



EL DERECHO

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

GRUPO EDITORIAL EL DERECHO Y QUANTOR, S.L., EDIFICIO EL DERECHO, Lagasca, 45. 28001 Madrid. Teléf.: 914 23 29 00

Director: EVARISTO MOLINE

Año XVII. Número 2810

Madrid, miércoles 24 de marzo de 2010



TC TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2010/2564

TC, Sección 4, Sentencia 11 enero 2010. Ponente: D. Ramón Rodríguez Arribas

En delito de robo con fuerza en las cosas

Ausencia de celebración de vista en segunda instancia

El TC decide otorgar el amparo solicitado por el recurrente, por tratarse de un supuesto de condena en segunda instancia por un segundo delito de robo con fuerza en las cosas, en virtud de prueba personal -declaraciones del acusado y testigos- sin la celebración de nueva vista o audiencia en apelación, siendo además los aludidos medios de prueba indebidamente valorados en la segunda instancia, las únicas pruebas de cargo en las que se fundamenta la condena. Esto conduce necesariamente, a la estimación de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia y al proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del presente recurso de amparo es determinar si la condena impuesta en apelación por la Sentencia núm. 77/2005, de 31 de marzo, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valladolid, con modificación de los hechos probados, y sin celebración de nueva vista, ha lesionado los derechos fundamentales al proceso con las debidas garantías y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

La defensa letrada del recurrente considera que se han producido dichas lesiones, en cuanto que se le ha condenado en segunda instancia en virtud de prueba personal (testificales de dos agentes de policía), sin que se haya celebrado un nuevo juicio, en contra de la consolidada doctrina constitucional.

La referida lesión de las garantías del proceso penal, conllevaría además la vulneración de la presunción de inocencia, dado que eliminados dichos elementos de convicción, no subsistiría prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción constitucional.

La Fiscal ante el Tribunal Constitucional considera igualmente procedente el amparo, sobre todo porque la condena en la apelación penal vino fundada esencialmente en un testimonio de referencia practicado en instrucción, que no fue reiterado en el plenario, lo cual lesionaría las garantías de audiencia, contradicción e intermediación en la práctica de la prueba de cargo en juicio. No obstante, considera la representante del Ministerio público que exclusivamente procedería la invalidez de dicho medio probatorio de cargo, aunque subsistirían otros de medios de prueba válidamente practicados en el plenario ante la Audiencia, respecto de los cuales debería procederse a nueva evaluación, por lo que lo correcto sería la anulación de la Sentencia de segunda instancia, para el dictado de otra nueva que valore los elementos de cargo y de descargo subsistentes válidamente producidos en el plenario.

SEGUNDO.- Nuestra doctrina sobre las condenas penales en segunda instancia previa revocación de un pronunciamiento absolutorio, que se inicia en la STC 167/2002, de 18 de septiembre (FFJJ 9 a 11), y ha sido

reiterada en numerosas Sentencias posteriores (entre las más recientes SSTC 21/2009, de 26 de enero, FJ 2; 24/2009, de 26 de enero, FJ 2; y 118/2009, de 18 de mayo, FJ 3), señala que “el respeto a los principios de publicidad, intermediación y contradicción, que forman parte del contenido del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), impone inexorablemente que toda condena se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente y en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción”.

En aplicación de esta doctrina hemos dicho que el respeto a los principios de publicidad, intermediación y contradicción exige que el Tribunal de apelación oiga personalmente a los testigos, peritos y acusados que hayan prestado testimonio y declaración en el acto del juicio, dado el carácter personal de estos medios de prueba, a fin de llevar a cabo su propia valoración y ponderación y corregir la efectuada por el órgano de instancia. Habiéndose enfatizado que el órgano de apelación no puede operar una modificación de los hechos probados que conduzca a la condena del acusado si tal modificación no viene precedida del examen directo y personal de los acusados o testigos en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción (SSTC 170/2005, de 20 de junio, FJ 2, 164/2007, de 2 julio, FJ 2, y 60/2008, de 26 de mayo, FJ 5).

De acuerdo con esa misma jurisprudencia la constatación por las indicadas razones de la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) determina también la del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), si los aludidos medios de prueba indebidamente valorados en la segunda instancia son las únicas pruebas de cargo en las que se fundamenta la condena (SSTC 90/2006, de 27 de marzo, FJ 3; 95/2006, de 27 de marzo, FJ 1; 217/2006, de 3 de julio, FJ 1; 309/2006, de 23 de octubre, FJ 2; 360/2006, de 18 de diciembre, FFJJ 3 y 4).

TERCERO.- La adecuada resolución del presente recurso, encuadrado en el ámbito de la doctrina que

SUMARIO

TC

CONSTITUCIONAL

Ausencia de celebración de vista en segunda instancia **1**

TS

CIVIL

Inexistente responsabilidad en accidente ocurrido en circuito de motociclismo **3**

Improcedente reclamación por daños y perjuicios derivados de abordaje marítimo **4**

PENAL

Inaplicación de la atenuante del art. 163,2 CP 95 en delito de secuestro **5**

ADMINISTRATIVO

Ejercicio del derecho de acceso a los datos de la UNED por medios informáticos **8**

Concesión de la Gran Cruz de la Real Orden de Reconocimiento Civil a las Víctimas del Terrorismo **10**

SOCIAL

Validez de acuerdo adoptado en el seno de RTVE **12**

Acumulación a una acción por despido de otra por cesión ilegal **14**

RS RESEÑA DE SENTENCIAS **16**

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

acabamos de citar, requiere partir de una doble premisa:

Primera, que del simple contraste entre los hechos probados de la Sentencia núm. 50/2005, de 14 de febrero, del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Valladolid, y de la Sentencia núm. 77/2005, de 31 de marzo, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valladolid (ahora recurrida), se verifica que existió una modificación esencial y determinante en los hechos que condujeron a la condena, dado que en aquella los hechos narrados en el segundo párrafo de los "probados", relativos al robo en el establecimiento, constaban negados, mientras que en ésta constan afirmados.

Y segunda, que con independencia de la "apreciación conjunta de la prueba" (art. 741 de la Ley de enjuiciamiento criminal: LECrim) introducida por la Audiencia en el fundamento jurídico segundo de la Sentencia núm. 77/2005, los medios probatorios por cuyo cauce llegó ésta a la convicción de la autoría y culpabilidad de los delitos de robo con fuerza en las cosas (uno en vehículo y otro en establecimiento), fueron las testificales de los agentes de policía, de los perjudicados, y la declaración del propio acusado, practicadas con las debidas garantías en el plenario ante el Juzgado de lo Penal, debiendo discriminarse conceptualmente los medios de prueba, como cauce probatorio, de los indicios resultantes, como hechos evidenciados; y con independencia de las conclusiones divergentes sobre la valoración del acervo probatorio a las que hubieren podido llegar uno y otro órgano jurisdiccional.

De los anteriores postulados, podemos deducir que nos encontramos ante un supuesto de condena en segunda instancia por un segundo delito de robo con fuerza en las cosas, en virtud de prueba personal (declaraciones del acusado y testigos), sin la celebración de nueva vista o audiencia en apelación. Aunque la Sala de la Audiencia centró sus argumentaciones, y fundamentación jurídica, en la imposibilidad fáctica, inverosimilitud y mendacidad de la declaración del acusado, concluyendo que la inferencia del Juez de instancia sobre los indicios resultaba errónea e ilógica, el presupuesto de dicha argumentación es que los elementos fácticos (indiciarios) que se procedía a reconsiderar, tuvieron acceso al Juzgador de segunda instancia por medio probatorio personal (la decla-

ración del acusado y las testificales) que, sin embargo -y en contra de nuestra reiterada doctrina-, no se practicó en audiencia en segunda instancia. Esto es, la Audiencia Provincial tomó como determinante y decisorio para su fallo y fundamentación jurídica de condena, lo declarado por el acusado y los testigos en el juicio oral ante el Juzgado de lo Penal, efectuando una reflexión sobre los indicios derivados de los medios de prueba personales.

De ello debe concluirse que el recurrente fue condenado ante dicha Audiencia por primera vez, respecto de un segundo delito de robo del que había sido absuelto por el Juzgado, sin ser oído ante aquella, en lo que, respecto de la sustracción en el esta-

■

"...la condena en la apelación penal vino fundada esencialmente en un testimonio de referencia practicado en instrucción, que no fue reiterado en el plenario, lo cual lesionaría las garantías de audiencia, contradicción e inmediación en la práctica de la prueba de cargo en juicio."

■

blecimiento, venía a constituir el primer juicio penal, en el cual resultaba constitucionalmente exigible la audiencia del acusado para poderle condenar, haciendo así efectiva su garantía a la inmediación. Y ello al margen de las conjeturas acerca de los resultados indiciarios derivados de la prueba practicada en el plenario del Juzgado y argumentación jurídica, o de cuál pudiese (o no) haber sido el sentido y contenido de una declaración del acusado en segunda instancia, puesto que lo determinante -a efectos de nuestra doctrina- es que dicha prueba personal exigible en segunda instancia penal no se reprodujo, y que el recurrente fue condenado sin ser oído, aunque hubiere disfrutado de una limitada contradicción, es-

crita, en virtud del traslado de los respectivos recursos de apelación.

En definitiva, la ausencia de celebración de vista en la segunda instancia, existiendo exclusivamente para la condena prueba personal, debe conducir a la estimación de la vulneración del derecho al proceso con todas las garantías, del art. 24.2 CE.

CUARTO.- Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, y en relación con la lesión del derecho a la presunción de inocencia y el alcance del presente pronunciamiento estimatorio, considera el Ministerio Fiscal que la razón para apreciar el amparo debería ser exclusivamente, la introducción como elemento determinante de la convicción de la culpabilidad por la Audiencia de una prueba no practicada ni tan siquiera en el plenario ante el Juez de lo Penal, cual era la declaración de un testigo de referencia; razón por la cual considero la representante del Ministerio público sólo vulnerado el derecho al proceso con todas las garantías, interesando únicamente la nulidad de la Sentencia recurrida, con retroacción al momento inmediatamente anterior a su dictado para que se pronuncie otra nueva, "sin necesidad entrar en este amparo en la alegada vulneración del derecho a la presunción de inocencia", al entender que subsisten elementos de convicción producidos con las debidas garantías en segunda instancia, como para que se dicte otra Sentencia por la Audiencia.

Sin embargo, dada la realidad de que la condena en segunda instancia ante la Audiencia fue resultado de la ponderación de unos indicios que -como hemos dicho- accedieron al proceso por cauces probatorios personales (declaraciones del acusado y testigos) practicados con vulneración del derecho al proceso del art. 24.2 CE, la eliminación del "mundo jurídico" del acervo probatorio obtenido por dichos los medios personales, supone la eliminación de la premisa mayor del silogismo en el que consiste el juicio de condena por el segundo robo, el cual quedaría huérfano de prueba. Efectivamente, eliminadas las pruebas personales que conducían a la autoría y culpabilidad, subsistiría sólo la documental consistente en el atestado policial (sin perjuicio de las periciales de tasación de daños) que, a tenor de sus limitaciones (reconocidas entre otras en STC 188/2002, de 14 de octubre, FJ 2), resulta insuficiente para desvirtuar la presunción de inocencia.

Por consiguiente, debemos concluir que suprimido en el esquema lógico el presupuesto probatorio ilícito de la segunda condena penal, desaparece todo elemento de convicción de cargo suficiente como para desvirtuar la presunción de inocencia constitucional, resultando abiertamente insuficiente como para alterarla.

Y en consecuencia, estimamos que en el presente supuesto, también se habría producido la lesión de esta presunción fundamental, con la singularidad de que procedería la anulación de la sentencia recurrida "sin necesidad de reenvío a los órganos judiciales para una nueva valoración de los medios de prueba restantes" (STC 25/2005, de 14 de febrero, FJ 7).

En definitiva, la estimación de la vulneración de ambos derechos fundamentales (al proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia) debe conducir directamente, en este caso, a la anulación del segundo fallo condenatorio dictado por la Audiencia; sin perjuicio de que, entonces, quede subsistente la Sentencia condenatoria de primera instancia, dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 3 de Valladolid, que le imponía la "pena de un año de prisión, con la accesoria inhabilitación especial durante igual tiempo para el ejercicio del derecho sufragio pasivo, así como el pago de la mitad de las costas procesales, y a que en concepto de responsabilidad civil, indemnice de al Sr. F. en la cantidad de 87 € que devengará interés legal incrementado en dos puntos, desde la fecha de" aquella.

FALLO

Estimar el recurso de amparo presentado por D. julio y, en consecuencia:

PRIMERO.- Declarar vulnerados sus derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

SEGUNDO.- Restablecerlo en sus derechos y, a tal fin, declarar la nulidad de la Sentencia núm. 77/2005, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valladolid.

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

Dada en Madrid, a once de enero de dos mil diez. Vicente Conde Martín de Hijas, Presidente.- Elisa Pérez Vera.- Ramón Rodríguez Arribas, Magistrados.

ELDERECHO
GRUPO
EDITORIAL

Depósito Legal: M-32591-94
ISSN 1888-5020
Franqueo Concertado 01/1718

DIRECTOR: Evaristo Moliné

Reservados todos los derechos. Esta publicación y sus contenidos no pueden ser reproducidos total o parcialmente, ni editados, transmitidos ni registrados por ningún medio técnico o procedimiento, reprográfico o fónico, electrónico o mecánico, sin la expresa autorización por escrito del editor. El Diario de Jurisprudencia EL DERECHO informa de lunes a jueves de todas las sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, así como de todas las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Los resúmenes y titulaciones que anteceden a la reproducción de las sentencias son elaborados por la Redacción de EL DERECHO. La doctrina del Tribunal se contiene oficialmente en los fundamentos de derecho, a cuyo texto íntegro puede acceder cualquier suscriptor a través del Servicio de Documentación EL DERECHO DIRECTO, para su envío por fax (91 - 578 16 17).



2009/307246

TS Sala: 1ª, Sentencia 22 diciembre 2009. Ponente: D. José Antonio Seijas Quintana

Al asumir el riesgo de la competición

Inexistente responsabilidad en accidente ocurrido en circuito de motociclismo

El TS declara no haber lugar al recurso de casación confirmando la sentencia impugnada que, además de desestimar la petición de nulidad de actuaciones, absolvió a los demandados considerando que no han tenido culpa en la producción del accidente sufrido por el actor resultando gravemente lesionado al caerse en un obstáculo del circuito de supercross, dado que el actor aceptó el riesgo al realizar la competición y al no haberse acreditado la existencia de una deficiente instalación como causa del accidente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. Melchor demandó a Motor Club Bien Segú (desistido posteriormente), a la Federación Castellano-Manchega de Motociclismo y a la Real Federación Motociclista Española en reclamación de 638.131,14 Euros como consecuencia de las graves secuelas sufridas a resultas de la caída en un circuito de supercross debido a la existencia de un obstáculo que, a juicio del actor, nunca debió haber existido, siendo tal circunstancia responsabilidad de la Federación Regional y Nacional, que construyeron y mantuvieron el obstáculo, que aumentó considerablemente el riesgo en la prueba en que participaba.

En ninguna de las dos instancias se estimó dicha reclamación. En la primera se niega que hubiera comportamiento culposos por parte de los demandados puesto que el accidente y la causa de las lesiones resultan del riesgo que aceptó el actor al realizar una modalidad deportiva de alto riesgo que podía acarrear caídas como la sufridas y no se acredita la existencia de una deficiente instalación como causa del mismo. La segunda, asume los argumentos ofrecidos por el Juez a quo y desestima la pretensión inicial de nulidad de actuaciones al constatar que ni la audiencia previa ni el juicio fueron grabados vulnerando lo preceptuado en el artículo 147 de la LEC, puesto que el acta recoge todo el contenido de las pruebas, con lo que no se genera indefensión alguna a la parte.

Contra dicha resolución se interpuso por la actora conjuntamente los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCION PROCESAL.

SEGUNDO.- Se formulan dos motivos. En el primero de ellos se alega infracción del artículo 147, en relación con el artículo 225.3, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, reproduciendo la solicitud de nulidad de actuaciones interesada en el recurso de apelación ante la inexistencia de soporte videográfico de la audiencia previa y del juicio. El segundo, estrechamente relacionado con el anterior, se invoca vulneración del artículo 24 CE, en su vertiente a utilizar todos los medios de prueba pertinentes a su defensa, ya que le fue denegada cierta prueba testifical en primera instancia sin que haya podido reproducir su petición en la segunda al no constar la grabación de la audiencia previa.

Ambos se desestiman.

El sistema de grabación y reproducción de imagen y sonido prevista en el artículo 147 de la Ley traslada de forma virtual al órgano judicial de segunda instancia el juicio celebrado en el Juzgado, incluida la inmediatez de la que, en principio, adolece el Tribunal de apelación. Ocurre que este sistema novedoso de documentación que impuso la Ley de 2000, ha conducido en ocasiones a situaciones indeseadas como las que se presentan cuando puesto en funcionamiento el CD, la cinta de vídeo o de audio ninguna de ellas ha reproducido el juicio por encontrarse en blanco o ser tan deficiente que no es posible tomar conocimiento del mismo. El problema es evidente puesto que al hecho de exponer a las partes a un nuevo juicio, con el consiguiente retraso en la solución del conflicto, se suma la

eliminación del efecto sorpresa y de la consiguiente estrategia procesal puesto que ya se conocen los datos de prueba y las consecuencias de una determinada actuación.

