fundamento de derecho.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada Ponente de la misma, D^a Celsa Pico Lorenzo, hallándose celebrando audiencia pública, ante mi la Secretaria, certifico.

Ricardo Enríquez Sancho.- Segundo Menéndez Pérez.- Enrique Lecumberri Marti.- Santiago Martínez-Vares García.- Celsa Pico Lorenzo.- Antonio Marti García.



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.

TC TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2009/216698

TC Sala 2ª, Sentencia 28 septiembre 2009.
Ponente: D. Pascual Sala Sánchez

Motivación sobre la prescripción del delito por el que se pide la entrega

Se promueve amparo contra el auto por el que se accede a la entrega a Francia del demandante, solicitada a través de orden europea de detención para ejecución de una pena de veinte años de prisión. El TC deniega el amparo solicitado. Entiende la Sala, entre otras consideraciones, que el órgano judicial tiene la facultad de rechazar la solicitud del Estado requirente, debiendo aportar las razones en las que funde su decisión, no sólo en la gravedad y reprochabilidad del delito en que se funda la orden europea, sino en que los hechos no pueden considerarse prescritos según la ley francesa, motivación que satisface en grado suficiente la exigencia constitucional.

TS CIVIL

2009/150893

TS Sala 1ª, Sentencia 29 junio 2009.
Ponente: D. José Antonio Seijas Quintana

Inaplicación de la normativa de seguros al no tratarse de un hecho de la circulación

Desestima la Sala del TS el recurso de casación deducido por los hermanos del fallecido contra la sentencia de la AP que, estimando el recurso de apelación deducido por la compañía aseguradora, revocó el fallo de la instancia y exoneró a la aseguradora del pago de la indemnización a dichos perjudicados. Los hechos se contraen a un siniestro acontecido cuando el fallecido estaba tumbado bajo un tractor y éste se puso en movi-

miento de manera involuntaria. De la calificación de este hecho como de la circulación o no dependió en un primer momento la solución al asunto, solución que se atascó cuando ambos litigantes llegaron a la conclusión de que no se trataba de un hecho de la circulación y a ello anudaban conclusiones distintas. Señala la Sala que no se trata de un hecho de la circulación, y que la existencia de un seguro voluntario y otro obligatorio no conlleva el pago de la indemnización; ambos seguros se complementan, pero ni al amparo del art. 73 LCS ni al amparo del art. 1 LRCSCVM puede hacerse responder a la aseguradora contra los hermanos del fallecido pues no se trata de un hecho de la circulación.

TS PENAL

2009/120226

TS Sala 2ª, Sentencia 14 mayo 2009. Ponente: D. Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar

Absolución del delito de amenazas por no resultar probado

Desestimando el recurso de casación interpuesto por uno de los acusados, la Sala acoge parcialmente el formulado por el otro imputado, ambos contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delitos de asesinato y amenazas. El TS dicta segunda sentencia por la que absuelve al recurrente del delito de amenazas, pues del hecho probado no resulta con claridad que fuera él quien amenazara con matar al perjudicado, de modo que dependiera de aquél el cumplimiento del mal amenazado, siendo terceros, no dependientes de este recurrente, quienes podrían ejecutar el mal al que se refiere.

Formula voto particular el Magistrado D. Luciano Varela Castro.

2009/127318

TS Sala 2ª, Sentencia 26 junio 2009.
Ponente: D. José Manuel Maza Martín

Delitos competencia del Tribunal del Jurado

Se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por delitos de asesinato, agresión sexual, allanamiento de morada, profanación de cadáver, incendio, robo con violencia, robo con fuerza en las cosas intentado y quebrantamiento de condena. Señala el TS que la competencia que nuestro ordenamiento otorga al Tribunal del Jurado viene establecida, en primer lugar y de manera directa, en el art. 1 LOTJ que regula esa institución, enumerando los delitos cuyo enjuiciamiento se atribuye al tribunal de legos, entre los que se encuentran indudablemente dos de los ilícitos a los que se refiere este procedimiento, en concreto el asesinato y el allanamiento de morada.

