



EL DERECHO

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

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

Director: **EVARISTO MOLINE**

Año XVI. Número 2762

Madrid, martes 24 de noviembre de 2009



2009/216683

TC Sala 1ª, Sentencia 28 septiembre 2009. Ponente: D. Manuel Aragón Reyes

Sin posibilidad de impugnación

Entrega para cumplir pena impuesta en juicio celebrado en ausencia del acusado

El TC otorga parcialmente el amparo solicitado por el recurrente, nacional británico, frente a auto que accedió a su entrega a Rumania, en virtud de una orden europea de detención y entrega, para el cumplimiento de una condena de cuatro años de prisión. La Sala, entre otras consideraciones, afirma que la entrega fue impuesta en un juicio celebrado en ausencia del acusado, sin posibilidad alguna de revisión, al entender el órgano judicial que la propia presencia en el juicio de su Abogado era equiparable a la efectiva presencia del recurrente en el mismo, decisión que ha lesionado su derecho a un proceso con todas las garantías.

Formulan voto particular los Magistrados D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez y D. Pablo Pérez Tremps.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de amparo se dirige contra el Auto de la Audiencia Nacional de 27 de abril de 2007 por el que se accede a la entrega del recurrente a Rumania, en virtud de una orden europea de detención y entrega, para cumplimiento de una condena de cuatro años de prisión.

El recurso se fundamenta en dos quejas. Se alega en primer lugar la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), por no haberse condicionado la entrega del recurrente a la exigencia de revisión de la sentencia condenatoria dictada en su ausencia, tal como exige la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 91/2000, de 30 de marzo, y 177/2006, de 5 de junio). En segundo lugar, denuncia el recurrente la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), por entender insuficiente la motivación del Auto

impugnado en cuanto al rechazo de su alegación sobre el riesgo de sufrir tratos inhumanos y degradantes en las cárceles de Rumania.

El Ministerio Fiscal solicita el otorgamiento del amparo en atención a la primera queja alegada por el recurrente, por entender que el Auto impugnado no se atiene a la doctrina sentada por este Tribunal en las citadas SSTC 91/2000 y 177/2006.

SEGUNDO.- Debemos comenzar por descartar la queja del recurrente en la que denuncia la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por la insuficiente motivación en que habría incurrido la Audiencia Nacional al rechazar las alegaciones del recurrente relativas al riesgo de sufrir tratos inhumanos y degradantes en caso de ser entregado a Rumania, toda vez que, como acertadamente ha puesto de manifiesto el Ministerio Fiscal, las alegaciones del recurrente acerca de

las supuestas vejaciones sufridas durante su estancia en las cárceles rumanas son denuncias que se formulan con carácter genérico, sin venir sostenidas, como viene exigiendo este Tribunal para otorgarles relevancia constitucional (SSTC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 8; 32/2003, de 13 de febrero, FJ 7; 148/2004, de 13 de septiembre, FJ 8; y 140/2007, de 4 de junio, FJ 2, por todas), sobre pruebas o indicios racionales de que, efectivamente, hubiera sido sometido en Rumania a tratos inhumanos o degradantes, o de que existe un riesgo real y efectivo, un temor racional y fundado, de que los derechos a la integridad física y moral del recurrente corriesen riesgo de verse lesionados en caso de entrega a dicho Estado.

Ciertamente, el hecho de que la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega, promulgada en cumplimiento de la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 13 de junio de 2002, no haya incorporado expresamente a su articulado una causa de denegación de la entrega en supuestos de riesgo serio y fundado de sufrir el reclamado torturas o tratos inhumanos o degradantes en el Estado de emisión de la euroorden, no puede llevar a ignorar la exigencia de denegar la entrega en tales supuestos, pues, además de que la misma se contiene en el preámbulo de la propia Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002, en cuyo apartado 13 se dispone que “nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes”, nos hallamos ante uno de los “valores fundamentales de las sociedades democráticas” (SSTC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 8; 32/2003, de 13 de febrero, FJ 7, citando las SSTEDH de 7 de julio de 1989, caso Soering c. Reino Unido, y de 11 de julio de 2000, caso Jabari c. Turquía), “dado que la tortura y los tratos inhumanos y degradantes son actos intolerables de violación de la dignidad humana, a la par que una negación frontal de la transparencia y la sujeción a la ley del ejercicio del poder propias de un Estado de Derecho”, por lo que configuran una “prohibición absoluta... que no admite ponderación justificante al-

SUMARIO

TC

CONSTITUCIONAL

Entrega para cumplir pena impuesta en juicio celebrado en ausencia del acusado **1**

TS

CIVIL

Incumplimiento contractual por la vendedora respecto a los proveedores **6**

PENAL

Inapreciación de continuidad delictiva en delito de estafa **9**

ADMINISTRATIVO

Nulidad del Decreto 60/2003 sobre zonas periféricas de protección del sistema de zonas húmedas del sur de Alicante **10**

Modificación de la jornada laboral del personal obligado a prestar servicios en régimen de especial dedicación **12**

SOCIAL

Incompetencia del orden social para conocer de reclamación de mejora voluntaria **14**

RS RESEÑA DE SENTENCIAS **16**

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

guna con otros derechos o bienes constitucionales” (STC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 5).

Ahora bien, para que por el órgano judicial español competente pueda denegar la entrega del reclamado en virtud del procedimiento extraditacional o de una orden europea de detención y entrega con fundamento en la existencia de un riesgo relevante de vulneración de los derechos del reclamado a la vida o la integridad física y moral (art. 15 CE) en caso de accederse a la entrega, es preciso, como ya hemos señalado, que el reclamado haya aportado determinados y concretos elementos que sirvan de apoyo razonable a su argumentación, lo que implica que el temor o riesgos aducidos han de ser fundados, en el sentido de mínimamente acreditados por el propio reclamado, debiendo efectuar concretas alegaciones en relación a su persona y derechos, y sin que sea suficiente la formulación de alusiones o alegaciones genéricas sobre la situación del país (entre otras, STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 8; 32/2003, de 13 de febrero, FJ 7; 148/2004, de 13 de septiembre, FJ 8; y 140/2007, de 4 de junio, FJ 2).

Como ya anticipábamos, la aplicación de esta consolidada doctrina al presente caso conduce a rechazar la queja formulada por el recurrente. Los riesgos alegados se fundan en la situación de discriminación y persecución que, a su juicio, sufren en Rumania los homosexuales, así como en las condiciones de hacinamiento de las cárceles rumanas, alegaciones que poseen carácter genérico, en la medida en que no incluyen ninguna referencia hacia la persona o concreta situación del recurrente de la que poder inferir indicios racionales en torno al riesgo de lesión de la integridad física y moral del recurrente, sin que por otra parte pueda considerarse suficiente a tal efecto su condición, implícitamente afirmada, de homosexual, pues ningún indicio aporta que permita afirmar que tales riesgos fueran a tener lugar, precisamente, dada tal condición.

Además, no consta que haya aportado documentación alguna ante la Audiencia Nacional encaminada a probar la situación de las cárceles rumanas o la discriminación y persecución alegadas, por lo que el recurrente no ha cumplido la carga de intentar acreditar mínimamente los hechos objeto de su pretensión. Y lo mismo hemos de concluir respecto de la alegación de haber sufrido vejaciones durante su estancia en prisión en Rumania, sobre lo que ni

aportó soporte probatorio alguno, ni tampoco solicitó de la Audiencia Nacional que recabara información al respecto de las autoridades rumanas.

TERCERO.- Descartada la pretendida lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, debemos ocuparnos seguidamente de la queja referida a la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), por no haberse condicionado la entrega del recurrente a Rumania a la exigencia de revisión de la sentencia condenatoria dictada en su ausencia.

La relevancia constitucional de la decisión de acceder a la entrega para cumplimiento de condenas graves dictadas en ausencia del reclamado ha sido declarada en reiteradas ocasiones por este Tribunal, tanto en relación con el procedimiento de extradición regulado por la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de extradición pasiva, así como en el Convenio europeo de extradición de 1957 y en los Tratados de extradición vigentes suscritos por España, como también respecto del nuevo sistema de entrega instaurado en la Unión Europea, en cumplimiento de la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo de 13 de junio de 2002 (recientemente modificada por la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo de 26 de febrero de 2009), sistema incorporado a nuestro ordenamiento interno por la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega.

En efecto, en la STC 91/2000, de 30 de marzo, citada por el recurrente y el Ministerio Fiscal, declaramos que la autorización judicial de entrega incondicionada a Italia del reclamado para cumplir una pena que le fue impuesta tras un juicio celebrado en rebeldía vulneró su derecho de defensa (art. 24.2 CE), toda vez que “constituye una vulneración “indirecta” de las exigencias dimanantes del derecho proclamado en el art. 24.2 CE, al menoscabar el contenido esencial del proceso justo de un modo que afecta a la dignidad humana... acceder a la extradición a países que, en casos de delito muy grave, den validez a las condenas en ausencia, sin someter la entrega a la condición de que el condenado pueda impugnarlas para salvaguardar sus derechos de defensa” (FJ 14).

Doctrina que hemos reiterado en decisiones posteriores (entre otras, SSTC 134/2000, de 16 de mayo; 162/2000, de 12 de junio; 156/2002, de 23 de julio; y 183/2004, de 2 no-

viembre), precisando, en lo que ahora importa, que no se trata de que la Audiencia Nacional exija a las autoridades del Estado requirente la prestación de garantía como condición previa para declarar procedente la extradición del reclamado, sino de que, al acordarse la procedencia de la extradición, la misma incluya la exigencia de que en el Estado requirente se den al extraditado las posibilidades de impugnación reseñadas, pesando sobre dicho Estado la responsabilidad del cumplimiento de dicha condición a la que se sujeta expresamente el acuerdo de extradición (STC 156/2002, de 23 de julio, FJ 7, citando el ATC 19/2001, de 30 de enero).

La anterior doctrina ha sido considerada aplicable por la STC 177/2006, de 27 de junio, tal como hemos anticipado, al procedimiento de orden europea de detención y entrega, que en los Estados miembros de la Unión Europea -de la que forma parte Rumania desde el 1 de enero de 2007- sustituye al procedimiento de extradición establecido en el Convenio europeo de extradición de 1957. En efecto, en la STC 177/2006, FJ 7 b), se advierte que “Ciertamente es que ni la Decisión Marco del Consejo relativa a la orden europea de detención y entrega ni la Ley 3/2003 promulgada en aplicación de la misma establecen la mencionada exigencia como condición sine qua non para que el Estado de ejecución pueda proceder a la entrega solicitada.

Pero ello no significa que quepa ignorar dicha exigencia, al ser la misma inherente al contenido esencial de un derecho fundamental reconocido en nuestra Constitución cual es el derecho a un proceso -en este caso extraditacional- con todas las garantías, debiendo como tal ser respetada -implícita o explícitamente- por toda Ley nacional que se dicte al efecto. Por lo demás, el art. 5 de la Decisión Marco prevé la posibilidad de que, en el caso de que la orden europea de detención y entrega “se hubiere dictado a efectos de ejecutar una pena o una medida de seguridad impuestas mediante resolución impuesta en rebeldía”, la ejecución de dicha orden de entrega por la autoridad judicial de ejecución se supedita “con arreglo al Derecho del Estado miembro de ejecución”, entre otras, a la condición de que “la autoridad judicial emisora dé garantías que se consideren suficientes para asegurar a la persona que sea objeto de la orden de detención europea que tendrá la posibilidad de pedir un nuevo pro-

ceso que salvaguarde los derechos de la defensa en el Estado miembro emisor y estar presente en la vista”.

Ello es indicativo de que la Decisión Marco no obliga imperativamente a los Estados miembros a establecer dicha condición para la entrega, sino que reenvía la cuestión a lo que a tal respecto venga dispuesto por sus respectivos ordenamientos jurídicos. Siendo ello así, ha de entenderse que la exigencia en cuestión, dimanante del alcance dado por este Tribunal al derecho a un proceso con todas las garantías, debió ser expresamente formulada por el Auto recurrido en amparo como condición para la entrega del demandante a Francia y que, al no haberlo hecho así, dicha resolución vulneró el mencionado derecho (vid., entre otras, SSTC 91/2000, de 30 de marzo; 134/2000, de 16 de mayo; 162/2000 y 163/2000, de 12 de junio, y 183/2004, de 2 de noviembre”).