En estos momentos existe un cuerpo de resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales que analizan el problema y lo resuelven no tanto de forma contradictoria como adaptada al caso concreto en que se produce la infracción. Algunas de ellas declaran la nulidad de actuaciones dada la situación de indefensión que produce a las partes el hecho de que no se puede valorar la prueba en otras instancias (SSAP de Cáceres de 22 de septiembre de 2001; de Málaga 9 de julio 2002; de Asturias de 13 de diciembre de 2002 y 9 de mayo 2006; de Las Palmas de 17 de mayo 2006, entre otras), haciéndolo con base en los artículos 209.3, sobre forma y contenido de las sentencias, y 218.2, sobre motivación de las mismas, puestos en relación con los artículos 147 y concordantes de la Ley. Otras reconducen la nulidad sólo a los medios de prueba que han de practicarse en el acto del juicio, no a las documentales, pues ante las mismas se halla en idéntica posición el Juez de primera y el de segunda, de tal forma que si la solución del litigio puede alcanzarse a partir del análisis de esta prueba, prescindiendo de las declaraciones practicadas en el acto del juicio, entienden que ninguna indefensión se produce por el hecho de que no se hubiera documentado el juicio, lo cual conlleva que no quepa la nulidad de lo actuado (SSAP de Málaga 17 de julio de 2.001, Asturias 23 de octubre de 2003). Finalmente, un tercer grupo de sentencias admiten que junto a la exigencia de registrar las actuaciones orales en vistas y comparencias en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen, bajo la fe del Secretario Judicial, el artículo 187.2 de la Ley permite que la vista se documente por medio de acta realizada por el Secretario Judicial siempre que los medios de registro no pudieran utilizarse por cualquier causa, rechazando la nulidad, especialmente si esta es suficientemente amplia, pormenorizada y detallada (SSAP de Asturias de 16 de diciembre de 2.002; Zaragoza de 11 de abril de 2006; Córdoba 12 de enero 2009, entre otras)

La nulidad de actuaciones, que se acoge en alguna de estas resoluciones, es una medida excepcional y de interpretación restrictiva por lo que es necesario para apreciarla que se haya producido una efectiva indefensión a las partes en litigio y esta indefensión no se produce cuando, como aquí sucede, existe un acta previa levantada por la Secretaria Judicial, de conformidad a lo dispuesto en los arts. 187.2 y 145 LEC, en la que se recoge todo el contenido de las pruebas de tal forma que la fallida grabación queda suficientemente suplida con su lectura; acta en la que se pudo incluir la protesta, que no hizo, para su incorporación a la mis-

ma, por la denegación de la prueba testifical o de la que tenía por objeto un vídeo sobre el desarrollo de la carrera, que no había solicitado ni propuso como prueba.

RECURSO DE CASACIÓN.

TERCERO.- El primero de los motivos del recurso de casación alega infracción de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil, al sostener que concurren los requisitos exigidos en el mismo toda vez que hubo acción culposa por parte de las entidades demandadas, consistente en la construcción y mantenimiento del obstáculo que él denunció, y que aumentó considerablemente el riesgo de la prueba. El motivo no solo pretende hacer una nueva valoración probatoria, conforme al particular interés de quien recurre, sino que se formula contra los hechos probados de la sentencia. El circuito estaba trazado desde el año 1998 y el obstáculo, característico de esta suerte de carreras, se encontraba situado a la distancia reglamentaria, sin aumentar el riesgo inherente y asumido por todos los participantes porque siempre estuvo así diseñado el circuito y porque el actor, Presidente de la Asociación Nacional de Pilotos de Motocross y Supercross, lo conocía desde su inicio pues lo había recorrido no solo en la fecha del accidente, por los entrenamientos y la inspección previa del circuito, sino en numerosas ocasiones. Conocía el riesgo, el mismo de siempre, y lo aceptaba, igual que siempre, como parte de su actividad, pues no hubo ningún incremento o agravación imprevisible o desproporcionado. Se cayó por razones propias de la carrera o de su pericia con tan mala fortuna que quedó parapléjico, pero sin que tan grave resultado pueda ponerse a cargo de los organizadores -juicio de reproche subjetivo- pues nada omitieron para un buen desarrollo de la carrera proyectada que, de haberse tenido en cuenta, hubiera evitado el accidente lesivo, salvo no celebrarla.

CUARTO.- El segundo motivo está mal formulado al plantear a través del recurso de casación cuestiones que exceden de su ámbito, como es el de las costas de naturaleza procesal, conforme se ha reiterado en numerosos Autos de esta Sala, que también ha llegado a cuestionar que puedan ser invocadas por medio del recurso extraordinario por infracción procesal (ATS 10 de junio 2008, y los que cita). Pero es que, además, un pronunciamiento distinto no solo no resulta posible por mal formulado, sino que carece de fundamento cuando se articula con la pretensión de obtener una solución jurídica distinta, poniendo en evidencia que, a juicio del recurrente, el caso que ha determinado la reclamación, antes que presentar dudas de hecho o de derecho, que justificarían su no imposición, ofrece razonables argumentos para que estas se desvanezcan a partir de una estimación de sus pretensiones (bien es cierto que atemperadas por un reco-

nocimiento novedoso de compensación al reconocer un porcentaje de culpa, "pues asumió el riesgo" de participar en la prueba), los mismos que en sentido contrario el Tribunal tuvo en cuenta para resolver, sin duda alguna, de hecho ni de derecho, en sentido contrario al pretendido.

QUINTO.- El tercero y el cuarto se alegan a través de una vía inadecuada, cual es la del interés casacional por infracción de la doctrina emanada de éste Tribunal y de las Audiencias Provinciales, puesto que el asunto que se ha tramitado por razón de la cuantía y no de la materia. Más aun admitiendo que se trata de impugnar la sentencia por infracción de la doctrina de esta Sala o de las Audiencias Provinciales su rechazo sería evidente por cuanto, de un lado, se limitó a oponer frente la doctrina contenida en dos Sentencias de diferentes Audiencias, que ni eran contradictorias ni tienen el valor de jurisprudencia a efectos casacionales, y, puesto que, de otro, la sentencia no se opone a la jurisprudencia de esta Sala sobre la base de que se resuelve a partir de una inexistente situación de riesgo ni de culpa, conforme a lo razonado.

SEXTO.- En materia de costas procesales, se imponen al recurrente las causadas por ambos recursos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 398, en relación con el artículo 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

Declarar no haber lugar al recurso de casación formulado por la Procuradora D^a M^a Caridad Diez Vallejo, en la representación que acredita de D. Melchor, contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Albacete de fecha 16 de mayo de 2005, con expresa condena al recurrente de las costas causadas.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y Rollo de apelación en su día remitidos.

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

2009/307259

TS Sala: 1^a, Sentencia 18 noviembre 2009.
Ponente: D. Jesús Corbal Fernández

Concepto de buque

Improcedente reclamación por daños y perjuicios derivados de abordaje marítimo

El TS desestima el rec. de casación cuyo objeto versa sobre la reclamación de indemnización de daños y perjuicios, derivada de un abordaje marítimo, confirmando la sentencia de instancia que rechazó la demanda por estimar la existencia de dos conductas negligentes imputables al remolcador de las demandadas, por la rotura del cabo del remolque en mal estado de conservación, y a las embarcaciones dañadas atracadas en una situación irregular, dando lugar al accidente de navegación litigioso, en base a la aplicación del art. 827 CCom. y la doctrina jurisprudencial. Señala la Sala que no cabe negar a los bienes dañados el carácter de buque a los efectos de la aplicación de la regulación jurídica del abordaje marítimo, en tanto que el concepto de buque no solo comprende las embarcaciones con capacidad para navegar, sino también los artefactos flotantes en el mar susceptibles de movilidad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del proceso versa sobre la reclamación de indemnización de daños y perjuicios, derivada de un abordaje marítimo, formulada por la asociación BARCELONA FES-TE A LA MAR, CONSORCI EL FAR, y WINTERTHUR SEGUROS GENERALES, contra MARITIMA GEMA B, S.L., D. Darío, SOCIEDAD ANONIMA DE REMOLCADORES (actualmente absorbida por REMOLQUES Y SERVICIOS MARITIMOS, S.L.), REMOLCADORES DE BARCELONA, S.A. y D. Ismael, fundamentándose la demanda de las dos primeras entidades en que el día 8 de junio de 1.998 se produjo un accidente de navegación en el puerto de Barcelona consistente en que el buque GEMA B propiedad de la entidad "MARITIMA GEMA B, S.L." a cuyo frente se encontraba el capitán D. Darío y el Práctico del Puerto de Barcelona D. Ismael con ayuda de los remolcadores "MONTJOI" propiedad de "Remolcadores de Barcelona, S.A." y "Pau Casals" propiedad de la Sociedad Anónima de Barcelona inició una maniobra de atraque en el Muelle Cataluña, y como consecuencia de la deficiente realización de la misma que se atribuye a diversos factores (rotura del cabo del remolcador "Montjoi", velocidad del viento excesiva que dificultaba la maniobra, reducidas dimensiones del puerto, deficiente dirección de la maniobra por parte del Capitán del Gema B y del Práctico...) se produjo el abordaje que causó daños diversos a siete buques correctamente atracados en el muelle.

La Sentencia dictada por el Juzgado de 1^a Instancia número 34 de Barcelona el 9 de noviembre de 2.001, en los autos de juicio declarativo de menor cuantía núm. 819 de 1.999 desestima la demanda y absuelve a los demandados.

En la misma se establecen como hechos probados que «el elemento iniciador de la cadena de acontecimientos que provocó el abordaje fue la ruptura del cabo de remolque del remolcador "Montjoi", que controlaba el buque Gema B por proa, y como consecuencia de dicha rotura el buque Gema B dio una arracanda que hizo que colisionara con el remolcador que le dirigía (por) popa, el "Pau Casals", que no pudo maniobrar al haberse enredado su hélice con los muertos y los cables de las embarcaciones atracadas en el puerto, por lo que colisionó a su vez con dichas embarcaciones, y asimismo como consecuencia de dicha arracanda el buque Gema B intentó evitar la colisión con un yate atracado en las inmediaciones y giró cayendo la popa y colisionando con la gabarra y el andamiaje que sostenía la embarcación "Anne Dorothea"».

La resolución de primera instancia fundamenta la desestimación de la demanda en la existencia de dos conductas negligentes, la imputable al remolcador Montjoi y la imputable a las embarcaciones dañadas, que determinan la aplicación del art. 827 del Código de Comercio y la doctrina jurisprudencial de las SS. de 27 de abril y 6 de octubre de 1.989. La primera atribución causal se fundamenta en que el accidente se produjo por la rotura del cabo de remolque de proa (el del remolcador "Montjoi") a causa de su deficiente estado de conservación y falta de adecuación a la función que pretendía que realizara; y la segunda se concreta en el irregular atraque de las embarcaciones y batea dañadas, que carecían de licencia administrativa y autorización alguna para atracar, u ocupar la lámina de agua del puerto, ni habían hecho notificación, ni puesta en conocimiento, del amarre a las autoridades competentes -Capitanía Marítima y Corporación de Prácticos- a fin de que pudieran tomar las prevenciones adecuadas a fin de garantizar la seguridad de las maniobras, de modo que tal conducta incidió con relevancia causal en la producción del accidente al reducir notablemente el escenario de la maniobra y que el remolcador "Pau Casals" enredase sus hélices con los muertos para el amarre de dichas embarcaciones impidiendo así que dicho remolcador contuviera al buque Gema B de la arracanda que sufrió al romperse el cabo del "Montjoi".

La Sentencia dictada por la Sección Décimoquinta de la Audiencia Provincial el 19 de noviembre de 2.004, en el Rollo núm. 239 de 2.002, desestima el recurso de apelación de las actoras y confirma la resolución del Juzgado.

La Sentencia de segunda instancia asume el relato de hechos probados de la apelada (que da por reproducido y acreditado en lo sustancial) concretando que el accidente se produjo al tratar los remolcadores de llevar a cabo la maniobra de salida al mar del barco "Gema B" desde el dique seco del astillero de Talleres Vulcano en el que se encontraba en reparación.

La decisión de la apelación se funda, en síntesis, en cuatro apreciaciones: a) que ya se mantenga el concepto amplio de buque (art. 146 del Reglamento del Registro Mercantil, y Regla 3^a del Convenio Internacional por el que se aprobó el Reglamento Internacional para prevenir los abordajes hecho en Londres el 20 de octubre de 1.972), o ya se mantenga la más estricta y propugnada por determinados sectores doctrinales, que, a los efectos de abordaje, solamente reputan buque aquella embarcación que tenga aptitud para la navegación, esto es, capacidad de movimiento y de maniobra, en cualquier caso, todas las naves encartadas disfrutaban de dicha cualidad; b) que es aplicable la normativa del Código de Comercio -art. 826 y ss.- al tener todas las naves bandera española y haberse producido el abordaje en aguas nacionales; c) que existió responsabilidad de Remolcadores de Barcelona S.A. (propietaria del remolcador "Montjoi") al haber utilizado un cabo en defectuosas condiciones y no apropiado al efecto, de modo que el siniestro no hubiera ocurrido de no haber padecido el mismo un deficiente estado de conservación; y sin que las condiciones meteorológicas -viento excesivo, aunque "no excepcional o con intensidad fuera de lo normal"- incidiesen de modo determinante -"su influencia no resultó un condicionante ni causativo del accidente"-; y, d) Finalmente, en cuanto a la contribución causal de las embarcaciones dañadas se reproducen las apreciaciones al respecto de la resolución de primera instancia.

Por las entidad actoras BARCELONA FES-TE A LA MAR, CONSORCI EL FAR y WINTERTHUR S.A. se interpuso recurso de casación articulado en cinco motivos, si bien por Auto de esta Sala de 24 de junio de 2.008 se admitieron únicamente los motivos segundo y cuarto.

SEGUNDO.- En el motivo segundo del recurso (el primero, como se dijo, fue inadmitido) se alega infracción del

art. 827 del Código de Comercio en relación con el art. 1.902 del Código Civil, por error jurídico en la calificación del siniestro dañoso, citando también el art. 826 C. Com. y la S. de esta Sala de 6 de diciembre de 1.929.

El motivo se fundamenta en que la aplicación del art. 827 C. Com exigía que el accidente se hubiese producido entre dos buques con gobierno lo que en el caso no sucedió porque, si, a) por un lado, las embarcaciones menores se encontraban amarradas al muelle sin gobierno alguno y la "batea" o andamio flotante (propiedad del puerto de Barcelona que sostenía en su parte superior la estructura de otra embarcación de madera antigua denominada entonces "Anne Dorothea" que se encontraba en reparación por los alumnos del Consorci El Far) consistía en una pontona, que por su condición de elemento fijo y sujeto al muelle, carecía también de capacidad de movimiento, gobierno o maniobra, b) por otro lado, el buque (que golpeó a las embarcaciones anteriores) no tenía capacidad de maniobra -libertad de movimiento- porque navegaba sin motor, ligado a un remolcador mediante un cable de remolque, habiendo perdido su sujeción al romperse la estacha del remolque, y por tanto con la deriva o inercia incontrolada, propia del arranque dado por el remolcador, sin freno alguno. Y añade que si la responsabilidad que se aprecia es la de la entidad dueña del remolcador, como propietaria del cable de remolque no se está aplicando la regla del abordaje, sino el art. 1.903 CC, pues resulta evidente que dicho remolcador como tal no tuvo colisión alguna de forma directa con las embarcaciones siniestradas.

El motivo se desestima porque no cabe negar a los bienes dañados el carácter de buque a los efectos de la aplicación de la regulación jurídica del abordaje marítimo (art. 826 y ss. del Código de Comercio), -que consiste en un choque entre buques...-, en tanto que el concepto de buque no solo comprende las embarcaciones con capacidad para navegar, sino también los artefactos flotantes en el mar susceptibles de movilidad (no cuerpos fijos). Aunque es cierto que no hay un concepto pacífico de buque, siendo muy dispar la normativa tanto nacional como internacional (arts. 146 del Reglamento del Registro Mercantil aprobado por D. de 14 de diciembre de 1.956; 8.2 de la Ley 27/1.992, de 25 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante; 4.1 del RD 1027/1.989, de 28 de julio; Regla 3ª del Convenio Internacional hecho en Londres el 20 de octubre de 1.972 por el que se aprobó el Reglamento Internacional para prevenir los abordajes, al que se adhirió España en el año 1.974, BOE 9 de julio de 1.977), y que la jurisprudencia se ha limitado a excluir el choque de un buque contra un cuerpo fijo como un muelle o una roca (S. 13 de junio de 2.003), no resulta razonable el planteamiento del recurso, tanto más que la previsión legis-

lativa de "lege ferenda" (Proyecto de Ley General de Navegación Marítima B.O. Cortes 19 de diciembre de 2.008), aunque limita el concepto de buque (art. 106 -"todo vehículo con estructura y capacidad para navegar por el mar y para transportar personas o cosas, que cuente con cubierta corrida y de eslora igual o superior a 24 metros"-), extiende la aplicación del abordaje (art. 369.2) a las embarcaciones menores y otros artefactos navales, las primeras caracterizadas por carecer de cubierta corrida y ser de eslora inferior a 24 metros (art. 107) y los segundos singularizados por la flotabilidad y cuyo destino no es la navegación sino quedar en un punto fijo de las aguas (punto éste que es el doctrinalmente polémico de "lege data" para configurar el concepto de buque a efectos del abordaje), lo que le diferencia de las plataformas fijas (art. 109) (excluidas del abordaje) que se caracterizan por hallarse establecidas, fondeadas o apoyadas en el fondo del mar, por lo que falta el elemento de la flotabilidad.