namiento de morada, profanación de cadáver, incendio, robo con violencia, robo con fuerza en las cosas intentado y quebrantamiento de condena. Señala el TS que la competencia que nuestro ordenamiento otorga al Tribunal del Jurado viene establecida, en primer lugar y de manera directa, en el art. 1 LOTJ que regula esa institución, enumerando los delitos cuyo enjuiciamiento se atribuye al tribunal de legos, entre los que se encuentran indudablemente dos de los ilícitos a los que se refiere este procedimiento, en concreto el asesinato y el allanamiento de morada.

TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2009/151066

TS Sala 3ª, Sección 8ª, Sentencia 8 junio 2009.
Ponente: D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Nulidad de la sanción impuesta por caducidad del procedimiento

El TS estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial que sancionó al actor con suspensión de siete meses por una falta muy grave del art. 417, 9 y con advertencia por una falta leve del art. 419, 2 LOPJ, acuerdo que se anula, y en su lugar reconoce el derecho del actor a reintegrarse en el puesto de presidente de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Tarragona y a las remuneraciones dejadas de percibir. La Sala considera que cuando se adoptó el acuerdo impugnado se había producido la caducidad del procedimiento por el transcurso de seis meses, sin que el acuerdo de acumulación dispuesto por la comisión disciplinaria pueda tener la concepción de causa excepcional que justifique el retraso.

2009/143896

TS Sala 3ª, Sección 6ª, Sentencia 30 junio 2009.
Ponente: D. Luis María Díez-Picazo Giménez

Denegación de la nacionalidad española por falta de buena conducta cívica

El TS desestima el recurso de casación interpuesto contra la SAN que desesti-

mó el recurso contencioso-administrativo dirigido contra la resolución del Ministerio de Justicia, que denegaba la concesión de la nacionalidad española por residencia sobre la base de la falta de acreditación de buena conducta cívica. Esta conclusión de la Administración se basaba no tanto en la existencia de varios procedimientos penales contra el solicitante, que habían terminado en absolución o archivo, como en un informe del CESID obrante en el expediente que ponía de manifiesto que, según vecinos del barrio, el solicitante y otros jóvenes solían pasear armados de machetes amedrentando a la gente. Añadía la Administración que no constan otros datos, salvo una declaración del impuesto sobre la renta, de distinto signo que sirvan de contrapeso a esta información.

TS SOCIAL

2009/158170

TS Sala 4ª, Sentencia 9 junio 2009.
Ponente: Dª Rosa María Violes Piñol

Inexistente nulidad de tablas salariales

Desestima el TS el recurso de casación formulado por el sindicato accionante contra sentencia que rechazó la demanda de conflicto colectivo sobre nulidad de las tablas salariales de la empresa distribuidora demandada.

Señala la Sala que no se puede hablar en sentido estricto de la concurrencia de una triple escala salarial en el supuesto enjuiciado, pues no constituyen sino el sumatorio de la tabla de aplicación, y la práctica empresarial denunciada no es sino la actualización de la tabla ya vigente con los incrementos correspondientes a las sucesivas anualidades.

2009/165996

TS Sala 4ª, Sentencia 20 mayo 2009.
Ponente: D. Benigno Varela Aufrán

Legitimación empresarial para reclamar el origen de prestación de SS a cuyo abono no fue condenada

Estima el TS el rec. de casación para la unificación de doctrina formulado por la empresa codemandada contra sentencia que rechazó, por falta de legitimación activa, el rec. de suplicación formulado a su instancia en autos sobre pensión de viudedad derivada de enfermedad profesional. Explica la Sala que en la condena a la aseguradora en el supuesto enjuiciado ha de entenderse implícita una condena al empresario responsable de la contingencia profesional, condena que además incorpora la declaración de la existencia de una contingencia determinante que puede tener consecuencias en otros procesos sobre responsabilidades distintas.