Conviene advertir que la referida Decisión Marco de 13 de junio de 2002 ha sido modificada, como antes se indicó, por la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo de 26 de febrero de 2009, que, en aras de limitar la discrecionalidad de la autoridad de ejecución para denegar la ejecución de una orden de detención europea, delimita los supuestos en que la autoridad judicial de ejecución puede denegar la entrega solicitada por el Estado requirente en virtud de euroorden a efectos de cumplimiento una pena o una medida de seguridad privativas de libertad impuestas mediante resolución dictada en rebeldía.

A tal efecto se añade un nuevo art. 4 bis, en el que se determinan los motivos comunes por los que podrá denegarse la ejecución de una orden de detención europea en supuestos de resoluciones dictadas en rebeldía, y se suprime el apartado 1 del art. 5, en el que se contemplaba la posibilidad de que, con arreglo al Derecho interno, la autoridad de ejecución supeditase la entrega del condenado en rebeldía a que el Estado requirente prestase garantías suficientes de que el reclamado en virtud de la orden de detención europea pueda impugnar la condena impuesta en ausencia, para salvaguardar sus derechos de defensa. En todo caso no nos corresponde aquí pronunciarnos sobre el alcance de esta modificación introducida por la Decisión Marco de 26 de febrero de 2009, aun pendiente de incorporación a nuestro Derecho interno, y que no resulta aplicable al presente supuesto, en el que la orden

europea de detención y entrega fue expedida por Rumania bajo la vigencia de la Decisión Marco de 13 de junio de 2002 en su redacción inicial.

CUARTO.- En el caso que nos ocupa la Audiencia Nacional ha accedido en el Auto que se recurre en amparo a la entrega del recurrente a Rumania en ejecución de orden europea de detención y entrega, para cumplimiento de una condena de cuatro años de prisión impuesta en un juicio celebrado en ausencia de aquél, sin incluir, en los términos anteriormente expuestos, la exigencia de que la condena en cuestión pueda ser revisada.

Ciertamente, tal omisión puede obedecer al entendimiento por la Audiencia Nacional de que dicha garantía no es exigible en el presente caso porque en realidad no existió condena en ausencia, toda vez que el recurrente concedió apoderamiento a un Abogado que compareció en el juicio como su defensor particular, a lo que se añade en el Auto impugnado (fundamento de Derecho segundo) que “entre los motivos de los recursos nunca se puso el acento en que no estuviera presente en el juicio de primera instancia su defendido, sino que se entró en consideraciones sobre la valoración de la prueba, que la Autoridad judicial de ejecución no puede reexaminar, dado que el procedimiento debatido no reúne los caracteres de una nueva instancia”.

Pues bien, no puede compartirse el razonamiento de la Audiencia Nacional cuando equipara, a efectos del respeto a las garantías inherentes al proceso justo, la presencia en el juicio del Abogado designado por el recurrente con la efectiva presencia de éste, rechazando, en consecuencia, que el recurrente fuera juzgado en ausencia por el mero hecho de haber comparecido en el juicio su Abogado. Como hemos señalado en la citada STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 13, el derecho del acusado a estar presente en la vista oral no es únicamente una exigencia del principio de contradicción, sino el instrumento que hace posible el ejercicio del derecho de autodefensa para contestar a las imputaciones de hechos que, referidas a su propia conducta, conforman la pretensión acusatoria.

Sólo mediante la presencia física en el acto del juicio puede prestarse o negarse la conformidad a la acusación, puede convertirse la declaración del acusado en un acto de defensa, puede interrogarse a los testigos y ser examinado por éstos, y puede coordinarse la defensa que se ejerce a través de la asistencia técnica del Letrado. En este sentido, la vista oral no es una simple secuencia del proceso penal, sino el momento decisivo en el que con publicidad y plena contradicción se debate acerca de la fundamentación de las pretensiones de condena y la fuerza de convicción de las pruebas aportadas

por la acusación y la defensa (en igual sentido, entre otras, STC 183/2004, FJ 3).

Tales conclusiones vienen además sustentadas en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tal como destacábamos asimismo en la STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 13, y hemos reiterado, entre otras, en la STC 183/2004, de 2 de noviembre, FJ 4, recordando que el tenor literal del art. 6.3 c) del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH), en el que se reconoce el derecho “a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor”, resulta especialmente significativo a esos efectos, en cuanto expresa con claridad que quien ha de ejercer el derecho de defensa es el acusado, mientras que el Letrado se limita a “asistirle” técnicamente en el ejercicio de su derecho (por todas, SSTEDH de 16 de diciembre de 1999, casos T. y V. contra Reino Unido).

A tenor de lo expuesto ha de concluirse que el recurrente en amparo fue condenado en Rumania a una pena grave sin haber estado presente en el juicio, por lo que la decisión de la Audiencia Nacional de acceder a la entrega del recurrente a las autoridades rumanas para el cumplimiento de la condena, sin someter dicha entrega a la condición de que la condena impuesta en ausencia pudiera ser sometida a revisión, vulneró el derecho del recurrente a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Procede, en consecuencia, estimar esta queja y anular el Auto recurrido, si bien el fallo estimatorio habrá de tener un alcance meramente declarativo, por cuanto, como ha sido puesto de relieve en los antecedentes de la presente Sentencia, el 14 de mayo de 2007 fue ejecutado el Auto impugnado y entregado el recurrente a las autoridades judiciales rumanas.

FALLO

Otorgar parcialmente el amparo solicitado a D. Wilson y, en su virtud:

PRIMERO.- Reconocer su derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

SEGUNDO.- Declarar la nulidad del Auto de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 27 de abril de 2007, dictado en rollo de Sala núm. 46-2007, dimanante del procedimiento de orden europea de detención y entrega núm. 24-2007 del Juzgado Central de Instrucción núm. 5.

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

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

VOTOS PARTICULARES

Voto particular que formula el Magistrado D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez a la Sentencia dictada el 28 de septiembre de 2009, en el recurso de amparo núm. 4234-2007 interpuesto por D. Wilson.

1. La lejanía de los Jueces respecto de los poderes públicos asegura al máximo su independencia objetiva y aumenta el grado de confianza de las sociedades democráticas en sus decisiones. No será necesario esperar al día en que los Jueces de todos los Estados miembros de la Unión Europea tengan un órgano de gobierno único para lograr que una Sentencia dictada en Rumanía se pueda ejecutar normalmente en España. El mecanismo de la euroorden es ya la piedra angular de un sistema que prepara ese logro. Sin embargo no alcanzaremos fácilmente un espacio común de libertad, seguridad y justicia si los Estados miembros de la Unión Europea desconfiamos de las garantías procesales que ofrece ese nuevo espacio común e insistimos en oponer los espesos muros de las garantías penales de nuestros sistemas jurídicos a una libertad plena de circulación de resoluciones judiciales. En el caso de la euroorden esos viejos muros no ejercen en el interior de la Unión la función de baluarte de protección de los derechos del individuo que cumplieron en el pasado. Para el tercer pilar esas murallas son construcciones de otro tiempo que presentan grietas por las que escapan los delincuentes.

2. Expreso mi posición discrepante con la fundamentación y el fallo de esta Sentencia, de acuerdo con la facultad que nos confieren los arts. 164.1 CE y 90.2 LOTC.

Considero que la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional ha cumplido en forma exacta las obligaciones que le atribuye la Ley 3/2003, de 14 de marzo, de orden europea de detención y entrega, como autoridad judicial española de ejecución, con una decisión que debió superar ampliamente nuestros cánones de enjuiciamiento en amparo. En este caso la euroorden fue emitida por una autoridad judicial rumana para el cumplimiento de una pena de cuatro años de prisión impuesta en Rumanía. El súbdito británico requerido ha sido condenado por un delito de relaciones sexuales a cambio de dinero con una persona del mismo sexo, de catorce años de edad, perteneciente a la categoría social de los llamados en Rumanía “niños de la calle”. El Auto de la Audiencia Nacional recurrido en amparo no podía denegar la entrega que le solicitaba la autoridad judicial rumana sin vulnerar tanto la Ley nacional como la Decisión Marco en cuya ejecución se dictó dicha Ley. Pero, ante todo, es inaplicable al caso la doctrina de este Tribunal en materia de extradición, por lo que no se ha vulnerado derecho funda-

mental alguno del solicitante de amparo.

3. En la Sentencia de la que discrepo se declara la vulneración indirecta del derecho del recurrente a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Esa lesión tiene como único fundamento la regla del precedente o del stare decisis: La Sentencia parece mera aplicación de la doctrina iniciada en la STC 91/2000, de 30 de marzo, confirmada en otras posteriores, que se invocan cuidadosamente en el FJ 3, hasta llegar a la STC 177/2006, de 27 de junio. Se citan, sin embargo, precedentes válidos en materia de extradición que poco deben ayudar en materia de euroorden. La naturaleza de ambas instituciones es claramente distinta y las Sentencias que se invocan no se han detenido a razonarlo o negarlo, impidiéndonos advertir cuál ha sido el proceso lógico que ha aconsejado extender los efectos de la primera a la segunda. Si se lee atenta o repetidamente la STC 177/2006 se dudará, incluso, si el caso resuelto en esta última tenía también fondo “extradicional” (como afirma el propio FJ 7.b de esa Sentencia) por lo que tampoco sería precedente adecuado para aseverar que la doctrina sobre la vulneración indirecta del contenido absoluto de derechos, creada a propósito de la extradición, se extienda a las euroordenes, como acontece -esta vez sí con meridiana claridad- en la Sentencia de la que discrepo.

4. He sostenido en numerosos Votos particulares que la extradición comporta mecanismos tradicionales de cooperación entre Estados que permiten denegar la entrega y verificar, al hacerlo, las garantías de cada sistema. Es una institución propia del siglo XX que no se puede equiparar a la euroorden, que es un mecanismo propio de la Unión Europea del siglo XXI (Por todos, FJ 3 de mi VP a la STC 120/2008, de 13 de octubre). En la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 3 de mayo de 2007, caso *Advocaten voor de Wereld VZW contra Leden van Ministeraad, C-303/05*, se ha excluido cualquier duda sobre la licitud de que, desde el 1 de enero de 2004, la Decisión Marco JAI 584/2002, de 13 de junio (en adelante, Decisión Marco 2002) haya sustituido a los convenios de extradición. Insisto por ello en que, como dije en mi Voto particular al ATC 74/2005, de 14 de febrero, la Decisión Marco 2002 ha supuesto un “cambio trascendental en las relaciones judiciales entre los Estados miembros de la Unión Europea.

Hemos pasado de un sistema arcaico de mantenimiento de tecnicismos particulares nacionales, representado emblemáticamente por la institución de la extradición, a la cultura de una Europa nueva, basada en el reconocimiento cuasi automático de resoluciones, la confianza mutua y la relación directa e inmediata entre autoridades judiciales homogéneas que, en definitiva, han experimen-

tado y compartido ya experiencia, en el primer pilar o pilar comunitario, en la aplicación de un mismo ordenamiento alentado en los principios y valores de respeto y salvaguardia de los derechos y libertades públicas que garantiza, entre otros instrumentos, el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales” (ATC 74/2005; VP, FJ 3). En parecido sentido se manifiestan las STJCE de 17 de julio de 2008, caso Szymon Kozłowski, C-66/2008, § 31, y STJCE de 3 de mayo de 2007, caso *Advocaten voor de Wereld*, § 28. España no puede imponer su propio ordenamiento como si fuera un espejo en el que deba contemplarse la interpretación uniforme de los veintisiete Estados de la Unión. No hay, por principio, vulneración indirecta de derechos reconocidos en el ordenamiento del foro en el marco de la Unión Europea, por lo que la nueva doctrina habría necesitado, para ser convincente, una justificación más amplia de la que se ofrece en los precedentes que se invocan.