La alegación de la parte recurrente que niega el concepto de buque a las embarcaciones se rechaza porque ni la dimensión de las mismas, ni el hecho de que estuvieran amarradas con cables al muelle -estachas-, obsta al concepto de buque a efectos de aplicar la regulación sobre responsabilidad civil por abordaje. Tampoco cabe aceptar la objeción en lo que atañe a lo que ahora se denomina "pontona", y a la que en el Sentencia del Juzgado se alude con los términos de "gabarra" y "batea", dado que en cualquier caso se trata de un artefacto flotante y móvil. Y finalmente tampoco hay óbice respecto del buque remolcado por el hecho de que no tuviera el motor funcionando dado que ello no excluye la capacidad para navegar, dado que el impulso al efecto puede no ser propio, aparte de que la relación de responsabilidad se establece no con el barco remolcado sino con el remolcador.

Respecto del barco remolcado "Montjoi" se alega que al apreciar su responsabilidad no se está aplicando la regla del abordaje sino el art. 1903 CC, pues resulta evidente -se afirma por la parte recurrente- que dicho remolcador como tal no tuvo colisión directa con las embarcaciones siniestradas. El planteamiento no puede ser estimado porque la exigencia del "contacto directo" no tiene soporte legal consistente y desde el punto de vista práctico podría conducir a resultados ridículos, por no decir absurdos, como sucede cuando el choque se produce contra una embarcación que a su vez se desplaza contra otras abarloadas en el muelle con los consiguientes daños para éstas. Además, la Sentencia de esta Sala de 3 de junio de 2.008 se ha manifestado en sentido contrario a la exigencia del "contacto directo", y refiriéndose a la anterior de 6 de diciembre de 1.929 (que aquí se cita en el motivo) claramente señala la falta de relación con el tema porque su "ratio decidendi" consistió en

«la relación de dependencia en que se hallaba respecto del "Albireo" (abordante) la gabarra (abordada), puesto que a él estaba atada y sujeta...». Por lo demás, y aunque no sea de aplicación al caso, el Convenio Internacional de Bruselas de 1.910 (art. 13) no exige el contacto directo.

Por todo ello el motivo decae.

TERCERO.- En el motivo cuarto (el tercero, como se dijo, fue inadmitido) se aduce infracción de la doctrina jurisprudencial - Sentencias de 22 de febrero de 1.993 y 13 de junio de 2.003 - en materia de abordaje bilateral.

El motivo se desestima porque ninguna de las Sentencias citadas se refiere a un caso similar al objeto de enjuiciamiento. La Sentencia de 22 de febrero de 1.993 versa sobre un supuesto de abordaje de un buque en movimiento contra otro parado - fondeado-, apreciándose únicamente culpa del primero, lo que da lugar a la aplicación del art. 826 del C. de Com. (culpa unilateral), y en el del caso se estima que concurre la denominada culpa bilateral o culpa común sujeta a la normativa del art. 827 del mismo Texto Legal. Y la Sentencia de 13 de junio de 2.003 trata de una colisión de un buque contra un cuerpo fijo, por lo que, como ya se razonó en el fundamento anterior con alusión al choque con muelle o roca, no cabe hablar jurídicamente de abordaje.

CUARTO.- La desestimación de los motivos conlleva la del recurso de casación y la condena de la parte recurrente al pago de las costas pro-

cesales causadas, de conformidad con lo establecido en los arts. 398.1 y 394.1 LEC.

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

FALLO

Que desestimamos el recurso de casación interpuesto por las entidades BARCELONA FES-TE A LA MAR, CONSORCI EL FAR y WINTERTHUR S.A. contra la Sentencia dictada por la Sección Décimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona el 13 de enero de 2.005, en el Rollo núm. 239 de 2.002, y condenamos a la parte recurrente al pago de las costas procesales causadas en el recurso. Publíquese esta resolución con arreglo a derecho, y devuélvanse a la Audiencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Xavier O'Callaghan Muñoz.- Jesus Corbal Fernandez.- José Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- Rubricados. Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jesus Corbal Fernandez, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.



TS Sala: 2ª, Sentencia 10 noviembre 2009. Ponente: D. José Ramón Soriano Soriano

Inaplicación de la atenuante del art. 163,2 CP 95 en delito de secuestro

No ha lugar a los recursos de casación interpuestos por los acusados contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delito de secuestro. Dice el TS que para la estimación del tipo privilegiado no sólo es preciso que los secuestradores pongan al detenido en libertad antes de transcurrir tres días después del secuestro, sino que es exigible que no hayan conseguido sus propósitos, y en los hechos probados, ahora inalterables, se afirma que el dinero interesado como rescate lo percibieron los implicados. En realidad, continúa la Sala, la liberación se produjo una vez percibido el talón, lo que implicaba la consecución íntegra de los objetivos o cumplimiento de la condición impuesta por los acusados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Antonio.

PRIMERO.- En el correlativo alega, vía art. 5-4 L.O.P.J., infracción

del art. 24.2 de la Constitución en el que se contempla el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

1. Al desarrollar el motivo hace hincapié en la ausencia de pruebas

suficientes que acrediten su autoría o participación en los hechos, por existir como única prueba decisiva el testimonio del testigo protegido núm. 001 que relata que el acusado se puso en contacto con él requiriéndole al pago de un dinero para liberar a su hermano. Sin embargo, ningún policía de los que observó la entrega del dinero metálico (parte del rescate) en la estación intermodal de Almería le pudo identificar sin ningún género de dudas.

Añade que tampoco se acreditó que la detención durara más de 3 días, al objeto de la aplicación del art. 163-2 C.Penal, contándose en este punto con la declaración del testigo protegido núm. 000, el cual concretó que llegó a la costa de Cádiz el 19 de enero y fue liberado el 29 de ese mismo mes y año, circunstancia insuficiente para acreditar el lapso de tiempo que estuvo privado de libertad (3 o 4 días) y su hermano, testigo protegido núm. 001, señala que recibió una llamada el viernes día 26 de su hermano explicándole que acababa de ser secuestrado, resultando liberado en la mañana del día 29 de ese mismo mes de enero de 2001.

2. El recurrente, al desarrollar el motivo se aparta de las posibilidades impugnativas del mismo. En primer término porque para que prosperara habría que acreditar la inexistencia o insuficiencia de prueba de cargo, cuando en realidad admite circunstancias que le implican de forma rotunda en el hecho delictivo (testimonio del testigo núm. 001).

Pero en realidad la afirmación o reconocimiento ha sido parcial, pues el juzgador, además del testimonio de la persona requerida para el pago del rescate (reconocimiento en rueda, presencia al ir a recoger el dinero, etc.) la Audiencia dispuso de otras pruebas, entre las que merecen destacarse:

a) El testimonio del secuestrado, que le reconoció como la persona que lo recogió en Tarifa, cuando llegó de Marruecos, reconocimiento confirmando fotográficamente el realizado ante la Guardia civil.

b) La declaración del testigo, policía local núm. 004, que acudió a la cita de la estación intermodal almeriense y pudo observar la intervención del acusado.

c) Los reconocimientos en rueda de los testigos núm. 000 y núm. 001, con resultado positivo.

d) La declaración de la Guardia Civil que intervino el teléfono móvil en el que quedó huella informática de la llamada al hermano del secuestrado confirmada por el policía local núm. 004 que anotó el número, coincidiendo con el del procesado.

En atención a todo lo cual concluímos que la participación en el hecho ha sido acreditada por una abruma-

dora prueba incriminatoria, razonablemente valorada por el tribunal de origen en el fundamento segundo.

3. La cuestión planteada sobre el tiempo que duró la detención, es más propia de un motivo por infracción de ley consecuencia de la inaplicación del tipo privilegiado del art. 363-2 C.P.

No obstante, son dos las razones que le privan de prosperabilidad:

1) Falta la declaración que el recurrente dice que efectuó el secuestro sobre el lapso temporal de 3 días, como duración del secuestro, que no aparece en las actuaciones, afirmando por el contrario en instrucción que llegó en patera, entrando por Tarifa el día 19 de enero, desde allí fue trasladado a un cortijo de Almería, donde permaneció encerrado (fol. 20 de las actuaciones) durante 5 días. Por su parte el hermano extorsionado simplemente refirió -como tenemos dicho- que a lo largo del viernes 26 de enero le llamaron los captores por teléfono para comunicarle el secuestro de su hermano, siendo liberado sobre los 14 o 15 horas del día 29.

2) Pero la razón fundamental que excluye la aplicación del tipo privilegiado es la falta de uno de los requisitos, pues para su estimación no sólo es preciso que los secuestradores pongan al detenido en libertad antes de transcurrir tres días después del secuestro, sino que es exigible que no hayan conseguido sus propósitos, y en hechos probados, ahora inalterables, se afirma que las 106.000 ptas. interesadas como rescate las percibieron los implicados. Primero, el acusado recibió en la estación intermodal 60.000 ptas. y después otro acusado en concierto cobró el talón de 100.000 ptas. hecho lo cual soltaron al detenido, a pesar de la promesa de ponerlo en libertad al entregar el cheque. En realidad la liberación se produjo una vez percibido el talón, lo que implicaba la consecución íntegra de los objetivos o cumplimiento de la condición impuesta por los acusados.

El motivo debe rechazarse.

SEGUNDO.- Por infracción de ley (art. 849-1 L.E.Cr.) en el correlativo ordinal se denuncia la indebida aplicación del art. 66-2 C.Penal al haber rebajado el tribunal un sólo grado la pena marco, cuando una circunstancia atenuante cualificada daba base para hacerlo en dos.

1. En sus argumentaciones el recurrente hace un análisis de esta anómala atenuante de creación jurisprudencial, demostrando la concurrencia de todos los elementos que la integran, pretendiendo alzarlos para evidenciar el carácter intenso que debe atribuirse al efecto reductor de la pena.

El censurante toma en cuenta la duración total del proceso para justi-

ficar una rebaja en dos grados que el tribunal de instancia no ha aceptado.

2. En materia de individualización de penas es el tribunal sentenciador quien posee plenas facultades para ello por haberle asignado tal función el legislador prácticamente en exclusiva, ya que el control casacional es necesariamente limitado, desde el momento que la esencia y asiento fundamental en la determinación de la pena radica en el arbitrio judicial. Ciertamente es arbitrio y no arbitrariedad, de ahí que la Sala de casación sólo actúe en el control de estas decisiones en aquellos casos extremos en que el tribunal se aparta de los criterios legales previstos para la delimitación cuántica de la pena, cuando estos criterios penológicos se hallan plasmados en la ley, o en defecto de los mismos cuando el arbitrio se desborda tornándose en arbitrariedad o irracionalidad, debiendo también ser objeto de rectificación en casos de silencio o ausencia de motivación, siempre que la pena no aparezca justificada por el conjunto de circunstancias objetivas plasmadas en la sentencia que confirmen que la impuesta en modo alguno resulta arbitraria.

3. En nuestro caso se aprecia una atenuante cualificada y para discernir si la rebaja de pena debe ser de uno o dos grados el tribunal de instancia ofrece argumentos, si no ampulosos, sí contundentes y convincentes en orden a la demostración de que la sanción procede rebajarla en un grado. Así, partiendo de la ratio atenuatoria de la circunstancia, en el fundamento jurídico tercero nos dice que la pena debe bajar en un grado "... pues nos encontramos ante un procedimiento sumario con nueve procesados, de sustanciación compleja dada la rebeldía o el cese de requisitorias intermitente provocado por los procesados (situación que persiste), que incumpliendo las formalidades legales dejaron de comunicar a las autoridades los domicilios respectivos, una vez puestos en libertad, no pudiendo llevar a cabo distintos actos de comunicación. Se trata de una paralización en parte justificada (más bien provocada) como se dijo por el actuar de los procesados....".

Tales razones son suficientes para considerar prudente y proporcionado el descenso en un grado de la pena prevista.

El motivo debe decaer.

TERCERO.- En el último de los motivos que formula, acogiendo también al art. 849-1 L.E.Cr. como cauce procesal, estima infringido el art. 66-7 C.P. al que añade el art. 852 de la misma ley adjetiva, en lo que pueda afectar a la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24-1º C.E.).

1. En la misma línea que el anterior el censurante muestra su desa-

cuerto, ahora con la pena concreta que le es impuesta de 4 años y 6 meses, conforme al art. 164 C.Penal, a pesar de concurrir una atenuante muy cualificada.

Recuerda la obligación del tribunal de motivar y razonar la cantidad de pena a imponer, como prevé el art. 120-3 de la Constitución, siendo de todo punto necesaria la justificación de la concreta pena impuesta cuanto más se aleja la elegida de la mínima posible.

Hace notar la facultad que tiene el Tribunal de casación para corregir cualquier vulneración del principio de proporcionalidad o evitar una individualización manifiestamente arbitraria.

2. El recurrente equivoca el precepto que sitúa como base legal de los argumentos. No es el art. 66-7 C.P. el que debe respetar el tribunal y el que ha resultado infringido, dado que el presupuesto allí contemplado se refiere y limita a los supuestos en los que concurren simultáneamente en el hecho atenuantes y agravantes, y ese no es el caso.

El artículo aplicable sería, una vez hecha la operación gradual de la rebaja (art. 66-2 C.P.), el art. 72 C.P. que impone la necesidad de razonar no sólo el grado en el que se impone la pena, que ya se ha hecho, sino su extensión concreta. En este extremo no se halla falta de razón el recurrente, ya que apenas si existe motivación o lo es tan escueta, que no puede considerarse tal. En efecto el tribunal de instancia hace referencia a la ausencia de antecedentes penales o a cualquier otra circunstancia modificativa de la responsabilidad penal dentro del art. 66 C.Penal. Esa anodina afirmación sólo puede entenderse en el sentido de que a falta de otras circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y decidido (motivadamente) el grado a imponer, se limita a establecer el punto medio de la pena resultante una vez hecho el descenso de un grado por la concurrencia de la atenuante cualificada.

No obstante, antes de anular la sentencia para que la matice el tribunal en su última fase individualizadora, hemos de tomar en consideración el conjunto de datos explicitados en la misma, por sí solos, permiten considerar prudente y proporcionada la pena impuesta. En tal sentido afloran con plena claridad los siguientes elementos valorativos:

a) El delito se comete contra un extranjero, con claro aprovechamiento de la situación de desvalimiento al hallarse en país ajeno.

b) El delito lo cometen un conjunto de personas concertadas, lo que insufla a la acción delictiva una mayor potencia criminógena.

c) Por último, en la pág. 8 de la sentencia, se habla de la existencia de una habitación cerrada con cadenas, y que los agentes de la Guardia Civil tuvieron que cortar, "liberando a ocho personas que se encontraban en su interior y que sin embargo por motivos obvios, fácilmente comprensibles, manifestaron ante la Guardia Civil que no estaban retenidos". El único que dijo estar privado de libertad, tuvo la necesidad de pedir protección, en su condición de testigo, así como su hermano, persona que satisfizo el rescate.

Pues bien, las razones expuestas, harto elocuentes, justifican por sí solas la pena de 4 años y 6 meses impuesta.

El motivo ha de rechazarse.

Recurso de Bernabé.

CUARTO.- En el primer motivo, formalizado por infracción de ley (art. 849-1 L.E.Cr.), entiende infringidos los siguientes preceptos:

1. El art. 164 C.P. aplicado indebidamente por falta de prueba suficiente que acredite la participación en los hechos del acusado.

2. El art. 66-2 en relación con el 21-6 C.P. por aplicación indebida al reducir en un solo grado la pena a imponer.

3. Inaplicación del art. 163-2 C.Penal.

4. Inaplicación del art. 29 del C.Penal.

1. Todos los reproches aglutinados en un sólo motivo, obedeciendo a criterios o fundamentos procesales distintos, no es el modo más correcto de plantear un recurso dentro de la práctica casacional al uso. De espaldas a la ley el recurrente alude a un motivo por vulneración del derecho a la presunción de inocencia disfrazado de infracción de precepto penal sustantivo (art. 164 C.P.) que tendría su cauce adecuado en los arts. 5-4 LOPJ. o 852 LECr., y añade infracciones de ley, la última de las cuales deja sin desarrollar, por lo que se desconocen las razones de no haber aplicado el art. 29 del C.Penal.

En orden a la presunción de inocencia, reconoce la existencia de tres pruebas que enumera (testimonio del policía local núm. 004; la primera declaración del núm. 000 víctima del delito y el reconocimiento en rueda hecho por el testigo núm. 001), pero niega eficacia a las mismas, calificándolas de contradictorias o insuficientes. Respecto a la inaplicación del art. 66-2 y 163-2 C.Penal viene a repetir o insistir en argumentos del concurrente Antonio.

2. Acerca de las pruebas de cargo legítimamente obtenidas y practicadas en el proceso la Audiencia tuvo en cuenta y valoró en su justa medi-

da las siguientes:

a) El testimonio de la víctima que reconoció fotográficamente a Bernabé como uno de los vigilantes del secuestrado y que charlaba con él en el cortijo en el que estaba retenido.

b) El policía local núm. 004 reconoció al recurrente como la persona que acompañó a Antonio y a otros a la estación intermodal de Almería, para encontrarse con el hermano del secuestrado, que pagó el rescate.

c) El testimonio del núm. 001, identificándole como la persona que acompañaba a Antonio en la estación intermodal, lo que se produjo en el reconocimiento en rueda obrante al folio 652.

Con tal material incriminatorio, el tribunal ha tenido suficiente base probatoria para dar por acreditada la participación del acusado en el delito. El recurrente no puede interpretar de otro modo los testimonios evacuados, sino únicamente demostrar que el juicio valorativo del tribunal de instancia fue absurdo e irracional. No siendo así, no es posible sustituir una interpretación por otra, cuando la valoración de los hechos verificada por el tribunal se halla dentro de los parámetros de la lógica y de la experiencia.

Este apartado o submotivo no puede prosperar.

3. La misma suerte deben correr las otras cuestiones englobadas dentro de la misma queja casacional. Acerca de la elección del grado de pena, uno por debajo de la señalada por ley, ya dejamos sentado al resolver el otro recurso su corrección legal, en cuanto existieron argumentos, explicitados por el Tribunal, que no permitían otorgar a la atenuación cualificada mayor intensidad lenitiva.

La inaplicabilidad del art. 163-2, por su parte, debe quedar confirmada, ya que los secuestradores consiguieron los propósitos iniciales, circunstancia que no debe concurrir para la aplicación del tipo privilegiado. La liberación del secuestrado sólo tuvo lugar una vez obtenido el rescate solicitado. El precepto habla de "no haber conseguido sus objetivos los autores del hecho", situación no concurrente.

Por todo ello, el primer motivo no puede prosperar.

QUINTO.- El motivo segundo lo residencia en el art. 849-2 L.E.Cr. por existir errores en la apreciación y valoración de las pruebas (sic), al considerarle autor del delito a pesar de existir elementos probatorios que acreditan lo contrario.

1. Nos dice el impugnante que de los particulares extraídos de los documentos enumerados en el escrito de preparación del recurso de casa-

ción se deduce que no debió tenerse por probado el hecho consistente en la participación en el delito, vigilando a la víctima el tiempo que duró el secuestro. Hace referencia a continuación a las declaraciones del testigo protegido núm. 000 y de los policías locales núm. 005 y núm. 004, no considerándolas definitivas, concluyendo que de la prueba documental obrante en autos, incluso de la prueba en general practicada en juicio, se desprende que la idea de la participación en los hechos es sólo una más y además la menos creíble.

2. Es necesario, dado el desbordamiento del cauce procesal utilizado, recordar los requisitos exigidos por esta Sala para la prosperabilidad de un error facti. En consecuencia el Tribunal supedita la estimación de un motivo de esta naturaleza a los siguientes requisitos:

A) Que se hayan incluido en el relato histórico hechos no acontecidos o inexactos.

B) Que la acreditación de tal inexactitud tiene que estar evidenciada en documentos en el preciso sentido que tal término tiene en sede casacional. Sobre esta cuestión podemos recordar la STS de 10 de noviembre de 1995 en la que se entienden por tales aquellas representaciones gráficas del pensamiento, generalmente por escrito, creadas con fines de preconstitución probatoria y destinadas a surtir efectos en el tráfico jurídico, originados o producidos fuera de la causa e incorporados a la misma.

C) Que el documento en sí mismo sea demostrativo del error que se denuncia cometido por el Tribunal sentenciador al valorar las pruebas, error que debe aparecer de forma clara y patente del examen del documento en cuestión, sin necesidad de acudir a otras pruebas ni razonamientos, conjeturas o hipótesis. Es lo que la doctrina de esta Sala define como literosuficiencia.

D) Que el supuesto error patentizado por el documento, no esté a su vez, desvirtuado por otras pruebas de igual consistencia y fiabilidad. Al respecto debe recordarse que la ley no concede ninguna preferencia a la prueba documental sobre cualquier otra, antes bien todas ellas quedan sometidas al cedazo de la crítica y de la valoración en conciencia de conformidad con el art. 741 L.E.Cr.

E) Que los documentos en cuestión han de obrar en la causa, ya en el sumario o en el rollo de la Audiencia, sin que puedan cumplir esa función impugnativa los incorporados con posterioridad a la sentencia.

F) Finalmente, el error denunciado ha de ser trascendente y con valor causal en relación al resultado o fallo del asunto, por lo que no cabe la estimación del motivo si este sólo tiene incidencia en aspectos accesorios o

irrelevantes. Hay que recordar que el recurso se da contra el fallo, no contra los argumentos que de hecho o derecho no tengan capacidad de modificarlo (STS. 765/04 de 14 de junio).

G) A los anteriores, ha de añadirse, desde una perspectiva estrictamente procesal, la obligación que compete al recurrente de citar expresamente el documento de manera clara, cita que si bien debe efectuarse en el escrito de anuncio del motivo - art. 855 L.E.Cr.- esta Sala ha flexibilizado el formalismo permitiendo que tal designación se efectúe en el escrito de formalización del recurso (STS 3-4-02) pero en toda caso, y como ya recuerda, entre otras la STS 332/04 de 11 de marzo, es obligación del recurrente además de individualizar el documento acreditativo del error, precisar los concretos extremos del mismo que acrediten claramente la equivocación en la que se dice incurrió el Tribunal (STS 465/2004 de 6 de abril y 1345/2005 de 14 de octubre).

3. A la vista de las exigencias jurisprudenciales es obvio que el motivo no cumple con ninguna de ellas. Primero, porque no se designa ningún documento a pesar de la aseveración hecha en el recurso de que se señaló en la preparación del mismo efectuada ante la Audiencia, cuando allí ni siquiera se anunció el motivo por error facti, limitándose el recurrente a anunciar tres motivos, uno, por infracción de precepto constitucional (art. 24-1º y 2º), a través del cauce previsto en el art. 852 L.E.Cr. y 5-4 LOPJ., otro por corriente infracción de ley (art. 849-1 L.E.Cr.) por aplicación indebida de los arts. 163-2, 164, 21-6 y 66-1.2 C.Penal, y un tercer motivo por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851-1 (contradicción entre los hechos probados), todo ello según resulta de los folios 610 y 611 del Rollo de Sala de la Audiencia.

El recurrente lo que hace es despreciar la valoración de las pruebas hechas por el Tribunal, sin concretar razones de ese rechazo y trata de imponer una versión fáctica alternativa carente del menor apoyo probatorio.

Ante la ausencia de los requisitos exigibles procede la desestimación del motivo.

Recurso de Efraín.

SEXTO.- Al igual que el anterior recurrente, con base en el art. 849-1 L.E.Cr. alude a diversas infracciones de preceptos sustantivos, aunque la primera de ellas esconde un motivo por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, ya que de no ser así, el respeto a los hechos probados (art. 884-3 L.E.Cr.) impulsaría a rechazar la censura en tanto el relato histórico sentencial describe una conducta perfectamente subsumible en el precepto que se supone infringido.

En lo demás repite las mismas infracciones de ley, art. 21-6, en relación al 66-2 pretendiendo la rebaja en dos grados de la pena; inaplicación del tipo privilegiado del art. 163-2 C.P. y la inaplicación del 29 del C.P. con pretensión de degradar su participación en el hecho que califica de complicidad.

1. La ausencia de pruebas que justifiquen el juicio de subsunción de los hechos en el art. 164 C.P. queda descartado por las propias afirmaciones del recurrente que reconoce la existencia de tres elementos probatorios decisivos:

a) el testigo, policía local núm. 004.

b) la primera declaración de la víctima (testigo núm. 000).

c) el testimonio del testigo protegido núm. 001 el cual reconoce claramente al recurrente.

La sentencia combatida (fol. 7) desarrolla la motivación fáctica existiendo pruebas sobradas que acreditan su participación en el hecho. El propio talón, la documental bancaria y la testifical (testigo protegido núm. 001) acreditan que fue el acusado quien cobró el cheque entregado como parte del rescate en la Caja Rural de Campohermoso. Además el policía local núm. 004 reconoció al recurrente como una de las personas presentes en la estación intermodal de Almería a donde se desplazaron para cobrar el rescate. A ello se añaden las contradicciones habidas en su testimonio y las explicaciones dadas por su primo, opuestas a las realizadas por el propio recurrente.

Ante la abundancia de pruebas de cargo, legítimamente aportadas al proceso y debidamente valoradas, procede desestimar el motivo, en cuanto son acreditativas de una conducta perfectamente subsumible en el art. 164 C.Penal.

2. Los demás reproches casacionales coinciden con los del anterior recurrente, incluso el relativo al grado de participación, ya que el acusado está inserto en el grupo, acude a recibir el dinero que el hermano del secuestrado debía entregar a cambio de la libertad del detenido y después se encarga de hacer efectivo el talón que se les entrega como parte del rescate. La aportación causal al hecho fue decisiva o fundamental, ante la existencia de una autoría conjunta en la que todos los implicados se reparten los roles a desarrollar dentro del plan delictivo proyectado por todos ellos.

El motivo, en todas sus vertientes, ha de decaer.

3. Nada habría que alegar respecto al motivo segundo, idéntico al del recurrente y que canaliza a través del art. 849-2 L.E.Cr. Ni en el motivo ni en la preparación cita docu-

mento alguno literosuficiente, limitándose a dar una interpretación distinta a las pruebas existentes, lo que no es posible dada la exclusividad de la función jurisdiccional que corresponde a los Tribunales (art. 117-3 C.E. y 741 L.E.Cr.).

El motivo no puede prosperar.

Recurso de Federico.

SÉPTIMO.- El recurso interpuesto por este recurrente, se manifiesta en semejantes términos que los dos precedentes, aduciendo los mismos motivos y esgrimiendo idénticos o similares argumentos.

1. El motivo por error facti, al que dedica el motivo 1º, no puede merecer estimación porque los folios que éste reseña en concepto de documentos no lo son realmente. Hace referencia a las declaraciones de testigos, que son pruebas de carácter personal y no documentales, aunque el testimonio en cuestión se halle documentado. A continuación hace una revaloración de las pruebas, partiendo de estos testimonios, usurpando la facultad que de modo exclusivo atañe al tribunal sentenciador.

2. Nada habría que añadir a lo ya dicho sobre la pretensión de rebaja de la pena impuesta en dos grados frente al arbitrio prudente y equilibrado del juzgador de instancia que la redujo en un grado según motivó en la sentencia.

La inaplicación del art. 163-2 C.P. subtipo privilegiado es absolutamente imposible porque los acusados consiguieron el propósito económico perseguido.

Respecto al grado de participación al igual que los otros recurrentes el acusado actuó de consuno con los demás en el plan delictivo acordado, aportando actividad esencial para la obtención del resultado típico, precisamente la que le correspondió en el reparto de cometidos. Entre todos los partícipes existía un condominio funcional del hecho, según se desprende de su actuación coordinada dirigida al mismo fin.

3. Por último alguna atención debe prestarse, por tener un carácter más personal, al motivo por presunción de inocencia que se disfraza de una queja por corriente infracción de ley (art. 164 C.P.), dado que la condena de un acusado debe asentarse en pruebas incriminatorias que afecten a dicho acusado precisamente. El impugnante reconoce que existieron dos testigos que le identificaron como el vigilante diurno del secuestrado, cuales son, el testigo-víctima núm. 000 y el policía local núm. 004.

A continuación pone en entredicho el reconocimiento o confusión con su primo, fotografía 8 ó 13, para descalificar la prueba, sin que tal pretensión pueda prosperar porque el tribu-

nal de origen con la intermediación que le es propia concluyó que el acusado fue perfectamente identificado con la fotografía núm. 8, que ratificó en juicio.

El recurrente califica de errores las conclusiones que sobre la valoración de la prueba obtuvo el tribunal, mas, ante esta Sala de casación, la vía del error sólo tiene cabida a través del art. 849-2 L.E.Cr. El error en el razonamiento o discurso lógico en la ponderación de las pruebas no se ha acreditado, en tanto las conclusiones obtenidas por el tribunal de instancia son razonables y fundadas.

Por todo ello el submotivo tampoco puede prosperar.

OCTAVO.- La desestimación de todos los recursos determina la imposición de las costas a los recurrentes, conforme dispone el art. 901 L.E.Criminal.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar a los recursos de casación interpuestos por las representaciones de los procesados Anto-

nio, Bernabé, Efraín y Federico contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Almería, Sección Tercera, con fecha diez de noviembre de dos mil ocho, en causa seguida a los mismos por delito de secuestro y con expresa imposición a dichos recurrentes de las costas ocasionadas en sus respectivos recursos.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia Provincial de Almería, Sección Tercera, a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Carlos Granados Pérez.- José Ramón Soriano Soriano.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.- Alberto Jorge Barreiro.- Diego Ramos Gancedo.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.



2010/4804

TS Sala: 3ª, Sección 6, Sentencia 26 enero 2010. Ponente: D. Luis María Díez-Picazo Giménez

Inexistencia de infracción de la LOPD

Ejercicio del derecho de acceso a los datos de la UNED por medios informáticos

El TS estima el recurso de casación interpuesto por la Universidad Nacional de Educación a Distancia contra la sentencia de la Audiencia Nacional y en su lugar anula la resolución de la Agencia Española de Protección de Datos que declaró que la UNED había incumplido el deber legal de dar acceso a los datos personales en el plazo de un mes. La Sala considera que presentar una reclamación ante la AEPD por incumplimiento del deber de permitir el acceso a los datos personales supone, sin duda alguna, un comportamiento contrario a la buena fe, pues además de que el solicitante disponía de la posibilidad permanente de acceso a sus datos personales por vía informática, en su escrito de solicitud de acceso a los datos no especificó mediante qué concreto medio de acceso quería que su derecho fuese satisfecho; y, en estas circunstancias, afirmar que se le denegó el acceso en el plazo legalmente previsto resulta sencillamente una abusiva deformación de la realidad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación es interpuesto por la representación procesal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (en adelante, UNED) contra la sentencia de la Sala de lo Contencio-

so-Administrativo (Sección 1ª) de la Audiencia Nacional de 7 de abril de 2006.

Según se desprende de la sentencia ahora impugnada, con fecha 9 de febrero de 2004, D. Jon presentó un escrito ante la UNED, de la que era

alumno. En dicho escrito, formulaba reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños derivados de la comunicación no consentida de datos personales a terceros que, según decía, había llevado a cabo la de la UNED. Además, en uno de los apartados de ese mismo escrito, añadía textualmente lo siguiente: "Igualmente deseo ejercer en este acto de reclamación patrimonial mi derecho de acceso a los datos personales que tiene la UNED, sin perjuicio de la posible cancelación de los mismos que realice en evitación de futuras cesiones ilegales." Dando trámite al mencionado escrito, la UNED inició un expediente de responsabilidad patrimonial de la Administración. Con fecha 21 de abril de 2004, D. Jon presentó escrito ante la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante, AEPD) denunciando que la UNED no le había dado el acceso a sus datos personales dentro del plazo de un mes, tal como es legalmente exigido. Más tarde envió a la UNED copia de la resolución de la UNED de 31 de mayo de 2004, en que se acordaba al acceso a los datos personales solicitado. Como consecuencia de estos hechos, la resolución de la AEPD de 18 de octubre de 2004 estimó fundada la reclamación de D. Jon y declaró que la UNED había incumplido el deber legal de darle acceso a sus datos personales en el plazo de un mes. Esta resolución no lleva aparejada sanción económica alguna; pero, de conformidad con el art. 37.2 LOPD, debe dársele publicidad.

Disconforme con ello, acudió la UNED a la vía jurisdiccional. La sentencia impugnada confirma la resolución de la AEPD de 18 de octubre de 2004, con base en dos argumentos: primero, en contra de lo sostenido por la UNED, el escrito de D. Jon de 9 de febrero de 2004 no era sólo una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración, sino que constituía también una válida solicitud de acceso a los datos personales a efectos de la legislación de protección de datos; y segundo, también en contra de lo sostenido por la UNED, cuando el art. 15.2 LOPD enumera los posibles medios de obtener el acceso a los datos personales (visualización en pantalla, fotocopia certificada, etc.), debe entenderse que la elección del medio corresponde, en principio, al solicitante.

SEGUNDO.- Se funda este recurso de casación en tres motivos. El motivo primero se formula con base en el art. 88.3 LJCA, "por cuanto la sentencia de la instancia no declara como hecho probado el que la UNED cuenta con un sistema informático mediante el cual los alumnos pueden en todo momento ejercitar su derecho de acceso mediante la visualización en pantalla". Explica la recurrente que cada alumno dispone de su propia clave, mediante la cual puede consultar sus datos personales en la página web de la Universidad.

El motivo segundo se basa en el art. 88.1.d) LJCA. Se alega infracción del art. 70 LRJ-PAC, por entender que el escrito de D. Jon de 9 de febrero de 2004 no era una solicitud de acceso a los datos personales, sino una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración; y, por tanto, de la tramitación dada a dicho escrito no se habría podido seguir una vulneración de la legislación de protección de datos. Añade que "la denuncia del interesado -aun admitiendo en términos meramente interlocutorios que pudiera considerarse que existió una solicitud de acceso a datos personales- carece de toda base o soporte legal, toda vez que los alumnos matriculados en la Universidad Nacional de Educación a Distancia tienen, en todo momento y como queda dicho en el motivo de casación anterior, la oportunidad de acceder a sus datos de carácter personal obrantes en los ficheros automatizados de la Universidad, con solo entrar en la página web de la misma 'ciberUNED' e introducir una clave o contraseña personal de acceso asignada a cada uno de ellos".