5. Sustituido válidamente el sistema de extradición multilateral por el nuevo sistema de entrega de personas condenadas o sospechosas basado en el reconocimiento mutuo (STJCE, *Advocaten*, §28) la persona afectada por la euroorden goza, como queda dicho, de las garantías de derechos humanos que impera en el espacio común europeo y de la protección del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Dentro de ese marco la Ley española 3/2003 ha sido dictada para cumplir las obligaciones establecidas para España en la Decisión Marco JAI/584/2002, de 13 de junio, que establece las órdenes de detención europea y que, conviene, recordarlo, obliga a España en cuanto al resultado pero es de dudoso efecto directo, al menos conforme al tenor literal del artículo 34.2 b) del Tratado de la Unión Europea. Lo que sí era claramente vinculante para la Audiencia Nacional y lo es para nosotros -salvo planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad ex art 55.2 LOTC- es la citada Ley 3/2003 que ha ejecutado en España la citada Decisión Marco.

El Auto de la Audiencia Nacional recurrido en amparo comprueba que la euroorden se ha emitido respecto de una condena por delito de explotación infantil y, tras el procedimiento correspondiente, concluye que debe acceder a la entrega a las autoridades judiciales rumanas al afirmar que: “No concurren causas de denegación imperativas (artículo 12.1) ni facultativas (artículo 12.2) de la entrega según la Ley 3/2003, por lo que procede acceder a lo solicitado para ejecutar la pena impuesta a la persona requerida”.

Aquí podría haber acabado el debate procesal. Sin embargo también rechaza la Sala a quo los alegatos de defensa aducidos por el reclamado entre los que destaca haber sido con-

denado en ausencia, sin poder comparecer en juicio. Razona el Auto que las explicaciones ofrecidas por las autoridades rumanas de que el condenado fue citado y compareció por medio de su Abogado son decisivas para rechazarlo. Así lo expresa literalmente: “La autoridad judicial rumana emisora ha explicado, conforme al formulario único aceptado por todos los Estados miembros de la Unión, que el reclamado no fue juzgado en rebeldía sino que fue citado y compareció por medio de su representante. Es más, examinada la documentación adjunta, ceñida al recurso de apelación y casación así como la decisión penal de apelación, que rebajó la condena a cuatro años y dos resoluciones sobre situación personal y devolución de fianza anteriores al juicio (después modificada en casación) consta que concedió apoderamiento al Abogado Sr. Maurrea como defensor particular y entre los motivos de los recursos nunca se puso el acento en que no estuviera presente en el juicio de primera instancia su defendido, sino que se entró en consideraciones sobre la valoración de la prueba que la Autoridad judicial de ejecución no puede reexaminar dado que el procedimiento debatido no reúne los caracteres de una nueva instancia”.

6. La Sentencia de la que discrepo rechaza este razonamiento con una interpretación que vulnera el sistema de fuentes del tercer pilar. El razonamiento de la Audiencia Nacional que se ha transcrito se corresponde con la documentación unida a los autos y demuestra que hubo una defensa en ausencia del solicitante de amparo que fue eficaz y puede ser considerada distinta, a efectos del Derecho uniforme, de la simple rebeldía. Sin embargo nuestra Sentencia considera insuficiente dicha situación (FJ 4) y declara la nulidad del Auto de la Audiencia Nacional por vulneración del derecho del recurrente a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), al entender que debió haberse condicionado la entrega a la garantía de que la condena impuesta en ausencia pudiera ser sometida a revisión.

No es aceptable esta conclusión. Lo decisivo, conforme al sistema de fuentes del tercer pilar es, en primer lugar, el Derecho del Estado: “La ejecución podrá supeditarse... con arreglo al Derecho del Estado miembro de ejecución” reza el artículo 5, párrafo inicial, de la Decisión Marco 2002. En el presente caso la Ley española ha dado un alcance más restrictivo que la propia Decisión Marco a las causas de denegación o condicionamiento de la entrega. En efecto, el art. 5 de la Decisión Marco 2002 permite que en los casos de condena en rebeldía se condicione la entrega a que la autoridad judicial que emite la orden de garantías suficientes de que la persona afectada por la euroorden pueda pedir un nuevo proceso y estar presente en la vista. Sin embargo la Ley española no

ha hecho uso del margen de discrecionalidad que le concedía el Derecho uniforme a la hora de ejecutar la Decisión Marco y es más favorable a la eficacia de la euroorden de lo que hubiera sido posible conforme a las reglas del propio Derecho europeo. Por ello, conforme a la Ley española, la entrega deberá producirse en todo caso ya que ésta no contempla, como hubiera podido hacer, los casos de condena en rebeldía como causa de solicitud de garantías respecto de la entrega (art. 11).

7. En esas circunstancias la Audiencia Nacional ha efectuado una interpretación de la Ley española favorable a la posición de la persona sometida a orden europea y ha avanzado en ese espacio de discrecionalidad que concedía al legislador interno la Decisión Marco a la hora de concretar legislativamente la ejecución interna del sistema. Se trata de la misma operación que efectuó la STC 177/2006 para un supuesto -aquel sí- de condena en rebeldía. Su interpretación suscita dudas desde la perspectiva de la sumisión judicial a la Ley salvo planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad, pero es acorde a la filosofía del tercer pilar y no está prohibida por el Derecho de la Unión, a la luz de la jurisprudencia María Pupino, en la medida en que no se permita a la autoridad de ejecución denegar la entrega por razones no admitidas en la Decisión Marco.

En efecto, en la STJCE de 16 de junio de 2005, caso María Pupino, C-105/2003, el Tribunal de Justicia se pronunció con carácter prejudicial, conforme al art 35 UE, sobre la validez e interpretación de la Decisión marco 220/2001/JAI, de 15 de marzo y produjo una cierta “comunitarización” del tercer pilar. Aunque no acepta explícitamente que las Decisiones Marco adoptadas conforme al título VI del Tratado de la Unión Europea tengan, al menos en principio, efecto directo ni que sean Directivas comunitarias en sentido estricto, las aproxima a ellas al afirmar el Tribunal de Justicia la procedencia del principio de interpretación conforme a las Decisiones Marco del Derecho nacional. “Al aplicar el Derecho nacional, el órgano jurisdiccional remitente que debe interpretarlo está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Decisión marco, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Decisión marco y de esta forma atenerse al artículo 34 UE, apartado 2, letra b)” (STJCE María Pupino § 43).

8. La Sentencia de la que discrepo también parece intentar (FJ 4) una interpretación conjunta de la Ley nacional y de la Decisión Marco que podría encontrar apoyo -aunque, como se verá, solo aparente- en esa jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

La Sentencia se detiene así (FJ 3, 4 párrafo) en la Decisión Marco

2002 y en la Ley 3/2003 y los interpreta en el sentido de condicionar la entrega a requisitos que no reconoce la Ley interna ni la propia Decisión Marco. La interpretación que se hace resulta más “disconforme” que “conforme” con la Decisión Marco. Y es que no se trata en este caso de la interpretación de la Decisión Marco relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (como acontecía en la Sentencia María Pupino) sino de buscar una interpretación adecuada al cumplimiento de los objetivos de la Decisión Marco. La interpretación que busca la Sentencia de la mayoría va en contra de la Ley 3/2003 -que no reconoce el condicionamiento de la entrega en supuestos de rebeldía- pero también en contra de la eficacia de la propia Decisión Marco 2002 en su redacción original 9.

En efecto, como ya ha quedado dicho, el solicitante de amparo fue citado personalmente en este caso y compareció por medio de su Abogado. No se trata, por ello, de una condena en rebeldía en sentido estricto sino de una condena en ausencia. A mi juicio la Decisión Marco 2002 diferenciaba ya -en el texto anterior a su modificación por la Decisión Marco 2009/299/JAI- ambos casos y prohibía claramente (en su art. 5) condicionar la entrega en el último supuesto “si la persona afectada” hubiera “sido citada personalmente o informada de otra manera de la fecha y el lugar de la audiencia”. Así lo confirma el nuevo art. 4 bis de la Decisión arco, en la redacción vigente desde el 28 de marzo de 2009, válido a efectos de interpretar la Decisión Marco anterior.

En conclusión, el amparo se ha concedido contra el tenor literal de la Ley 3/2003, que es la que ha aplicado correctamente la Audiencia Nacional y en una interpretación unilateral de la Decisión Marco efectuada con desconocimiento de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y sin haber elevado cuestión prejudicial al mismo conforme al art. 35 del Tratado de la Unión Europea. La Decisión Marco 2009/299/JAI, de 26 de febrero, que modifica la Decisión Marco 2002 y está en vigor, haría innecesario, en realidad, el planteamiento de cuestión prejudicial ya que despeja toda duda -si es que hubiera cabido- sobre el sentido contrario a la plena eficacia de las Decisiones Marco de la interpretación ofrecida por la Sentencia de la mayoría.

La STJCE de 17 de julio de 2008, caso Szymon Kozłowski, § 43, dijo que dado el objeto de la Decisión Marco, que es crear un sistema de entrega entre autoridades judiciales de personas condenadas o sospechosas basado en el principio de reconocimiento mutuo, las autoridades judiciales de ejecución sólo pueden oponerse a la entrega en virtud de alguno de los motivos de denegación establecidos en la Decisión Marco. Por ello, en este caso, los términos

rebeldía y ausencia han de tener “una definición uniforme por cuanto se refieren a conceptos autónomos del Derecho de la Unión”. “En la normativa nacional de adaptación los Estados miembros no tienen derecho a conferir a esos términos un alcance más amplio que el que se desprende de su interpretación uniforme” En este sentido emito mi Voto.

Madrid, a veintiocho de septiembre de dos mil nueve.

Voto particular que formula el Magistrado D. Pablo Pérez Tremps a la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 4234-2007.

Con el máximo respeto a la posición mayoritaria de mis compañeros de la Sala debo manifestar mi discrepancia con la presente decisión, discrepancia que alcanza a la premisa de la que parte, a su argumentación y a su fallo.

1. Comenzando por su punto de partida, la Sentencia arranca de la premisa sentada con claridad en la STC 91/2000, de 30 de marzo, en virtud de la cual cabe el control indirecto de decisiones judiciales extranjeras. Este control deriva del hecho de que la intervención de la autoridad judicial española que, de una manera u otra, convalide o ejecute una decisión judicial extranjera vulneradora de un derecho fundamental supone en sí misma una lesión de ese mismo derecho fundamental.

Ciertamente, el ámbito protegido mediante esta técnica de control indirecto se reduce al denominado en esa misma Sentencia y en otras posteriores “contenido absoluto” del derecho fundamental. Sin entrar ahora en las dificultades que comporta la determinación de ese denominado “contenido absoluto”, a algunas de las cuales ya se refirieron los Votos particulares formulados a la STC 91/2000, y aún aceptando a efectos dialécticos esa construcción, dicho control del “contenido absoluto”, en mi opinión, y como ya adelantara alguno de los Votos particulares referidos, no puede ejercitarse, en principio, respecto de decisiones judiciales de países miembros de la Unión Europea, como sucede en el presente caso. Los países miembros de la Unión Europea comparten una cultura de los derechos fundamentales, tal y como se deriva de su pertenencia a este ente supranacional (art. 49 en relación con el art. 6.1 del Tratado de la Unión Europea: TUE). Dicha cultura se ha elaborado y se sigue elaborando en su seno a través del parámetro común (art. 6.2 TUE) derivado de diversos elementos: las previsiones normativas del Derecho comunitario, las tradiciones constitucionales comunes, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y el sometimiento de todos esos países al sistema de protección y garantía que ofrece, en el seno del Consejo de Europa, el Convenio europeo para la

protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH), y la tarea que a su amparo lleva a cabo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Preámbulo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea). En la cultura común de los derechos fundamentales en que ese entramado jurídico-institucional se enmarca, la equivalencia en la protección de esos derechos no se traduce, o no debe traducirse, en una mera equivalencia formal, sino también en la aceptación de la suficiencia de “las garantías sustanciales ofrecidas y (de) los mecanismos previstos para su control” (STEDH Bosphorus c. Irlanda, de 30 de junio de 2005, § 155), coronado en todo caso, como ya se ha indicado, por la labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ese principio de equivalencia y de suficiencia en la protección resulta especialmente claro y exigible en el seno de la Unión Europea, que sólo adquiere sentido como proyecto político y jurídico sobre la base de la confianza legítima en las instituciones comunitarias y en los demás Estados miembros.