El motivo tercero, en fin, también se basa en el art. 88.1.d) LJCA. Se alega infracción del art. 15 LOPD, sosteniendo que el solicitante no tiene facultad de elegir el medio de acceso a los datos personales.

TERCERO.- El motivo primero no puede ser admitido, pues está incorrectamente formulado. El apartado tercero del art. 88 LJCA, en que se basa, no configura uno de los tipos de motivos tasados en que puede fundarse el recurso de casación, sino que otorga a esta Sala una facultad de integración de los hechos admitidos como probados por el tribunal a quo; y ello siempre que se trate de hechos suficientemente justificados en las actuaciones.

Hay que tener en cuenta, además, que esta facultad sólo puede utilizarse cuando el recurso de casación se basa en un motivo de la letra d) del art. 88.1 LJCA; es decir, por infracción de normas, no por quebrantamiento de formas u otros vicios procesales.

Así las cosas, es incorrecto que la recurrente aduzca como un motivo de casación autónomo la circunstancia de que la sentencia impugnada no haga referencia expresa a que todo alumno de la UNED tiene posibilidad de acceso permanente a sus datos personales por vía informática. Tal vez hubiera podido argumentar, articulándolo al amparo del art. 88.1.d) LJCA, que ello supone una valoración arbitraria o ilógica del material probatorio existente en las actuaciones; pero no es esto lo que ha hecho, por no mencionar que la sentencia impugnada tiene implícitamente presente dicha circunstancia cuando razona que la elección del medio de acceso a los datos personales corresponde al solicitante.

Dicho cuanto precede, una cosa es que el motivo primero de este recurso de casación esté incorrectamente formulado y no pueda ser admitido y otra cosa es que esta Sala, al examinar los otros dos motivos formulados por la recurrente, pueda hacer uso de la facultad que le reconoce el art. 88.3 LJCA. Se trata, como se ha dicho de motivos basados en la letra d) del art. 88.1 LJCA y, además, la posibilidad de acceso permanente a los datos personales por parte de los alumnos de la UNED puede considerarse acreditada a la vista de las actuaciones remitidas a esta Sala. Es más: la propia resolución de la AEPD de 18 de octubre de 2004 reconoce este extremo, cuando afirma que la posibilidad de acceso permanente por vía informática no es suficiente para exonerar a la UNED de la imputación de no haber satisfecho la solicitud de acceso a los datos personales presentada por D. Jon.

CUARTO.- Por lo que se refiere al motivo segundo, ciertamente la recurrente no tiene razón en sostener que el escrito de D. Jon de 9 de febrero de 2004 no era una solicitud de acceso a sus datos personales, sino sólo una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración. Son inequívocos los términos del apartado de dicho escrito, arriba reproducidos, en que el solicitante manifiesta su voluntad de ejercer el derecho de acceso a los datos personales. A ello hay que añadir que en un mismo escrito pueden recogerse solicitudes diversas, mereciendo todas ellas una cumplida respuesta de la Administración tal como ordena el art. 42 LRJ-PAC.

Ello no significa, sin embargo, que este motivo segundo haya de ser rechazado, pues la recurrente alega también que, aun admitiendo que el mencionado escrito contuviese una solicitud de acceso a datos personales, ésta resultaba injustificada desde el momento en que el solicitante disponía ya de la posibilidad permanente de acceso a sus datos personales por vía informática. Dado que este hecho ha de tenerse por cierto, es claro que la solicitud de acceso a los datos personales recogida en el escrito de 9 de febrero de 2004 era reiterativa, cuando no meramente retórica; y, por esta misma razón, presentar una reclamación ante la AEPD por incumplimiento del deber de permitir el acceso a los datos personales supone, sin duda alguna, un comportamiento contrario a la buena fe. No es leal reprochar a otro no haber hecho algo que, en realidad, ya ha hecho. Y justificar esta imputación en la inobservancia de formas y plazos previstos en la ley no deja de ser un abuso de los requisitos formales, algo que ha sido tradicionalmente visto como uno de los supuestos arquetípicos de vulneración del principio general de la buena fe. Es más: no se trata sólo de que el solicitante dispusiera de la posibilidad permanente de acceso a sus datos personales por vía informática, sino que en

su escrito de 9 de febrero de 2004 no especificó mediante qué concreto medio de acceso quería que su derecho fuese satisfecho; y, en estas circunstancias, afirmar que se le denegó el acceso en el plazo legalmente previsto resulta sencillamente una abusiva deformación de la realidad.

Es pacífico, por lo demás, que el principio general de buena fe no sólo debe guiar la actuación de la Administración con respecto a los administrados, tal como dispone el art. 3 LRJ-PAC, sino que también ha de presidir el ejercicio de toda clase de derechos por los particulares por imperativo del art. 7 CC. Dado que el ejercicio desleal del derecho de acceso a los datos personales por el particular no es merecedor de tutela, la AEPD, en cuanto entidad administrativa encargada de velar por el cumplimiento de la legislación de protección de datos, no debió estimar que la UNED había vulnerado el derecho de D. Jon; y lo propio cabe decir del tribunal a quo, al reputar ajustada a derecho la citada decisión de la AEPD. Por todo ello, el motivo segundo de este recurso de casación ha de ser estimado, lo que conduce a la anulación de la sentencia impugnada.

QUINTO.- La estimación del motivo segundo de este recurso de casación hace innecesario el examen de su motivo tercero. No obstante, conviene señalar que la cuestión allí planteada -a saber: si la elección entre los posibles medios contemplados en el art. 15.2 LOPD de obtener el acceso a los datos personales corresponde al solicitante- resulta irrelevante en el presente caso porque, como se acaba de comprobar, el solicitante disponía ya de la posibilidad de acceso a sus datos personales, por lo que no insistir en que no especificó qué medio de acceso quería utilizar.

SEXTO.- La estimación del recurso de casación conduce, a tenor del art. 95.2.d) LJCA, a deber resolver el fondo del litigio en los términos en que quedó planteado en la instancia. Pues bien, por las razones ya expuestas, es claro que la resolución de la AEPD de 18 de octubre de 2004 no puede considerarse ajustada a derecho y, en consecuencia, estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la UNED, debe ser anulada.

SÉPTIMO.- Con arreglo al art. 139 LJCA, no procede hacer imposición de las costas de este recurso de casación y, en cuanto a las costas de la instancia, no se aprecia temeridad o mala fe que justifiquen una condena al pago de las mismas.

FALLO

Primero.- Ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sec-

ción 1ª) de la Audiencia Nacional de 7 de abril de 2006, que anulamos.

Segundo.- En su lugar, estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, anulamos la resolución de la Agencia Española de Protección de Datos de 18 de octubre de 2004.

Tercero.- No hacemos imposición de las costas.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. José Manuel Sieira Miguez.- Nicolás Antonio Maurandi Guillen.- Octavio Juan Herrero Pina.- Luis María Díez-Picazo Giménez.- Agustín Puente Prieto.

2010/5838

TS Sala: 3ª, Sección 6, Sentencia 10 febrero 2010. Ponente: D. Octavio Juan Herrero Pina

Interpretación sistemática de la norma

Concesión de la Gran Cruz de la Real Orden de Reconocimiento Civil a las Víctimas del Terrorismo

El TS estima el recurso contencioso administrativo interpuesto por la viuda del capitán de infantería, fallecido por los disparos efectuados por un subordinado en la cámara de oficiales del cuartel de instrucción, debido a las presiones que sobre el ejerció ETA, y en su lugar se anula el acuerdo del Consejo de Ministros por el que se denegó la solicitud de concesión de la Gran Cruz de la Real Orden de Reconocimiento Civil a las Víctimas del Terrorismo.

La Sala, examinados los tres supuestos contemplados en el art. 2, 1 Ley 32/1999, deduce que la existencia de sentencia firme en relación con los hechos invocados como causa y fundamento de la solicitud, no constituye un elemento imprescindible o exclusivo para la acreditación de las circunstancias que permiten incluir el supuesto en el ámbito de aplicación de la Ley, y valorado el reconocimiento realizado por el Teniente General del Estado Mayor de que el fallecimiento del capitán de infantería se produjo en acto de servicio y como consecuencia de acción terrorista, se llega a la conclusión de que el supuesto analizado se incluye entre los amparados en el art. 2, 1 Ley 32/1999, a lo que no obsta la denegación, en virtud de sentencia firme de la Audiencia Nacional, de

las indemnizaciones establecidas en el art. 2 de la misma ley.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La recurrente formuló el 24 de enero de 2000 solicitud de concesión de la Gran Cruz de la Real Orden de Reconocimiento Civil de las Víctimas del Terrorismo, para su esposo D. Carlos, que falleció a consecuencia de los disparos efectuados contra él con un fusil de asalto "Cetme", por el Cabo Segundo de Marinería Antonio Cabanillas Cabrera el 23 de septiembre de 1979 en la Cámara de Oficiales del Cuartel de Instrucción de la Zona Marítima del Cantábrico en Ferrol.

Tal solicitud fue desestimada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de noviembre de 2008, señalando que en informe del Ministerio del Interior de 16 de marzo de 2001 se indicaba que no había quedado acreditada la contingencia de terrorismo en el hecho y por ello no podía acreditarse la certificación de víctima del terrorismo de D. Carlos; que por resoluciones del Ministerio del Interior de 1 de marzo y 3 de julio de 2001 se denegó la petición de indemnización solicitada al amparo de la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de Solidaridad con las Víctimas del Terrorismo, por considerar que la muerte de D. Carlos no fue consecuencia de un atentado terrorista, tal y como se desprende de los hechos probados en la sentencia de 27 de septiembre de 1979 del Consejo de Guerra celebrada contra el autor de los disparos, resoluciones que fueron objeto de recurso contencioso administrativo ante la Audiencia Nacional, que fue desestimado por sentencia de 31 de enero de 2003, al considerar que la muerte de D. Carlos no fue consecuencia de atentado terrorista. En consecuencia, el Consejo de Ministros, considerando que las distinciones honoríficas del art. 4 de la Ley 53/1999 están destinadas única y exclusivamente a las víctimas del terrorismo, deniega la solicitud formulada.

Frente a dicho acuerdo se interpone este recurso contencioso administrativo, en cuya demanda la parte se refiere a las declaraciones en las actuaciones del Consejo de Guerra, relativas a la influencia del miedo y presiones relacionadas con ETA a que se encontraba sometido el autor de los disparos; señala que el 30 de mayo de 1985 el Ministerio de Defensa, a través del Director General de Personal, certificó que el fallecimiento del Capitán de Infantería de Marina D. Carlos, se produjo en acto de servicio y como consecuencia de acción terrorista, ello en relación con lo expresado por el Consejo Supremo de Justicia Militar el 26 de abril de 1985; refiere igualmente la resolución del TEAR de Galicia de 29 de noviembre de 1990, que considera como ingreso no sujeto a tributación el exceso que sobre la pensión nor-

mal suponga la pensión extraordinaria por actos de terrorismo y la inclusión de D. Carlos en el listado de la Asociación de Víctimas de Terrorismo.

Invoca las previsiones de los arts. 1, 2, 3 y 4 de la Ley 32/1999 y el preámbulo del su Reglamento de 23 de diciembre de 1999, señalando que la petición que formula no requiere para su aplicación una sentencia judicial -penal, civil o administrativa- que establezca la relación causal en que se fundamenta la denegación, invocando la doctrina del Consejo de Estado en su dictamen de 20 de marzo de 2001 sobre los hechos acaecidos en el Hotel Corona de Aragón de Zaragoza el 12 de julio de 1979, con una interpretación extensiva de la Ley, que choca con los argumentos dados por la Administración para denegar la solicitud. Invoca los informes del Consejo de Estado de octubre de 2002, y las sentencias de la Audiencia nacional de 27 de marzo de 2002 y 5 de noviembre de 2003, sobre otros casos de indemnización al amparo de dicha Ley. Seguidamente examina la existencia de medios probatorios suficientes para llegar a la conclusión de que estamos ante un atentado terrorista dentro de los términos, menos exigentes que en el derecho penal o civil, de la Ley de Solidaridad 32/1999, señalando que la condena en el Consejo de Guerra por delito de insulto a superior con resultado de muerte es consecuencia de que en aquel momento en nuestro ordenamiento jurídico no se contemplaba la tipificación de los actos terroristas individuales, concluyendo, tras examinar la doctrina sobre la materia, que lo determinante no es que la sentencia condene por un delito distinto al terrorismo, sino la existencia de elementos que conduzcan a la conclusión de que la acción pretendía la alteración de la paz y la seguridad ciudadana, invocando la sentencia de 30 de noviembre de 2005 y precisando que los hechos se enmarcan dentro de un contexto social y político de grave alteración de la paz y la seguridad ciudadana, pues no otra cosa suponen los atentados que se llevaron a cabo en el mes de septiembre de 1979, en cuyo marco de actuación se llevó a cabo la acción del condenado, según sus manifestaciones.

Reitera los datos que resultan de los documentos antes reseñados y concluye señalando que la sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de enero de 2003 deniega la solicitud de indemnización como víctima de terrorismo, no la petición de carácter honorífico como es la Gran Cruz cuya concesión es objeto de este recurso, rechazando, no obstante, los argumentos de dicha sentencia, con apoyo en el voto particular formulado en la misma.

SEGUNDO.- En la contestación a la demanda, el Abogado del Estado alega que la muerte del esposo de la recurrente no tuvo causa en un acto

terrorista, como se desprende de la citada sentencia de 27 de septiembre de 1979; que esta situación no tiene nada que ver con la acontecida en el Hotel Corona de Aragón y la examinada en la sentencia de 18 de mayo de 2006; concluye en el alcance del art. 4 de la Ley de Solidaridad con las Víctimas del Terrorismo, exigiendo que las víctimas lo hayan sido en actos terroristas, lo que no queda acreditado en este caso.

TERCERO.- Las pretensiones que se ejercitan en este recurso tienen su apoyo en la aplicación de la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de Solidaridad con las Víctimas del Terrorismo, para cuya interpretación conviene tener en cuenta su fundamento y objetivos, que se describen en su exposición de motivos, señalando que: "mediante dicha Ley la sociedad española rinde tributo de honor a cuantos han sufrido la violencia terrorista. Los Grupos Parlamentarios del Congreso de los Diputados y del Senado -por unanimidad- quieren hacer de esta iniciativa una expresión de reconocimiento y solidaridad en orden a ofrecer a las víctimas del terrorismo la manifestación de profundo homenaje que, sin duda, merece su sacrificio.

Las víctimas del terrorismo han sido, con su contribución personal, el exponente de una sociedad decidida a no consentir que nada ni nadie subvierta los valores de la convivencia, de la tolerancia y de la libertad... Durante las dos últimas décadas el Estado ha prestado una singular y constante atención hacia las víctimas del terrorismo. En los últimos veinte años la acción de todos los gobiernos democráticos se ha orientado a definir normativamente un amplio sistema singular de protección. Paralelamente la acción de los Tribunales ha ido depurando las responsabilidades derivadas de hechos que estremecen a cualquier sensibilidad aún cuando quedan pendientes todavía numerosos delitos por esclarecer. La actuación de la Justicia se ha vertebrado a través de sentencias en las que, junto a las penas correspondientes a espantosos y ciegos delitos, se reconocen y establecen indemnizaciones diversas a favor de las víctimas o de sus familias que, sin embargo, nunca han sido satisfechas hasta ahora. Por eso la presente Ley no pretende mejorar o perfeccionar las ayudas o prestaciones otorgadas al amparo de la legislación vigente, sino hacer efectivo -por razones de solidaridad- el derecho de los damnificados a ser resarcidos o indemnizados en concepto de responsabilidad civil, subrogándose el Estado frente a los obligados al pago de aquéllas.

Ello, no obstante, la Ley extiende también su protección a todas las víctimas del terrorismo, tanto si las mismas tuvieron reconocido su derecho en virtud de sentencia firme como en aquellos otros supuestos en los que no concurriera tal circunstancia.

No se trata de sustituir el dolor padecido por las víctimas por el efecto de una mera compensación material porque ello resultaría, de suyo, inaceptable. El dolor de las víctimas es -y será para siempre- un testimonio que ha de servir para que la sociedad española no pierda nunca el sentido más auténtico de lo que significa convivir en paz. Para las víctimas sólo el destierro definitivo de la violencia puede llegar a ser su única posible compensación. Quienes en sí mismos han soportado el drama del terror nos piden a todos que seamos capaces de lograr que la intolerancia, la exclusión y el miedo no puedan sustituir nunca a la palabra y la razón.