En definitiva, y por lo que ahora importa, un Estado, en principio, no pueden imponer a los demás su parámetro de protección de los derechos fundamentales, debiendo moverse en sus relaciones dentro del parámetro común sustantivo y procesal. Además, y en todo caso, una hipotética lesión de derechos fundamentales en cualquiera de los Estados que se considera no reparada en él no debe esperar repararse en otro Estado sino que, por la propia lógica del Convenio europeo, exige acudir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya jurisdicción, como se ha indicado, ha sido aceptada por todos esos Estados.

2. La confianza legítima recíproca en el sistema de reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales cobra especial significado en un mecanismo jurídico como es el de la orden europea de detención y entrega (euroorden, en adelante), mecanismo inserto en la Cooperación Policial y Judicial y que arranca precisamente de la filosofía de que los Estados cooperan sobre la base de aceptar “el principio del reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal” (cdo. 2 de la Decisión Marco del Consejo 2002/584/JAI, entre otras normas).

Lo anterior puede sufrir excepciones introducidas desde el propio Derecho supranacional. Esto nos conduce de lleno al presente recurso de amparo.

El ordenamiento supranacional puede, en efecto, establecer de forma expresa excepciones a la aceptación incondicionada de las actuaciones de otro Estado. Y así sucede, como recuerda la Sentencia, en el caso de la euroorden. En efecto, el art. 5.1 de la Decisión Marco en su redacción ori-

ginal vigente en el momento de producirse los hechos en los que trae su causa el presente amparo, y aún más claramente en el art. 4 bis introducido por la Decisión Marco 2009/299/JAI, hace posible condicionar la ejecución de una euroorden en los casos de condenas “en rebeldía” en el Estado emisor. En la redacción de 2002 la entrega puede estar “sujeta a la condición de que la autoridad judicial emisora dé garantías que se consideren suficientes para asegurar a la persona que sea objeto de la orden de detención europea que tendrá la posibilidad de pedir un nuevo proceso que salvaguarde los derechos de la defensa en el Estado miembro emisor y estar presente en la vista”.

Este condicionamiento suscita diversas cuestiones jurídicas, al margen de la distinción entre los conceptos de “rebeldía” y “ausencia”.

3. La primera cuestión es la relativa a la posible insuficiencia de la norma comunitaria para la protección de las garantías procesales haciendo posible que ese dato de la condena en ausencia pueda en unos casos comportar la inejecución de una euroorden y en otros casos no. Si, como entiende la mayoría, el no ser condenado en ausencia constituye una garantía esencial -sobre lo que se volverá luego- para no vulnerar su propio parámetro de protección común y uniforme de los derechos fundamentales la exigencia por parte del Derecho comunitario debería ser imperativa y no potestativa. Si, por el contrario, se entiende que no se trata de una garantía esencial, cabe dudar de que el régimen potestativo en función del ordenamiento de ejecución fuera compatible con el principio de igualdad de los ciudadanos comunitarios (art. 12 TCE) y con el más genérico predicado de “cualquier persona” (art. 20 Carta de Niza).

Ello, en su caso, correspondería depurarlo al propio ordenamiento comunitario, contando con la colaboración de los tribunales nacionales, incluidos los tribunales constitucionales, cuando concurrieran las condiciones materiales y procesales del art. 35 TUE, aceptadas por España (disposición adicional única de la Ley Orgánica 7/1998, de 16 de diciembre). Si el Tribunal Constitucional entiende, como ha hecho, que la condena en ausencia supone siempre una lesión del “contenido absoluto” de las garantías procesales y, por tanto, imposibilita la entrega, debiera haberlo planteado al Tribunal de Justicia a través de una cuestión prejudicial de validez para que éste apreciara que la Decisión Marco vulnera el correspondiente derecho fundamental. Lo que no puede la autoridad nacional, en este caso el Tribunal Constitucional y los órganos judiciales al seguir su doctrina, es incumplir una obligación impuesta por el Derecho comunitario, incumplimiento imputable a España y que puede ge-

nerar la correspondiente responsabilidad frente a las instituciones comunitarias y al resto de los Estados, según la doctrina fijada en las SSTJCE de 30 de septiembre de 2003 (asunto Köbler C-224/01) y de 13 de junio de 2006 (asunto Traghetti del Mediterráneo C-173/03).

4. Obviando, incluso, los obstáculos que pudieran darse en el seno del ordenamiento comunitario y entrando de lleno en el ordenamiento español, si se acepta la validez y la suficiencia de la posibilidad de control abierta por el art. 5.1 de la Decisión Marco en la redacción de 2002, no resulta claro que el juicio lógico y en su caso jurídico que abriría la posibilidad de control de la existencia de una condena en ausencia en el estado emisor encuentre base legal en España. En efecto, como también recuerda la Sentencia, la Ley 3/2003, de 14 de marzo, que da cumplimiento a la Decisión Marco 2002/584/JAI, no ha acogido ese posible control. No obstante, ya la STC 177/2006, de 5 de junio, FJ 7, entendió que ese silencio no impedía que el control debiera ejercitarse por la autoridad judicial española como “autoridad de ejecución”.

Pero esa supuesta habilitación *praeter legem* no deja de suscitar, también, dudas jurídicas. En efecto, es dudoso que una medida restrictiva de la ejecución de las euroórdenes pueda adoptarse sin previsión legal, máxime si se tiene en cuenta que, como recuerda la exposición de motivos de la Ley 3/2003, los motivos por los que puede rechazarse o condicionarse la ejecución de una euroorden son “tasados”. En un mecanismo de esta naturaleza, confiar la eficacia de una garantía sólo y exclusivamente al “buen hacer” del juez no deja de responder a un cierto “voluntarismo jurídico”, que, en una materia con una intensa vigencia del principio de legalidad, resulta constitucionalmente insuficiente. Si el ordenamiento español hubiera querido usar la posibilidad que ofrecía en su redacción original la Decisión Marco en su art. 5.1, el legislador debió preverlo expresamente habilitando al juez a realizar el control que ello comporta: considerando que la imposibilidad de condenas en ausencia es una parte del “contenido absoluto” de las garantías del proceso justo, como ya el Tribunal había hecho desde la citada STC 61/2000, el legislador debió preverlo y al no hacerlo, no sólo ignoró la jurisprudencia constitucional, sino que vulneró él mismo por omisión el art. 24.2 CE en la Ley 3/2003. Por tanto, en este caso, el Tribunal, al entender que la apreciación del alcance de la lesión procesal se circunscribe al Derecho interno, debería haber hecho uso del art. 55.2 LOTC planteando la cuestión interna de inconstitucionalidad de la Ley 3/2003 ya que se daban todas las exigencias procesales para ello.

5. Dando un paso más, aunque se superen las anteriores dificultades,

como ha hecho la decisión mayoritaria, hay que entrar en el juicio material objeto del recurso, juicio que se sintetiza así: en el presente caso, ¿la ejecución de la euroorden por parte de la Audiencia Nacional supone una lesión del art. 24.2 CE? También en este punto discrepo del razonamiento seguido por la mayoría y de la conclusión a la que llega la Sentencia al entender que se ha vulnerado el citado precepto. El Auto impugnado concluía, y así justificó el rechazo de las pretensiones del recurrente en amparo, entre otras razones, que “la autoridad judicial rumana emisora ha explicado conforme al formulario único aceptado por todos los Estados miembros de la Unión, que el reclamado no fue juzgado en rebeldía, sino que fue citado y compareció por medio de su representante”, añadiendo además que, en relación con la ausencia, nada se denunció ni en apelación ni en casación en Rumania, a lo que aún cabría añadir que no se realizó denuncia alguna ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a cuya jurisdicción se encuentra sometida Rumania.

6. Aunque tenga una cierta complicación técnico-procesal, existe una cierta contradicción en no exigir en estos casos del respeto al contenido absoluto de los derechos fundamentales la invocación y el agotamiento de todos los mecanismos de reparación de lesiones de derechos hábiles para ello cuando dichas exigencias sí se despliega en el ámbito interno dada la naturaleza subsidiaria del recurso de amparo, con reflejo legal, por lo que ahora importa, en el art. 44.1 a) y c) LOTC. No creo, por otra parte, que el principio de subsidiariedad pueda sortearse mediante el mecanismo formal consistente en que, al entender que el acto formalmente recurrido en amparo es la decisión judicial interna, no deban exigirse la invocación, en especial ésta, y el agotamiento de todos los instrumentos hábiles para la reparación de la supuesta lesión de derechos. La Audiencia Nacional, a mi juicio correctamente, utiliza como uno de los argumentos para denegar la pretensión del actor y ejecutar la euroorden, la falta de invocación de la lesión en sede interna en Rumania, defecto que debe proyectarse también en el recurso de amparo ya que no se denunció la lesión tan pronto como hubo ocasión para ello.

7. Sorteando estas pegadas procesales, es la respuesta sustancial dada por la Audiencia Nacional la que debe valorarse a la luz del denominado “contenido absoluto” de la garantía procesal en juego. Siguiendo la propia sistemática de la construcción hecha en la STC 91/2000, la determinación del contenido absoluto no debe realizarse a partir del parámetro interno de protección de los Derechos Fundamentales: “Sólo el núcleo irrenunciable del derecho fundamental inherente a la dignidad de la persona puede alcanzar proyección universal; pero, en modo alguno

podrían tenerla las configuraciones específicas con que nuestra Constitución le reconoce y otorga eficacia” (STC 91/2000, FJ 8); el “contenido absoluto” es un concepto más restringido que debe determinarse básicamente, según la propia STC 91/2000 (FJ 7) y así lo recuerda la presente Sentencia, a partir de dos fuentes: los tratados y convenios internacionales suscritos por España (art. 10.2 CE) y la jurisprudencia de los tribunales internacionales, en especial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, fuente de interpretación “privilegiada” (STC 64/1991), en este caso del art. 24.2 CE, con “singular valor interpretativo” (STC 50/1989).

8. Pues bien, no existen previsiones normativas internacionales que se refieran al tema de la condena en ausencia. Para ser más preciso, la norma que aborda esta cuestión es la citada Decisión Marco 2002/584. En el momento en el que se cursó la euroorden, como se ha visto, se limitaba en su art. 5 a permitir condicionar la entrega en el caso de que hubiera condena en “rebeldía”, pero no definía ésta. En la redacción actual dada por la Decisión Marco 2009/299, sin embargo, contempla expresamente como un supuesto en el que no cabe rechazar la entrega cuando el imputado “teniendo conocimiento de la celebración prevista del juicio, dio mandato a un letrado, bien designado por él mismo...”. Podrá decirse, con razón, que esta norma no existía en el momento en el que se produjeron los hechos, pero ello no impide que, en la pura lógica metodológica de la STC 91/2000, aunque no pueda utilizarse el contenido actual como norma imperativa para aquel momento, sí puede usarse como criterio interpretativo del art. 24.2 CE, de acuerdo con el art. 10.2 CE, y en cuyo ámbito hay que incluir el Derecho comunitario (STC 145/1991, entre las primeras). Por lo demás hay que recordar que la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha establecido que “el carácter vinculante de las decisiones marco supone para las autoridades nacionales y, en particular, para los órganos jurisdiccionales, la obligación de interpretación conforme del Derecho nacional” (STJCE de 11 de junio de 2005, as. María Pupino, § 34).

9. Además, yendo a la segunda fuente hermenéutica, lo que la mayoría considera como línea jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no lo es. En efecto, éste, en asuntos similares al presente, ha entendido que condenas en ausencia no son per se contrarias al art. 6 CEDH (STEDH Gran Sala Sejdovic c. Italia, de 1 de marzo de 2009, § 82 y ss. y Sentencias allí citadas).

Y es que, en efecto, una cosa es que la presencia del acusado en el juicio sea un derecho básico de éste y que también lo sea la asistencia de Abogado, y otra es que se infrinjan el art. 6 CEDH y el art. 24.2 CE

cuando el acusado, debidamente emplazado, constando dicho emplazamiento, decida libremente renunciar a su presencia, apoderando al Abogado para su defensa en las distintas instancias. Esto es lo que aquí sucedió, tal y como consta en las actuaciones y ha quedado acreditado como hecho probado en el Auto de la Audiencia Nacional recurrido.

En conclusión, el art. 24.2 CE no puede servir de cobertura para considerar que la Audiencia Nacional ha vulnerado el “contenido absoluto” de la garantía a no ser condenado en ausencia, tal y como el propio Tribunal Constitucional ha concluido que debe determinarse el alcance de esa, ya de por sí cuestionable, categoría jurídica.

Estos son los motivos por los que discrepo de los fundamentos y del fallo de la presente Sentencia. En mi opinión, y a la vista de lo expuesto, el presente recurso de amparo debería haber sido remitido al Pleno para que éste:

a) Planteara la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

b) Planteara, subsidiariamente, cuestión interna de inconstitucionalidad.

c) Subsidiariamente aún, llegara a un fallo desestimatorio por no existir lesión del art. 24.2 CE.

Madrid, a veintiocho de septiembre de dos mil nueve.



2009/211076

TS Sala 1ª, Sentencia 2 septiembre 2009. Ponente: D. Antonio Salas Carceller

Incumplimiento contractual por la vendedora respecto a los proveedores

El TS estima el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la compradora demandada - a propósito de una campaña de venta incentivada dirigida a clientes de caja de ahorros con el objetivo de que esta última captara nuevos clientes por la vía de la suscripción de colecciones de películas- contra la sentencia de la AP que confirma la de instancia, la cual declara el incumplimiento por su parte del contrato de compraventa. La Sala entiende que se produce la falta de motivación alegada en la sentencia recurrida, por lo que la misma es anulada, y entrando a conocer del fondo del asunto, señala que se trata de una situación de incumplimiento por parte de la demandante respecto de las obligaciones contraídas -que venían a sustituir a las ya fijadas en el contrato- y de ello se desprende necesariamente la desestimación de aquellas pretensiones de la demanda dirigidas a obtener un resarcimiento por daños y perjuicios derivados del incumplimiento de la parte contraria, como son la dirigida a ser indemnizada en concepto de obligaciones asumidas por la demandante con los diferentes proveedores de los servicios de la campaña y en concepto de daños derivados del incumplimiento del contrato por la parte contraria.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La entidad Caja España Promociones, Sociedad Gestora de Marketing S.A. (Sogemsa) y Polybureau S.A. celebraron con fecha 1 de agosto de 2003 un contrato a propósito de una campaña de venta incentivada dirigida a clientes de Caja España con el objetivo de que esta última captara nuevos clientes por la vía de la suscripción de colecciones de películas, a las que se añadía la entrega de un aparato reproductor de DVD y Home Cinema.

Mediante dicho contrato Polybureau S.A. vendía a Caja España diez

mil unidades de la referida colección de películas y otras diez mil del “Sistema Home Cinema”. Se pactó un mínimo de 10.000 unidades y un máximo de 50.000 unidades; las películas serían pertenecientes al catálogo de Warner Home Video y la promoción sería válida para los clientes desde el 1 de octubre de 2003 hasta el 25 de marzo de 2004.

Ante determinadas incidencias surgidas en la ejecución del contrato, ambas partes suscribieron un nuevo documento de fecha 28 de noviembre de 2003, en el cual establecían determinados compromisos para ambas y, en su apartado quinto, pacta-

ron lo siguiente: “Cumplidos por ambas partes todos los compromisos asumidos en los ordinales precedentes, el Contrato (en referencia al celebrado en fecha 1 de agosto de 2003) quedará resuelto de pleno derecho por mutuo disenso, sin que ninguna de las partes tenga nada que reclamar a la otra por razón del mismo y sea cual fuere el motivo aducido”.

Con fecha 6 de febrero de 2004, la mercantil Polybureau S.A. interpuso demanda de juicio ordinario contra Caja España Promociones, Sociedad Gestora de Marketing S.A. (Sogemsa) y Caja España de Inversiones, Caja de Ahorros y Monte de Piedad, en la cual tras considerar como un simple “anexo” al documento firmado en fecha 28 de noviembre de 2003, sostenía la nulidad del mismo por las siguientes razones:

a) Por pretender cambiar las condiciones del contrato de agosto respecto de la compraventa inexistente, ya que las 10.000 películas de Warner Home Video descritas en el anexo 1 del contrato de agosto no fueron nunca entregadas.

b) Por firmarse en condiciones de claro chantaje respecto al pago para el proveedor de equipos y con ánimo de engaño.

c) Por las propias condiciones impuestas que podrían definirse como cláusulas abusivas del anexo y de imposible cumplimiento.

Pese a ello, en el “suplico” de la demanda no se insta la nulidad de lo convenido en el citado documento de fecha 28 de noviembre de 2003 y se solicita, tras su modificación posterior mediante escrito presentado para surtir efectos en la audiencia previa:

1.- Que se condene solidariamente a ambas demandadas a pagar a la actora la cantidad de doscientos dieciocho mil trescientos noventa y siete euros con dieciocho céntimos (218.397,18 euros) en concepto de facturas emitidas y no pagadas.

2.- Que se declare resuelto el contrato de fecha 1 de agosto de 2003 formalizado entre las partes, por incumplimiento de Sogemsa.

3.- Que se condene solidariamente a ambas demandadas a pagar a la actora la cantidad de seis millones doscientos cuarenta y tres cuatrocientos noventa y ocho euros con diecisiete céntimos (6.243.498,17 euros) en concepto de las obligaciones asumidas por Polybureau con los diferentes proveedores de servicios de la campaña.

4.- Que se condene igualmente en forma solidaria a las demandadas a satisfacer a la actora la cantidad de dos millones setecientos ochenta y siete mil quinientos cincuenta y seis euros en concepto de resarcimiento de daños por el incumplimiento del

contrato de fecha 1 de agosto de 2003.

5.- Que se condene del mismo modo a las demandadas al pago de los intereses legales correspondientes a las referidas cantidades desde la fecha de presentación de la demanda, así como al pago de las costas.

Las demandadas Caja España Promociones, Sociedad Gestora de Marketing S.A. (Sogemsa) y Caja España de Inversiones, Caja de Ahorros y Monte de Piedad, se opusieron conjuntamente a la demanda y, seguido el proceso por sus trámites, el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de León dictó sentencia de fecha 8 de noviembre de 2004 por la que estimó parcialmente la demanda, declarando resuelto el contrato de fecha 1 de agosto de 2003 formalizado entre Polybureau S.A. y Sogemsa y condenando a ambas demandadas solidariamente a satisfacer a la demandante la cantidad de siete millones quinientos treinta mil noventa y cuatro euros con ochenta y tres céntimos, desglosadas en los siguientes conceptos:

1º) Ciento setenta y un mil quinientos setenta y tres euros con ochenta y tres céntimos en concepto de facturas emitidas y no pagadas.

2º) Seis millones doscientos cuarenta y tres mil cuatrocientos noventa y ocho euros con diecisiete céntimos, en concepto de obligaciones asumidas por Polybureau S.A. con los diferentes proveedores de los servicios de la campaña.

3º) Un millón ciento quince mil veintidós euros con cuarenta y tres céntimos en concepto de indemnización por daños derivados del incumplimiento del contrato.

Las demandadas Caja España Promociones, Sociedad Gestora de Marketing S.A. (Sogemsa) y Caja España de Inversiones, Caja de Ahorros y Monte de Piedad, recurrieron en apelación y la Audiencia Provincial de León, Sección Tercera, dictó nueva sentencia de 7 de diciembre de 2005 por la que desestimó el recurso y confirmó la sentencia dictada en primera instancia, habiendo recurrido contra la misma las referidas demandadas por infracción procesal y en casación.

SEGUNDO.- Las diversas cuestiones planteadas en el proceso, resueltas de igual modo en ambas instancias, requieren una previa determinación del alcance obligatorio que ha de atribuirse al convenio celebrado mediante escrito de fecha 28 de noviembre de 2003 (doc. 18 de la demanda) titulado “anexo de modificación del contrato de compraventa y prestación de servicios suscrito el día 1 de agosto de 2003 entre Sociedad de Gestión y Estudios Ambientales S.A. y Polybureau S.A.”.

En dicho documento las partes exponen:

I.- Que mediante contrato privado de fecha 1 de agosto de 2003, la Sociedad de Gestión y Estudios Ambientales S.A., hoy denominada, Caja España Promociones, Sociedad Gestora de Marketing S.A. y Polybureau S.A., formalizaron el contrato que se identifica en el encabezamiento (en lo sucesivo, el Contrato).

II.- Que formando parte del Contrato e incluida en la venta, se contempla la realización de una campaña, tal y como se define en el expositivo II del Contrato y cuyo coste ambas partes cuantifican en 1.000.000 euros.

III.- Que por resultar del interés de ambas partes, han decidido modificar las condiciones de entrega y el precio de los elementos objeto del Contrato.

A continuación, en síntesis, otorgan:

a) Que el precio de venta de la campaña se limita a los medios de comunicación ya contratados y queda reducido a la cantidad de 500.000 euros, en lugar de 1.000.000 euros inicialmente previsto.

b) Polybureau entregará a Sogemsa antes del día cinco de diciembre de 2003, la cantidad de “Sistema Home Cinema” que reste entre los adquiridos por los clientes de Sogemsa y los 10.000 objeto de compraventa. En el mismo acto de la entrega, Sogemsa satisfará a Polybureau S.A., como pago total del precio, la cantidad que resulte de multiplicar por 153,60 euros, IVA excluido, cada uno de los sistemas entregados.

c) Polybureau entregará a Sogemsa antes del día 20 de diciembre de 2003, el número de colecciones completas de las 78 películas que reste entre las adquiridas por los clientes de Sogemsa y las 10.000 colecciones objeto de compraventa, así como las pendientes de entrega en tal fecha. En el mismo acto de la entrega, Sogemsa satisfará a Polybureau S.A., como pago total del precio, la cantidad que resulte de multiplicar por 3,60 euros, IVA incluido, cada una de las películas entregadas.

d) En el mismo acto de recepción del precio convenido en los apartados anteriores, Polybureau cancelará el crédito concedido por Caja España con la finalidad de hacer frente a la campaña publicitaria que, junto con las colecciones y sistemas “home cinema”, conformaban el objeto del Contrato.

e) Cumplidos por ambas partes todos los compromisos asumidos en los ordinales precedentes, el Contrato quedará resuelto de pleno derecho por mutuo disenso, sin que ninguna de las partes tenga nada que reclamar a la otra por razón del mismo y sea cual fuere el motivo aducido.

TERCERO.- De lo anterior se desprende que las partes, de común acuerdo, sustituyeron las obligaciones primitivamente asumidas por otras distintas de modo que a partir del momento de la suscripción del documento de fecha 28 de noviembre de 2003, el anterior contrato (que, en realidad venían a resolver por mutuo disenso) quedaba sustituido por éste y las partes obligadas exclusivamente a lo ahora pactado con la finalidad de dar definitivamente por finalizada su relación contractual.

Se trata, por tanto, de un supuesto de novación extintiva por variación de las condiciones principales del contrato (artículo 1203.1 del Código Civil) en el cual se fija ya claramente que el número de colecciones de DVD y equipos de reproducción y “Home Cinema” es de 10.000.000 unidades, alterándose el precio de cada una de dichas unidades y el plazo de entrega, reduciéndose además a la mitad el precio fijado inicialmente para la campaña a cargo de Polybureau, la cual queda limitada a los medios de comunicación ya contratados y pasa de una cuantificación de 1.000.000 euros a 500.000 euros, con la consiguiente repercusión a la baja en los precios de los productos, en los cuales estaba prevista la repercusión del precio de la referida campaña.