Esta Ley es, pues, expresión del acuerdo del conjunto de los representantes legítimos de los españoles para contribuir a que la paz sea fruto de la conciliación y de la justicia y para que las víctimas del terrorismo reciban, una vez más, la manifestación de respeto, admiración y afecto que por siempre les ha de guardar y les guardará nuestro pueblo." En congruencia con tal planteamiento la Ley señala como objeto de la misma en su art. 1, rendir testimonio de honor y reconocimiento a quienes han sufrido actos terroristas y, en consideración a ello, asume el pago de las indemnizaciones que le son debidas por los autores y demás responsables de tales actos, definiendo en el art. 2 el ámbito de aplicación, que se contrae a "las víctimas de actos de terrorismo o de hechos perpetrados por persona o personas integradas en bandas o grupos armados o que actuaran con la finalidad de alterar gravemente la paz y seguridad ciudadana tendrán derecho a ser resarcidas por el Estado, que asumirá con carácter extraordinario el abono de las correspondientes indemnizaciones, en concepto de responsabilidad civil y de acuerdo con las previsiones de la presente Ley".

Al alcance de estas previsiones legales se refiere la sentencia de 30 de noviembre de 2005, citada en la demanda, señalando que: "una interpretación sistemática del precepto que nos ocupa (artículo 2.1 de la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de Solidaridad con las Víctimas del Terrorismo) nos llevaría a distinguir, dentro del ámbito de precepto, tres tipos de actuaciones, cuyos afectados por las mismas, tendrían, con carácter extraordinario, el derecho a ser indemnizados por el Estado en concepto de responsabilidad civil. Tomando en consideración el carácter disyuntivo utilizado por el legislador de 1999, pudiéramos distinguir dentro del precepto tres situaciones diferentes:

a) En primer lugar se encontrarían "las víctimas de actos de terrorismo", concepto, este, de "actos de terrorismo", para el que el legislador no toma, a priori, en consideración al autor de los citados actos con característica subjetiva alguna, dado el carácter objetivo de la expresión (a di-

ferencia de los otros dos supuestos del precepto), pudiendo, por ello, ser equiparado tal concepto de "actos de terrorismo" con el de "delitos de terrorismo"; esto es, las "víctimas de los delitos de terrorismo", en la configuración que los mismos tienen en el vigente Código Penal, una vez producida la correspondiente condena en la jurisdicción penal, serían acreedores del sistema de responsabilidad establecido en la nueva Ley de 1999.

b) En segundo lugar se encontrarían las víctimas de "hechos perpetrados por persona o personas integradas en bandas o grupos armados"; en este segundo grupo lo determinante es que la víctima lo sea como consecuencia del resultado fáctico ("hechos") de la actuación -no necesariamente delictiva- llevada a cabo por una o varias personas integrantes de una banda o grupo armado; esto es, a diferencia del supuesto anterior, no se precisa una condena penal (un delito de terrorismo) siendo lo determinante del derecho a la indemnización que el resultado fáctico determinante de la misma provenga de la actividad llevada a cabo por una o varias personas integradas en bandas o grupos armados. El nivel de organización exigido a la banda o grupo armado es mínimo, por cuanto la expresión "organizados" -a diferencia de lo que se establecía en anterior normativa- ya no es exigida en la actual Ley 32/1999, de 8 de octubre. Si bien se observa, en este segundo apartado, las actuaciones no requieren su tipificación como delitos, y la finalidad perseguida por los mismos puede ser muy diferente, no necesariamente terrorista.

c) Por último, en tercer lugar se encontraría las víctimas de los "hechos perpetrados por persona o personas... que actuaran con la finalidad de alterar gravemente la paz y seguridad ciudadana". El elemento subjetivo coincide con el anterior supuesto, no exigiéndose la tipificación de las actuaciones como delictivas, pero, a diferencia del supuesto anterior, no se requiere que la persona o personas autoras de la actuación estén integradas en una banda o grupo armado, sino que -sin necesidad de tal integración- pretendan con su actuación una finalidad concreta: alterar gravemente la paz y seguridad ciudadana. De la lectura de la Exposición de Motivos de la Ley 2/2003, de 12 de marzo, de Modificación de la Ley 32/1999, de 8 de octubre, podemos ratificar los tres supuestos -diferenciados- que pueden deducirse del artículo 2.1 de la ley citada. Se dice, en concreto, que "en aras de la solidaridad, se establece el derecho de los damnificados a ser resarcidos o indemnizados por el Estado. A esta indemnización tendrán derecho las víctimas de:

(1) Actos de terrorismo.

(2) Hechos perpetrados por persona o personas integradas en bandas o grupos armados.

(3) Que actuaran con la finalidad de alterar gravemente la paz y seguridad ciudadana."

CUARTO.- Desde estas consideraciones ha de examinarse la cuestión planteada en este recurso, que en síntesis se concreta en determinar si la muerte de D. Carlos puede incluirse en el ámbito de aplicación de la Ley, a efectos de la concesión de la distinción honorífica establecida en su art.4, con el fin de honrar a las víctimas del terrorismo, es decir, dentro de los objetivos de la Ley y por lo tanto del ámbito de aplicación establecido en la misma.

A tal efecto la propia Ley en su art. 5 señala los criterios para el reconocimiento de las indemnizaciones, aludiendo a los distintos supuestos: existencia de sentencia firme reconociendo el derecho a ser indemnizados en concepto de responsabilidad civil por los hechos y daños contemplados en el art. 2 de esta Ley; y supuestos en los que sin mediar sentencia se hubiesen llevado a cabo las oportunas diligencias judiciales o incoado los procesos penales para el enjuiciamiento de los delitos, en los que la condición de víctima o derechohabiente, la entidad de los daños sufridos, la naturaleza de los actos o hechos causantes y los demás requisitos legalmente exigidos podrán acreditarse ante la Administración General del Estado por cualquier medio de prueba admisible en derecho. Añade el precepto que las resoluciones administrativas por las que se hubiese reconocido a los interesados la condición de víctimas del terrorismo tendrán eficacia, en todo caso, para la tramitación y resolución de los correspondientes expedientes administrativos.

Se deduce de ello que la existencia de sentencia firme en relación con los hechos invocados como causa y fundamento de la solicitud, no constituye un elemento imprescindible o exclusivo para la acreditación de las circunstancias que permiten incluir el supuesto en el ámbito de aplicación de la Ley, sin perjuicio de su relevancia cuando se trate de supuestos en los que se produce la condena penal por hechos tipificados como delito de terrorismo. Pero en los demás supuestos, la acreditación de las circunstancias exigidas para encontrar amparo en la Ley puede llevarse a cabo por cualquier medio de prueba admisible en derecho, con especial referencia a las resoluciones administrativas que reconozcan a los interesados la condición de víctimas del terrorismo.

Desde estas consideraciones no puede sustentarse la denegación del reconocimiento solicitado en este caso, en el hecho de que la sentencia de 27 de septiembre de 1979, dictada en Consejo de Guerra, no imponga una condena por delito de terrorismo ni en consecuencia describa los hechos probados como tal delito, cuando, como señala la parte recurrente

con invocación del voto particular recogido en la citada sentencia de la Audiencia Nacional 31 de enero de 2001, no se reflejaba en la Ley penal aplicable la tipificación como tal de los actos de terrorismo individuales, siendo aplicable e impuesta la condena por delito de insulto a superior con resultado de muerte, con relación al cual ha de valorarse la declaración de hechos probados, lo que justifica la falta de referencia en dicha declaración a otros hechos o circunstancias que constando en las actuaciones no resultaban relevantes a efectos del tipo penal aplicado. No se trata, por lo tanto, del supuesto de hechos tipificados en aquel momento como delito de terrorismo y objeto de condena penal sino del caso que el art. 2.1 de la Ley 32/99 comprende como hechos perpetrados por persona que sin estar integrada en banda o grupo armado actúa con la finalidad de alterar gravemente la paz y seguridad ciudadana, circunstancias cuya acreditación no se anuda a la existencia de una sentencia firme que contenga condena por delito de terrorismo, menos en el momento que se produjo dicha sentencia, sino que puede producirse por cualquier medio admitido en derecho y, especialmente, por el reconocimiento de la Administración de la condición de víctima del terrorismo.

Pues bien, en esta situación no falta razón a la recurrente cuando invoca las declaraciones del autor de los disparos que causaron la muerte de D. Carlos, en las que reconoce que había actuado por miedo a lo que pudiera pasarle a él y a su familia, a la vista de las notas que recibió en el buzón del taller de carpintería de su padre en Basauri, con ocasión de un permiso, atribuidas a la E.T.A., en las que se pedía su colaboración atentando contra el Comandante de la Base de manera inmediata a determinados atentados llevados cabo por la organización, atentados que se produjeron y que según sus manifestaciones determinaron el momento de su actuación criminal, por lo tanto en el contexto de tales acciones contra la paz y seguridad. Pero, aparte de estas declaraciones y otros documentos que se invocan en la demanda y que aluden a la acción terrorista como causa de la muerte de D. Carlos, necesariamente ha de valorarse y resulta determinante el reconocimiento del Teniente General del Estado mayor General del Ejército del Aire, Director General de Personal del Ministerio de Defensa, que con fecha 30 de mayo de 1985, menos de seis años después de los hechos, certifica: "Que según antecedentes que obran en esta Dirección General de Personal, el fallecimiento del Capitán de Infantería de Marina D. Carlos se produjo en Acto de Servicio y como consecuencia de acción terrorista", reconocimiento que no ha sido desvirtuado en el proceso y que, en aplicación de las previsiones del art. 5.2 de la propia Ley 32/99, despliega su eficacia, "en todo caso", para la tramitación y resolución del expediente administrativo, sin que pueda desco-

nocerse por la propia Administración que certifica en tal sentido.

En consecuencia la Sala considera, en una interpretación conforme a la finalidad de la Ley 32/1999 que antes se ha descrito, que existen elementos suficientes, singularmente el reconocimiento de la propia Administración a través del órgano correspondiente, para entender que el fallecimiento del Capitán de Infantería de Marina D. Carlos se incluye en los supuestos amparados en el art. 2.1 de dicha Ley y, en consecuencia, existe el derecho de la recurrente a la concesión de la Gran Cruz de la Real Orden de Reconocimiento Civil de las Víctimas del Terrorismo, reconocido en el art. 4 de la Ley.

No obsta a ello la denegación, en virtud de sentencia firme de la Audiencia Nacional de 31 de enero de 2003, de las indemnizaciones establecidas en el art. 2 de la Ley 32/99, cuya firmeza afecta a dicha materia y que no fue objeto de recurso ni, por lo tanto, de revisión ante esta Sala, que conoce en primera y única instancia sobre las decisiones que, como la presente, tienen por objeto el reconocimiento por el Gobierno de las distinciones honoríficas a que se refiere el art. 4 de dicha Ley.

QUINTO.- Por todo lo expuesto procede estimar el recurso y, anulando el Acuerdo impugnado del Consejo de Ministros de 7 de noviembre de 2008, reconocer el derecho de la recurrente a la concesión de la Gran Cruz de la Real Orden de Reconocimiento Civil de las Víctimas del Terrorismo; sin que haya lugar a hacer una expresa condena en costas al no apreciarse temeridad o mala fe en las partes.

FALLO

PRIMERO.- Que estimando el presente recurso núm. 107/09, interpuesto por la representación procesal de D^a María contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de noviembre de 2008, por el que se deniega la solicitud de concesión de la Gran Cruz de la Real Orden de Reconocimiento Civil a las Víctimas del Terrorismo, lo anulamos por ser contrario al ordenamiento jurídico, declarando el derecho de la recurrente a dicha distinción honorífica.

SEGUNDO.- No hacemos una expresa condena en las costas.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. José Manuel Sieira Míguez.- Nicolás Maurandi Guillén.- Octavio Juan Herrero Pina.- Luis María Díez-Picazo Giménez.- Agustín Puente Prieto.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Octavio Juan Herrero Pina, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Secretario, certifico.

TS SOCIAL

2009/300332

TS Sala: 4^a, Sentencia 9 noviembre 2009. Ponente: D. Jesús Gullón Rodríguez

Validez de acuerdo adoptado en el seno de RTVE

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por el sindicato adherido a la demanda frente a sentencia que rechazó la ilegalidad del Acuerdo de la Comisión de Aplicación del Nuevo Sistema de Clasificación Profesional y Adecuación a la Nueva Estructura Salarial -CANSP- de fecha 8 de agosto de 2007 en el ente público RTVE.

La Sala, partiendo del análisis detallado de los acuerdos de la CANSP y de la situación histórica convencional, coyuntural y de urgencia en que se produjeron, llega a la convicción de que no hubo en ellos ninguna actividad distinta a la de mera gestión y aplicación de las previsiones de los sucesivos Convenios del Ente Público, -el XVI y XVII-; por otro lado, existen otras dos circunstancias relevantes para considerar legítima la actuación de las partes que los pactaron, en primer lugar, porque existía una urgencia en la adopción de los mismos en que se decidiera el proceso en la CANSP antes de resolver la convocatoria general cuyas plazas podrían verse afectadas, ampliadas después de llevar a cabo la necesaria reorganización interna y, en segundo lugar, porque el Comité General Intercenros refrendó por mayoría la plena validez de los Acuerdos de 8 de agosto de 2007 cuya nulidad ahora se postula por el sindicato recurrente que asistió a esa reunión y no votó en contra de su legalidad, sino que se abstuvo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Las demandas acumuladas que han dado origen al presente recurso de casación se plantearon ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional por la Federación Estatal de Comunicación y Transporte de CC.OO. y por la Confederación General de Trabajo, en las que se impugnaba por ilegal el Acuerdo de la "Comisión de Aplicación del Nuevo Sistema de Clasificación Profesional y Adecuación a la Nueva Estructura Salarial" (en adelante CANSP) de fecha 8 de agosto de 2007.

Las demandas acumuladas fueron desestimadas en sentencia del referido Tribunal de 24 de junio de 2008, en cuya parte dispositiva la Sala hace los siguientes pronunciamientos:

1º.- Tiene por desistido al sindicato actor CCOO del punto 4º en sus dos incisos 1º y 2º (hasta "José Manuel") del acuerdo de 8.08.2007 que se impugna.

2º.- Desestima las demandas acumuladas, absolviendo a las partes demandadas no allanadas de los pedidos deducidos frente a ellas.

3º.- Tiene por allanada a la demandada, en el exclusivo y estricto ámbito

de sus propios intereses, a USO, por virtud del principio de congruencia resolutoria, con las consecuencias inherentes a tal allanamiento, en los términos fundamentados.

Los hechos en los que se basó tal desestimación y que figuran transcritos en otra parte de esta resolución dan cuenta de que, resumidamente, en la Entidad demandada se llevó a cabo un complejo y completo proceso de reestructuración de la misma, que afectó al sistema de categorías profesionales de sus trabajadores, pudiendo resumirse ese proceso de la siguiente forma:

1. El XVI Convenio Colectivo de RTVE (24.02.2003), en sus artículos 33 y 37 estableció el cauce de una reconversión profesional dentro de los plazos de vigencia del Plan Marco para la viabilidad de RTVE, integrándola entre los objetivos de la Formación, precisándose que cuando RTVE, a iniciativa de la Dirección o de la Representación de los Trabajadores, declarase la necesidad de reconversión profesional, originada por motivos tecnológicos, de organización o de producción y autorizada por la autoridad laboral o por los supuestos que contempla el articulado del convenio, el personal afectado tendría la obligación de asistir a todos los cursos que con ese fin se convocasen, que además en tales ca-

sos de reconversión no se aplicarían las normas sobre provisión de vacantes que establece el convenio y que la asignación de nueva categoría concreta se efectuaría en colaboración con los representantes unitarios del personal, atendiendo en lo posible las aspiraciones de cada afectado.

2. En los Acuerdos Parciales alcanzados en el XVII Convenio Colectivo de RTVE (con vigencia temporal desde 1.01.2004 al 31.2.2005) y sus sociedades, las partes firmantes -Dirección, UGT y APLI- convinieron sobre materias específicas del nuevo marco laboral: sistema de clasificación profesional, sistema retributivo básico y formación profesional asociada a la nueva clasificación; así la Comisión negociadora, entre otros asuntos, acordó la constitución de una Comisión de Aplicación del Nuevo sistema de Clasificación Profesional y adecuación a la Nueva Estructura Salarial (CANSP) y, en general, de adaptación del personal actual a este convenio. La misma estaría formada por 5 representantes de la Dirección y 5 representantes del personal, designados por los sindicatos firmantes proporcionalmente a la representatividad electoral de cada uno de ellos; entre sus funciones se encontraba, en esencia, la de "proponer correcciones en cuanto a las nuevas categorías profesionales y sus funciones, derivadas de los problemas resultantes de su aplicación a la realidad".

3. El 12.07.2006 por las representaciones de SEPI, RTVE, UGT, CCOO, USO y APLI, se suscribió el acuerdo para la constitución de la Nueva Corporación RTVE, orientándose a la definición de los aspectos fundamentales del proceso de negociación y a enmarcar los principios a los que debería someterse el proceso. De esta forma, se prevenían una serie de medidas de adecuación para cumplir las exigencias organizativas y de viabilidad comprometidas.

En ese Acuerdo y dentro del marco de la negociación del ERE, se plasmaron (entre los acuerdos económicos para los años 2005-06) el que la empresa, con carácter previo presentase una oferta de negociación al Comité General Intercenros, que permitiese regularizar los incrementos correspondientes a esos años, la aplicación de las escalas salariales definidas en los acuerdos parciales del XVII Convenio por pertenencia a categoría profesional y grupo profesional, con el efecto de cambio de nivel retributivo desde el momento de novación a la nueva categoría, pero también, respecto del sistema de atribución de categorías profesionales se manifiesta que los Acuerdos Parciales a que antes se hizo referencia, se tomarían como base para adecuar dicho esquema al modelo funcional y organizativo definido para la Corporación RTVE. En materia de empleo se hace expresa referencia a la movilidad funcional que habría de

permitir la readaptación de empleados a funciones que se correspondan con los respectivos potenciales personales.