Pues bien, el “suplico” de la demanda no interesa la nulidad de este segundo contrato -de 28 de noviembre de 2003- al que, en su desarrollo argumental, califica de mero “anexo”, limitándose, sin embargo a solicitar, junto a otros pedimentos, que se declare resuelto el contrato de fecha 1 de agosto de 2003, el cual -como se ha dicho- había quedado sustituido por este último.

Es cierto que en el propio encabezamiento del contrato de fecha 28 de noviembre de 2003 se titula el mismo como “Anexo de modificación del contrato compraventa y prestación de servicios...”, pero es muy reiterada la doctrina de esta Sala en el sentido de que no vincula a los tribunales la denominación jurídica que las partes hayan dado al convenio celebrado pues para ello son los propios tribunales los que habrán de calificar el contrato atendiendo al sentido y naturaleza de sus pactos en relación con la intención de los contratantes. Así la sentencia de 7 junio 2007, con apoyo en otras anteriores, afirma que “los contratos son lo que son y la calificación no depende de las denominaciones que le hayan dado los contratantes (...) pues, para la calificación, que constituye una labor insertada en la interpretación, habrá de estarse al contenido real, es decir, que habrá de realizarse de conformidad con el contenido obligatorio convenido y el protagonismo que las partes adquieren (...) con prevalencia de la intención de las mismas sobre el sentido gramatical de las palabras al tener carácter relevante el verdadero fin jurídico que los contratantes pretendían alcanzar con el contrato”. En igual sentido, se citan, entre

otras, las sentencias de 26 enero 1994, 24 febrero y 13 noviembre 1995, 18 febrero, 9 y 18 abril, y 21 mayo 1997, 4 julio 1998 y 7 julio 2000.

CUARTO.- La sentencia de primera instancia, y la de apelación -que la confirma- no niegan la validez de los pactos contenidos en el documento de 28 de noviembre de 2003, los cuales, como se ha dicho, comportaban una propia novación extintiva del contrato anterior, pero sin embargo declaran la resolución del contrato anterior de 1 de agosto de 2003 por incumplimiento de las demandadas Caja España Promociones, Sociedad Gestora de Marketing S.A. y Caja España de Inversiones, Caja de Ahorros y Monte de Piedad, con la consecuencia de condenar a estas últimas no sólo al pago de 171.573,83 euros en concepto de facturas emitidas y no pagadas, sino también a las de 6.243.498,17 euros en concepto de obligaciones asumidas por Polybureau con los diferentes proveedores de los servicios de campaña y 1.115.022,43 euros en concepto de indemnización por daños derivados del incumplimiento del contrato, sin tener en cuenta que fue la propia demandante Polybureau S.A. la que, ya desde la formulación de la demanda, reconoció que “no ha podido cumplir con el pretendido encargo del anexo de acelerar la entrega de todas las películas, ya que materialmente es imposible modificar en tan poco plazo los acuerdos entre Polybureau y los proveedores”, ello no obstante haberse obligado a ello, por lo que sostenía la nulidad del indicado anexo, pese a que tal petición no la trasladó al “suplico” de la demanda.

QUINTO.- Con tales antecedentes, procede examinar en primer lugar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Caja España Promociones, Sociedad Gestora de Marketing S.A. y Caja España de Inversiones, Caja de Ahorros y Monte de Piedad que, en su motivo primero, denuncia la falta de motivación de la sentencia impugnada en lo que se refiere a la declaración como resuelto del contrato de 1 de agosto de 2003, por el cauce procesal previsto en el artículo 469.1.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 218 de la misma Ley.

El motivo ha de ser acogido ya que el argumento del Juzgado, posteriormente seguido por la Audiencia, es el de que “en cuanto a la declaración de resolución del contrato, la demandada no se opone a esta petición formulada por la actora, por lo que no existe motivo para desestimar tal pretensión”, cuando es lo cierto que las demandadas no combatían la declaración sobre resolución del primero de los contratos -el de 1 de agosto de 2003- porque precisamente tal resolución la acordaban expresamente las partes al sustituirlo por la nueva convención alcanzada el 28 de noviembre siguiente, siendo así que al pronunciarse de tal modo no se motiva en forma alguna porqué -

existiendo este nuevo contrato de 28 de noviembre de 2003, que la propia parte actora reconoce como incumplido por su parte- se opera una resolución total de la relación contractual de la que se estima culpable a las demandadas y se les condena por vía de resarcimiento al pago de las importantes cantidades que se han señalado con anterioridad.

Se incurre así en una motivación tan incompleta que supone en realidad falta de motivación. Como dice la sentencia de 24 de septiembre de 2008 “la argumentación que precede al solemne pronunciamiento judicial dota a la sentencia de la “auctoritas” y le proporciona la fuerza de la razón, de manera que la motivación, que se integra en el derecho a la tutela judicial efectiva, tiene la doble función de dar a conocer las reflexiones que conducen al fallo y facilitar su control a través de los recursos pertinentes, favoreciendo un más completo derecho a la defensa en juicio y como un elemento preventivo de la arbitrariedad (...), que implica la carencia de fundamento alguno de razón o de experiencia, convirtiéndose en caprichoso el comportamiento humano, cuyas pautas han de ser la racionalidad, la coherencia y la objetividad (STC número 325/1994, de 12 de diciembre)”. La sentencia impugnada, como la de primera instancia, ha obviado el hecho de que las propias partes libremente acordaran lo convenido en fecha 28 de noviembre de 2003, fijando definitivamente el objeto contractual en 10.000 unidades de DVD y aparatos de reproducción y “Home Cinema”, manteniendo las indicadas sentencias que la contratación se había producido por 20.000 y resolviendo en consecuencia -pese a que dicha cifra jamás se plasmó por escrito y sólo se tuvo en cuenta en las conversaciones preliminares al contrato inicial de 1 de agosto de 2003- llegando a una conclusión según la cual, sin motivación alguna, resulta que el confesado incumplimiento por parte de Polybureau respecto de lo pactado en el documento de 28 de noviembre de 2003 supone volver al contrato anterior -que las partes expresamente habían sustituido por el nuevo- para extraer de él consecuencias favorables para la parte incumplidora.

SEXTO.- Lo ya razonado conduce a la estimación de este primer motivo de infracción procesal y, en consecuencia, por aplicación de lo establecido en la Disposición Final Decimosexta, apartado 1, regla 7ª, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a que esta Sala dicte nueva sentencia teniendo en cuenta lo que se hubiese alegado como fundamento del recurso de casación.

Como ya se ha reiterado con anterioridad nos encontramos ante una situación de incumplimiento por parte del Polybureau S.A. respecto de las obligaciones contraídas en fecha 28 de noviembre de 2003 -que venían a sustituir a las fijadas en el con-

trato de 1 de agosto anterior- y de ello se desprende necesariamente la desestimación de aquellas pretensiones de la demanda dirigidas a obtener un resarcimiento por daños y perjuicios derivados del incumplimiento de la parte contraria, como son la dirigida a ser indemnizada en concepto de obligaciones asumidas por Polybureau S.A. con los diferentes proveedores de los servicios de la campaña y en concepto de daños derivados del incumplimiento del contrato por la parte contraria.

Resta por tanto examinar lo referido a la condena a las demandadas Caja España Promociones, Sociedad Gestora de Marketing S.A. y Caja España de Inversiones, Caja de Ahorros y Monte de Piedad, al pago de la cantidad de 171.573,83 euros en concepto de facturas emitidas y no pagadas.

Los motivos quinto y sexto del recurso de casación son los que se refieren a tales extremos y concretamente a las cantidades figuradas en las facturas emitidas por Polybureau bajo los números 12009 y 12.010.

La primera de tales facturas -la 12009- cuyo pago se ha estimado procedente por la sentencia recurrida, al confirmar lo así resuelto en primera instancia, alcanza la cantidad de 156.934,64 euros y se corresponde con el precio de entrega de 5.966 sistemas de DVD y “Home Cinema” en el domicilio de cada cliente que se hubiera sumado a la promoción de Caja España. Pero es lo cierto que dicha facturación resultaba improcedente puesto que tal entrega en el domicilio de los clientes no se produjo en la realidad ya que, aun cuando inicialmente estaba prevista en el contrato de 1 de agosto de 2003, consta claramente convenido por las partes en fecha 28 de noviembre siguiente -mediante el documento novatorio tantas veces citado- que se sustituyó dicha entrega individual por una conjunta de todos los aparatos a disposición de Caja España en una nave que allí se identificaba, concepto por el que la receptora ya satisfizo la cantidad de 3.600 euros, según factura núm. 11.241 (folio 433), sin que pueda aceptarse la actuación unilateral de Polybureau en el sentido de emitir una nueva factura posterior por igual concepto -la 12009- en la que deducía dicha cantidad de 3.600 euros como si se hubiera tratado de una simple entrega a cuenta, teniendo en cuenta que lógicamente el cargo no podía ser el mismo por una entrega unitaria que por una individualizada -que suponía nada menos que la entrega domiciliaria de 5.966 aparatos-.

De igual modo ha de considerarse improcedente la factura 12.010 por importe de 25.614,54 euros (IVA incluido) referida a diferencias de precios en relación con las anteriores números 11.241, 11.244 y 11.249, pues tales diferencias de precios -facturados por películas- no resultan acordes

con los nuevos precios que las partes libremente pactaron en el documento de 28 de noviembre de 2003.

En consecuencia, en el momento de interposición de la demanda nada adeudaban las demandadas a la parte actora por razón de la relación contractual que constituye el objeto del proceso.

SÉPTIMO.- Procede por ello la estimación del recurso interpuesto por infracción procesal, anulando la sentencia impugnada y, conociendo del fondo de la cuestión planteada, desestimar íntegramente la demanda interpuesta por Polybureau S.A. contra las demandadas Caja España Promociones, Sociedad Gestora de Marketing S.A. (Sogemsa) y Caja España de Inversiones, Caja de Ahorros y Monte de Piedad.

Las costas de primera instancia se imponen a la demandante (artículo 394.1 de la LEC), sin que haya lugar a especial pronunciamiento sobre las de apelación y las del presente recurso (artículo 398.2 de la LEC).

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

FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Caja España Promociones, Sociedad Gestora de Marketing S.A. (Sogemsa) y Caja España de Inversiones, Caja de Ahorros y Monte de Piedad, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de León (Sección 3ª) con fecha 7 de diciembre de 2005 en Rollo de Apelación núm. 89/2005 dimanante de los autos de juicio ordinario número 159/2004, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de dicha ciudad, en virtud de demanda interpuesta por la entidad Polybureau S.A. contra las hoy recurrentes, la que anulamos y, en su lugar, desestimamos íntegramente la demanda con imposición a la parte actora de las costas causadas en primera instancia, sin especial pronunciamiento sobre las causadas en la apelación y en los presentes recursos por infracción procesal y de casación.

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.- Jesús Corbal Fernández.- José Ramón Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.

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



2009/165945

TS Sala 2ª, Sentencia 7 julio 2009. Ponente: D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar

Inapreciación de continuidad delictiva en delito de estafa

Se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por el condenado como autor de un delito continuado de estafa. El TS dicta segunda sentencia para dejar sin efecto la continuidad delictiva pues la identidad del tipo penal cometido en ambos casos y la del sujeto activo en los dos delitos no significa continuidad delictiva, porque delito continuado no significa reiteración en el comportamiento criminal ni repetición del mismo tipo penal por el sujeto sino la realización de una pluralidad de acciones delictivas que ofenden a uno o varios sujetos e infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, cuando su realización lo sea en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la Sentencia que le condena a la pena de cuatro años de prisión por un delito continuado de estafa, formaliza el acusado tres motivos de casación, el tercero de ellos fundado en el art. 5.4 de la LOPJ denunciando la infracción del art. 14.5 del Pacto de derechos Civiles y Políticos de Nueva York por no existir la posibilidad de una efectiva segunda instancia aparte del recurso extraordinario de casación, y pretendiendo por ello se le reconozca la posibilidad de interponer recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Murcia.

Se trata de una cuestión insistentemente planteada y reiteradamente resuelta por esta Sala en sentido desestimatorio, en los términos que acertadamente resume el Ministerio Fiscal en su escrito de oposición al recurso, y que por ello hacemos propios íntegramente:

La Sentencia de esta Sala 1123/2007 de 26 de diciembre declaró: "Realmente sorprende esta denuncia porque existe al respecto una constante, cumplida y coincidente jurisprudencia tanto de esta Sala Casacional como del Tribunal Constitucional que tiene declarado que en los términos del art. 14-5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la actual casación es un recurso efectivo desde la perspectiva de todo condenado porque se permite el doble examen de la condena y de la pena impuesta, ya que a través de la invocación del art. 24-2º de la Constitución, esta Sala Casacional controla tanto la licitud de la prueba en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia desde las exigencias derivadas

del derecho a la presunción de inocencia, y la razonabilidad de las inferencias realizadas, así como de la concreta extensión de la pena impuesta.

Con independencia de que los Dictámenes del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas no tienen fuerza ejecutiva directa para anular los actos de los poderes públicos, racionales al no existir en el Pacto cláusula de la que se derive su ejecutoriedad hay que reconocer que ciertamente existieron unos primeros pronunciamientos del Comité que no lo estimaron así, entre otros Dictámenes 1073/2002, 1095/2002 ó 1101/2002. Dicha doctrina ha sido superada por otros pronunciamientos posteriores del Comité en el sentido de estimar recurso efectivo, nuestro recurso de casación.

Citamos al respecto de esta Sala las SSTs 707/2003 de 30 de mayo, 1336/2004 de 2 de febrero, 116/2006 de 26 de mayo ó la más reciente 242/2007 de 22 de marzo.

Del Tribunal Constitucional las sentencias de 28 de abril de 2003 ó 116/2006. Del Tribunal Europeo de Derechos Humanos la Decisión de 22 de mayo de 2006 y del propio Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en los Dictámenes 1156/2003, 1389/2005 ó 1399/2005.

Y todo ello con independencia de que en virtud de la reforma de la LOPJ dada por Ley 19/2003 de 22 de diciembre, se haya generalizado la segunda instancia penal, estando actualmente pendiente de la adecuación de las Leyes procesales a esta novedad de acuerdo con la Disposición Final Segunda de la L.O. 19/2003 ".

Por su parte la STS 773/2007, de 10 de octubre dijo que "...También ha advertido el Tribunal Constitucional que el art. 14.5 del PIDCP, aunque consagra el derecho a un doble grado de jurisdicción no establece propiamente una doble instancia es decir que el derecho al recurso contra sentencias penales condenatorias, incluido dentro del derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE, a la vista del tenor literal del art. 14.5 PIDCP, e incluso conforme a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en relación con los arts. 6.1 CEDH y 2 del Protocolo núm. 7 del citado Convenio (SSTEDH de 13 de febrero de 2001, caso Krombach c. Francia, y de 25 de julio de 2002, caso Papon c. Francia), se debe interpretar no como el derecho a una segunda instancia con repetición íntegra del juicio, sino como el derecho a que un Tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena en el caso concreto Y aún, se añade, por otro lado, que la libertad de configuración por parte del legislador interno de cuál sea ese Tribunal superior y de cómo se someta a él el fallo condenatorio y la pena viene expresamente reconocida por el art. 14.5 PIDCP, lo que permite que dentro del ordenamiento, y en los delitos para cuyo enjuiciamiento así lo ha previsto el legislador, sea la casación penal el recurso que abra al condenado en la instancia el acceso a un Tribunal superior".

En consecuencia, no habiéndose producido la violación de derechos fundamentales aducida, procede la desestimación del motivo tercero.

SEGUNDO.- Los motivos primero y segundo interpuestos con apoyo en el art. 849-1º de la LECriminal alegan la indebida aplicación de los arts. 248 y 250.1 y 3 del Código Penal, por entender que el impago del precio en las dos compras no integra el delito de estafa sino el mero incumplimiento de una obligación contractual, y la infracción del art. 74 por no tratarse en todo caso de un delito continuado de estafa.

1.- En cuanto a la calificación como delito de estafa del art. 248 y 250.1-3º del código Penal, la impugnación no puede acogerse: el relato histórico describe en efecto dos operaciones de compra de sendos automóviles automáticos cuyos respectivos precios el acusado no pagó porque entregó pagarés y cheques que no fueron atendidos por las entidades bancarias por falta de fondos disponibles. Pero este hecho del impago, que por sí sólo en principio se situaría en la esfera civil de un simple incumplimiento contractual culposo o doloso, sin rebasar el ámbito del campo obligacional, se complementan con otros datos objetivos de indudable significación penal: en la

primera compra el pagaré se entregó sabiendo en ese momento que no se haría efectivo por falta de fondos, y contra una cuenta corriente que ya entonces carecía de saldo y que siguió luego sin tenerlo hasta que cinco meses después la cuenta fué cancelada. La imposibilidad de pago no fué ni transitoria ni imprevista, sino definitiva y conocida por el acusado desde el principio; de donde resulta que tanto la operación de compra como la entrega de un título de cobro fué mera apariencia con la que se simuló una intención de pago inexistente y una solvencia irreal, es decir un engaño determinante del error en la víctima que le llevó a disponer en su perjuicio del objeto transmitido al acusado.

Otro tanto sucede con la segunda compra. En este caso el cheque entregado lo fué contra una cuenta corriente inexistente por haber sido cancelada dos años antes. Engaño que, como en el caso anterior, indujo el error de la víctima que por ello dispuso de un bien de su propiedad en perjuicio propio y beneficio del acusado.

En definitiva: no son incumplimientos sobrevenidos de obligaciones contractuales asumidas, sino meras escenificaciones engañosas de aparentes compras que ocultaban bajo su aspecto de declaraciones de voluntad contractual la realidad de engaños defraudatorios integradores de la estafa. A ello no se opone el muy posterior abono parcial de la cantidad reclamada por la víctima, con lo que ni se satisfizo el valor de lo adquirido, ni aparece con otro fin que el de acallar momentáneamente las exigencias de cobro de los estafados, después de consumados los dos delitos.

En este aspecto por tanto ambos motivos deben desestimarse.

2.- Con relación a la continuidad delictiva la impugnación debe ser acogida:

Con dos acciones delictivas sucesivamente cometidas por el acusado existe en principio un concurso real, de dos delitos independientes que deben ser castigados con sus respectivas penas de acuerdo con el art. 73 del Código Penal. La identidad del tipo penal cometido en ambos casos y la del sujeto activo en los dos delitos no significa continuidad delictiva, porque delito continuado no significa reiteración en el comportamiento criminal ni repetición del mismo tipo penal por el sujeto sino la realización de una pluralidad de acciones delictivas que ofenden a uno o varios sujetos e infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, cuando su realización lo sea en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión (art. 74 del Código Penal). Esta exigencia que, entre otras, es la básica del delito continuado y la que le da

entidad como figura jurídica confiere a la pluralidad de delitos una unidad interna característica, pues cada infracción aislada no es sino ejecución parcial de una única ideación y ejecución (S. 19 abril 2005) de suerte que la pluralidad de acciones comisivas pierde sustantividad para aparecer como una ejecución parcial y fragmentada de una sola y única programación de los hechos (S. 367/2006 de 22 de marzo), realizados con cierta conexidad temporal, es decir en unas coordenadas espacio-temporales próximas indicativas de su falta de autonomía (S. 19 de abril de 2005).

Pero sucede que en este caso nada hay en el relato histórico, fuera de la descripción de ambas estafas cometidas con dos meses de intervalo, que exprese el presupuesto fáctico de esa exigencia del delito continuado.

La mera semejanza de las formas comisivas con la entrega en los dos delitos de cheques o pagarés sin fondos disponibles no es bastante para apreciar delito continuado, la Sentencia nada dice en el hecho probado que permita su apreciación y el Fundamento de Derecho Segundo se limita a señalar que son "dos acciones delictivas ejecutadas con el mismo propósito y finalidad", lo cual obviamente no puede ser de otro modo tratándose de un mismo tipo penal cometido dos veces con los mismos elementos típicos subjetivos.

3.- En consecuencia procede estimar el recurso en este particular, y apreciar dos delitos de estafa, en concurso real. Siendo la pena en cada uno la de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses (art. 250-1-3º del Código Penal), procede imponerla en su límite mínimo legal, atendiendo al posterior pago parcial de las cantidades defraudadas, que disminuyó el alcance del perjuicio causado.

Por lo expuesto procede estimar parcialmente el motivo primero del recurso.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación por infracción de ley y precepto constitucional, interpuesto por Ezequias, contra Sentencia dictada por la Sección núm. 4 de la Audiencia Provincial de Murcia, que le condenó por un delito continuado de estafa, por estimación parcial del motivo primero y en su virtud casamos y anulamos la Sentencia dictada por dicha Audiencia con declaración de las costas de oficio.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar Julian Sanchez Melgar Miguel Colmenero Menendez de Larcá Alberto Jorge Barreiro Diego Ramos Gancedo

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a siete de julio de dos mil nueve en la causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Totana (Murcia) y, fallada posteriormente por la Sección 4º de la Audiencia Provincial de Murcia, que por Sentencia de casación ha sido casada y anulada en el día de la fecha, que fue seguida por un delito continuado de estafa contra Ezequias, natural de Mula (Murcia), con domicilio en Alhama de Murcia, hijo de Asensio y Ana María, nacido el 29 de mayo de 1968, con DNI núm.002, con instrucción, sin antecedentes penales, ignorada solvencia, en libertad provisional, y que estuvo privado de libertad en esta causa los días quince y dieciséis de junio de 2005; la Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar, hace constar lo siguiente:

ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los Antecedentes de Hechos y Hechos Probados de la Sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los Hechos declarados probados constituyen dos delitos de estafa ya calificados por los que procede imponer para cada uno la pena de prisión de UN AÑO, por las razones ya expresadas en nuestra Sentencia de casación que damos aquí por reproducidas.

SEGUNDO.- En todo lo demás no modificado por el anterior hacemos propios los Fundamentos de la Sentencia de instancia así como los pronunciamientos del Fallo.

FALLO

Que debemos CONDENAR y CONDENAMOS a Ezequias como autor de dos delitos de estafa a la pena de, por cada uno de ellos, UN AÑO de prisión. Con la accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de SEIS MESES con cuota diaria de seis euros y la responsabilidad personal establecida por la Sentencia de instancia, cuyos restantes pronunciamientos, no modificados por los anteriores damos por reproducidos en esta Sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar Julian Sanchez Melgar Miguel Colmenero Menendez de Larcá Alberto Jorge Barreiro Diego Ramos Gancedo

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



TS Sala 3ª, Sección: 5, Sentencia 30 septiembre 2009. Ponente: D. Pedro José Yagüe Gil

Nulidad del Decreto 60/2003 sobre zonas periféricas de protección del sistema de zonas húmedas del sur de Alicante

El TS casa la STSJ de la Comunidad Valenciana y estima el recurso contencioso administrativo interpuesto por la mercantil contra el Decreto 60/2003, del Consejo de la Generalidad Valenciana, que aprobó las zonas periféricas de protección del sistema de Zonas Húmedas del Sur de Alicante. La Sala considera que el recurso ha quedado sobrevenidamente sin objeto, pues dos sentencias de este Tribunal ya han anulado el Decreto impugnado, y por esas mismas razones, declara haber lugar a este recurso de casación, a fin de revocar la sentencia de instancia, que desestimó indebidamente el recurso contencioso administrativo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en este recurso de casación núm. 3742/2005 la sentencia de 13 de enero de 2005 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, (Sección 3ª), que desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto contra el Decreto 60/2003, de 13 de mayo, del Consejo de la Generalidad Valenciana, aprobatorio de la ordenación de las zonas periféricas de protección del sistema de Zonas Húmedas del Sur de Alicante (Salinas de Santa Pola, Lagunas de La Mata y Torrevieja y El Fondó) - DOGV 4504, de 21 de mayo de 2003-.