4. El 3.10.2006 entre la dirección de RTVE y la representación de los trabajadores se suscribieron Acuerdos para la aplicación del XVII Convenio Colectivo de RTVE en lo referido a la nueva clasificación profesional y sistema retributivo, en cumplimiento de los compromisos de 27 de julio y 4 de septiembre del mismo año, recogidos en aquellos la intención de las partes de iniciar inmediatamente reuniones para analizar el sistema implantado y acordar las modificaciones precisas para lograr su adaptación las características y necesidades del modelo empresarial de la nueva Corporación.

5. En diversas reuniones de la CANSAP que tuvieron lugar en noviembre y diciembre de 2006 se aceptaron diversas alegaciones de trabajadores sobre particularidades relativas a su encuadramiento o clasificación resultantes de la aplicación de las nuevas disposiciones reguladoras, que fueron asumidas favorablemente por la Dirección de Recursos Humanos de RTVE en 1.03.2007.

6. El 8 de agosto de 2007 se reunió la CANSAP y se llegó al acuerdo que hoy se impugna, del que trae causa el recurso de casación que resolvemos ahora. En dicho Acuerdo, compuesto de cuatro puntos o apartados, en esencia se procedió en primer término por parte de la representación de la empresa a formular una propuesta de reconversiones y promociones -que completaban otras medidas de adecuación en curso para cumplir las exigencias organizativas y de viabilidad comprometidas en Acuerdo para la constitución de la Corporación de 12.07.2006- concretadas en 3 grupos:

1. Cambios de categoría y grupo profesional.

2. Cambios de categoría y especialidad dentro de un mismo grupo profesional.

3. Desarrollo de funciones de diferente especialidad dentro de una misma categoría. Tales medidas afectaban a los trabajadores adscritos a la Corporación de RTVE y a sus sociedades mercantiles TVE y RNE, alegando como justificación la existencia de urgentes necesidades organizativas derivadas del profundo cambio tecnológico, jurídico y organizativo en el que se encontraban las Sociedades.

Partiendo de esa base, acordaron llevar a cabo las reconversiones pendientes, distribuyéndolas en distintos anexos. En el primero se incluyó a las personas que cambiaban de categoría y grupo profesional, sin perjuicio de que en estos casos se requería

para la asignación definitiva la autorización expresa de la persona afectada y la superación de un periodo de prueba; en el anexo 2 se incluyeron los cambios de categoría y especialidad dentro de un mismo grupo, que exigen procesos de formación. En el anexo 3, se incluían los cambios iniciales de especialidad previstos dentro de una misma categoría que suponían la realización de funciones diferentes a la de origen, sin perjuicio de los que se produjesen posteriormente en función de las necesidades organizativas en las mismas circunstancias, y con igual exigencia de un proceso formativo. Estos acuerdos fueron ratificados por los sindicatos UGT y APLI en representación de los trabajadores.

SEGUNDO.- Desde esa situación de hecho, la sentencia recurrida entendió que los Acuerdos de 8 de agosto de 2007, adoptados en el seno de la CANSAP, en modo alguno suponían el ejercicio de funciones de negociación, la extralimitación legal en sus competencias, teniendo en cuenta los antecedentes pactados, la complejidad y la urgencia de la situación, pues existía la necesidad de llevar a cabo el proceso de atribución de categoría acordado como paso previo ineludible antes de resolver la convocatoria general 1/2007, cuyas plazas podían verse ampliadas tras finalizar esas acciones de reorganización interna, y que justificó a su vez la utilización de la reunión de la CANSAP para resolver el asunto.

Además, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional refuerza la posición que condujo a la desestimación de las demandas en un hecho especialmente significativo, como es el de que el Comité General Intercentros de RTVE en la reunión celebrada el 13.12.2007 refrendó como plenamente válidos los Acuerdos de 8 de agosto de 2007 ahora cuestionados por los demandantes, con los votos favorables de UGT y APLI (7 votos frente a 4 de CC.OO). Reunión a la que por cierto asistió el Sindicato USO, que es el único que ahora sostiene el presente recurso de casación, y no mostró disconformidad con los acuerdos ahora tachados de ilegalidad, absteniéndose en la votación efectuada.

TERCERO.- Como se ha dicho antes, el recurso de casación lo sostiene ahora el Sindicato USO, que sin haber formulado demanda por escrito, en el acto de juicio oral se adhirió a las demandas de los dos Sindicatos demandantes.

En el único motivo de casación, planteado por el recurrente al amparo de lo establecido en el artículo 205 e) de la Ley de Procedimiento Laboral, se denuncia la vulneración del artículo 37 CE y 91 del Estatuto de los Trabajadores, así como del artículo 3.2. de los Acuerdos Parciales alcanzados en el XVII Convenio Colectivo, y el punto séptimo de los

Acuerdos para la aplicación del XVII Convenio Colectivo.

No obstante, antes de entrar a analizar el referido motivo, debe resolver la Sala las alegaciones que sobre la legitimación del recurrente ha formulado el Abogado del Estado en su escrito de impugnación.

La primera de ellas se refiere a la situación procesal creada por el recurrente, cuando sin haber formulado demanda en sentido propio, decidió adherirse a las planteadas por los otros dos Sindicatos, CC.OO. y CGT. La particularidad del caso reside en que en el desarrollo del juicio oral USO tomó la palabra inmediatamente después de los dos demandantes y asumió el trámite de alegaciones afirmando su condición de demandante por adhesión -aceptada por la Sala y por todas las partes sin protesta alguna- pidiendo por tanto la nulidad de los Acuerdos de 8 de agosto de 2007 adoptados en el seno de la CANSAP, por las mismas razones que los demás demandantes. Todos los demandados se opusieron después a las demandas, y acabado ese trámite, a instancia del Ministerio Fiscal y de la Presidencia de la Sala el codemandante USO afirmó que asumía todos los hechos y el suplico de la demanda, posición que se tuvo por la Sala y así consta en acta como de "allanamiento", aun cuando nunca se utilizó esa expresión por el hoy recurrente.

De lo dicho se desprende que aun cuando la Sala de instancia especifica en la parte dispositiva que tiene por allanada a USO a la demanda, esa afirmación no puede tener la virtualidad que le atribuye la parte recurrida en el escrito de impugnación del recurso, pues como acertadamente dice el Ministerio Fiscal ahora en su escrito de recurso, quien era parte actora, demandante, no podía en absoluto allanarse a la demanda, razón por la que la Sala no debió admitir ni establecer tal posición procesal imposible, a la vista de lo que se establece en el artículo 21 de la LEC, con arreglo al que el allanamiento sólo cabe, como es lógico, para la parte demandada.

Del mismo modo han de rechazarse las alegaciones del Abogado del Estado, también de acuerdo con el Ministerio Fiscal, sobre una eventual ausencia de legitimación para recurrir por parte del Sindicato USO. En esencia, lo que se viene a decir por la Abogacía del Estado es que carece de interés en el recurso, en la cuestión que se discute, quien viene a ejercer, de hecho, una especie de acción abstracta de mantenimiento del principio de legalidad, pues ningún beneficio de participación mayor en la negociación del Convenio o la pertenencia a la CANSAP le puede proporcionar el éxito en su pretensión, que más bien se encamina -se dice en el escrito de impugnación- "a intentar lograr por vía judicial la audiencia que no consiguió en buena

lid en las pertinentes elecciones sindicales". No está claro si lo que se hace es instar formalmente una especie de excepción de falta de legitimación ad causam del Sindicato, cuestión que nos e planteó por cierto en la instancia, o se trata de una falta de capacidad vinculada al problema procesal antes descrito del supuesto "allanamiento del demandante a la demanda".

No obstante y en todo caso, como el propio escrito de impugnación recuerda, son muchas las SSTC que mantiene la posición precisamente contraria, tal y como se recuerda en nuestras SSTS de 10 de marzo de 2003 (recurso 33/2002), 4 de marzo de 2005 (recurso 6076/2003) o 18 de diciembre de 2008 (recurso 124/2007), en las que se recoge la jurisprudencia constitucional redactada a propósito de la interpretación de los artículos 7 y 28 CE (entre otras, en la SSTC 7/2001, 24/2001 y 112/2004). Así en nuestra STS de 4 de marzo de 2005 citada, los sindicatos desempeñan, tanto por el reconocimiento expreso de la Constitución (arts. 7 y 28 CE) una función genérica de representación y defensa de los intereses de los trabajadores, que no descansa sólo en el vínculo de la afiliación, sino en la propia naturaleza sindical del grupo, razón por la que esta Sala ha declarado reiteradamente que, en principio, es posible considerar legitimados a los sindicatos para accionar en cualquier proceso en el que estén en juego intereses colectivos de los trabajadores (STC 210/1994, de 11 de julio). Queda pues clara la relevancia constitucional de los sindicatos para la protección y defensa, incluso jurisdiccional, de los derechos e intereses de los trabajadores.

También es cierto que, tal y como ha dicho la jurisprudencia constitucional y de esta Sala, esta capacidad abstracta que tiene todo sindicato para ser parte no autoriza a concluir sin más que es posible "a priori" que lleven a cabo cualquier actividad en cualquier ámbito, pues tal capacidad "no alcanza a transformarlos en guardianes abstractos de la legalidad", cualesquiera que sean las circunstancias en las que ésta pretenda hacerse valer.

En el ámbito de la legalidad ordinaria, dispone el art. 17.2 LPL y el art. 2 d) de la ley Orgánica de Libertad Sindical (LOLS), conducen también a la necesidad de entender que el Sindicato recurrente se encuentra legitimado para sostener la acción de nulidad que ha dado origen a este recurso. La misma conclusión se extrae del art. 63.1 LPL en el que se establece "la legitimación activa para impugnar un convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia, por los trámites del proceso de conflicto colectivo" y que si la impugnación se fundamenta en la ilegalidad del convenio, otorga legitimación a "los órganos de representación legal o sindical de los trabajadores, Sindica-

tos y Asociaciones empresariales interesadas”, señalando, por otra parte, pero con importancia a los efectos interpretativos que afectan a lo ahora debatido, que “estarán pasivamente legitimadas todas las representaciones integrantes de la comisión negociadora del Convenio”, con lo que se distingue claramente entre legitimación para impugnar un Convenio Colectivo y la legitimación para negociarlo.

Consecuencia de lo anterior es la de que no puede ser confundida la representatividad de un Sindicato exigible en el Estatuto de los Trabajadores arts. 87 y 88) para atribuirle legitimación para la negociación colectiva de eficacia general o para la representación institucional con la exigencia de implantación sindical en el ámbito del conflicto (vínculo acreditado de conexión entre la organización que acciona y la pretensión ejercitada), requerida jurisprudencialmente para justificar la intervención de un Sindicato en un concreto proceso, como se ha destacado, entre otras, en las SSTC 7/2001, 24/2001, y 112/2004).

CUARTO.- En cuanto al fondo del asunto, la parte recurrente insta, como antes se dijo, la casación de la sentencia recurrida porque infringe -se afirma en el escrito de interposición- los preceptos antes descritos. Sin embargo, esta Sala discrepa del planteamiento del recurrente y entiende que la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional ahora recurrida se ajusta plenamente a derecho.

Efectivamente: con detalle y pormenorizadamente se describe en ella una situación concreta que condujo a la solución adoptada por la CANSP en los impugnados acuerdos de 8 de agosto de 2007, que en esta resolución hemos tratado de resumir en el primero de los fundamentos de derecho. No es posible entonces llevar a cabo un análisis aislado de ese texto pactado y determinar si de esa forma, en relación con las competencias que se atribuyeron a la CANSP en el XVII Convenio Colectivo, se rebasaron o no.

Se trata más bien de determinar si en esa actuación que, como se dice en la sentencia recurrida, prima facie parece que se excedió en tales competencias al decidir sobre los cambios de categoría profesional que, incluidos en tres grupos, en esos Acuerdos se contiene, tal y como antes se expresó con detalle, se rebasaron los límites legales de actuación.

Pero el análisis detallado de tales acuerdos de la Comisión de Aplicación del Nuevo Sistema de Clasificación Profesional y de la situación histórica convencional, coyuntural y de urgencia en que se produjeron, hace llegar a la convicción de que no hubo en ellos ninguna actividad distinta a la de mera gestión y aplicación de las previsiones de los sucesi-

vos Convenios, el XVI y XVII. Como afirma el Ministerio Fiscal en su informe, en esa línea se han de compartir los cuidados razonamientos que en este punto lleva a cabo la sentencia recurrida. Tales argumentos se refieren a la realidad de que tanto los artículos 33 y 37 del XVI Convenio Colectivo, de los que partió la extensa reconversión profesional, dentro de los plazos de vigencia del Plan Marco para la viabilidad de RTVE, así como al Acuerdo de constitución de la Corporación RTVE, en el que, dentro del marco de la negociación del ERE, se prevé una serie de medidas para cumplir con las nuevas previsiones organizativas, profesionales, retributivas y de viabilidad de la Corporación. También son precedentes con incidencia en los Acuerdos impugnados los de 3 de octubre de 2006, en los que también se recogen la intención de las partes que los suscribieron de iniciar inmediatamente reuniones para analizar el sistema implantado y acordar la modificaciones precisas para lograr su adaptación a las características y necesidades del modelo empresarial de la nueva Corporación, reuniones en las que tiene perfecto encaje, es una consecuencia lógica y lícita las habidas para alcanzar los Acuerdos combatidos de 8 de agosto de 2007.

Como se pone también de relieve por la sentencia recurrida, además de las razones anteriores que avalan la legalidad de los Acuerdos referidos, existen otras dos circunstancias relevantes que conducen, coadyuvan a la decisión final de considerar legítima la actuación de las partes que los pactaron:

a) En primer lugar porque existía una urgencia en la adopción de los mismos, en que se decidiera el proceso en la CANSP antes de resolver la convocatoria general 1/2007, cuyas plazas podrían verse afectadas, ampliadas después de llevar a cabo la necesaria reorganización interna.

b) Porque en fecha 13 de diciembre de 2007 el Comité General Intercentros refrendó, afirmó por mayoría la plena validez de los Acuerdos de 8 de agosto de 2007 cuya nulidad ahora se postula por el Sindicato USO, que asistió a esa reunión y no votó en contra de su legalidad, sino que se abstuvo.

QUINTO.- De lo razonado hasta ahora se desprende la necesidad de desestimar el recurso de casación formulado por el Sindicato USO frente a la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 24 de junio de 2008, sin que haya lugar a la imposición de costas, tal y como previene el número 2 del artículo 233 de la Ley de Procedimiento Laboral.

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

FALLO

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por Unión Sindical Obrera (USO), contra la sentencia de 24 de junio de 2008 dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en el procedimiento núm. 196/2007 seguido a instancia de la Federación Estatal de Comunicación y Transporte de Comisiones Obreras y la Confederación General de Trabajo contra Corporación Radio Televisión Española, S.A., Sociedad Mercantil Estatal Televisión Española, S.A., Sociedad Mercantil Estatal Radio Nacional de España, Ente Público RTVE, Televisión Española, S.A., Radio Nacional de España S.A., Unión General de Trabajadores, Unión Sindical Obrera, Asociación Profesional Libre e Independiente, Comisión de Aplicación del Nuevo Sistema de Clasificación Profesional y Adecuación a la Nueva Estructura Salarial (CANSCP) (en la persona de sus componentes) y Ministerio Fiscal sobre Impugnación de Convenio. Sin que haya lugar a la imposición de costas.

Deuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Jesús Gullón Rodríguez.- Luis Fernando de Castro Fernández.- Jesús Souto Prieto.- Rosa María Virolas Piñol.- María Lourdes Arastey Sahun.

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

2009/300327

TS Sala: 4ª, Sentencia 14 octubre 2009. Ponente: D. Jesús Gullón Rodríguez

No es indebida Acumulación a una acción por despido de otra por cesión ilegal

Frente a sentencia que declaró improcedente su despido, rechazando la existencia de cesión ilegal, y condenó sólo a una de las codemandadas, recurre la trabajadora en casación para la unificación de doctrina, siendo estimado el recurso por el TS.

Pretende la recurrente que se haga extensiva la condena a la codemandada RTVE por existir cesión ilegal, pretensión que se re-

chazó por la sentencia recurrida en base a que no cabía la acumulación a la acción de despido de otra de cesión ilegal de trabajadores.

Entiende la Sala que, producido el despido mientras subsistía la cesión, podía la demandante, al accionar frente a aquél, alegar la ilegalidad de la cesión para conseguir la condena solidaria de ambas empresas, cedente y cesionaria, a responder de las consecuencias del despido, de forma que, no existe acumulación indebida de acciones y, por tanto, deben devolverse las actuaciones a la Sala de procedencia para que se pronuncie sobre la existencia o no de cesión ilegal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión que ha de resolverse en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina consiste en determinar si cabe y en qué condiciones la acumulación a una acción de despido de la pretensión de cesión ilegal de trabajadores vinculada a las previsiones del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores.

La trabajadora demandante fue contratada por la empresa Autos Blanco Rent a Car, S.A., con efectos 2.1.2003 hasta 1.7.2003, primero como eventual por circunstancias del mercado y después como trabajadora fija desde el 31 de diciembre de 2003, realizando las funciones de auxiliar administrativo. El lugar de la prestación de servicios fue siempre el de la Estafeta de Correos de RTVE, S.A., en Prado del Rey, lugar en el que también trabajan empleados de ésta última empresa. El 5 de febrero de 2008, después de un periodo de incapacidad temporal que se extendió hasta el 15 de enero de 2008, la empresa comunicó a la demandante el despido por amortización del puesto de trabajo, medida que se relacionaba en la carta con la decisión de RTVE de reestructurar el Departamento de Administración de la Unidad de Tráfico y Estafeta, cuyo servicio tenía contratado Autos Blanco, y de prescindir del servicio de un auxiliar.

Para llevar a cabo esa actividad contratada, Autos Blanco tenía en Prado del Rey un pequeño cuarto en el que firman los mozos y dos encargados de la empresa, para conocer el reparto de funciones diarias a realizar.

Planteó la trabajadora demanda por despido, en la que se postulaba la improcedencia de tal medida y al concurrir, a su juicio, cesión ilegal de trabajadores, se pedía la adquisición de fijeza originaria en RTVE, de forma que ésta empresa habría de ser, en los términos del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores y por concurrir cesión ilegal, la que

habría de ejercitar el derecho de opción legalmente previsto para el despido improcedente, en su caso.

El Juzgado de lo Social número 18 de los de Madrid, en sentencia de 24 de abril de 2008 declaró al improcedencia del despido pero rechazó la existencia de cesión ilegal de trabajadores, por lo que la condena recayó exclusivamente sobre la empresa "Autos Blanco".

Recurrió en suplicación la trabajadora para que se acogiese la pretensión de cesión ilegal vinculada al despido, y en consecuencia la condena recayese sobre la codemandada Corporación RTVE, S.A. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en la sentencia de 18 de noviembre de 2008 que hoy se recurre en casación para la unificación de doctrina, desestimó el recurso y confirmó la decisión de instancia, pero no por razones de fondo, sino porque, a juicio de la Sala, de la lectura de los artículos 32 y 33 del Estatuto de los Trabajadores, no cabía la acumulación a la acción de despido de otra de cesión ilegal de trabajadores. Y así se razona en ella literalmente que "... una vez resuelta la acción ejercitada por despido, incluso suponiendo la posible acumulación de ambas acciones, no procedería la declaración de cesión ilegal dado que esto solo podría darse cuando la acción estuviera viva, lo que, una vez declarado el despido, ya no se da, debiendo por lo expuesto, desestimar el recurso formulado". De esta forma, la desestimación del recurso se produjo en primer término por la declaración de imposibilidad de acumulación de las acciones de cesión y despido, y obiter dicta porque la acción de cesión ilegal exige para su existencia como presupuesto que la relación de trabajo de la que trae causa esté viva, lo que ya no ocurre cuando se ha producido el despido.

SEGUNDO.- El recurso de casación para la unificación de doctrina lo plantea ahora la trabajadora demandante insistiendo en el punto de la posibilidad de que en el proceso por despido se resuelva conjuntamente la pretensión vinculada de cesión, para que surta los correspondientes efectos en el pronunciamiento final que declare el despido improcedente. Como sentencia de contraste para sostener el recurso se ha propuesto la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha de 28 de mayo de 2003, en la que, como va a verse, ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales llegó a una conclusión opuesta a la de la sentencia recurrida.

Se trataba allí de una acción de despido dirigida por varios trabajadores contra la empresa de transportes para la que aparente o formalmente prestaban servicios, y también frente a la Central Nuclear de Trillo,

en la que llevaban a cabo su actividad en el desarrollo de una contrata que fueron despedidos.

También se valoró en esa sentencia la acumulabilidad de las acciones de despido y de cesión, que ejercitaron, al igual que en la sentencia recurrida, de manera conjunta o simultánea en la demanda, llegándose precisamente a la solución contraria que se adoptó en aquella, de forma que se niega en ella de que realmente se trate de una acumulación de acciones, cuando la reacción frente al despido ha de llevarse a cabo en una demanda específica en la que se combata el hecho extintivo, pero de la que no puede escindirse la de una eventual cesión ilegal, y así, se dice literalmente en la sentencia de contraste que "... para el caso de una eventual cesión ilegal de trabajadores a que se refiere el art. 43 del Estatuto de los Trabajadores; si el trabajador es despedido, puede perfectamente accionar por despido frente a todas las empresas implicadas en dicha cesión ilegal ya que, de conformidad con el apartado 3 de dicho artículo, el trabajador puede optar por integrarse en la empresa cedente o en la cesionaria. La acción de despido ejercitada frente a todas las empresas implicadas en una eventual cesión ilegal de trabajadores no constituye por ello acumulación indebida de acciones ya que, producido el cese del trabajador, éste dispone de la única acción posible y viable que es la acción de despido. Esto es precisamente lo que sucede en nuestro caso".

La exigencia del artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral de identidad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones entre las sentencias comparadas para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina se cumple, desde el momento en que en tal situación de identidad, las decisiones que se adoptaron aquéllas fueron contrapuestas.

TERCERO.- Visto el planteamiento de las resoluciones comparadas debe afirmarse ya, que la doctrina ajustada a derecho se contiene en la sentencia de contraste en la que, de hecho, se anticipa lo que unos meses después sería la doctrina unificada de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo, contenida en la sentencia de 8 de julio de 2003, dictada en el recurso 2885/2002, a la que han seguido otras como la de 12 de febrero de 2008 (recurso 61/2007).

En esa doctrina se parte, como no podía ser de otra forma, de la regla general que se desprende del artículo 27.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, en el que se establece que "No obstante y sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 32 y 33 de esta Ley, no podrán acumularse a otras en un mismo juicio, ni siquiera por vía de reconvencción, las acciones de despido, las de extinción del contrato de trabajo..." y se afirma

después que esa regla formal, por lo tanto, implica que no cabe acumular acción alguna a la acción de despido. Pero ello no debe impedir, se dice literalmente en la segunda de las sentencias de esta Sala, "... que, en determinados supuestos en el seno de un proceso de despido hayan de examinarse y resolverse otras cuestiones, con el carácter de 'cuestión previa' o 'cuestión prejudicial interna', necesarias para establecer las consecuencias del despido". Lo que determina que es perfectamente posible y lícito desde el punto de vista procesal alegar en una demanda por despido todas las particularidades que afecten a la relación de trabajo y que hayan de incidir en la respuesta judicial que ante una eventual condena por nulidad o improcedencia de la medida extintiva hayan de producirse.

Por otra parte, se dice en la segunda de las sentencias citadas, es cierto "que el tenor del artículo 43.3 del Estatuto de los Trabajadores obliga a entender que la acción de fijeza electiva que el precepto reconoce al trabajador ilegalmente cedido, con los derechos y obligaciones que precisa la norma, ha de ejercitarse necesariamente "mientras subsista la cesión", y así lo reconoció la antigua jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 22 de septiembre y 21 de diciembre de 1977 y 11 de septiembre de 1986). De modo que, concluida la cesión, no cabe el ejercicio de esa acción de fijeza, aunque aquella haya sido ilegal".

"Pero ello no es obstáculo -continúa diciendo la referida sentencia- para que cuando el despido se produce mientras subsiste la cesión, pueda el trabajador al accionar frente a aquel, alegar la ilegalidad de la cesión para conseguir la condena solidaria de las empresas cedente y cesionaria a responder de las consecuencias del despido; ni tampoco para que en el proceso de despido deban extraerse las consecuencias inherentes a esa clase de cesión, siempre que ésta quede acreditada en juicio, pues como señaló la ya citada sentencia de 11 de septiembre de 1986, la aplicación del art. 43 ET requiere, como requisito 'sine qua non', que haya quedado establecido el hecho que suponga el préstamo o cesión del trabajador por una empresa a otra (es lo que resulta de las sentencias de 19 de diciembre de 1980, 19 de enero y 16 de noviembre de 1982)".

CUARTO.- Aplicando entonces la anterior doctrina al caso de autos cabe deducir entonces que la sentencia recurrida infringió los preceptos denunciados en el recurso al no llevar a cabo un pronunciamiento de fondo sobre la existencia o no de cesión ilegal de la trabajadora demandante desde la empresa "Autos Blanco Rent a Car, S.A." a la codemandada "Corporación RTVE, S.A." como elemento integrando de la propia decisión de fondo de las consecuencias que de la

declaración de improcedencia del despido habían de producirse, tal y como acertadamente hizo la sentencia de instancia, aunque llegase a una conclusión negativa sobre la existencia de tal fenómeno de interposición de empleadores.

En consecuencia, procede la estimación del recurso de casación para la unificación de doctrina, casar y anular la sentencia recurrida y devolver las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid para que entre a conocer de los motivos del recurso de suplicación relativos a la existencia o no de la cesión ilegal de trabajadores que se postulaba en la demanda y en la que se insistía en aquél recurso, aplicando las conclusiones que se extraigan al pronunciamiento de despido improcedente, que al no haberse recurrido, ha de permanecer inalterado.

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

FALLO

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D^a Paula, contra la sentencia de 18 de noviembre de 2008 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso de suplicación núm. 3836/2008, interpuesto frente a la sentencia de 24 de abril de 2008 dictada en autos 291/2008 por el Juzgado de lo Social núm. 18 de Madrid seguidos a instancia de D^a Paula contra Autos Blanco Rent a Car, S.A. y Corporación RTVE, S.A. sobre despido. Casamos y anulamos la sentencia recurrida, devolviéndose las actuaciones a la Sala de procedencia para que partiendo de la inexistencia de una acumulación indebida de acciones y con total libertad de criterio, se pronuncie sobre los extremos del recurso de suplicación relativos a la existencia de una cesión ilegal de la trabajadora demandante desde la empresa "Autos Blanco Rent a Car, S.A." a la codemandada "Corporación RTVE, S.A.". Sin costas.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Aurelio Desdentado Bonete.- Jesús Gullón Rodríguez.- Jesús Souto Prieto.- María Luisa Segoviano Astaburuaga.- José Manuel López García de la Serrana.

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

RESEÑA

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



TS CIVIL

2009/299941

TS Sala 1ª, Sentencia 23 diciembre 2009.
Ponente: D. Jesús Corbal Fernández

Inexistencia de semejanza entre marcas al pertenecer a distinto sector de la actividad económica

El TS desestima el rec. de casación confirmando la resolución recurrida que rechazó la existencia de semejanza entre los signos utilizados por la actora y la demandada porque no sólo no pertenecen a distinta categoría del nomenclátor, sino también a distinto sector de la actividad económica, ya que la primera utiliza su marca para identificar su actividad de asesoramiento empresarial en el ámbito financiero mientras que la demandada utiliza el mismo nombre para identificar su dominio en internet.

2009/307257

TS Sala 1ª, Sentencia 18 diciembre 2009.
Ponente: D. Francisco Marín Castán

Ejecución de sentencia inglesa homologando acuerdo transaccional

El TS desestima el rec. de casación confirmando el auto impugnado que despachó ejecución y acordó el embargo de las acciones de la ejecutada en dos sociedades anónimas domiciliadas en España, en virtud de título judicial de una sentencia inglesa homologando un acuerdo transaccional entre las partes por el que se comprometía el recurrente ejecutado a pagar al recurrido la cantidad adeudada garantizando el cumplimiento de esta obligación con dichas acciones embargadas.

2009/299945

TS Sala 1ª, Sentencia 14 diciembre 2009.
Ponente: D. Xavier O'Callaghan Muñoz

Conocimiento de la venta en el retracto de arrendamiento de finca rústica

El TS declara no haber lugar al rec. de casación confirmando la sentencia de la

AP que condenó a los compradores de la finca rústica a otorgar la correspondiente escritura pública a favor de los retrayentes, arrendatarios de la misma, al considerar que se había formulado la acción de retracto en el plazo legal previsto. El TS confirma que no es de aplicación la presunción de conocimiento establecida para los asientos del Registro de la Propiedad ni tampoco es suficiente cualquier tipo de conocimiento sino que, según la jurisprudencia, el retrayente debe tener conocimiento tanto de la venta como de los detalles de la misma.



TS PENAL

2009/265734

TS Sala 2ª, Sentencia 29 octubre 2009.
Ponente: D. Alberto G. Jorge Barreiro

Apropiación indebida y falsedad en documento mercantil

Se desestima el recurso de casación interpuesto por la acusación particular contra sentencia parcialmente absolutoria dictada en causa seguida por delitos continuados de apropiación indebida y de falsedad en documento mercantil. El TS recuerda que se vulnera el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías cuando el juzgado o tribunal de apelación, sin respetar los principios de inmediación y contradicción, procede a revisar y corregir la valoración o ponderación de las pruebas personales efectuada por el juez de instancia y revoca la sentencia absolutoria apelada en virtud de una reinterpretación de unas pruebas que no ha practicado.

2009/265732

TS Sala 2ª, Sentencia 30 octubre 2009.
Ponente: D. Perfecto Andrés Ibáñez

Absolución del delito de encubrimiento

Desestimando el recurso de casación interpuesto por los acusados, el TS acoge el formulado por el otro imputado, ambos contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delitos de homicidio, tenencia ilícita de armas y contra la salud pública. La Sala dicta segunda sentencia por la que absuelve al recurrente del delito de encubrimien-

to, porque lo transmitido no incluía datos relativos a la forma en que pudiera estar conduciéndose la investigación, que es lo que habría podido servir para eludirla con alguna posibilidad de éxito. Y porque la idea de ayuda, para que no se pene el mero interés, apenas exteriorizado, en que el autor de un delito consiga escapar, debe referirse a la prestación de un apoyo dotado de alguna calidad instrumental, de alguna funcionalidad práctica para tal fin, algo que en este caso no se produjo.



TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2009/300173

TS Sala 3ª, Sección 6ª, Sentencia 15 diciembre 2009. Ponente: D. Luis María Díez-Picazo Giménez

Nulidad de la denegación de la nacionalidad por residencia al basarse en un informe reservado no aportado al proceso

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de la Audiencia Nacional que anuló la resolución del Ministerio de Justicia, declarando el derecho del recurrente al reconocimiento de la nacionalidad española por residencia, ya que al fundar la Administración el motivo de la denegación en un informe reservado no entregado al Tribunal a pesar de solicitarlo para mejor proveer, no puede el órgano judicial realizar una ponderación de los intereses en juego, concluyendo que no hay elemento alguno para tener por no acreditada la buena conducta cívica, lo que le llevó a estimar el recurso y a reconocer el derecho del recurrente a adquirir la nacionalidad española por residencia. Ante la petición del Abogado del Estado de que la Sala modifique su criterio jurisprudencial que exige poner en conocimiento del órgano judicial las consideraciones de orden público o seguridad nacional que aconsejan denegar la nacionalidad española por residencia, sería necesario que hubiera una aplicación formal de la legislación de secretos oficiales por parte de la Administración, algo que en este supuesto no se ha producido. Tampoco se consideran vulnerados los arts. 4, 11 y 13 Ley de Secretos Oficiales, pues la Administración no cumplió el requerimiento del tri-

bunal "a quo" para que aportara el informe por ella invocado, por lo que las consecuencias que en el plano probatorio se desprenden de ello no pueden serle reprochadas a la sentencia impugnada.

2009/300158

TS Sala 3ª, Sección 5ª, Sentencia 17 diciembre 2009. Ponente: D. Eduardo Calvo Rojas

Denegación de asilo por ser un peligro para la seguridad del Estado

El TS desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Nacional en la que se desestimó el recurso interpuesto contra la resolución del Ministerio del Interior, por la que se deniega el reconocimiento de la condición de refugiado y el derecho de asilo y la que ordena la salida obligatoria del territorio español. La resolución que deniega el asilo no cuestiona la veracidad de las alegaciones de persecución que formula el demandante, pues el asilo se rechaza por considerar la Administración que el interesado, militante de la organización An Nahda, constituye un peligro para la seguridad del Estado, resolución que ha ofrecido los concretos hechos y razones en que se funda la resolución denegatoria del asilo impetrado, cumpliendo así con la carga de justificar de modo suficiente su decisión.



TS SOCIAL

2009/300328

TS Sala 4ª, Sentencia 11 noviembre 2009.
Ponente: D. Jesús Souto Prieto

Responsabilidad subsidiaria del FOGASA por insolvencia empresarial

El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el FOGASA demandado frente a sentencia que le condenó a abonar la indemnización correspondiente por despido objetivo al haber sido la empresa declarada insolvente.

La Sala señala que en el caso de autos, el título que sirve de base a la pretensión que se ejercita por los trabajadores, no es la comunicación escrita enviada por la empresa, las cartas de despido y la liquidación aneja, sino que ese título viene constituido por una sentencia en la que se reconoce como no abonada la indemnización por despido y se condena a la empresa a su pago, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del FOGASA; de esta forma, esa indemnización no nace de una pura manifestación de voluntad de la empresa de resolver los contratos de trabajo reconociendo su improcedencia, sino de una sentencia judicial consecuencia de un proceso en el que fue parte el Fondo, por tanto, en virtud del art. 33.2 ET, se confirma la sentencia impugnada.