SEGUNDO.- De las actuaciones obrantes en este proceso (y en los conexos que se citarán a continuación) resultan los siguientes antecedentes a considerar:

Mediante Decreto 189/1988, de 12 de diciembre de la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes de la Comunidad Valenciana se declaró Paraje Natural "Las Lagunas de la Mata y Torrevieja", atribuyéndosele un régimen especial de protección conforme a la normativa establecida al efecto en la Ley autonómica 5/1988, de 24 de junio, regu-

ladora de los Parajes Naturales de la Comunidad Valenciana. Dicho Decreto fue anulado por sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana 500/1995, de 16 de mayo de 1995, y sustituido por el posterior Decreto 2371/1996, de 16 de diciembre, de declaración del Parque Natural de las Lagunas de la Mata y Torrevieja.

Por otra parte, mediante Decreto 49/1995, de 22 de marzo, del Gobierno Valenciano, se aprobó definitivamente el Plan Rector de Uso y Gestión del referido Paraje Natural. Este Decreto fue también anulado por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en sentencia de 5 de enero de 1998 (rec. cont.-ad. 3231/1995), a causa de no haberse recabado durante la tramitación de aquél, el dictamen del Consejo de Estado. Contra ella se interpuso ante esta Sala del Tribunal Supremo el recurso de casación 2609/1998, que se resolvió en sentido estimatorio por sentencia de 16 de junio de 2003. En ella se declaró, de una parte, que en la tramitación del referido Plan Rector no resultaba preceptivo recabar dictamen del Consejo de Estado. Pero, de otra, que dicho Plan carece de la necesaria cobertura legal para establecer 'ex novo' zonas periféricas de protección sobre el mencionado Parque

Natural. Como consecuencia de ello estimó parcialmente el recurso contencioso y anuló el artículo tercero del citado Decreto, en el que se estableció un perímetro de protección de 500 metros en torno al límite del Paraje.

En esta tesis, el 13 de mayo de 2003 el Consejo de la Generalidad Valenciana dictó el Decreto 60/2003 -que constituye el objeto del presente proceso-, en cuya virtud se aprobó la "ordenación de las zonas periféricas de protección del sistema de Zonas Húmedas del Sur de Alicante (Salinas de Santa Pola, Lagunas de La Mata y Torrevieja y El Fondó)".

Contra este último Decreto se interpusieron, además del presente, cuatro recursos contencioso-administrativos más (núms. 1082/2003, 1139/2003, 1141/2003 y 1138/2003), que se resolvieron con las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de fechas respectivas 30 de junio, 4 de octubre y 26 de noviembre de 2004 y 13 de enero de 2005, todas ellas desestimatorias.

Las tres últimas fueron impugnadas ante esta Sala del Tribunal Supremo en los recursos de casación 7/2005, 589/2005 y 4058/2005. De ellos los dos primeros han sido ya resueltos mediante sendas sentencias de 30 de junio y 1 de julio de 2009, estimatorias de la casación y anulatorias del mentado Decreto 60/2003.

TERCERO.- La entidad mercantil ahora recurrente fundó la demanda presentada en la instancia, entre otros aspectos y en lo que aquí importa, en que el Decreto 60/2003 impugnado se extralimitó en sus competencias al delimitar las "zonas periféricas de protección" sin disponer de la necesaria cobertura legal. En el "suplico" de dicha demanda solicitó la anulación completa del Decreto, sin pretender a mayores el reconocimiento de una situación jurídica individualizada.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 13 de enero del 2005, ahora impugnada, desestimó el recurso efectuando una remisión a sus anteriores sentencias de 30 de junio y 4 de octubre de 2004 antes citadas (recs. cont.-ad. 1082/2003 y 1139/2003), y limitándose a transcribir literalmente fundamentos jurídicos de éstas.

CUARTO.- Contra esa sentencia de 13 de enero de 2005 la entidad mercantil "Olea Inversiones, SL" ha interpuesto recurso de casación en el que esgrime cuatro motivos de impugnación, al amparo, los tres primeros, del artículo 88.1.d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LRJCA) -por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las

cuestiones objeto de debate-, y, el cuarto, al amparo del artículo 88.1.c), esto es, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que en este último caso se haya producido indefensión para la parte.

1º. En el primero se denuncia la infracción del artículo 18 y de la disposición adicional 5ª de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y la Flora y Fauna Silvestres (LCEN), así como del artículo 149.1.23 de la Constitución Española.

Entiende la recurrente que, conforme al referido precepto de la Ley 4/1989 la zona periférica de protección sólo se puede establecer en los espacios naturales protegidos creados por una norma con rango de ley. Como el espacio natural protegido en cuestión ha sido creado por el Decreto 237/1996 de la Generalidad Valenciana en lugar de por una ley, no caben establecer zonas periféricas de protección como las que pretende ordenar el Decreto 60/2003 ahora impugnado.

E insiste, en este sentido, en que deberá ser la propia ley de creación de Espacios Naturales de Protección la que, en su caso, establezca las limitaciones necesarias. De forma que, en este caso, se incumplen dos exigencias: a) la de reserva formal de ley; al tratarse de un Decreto, éste es nulo; y b) la de reserva material de ser la propia ley de creación de Espacios Naturales de Protección la que, en su caso, establezca las limitaciones necesarias, pues en este supuesto la norma de creación de Espacio Protegido no ha sido el Decreto impugnado.

Añade finalmente que el artículo 29.2 de la Ley Valenciana 11/1994, de 27 de diciembre, de Espacios Naturales Protegidos de la Comunidad Valenciana, al permitir la creación de espacios de protección por medio de instrumentos de ordenación del espacio protegido, al margen de la ley que lo cree, infringe los preceptos de Derecho básico estatal citados.

2º. En el segundo motivo -también al amparo del artículo 88.1.d) LRJCA-, se invoca la infracción de la sentencia dictada por esta Sala del Tribunal Supremo el 16 de junio de 2003 en el recurso de casación núm. 2609/1998, que anuló el artículo 3 del anterior Decreto 49/1995, de aprobación del Plan Rector de Uso y Gestión del Paraje Natural de las Lagunas de La Mata y Torrevieja (en el que se establecía una franja o perímetro de protección de 500 metros), declarándose nulo por falta de cobertura legal.

3º. En el tercero de los motivos se esgrime la infracción del artículo 33

de la Constitución, artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como de los artículos 9.3, 103.1 y 106.1 de la Constitución, que someten a control judicial la actuación discrecional de la Administración.

Sostiene la recurrente que los criterios tenidos en cuenta por la Administración para fijar los usos dentro de la zona de protección han sido arbitrarios, y su actuación debe ser controlada judicialmente.

4º. Por último, en el cuarto motivo -éste al amparo del artículo 88.1.c) LRJCA- se denuncia falta de motivación e incongruencia interna de la sentencia recurrida, al no justificar suficientemente el cambio de criterio respecto de anteriores Sentencias del TSJ de la Comunidad Valenciana (concretamente la de 16 de mayo de 1995, y la de 5 de enero de 1998, Sección 1ª), así como respecto de la STS de 16 de junio de 2003 ya referida.

QUINTO.- Este recurso de casación ha quedado, sobrevenidamente, desprovisto de objeto, por las razones que apuntaremos a continuación.

A.- Esta Sala del Tribunal Supremo, en las dos sentencias de fechas respectivas 30 de junio y 1 de julio de 2009 antes referidas, dictadas en los recursos de casación 7/2005 y 589/2005, anuló ya el reiteradamente citado Decreto 60/2003, de 13 de mayo, de ordenación de las zonas periféricas de protección del sistema de Zonas Húmedas del Sur de Alicante (Salinas de Santa Pola, Lagunas de La Mata y Torrevieja y El Fondó), que constituye el objeto de este pleito.

Y ello porque dicho Decreto: "(...) pretende la ordenación de las zonas periféricas de protección del Parque Natural de las Lagunas de La Mata y Torrevieja (dentro del sistema de zonas húmedas del sur de Alicante) sin que una norma con rango de ley declarara el mismo, y sin que -aquí lo significativo- una norma de dicho rango creara las zonas periféricas de protección del citado Parque Natural, (pese a que) del artículo 18 de la LCEN se deduce tanto una reserva formal de ley (que impone el precepto con rango de ley para la creación de las citadas zonas limitadoras) como una reserva material de ley (por cuanto se exige la regulación por ley -en la norma de creación- del Espacio Natural Protegido).

Pues bien dicho rango no podemos encontrarlo en relación con ninguno de los siguiente argumentos:

(...) En el Decreto 189/1988, de 12 de diciembre, por el que se declaraba Paraje Natural a las Lagunas de la Mata y Torrevieja, ya que -al margen de sus rango- el mismo Decreto fue anulado por la STSJ de la Comuni-

dad Valenciana de 16 de mayo de 1995, antes, pues de la publicación del Decreto impugnado 60/2003.

(...) En el Decreto de la Consejería de Agricultura y Medio Ambiente de la Generalidad Valenciana 237/1996, de 10 de diciembre, por el que se crea de nuevo el actual Parque Natural las Lagunas de la Mata y Torrevieja; Decreto que, si bien estaba en vigor en el momento de la publicación del Decreto impugnado, ni era norma con rango de ley, ni contemplaba, en concreto, la existencia de zonas de protección.

(...) Por lo que hace referencia al artículo 29 de la Ley Valenciana 11/1994, de 27 de diciembre, de Espacios Naturales Protegidos de la Comunidad Valenciana, en relación con el 37.2 del mismo texto legal autonómico, en los que fundamentalmente insiste la sentencia de instancia, debemos señalar que el mandato en los mismos contenido tampoco puede ser considerado suficiente para superar la exigencia de reserva legal a la que venimos haciendo referencia, con respaldo en el artículo 18 de la LCEN, por cuanto la posibilidad de creación -que dichos preceptos autonómicos contemplan- no supone que -real y efectivamente- dicha creación legal se haya producido; es más, la norma que posibilitaba dicha creación no era otra que el artículo 3 del Decreto 49/1995, de 22 de marzo, por el que se aprobaba el Plan Rector de Uso y Gestión del Paraje Natural de las Lagunas de la Mata y Torrevieja, que acabaría siendo anulado por la citada STSJ de la Comunidad Valenciana de 5 de junio de 1998 y confirmada, en este particular, por la STS de 16 de junio de 2003.

Pues bien, tras contemplarse en el artículo 29.1 de la citada Ley autonómica que "la declaración de espacio natural protegido" puede incluir la delimitación de "áreas de amortiguación de impactos", se añade en el apartado 2 del mismo artículo 29:

"El establecimiento o alteración de la delimitación de áreas de amortiguación de impactos y el régimen de protección aplicable a las mismas podrá asimismo llevarse a cabo por los instrumentos de ordenación del espacio protegido sin que tenga la consideración de modificación de la declaración de espacio natural protegido".

Por su parte, en el artículo 37.2 de la misma norma autonómica valenciana se añade, al regular los Planes Rectores de Uso y Gestión, que, los mismos, "En ausencia del Plan de Ordenación de los Recursos Naturales, establecen, además, el régimen de protección y ordenación de usos necesarios para garantizar la conservación, protección y mejora de los valores ambientales".

En principio la contradicción entre dichas normas autonómicas con la

básica estatal (18 de la LCEN) parece evidente, ya que la posibilidad de establecimiento -o alteración- de las zonas de protección a través de instrumentos de ordenación del espacio protegido, y no a través de la norma con rango de ley, se opone a lo establecido en la legislación estatal, sin que la normativa autonómica pueda dejar sin efecto la reserva legal estatal contenida, además, en una norma básica.

Debe, pues, rechazarse el apoyo que la sentencia de instancia intenta encontrar en dichos preceptos para mantener la legalidad del Decreto 60/2003 impugnado, cuando se dice que "el Decreto 60/03 constituye un instrumento de ordenación de usos y actividades en el ámbito de la zona periférica de protección del Parque Natural de las Salinas de la Mata y Torrevieja", o bien, cuando añade que "el artículo 37.2 de la Ley valenciana 11/1994, otorga cobertura legal a la ordenación impugnada, sustitutiva del régimen previsto para los perímetros de protección por el anterior PRUG de 22 de marzo de 1995".

Pero es más, el Decreto 60/2003 impugnado no puede ser considerado como un "instrumento de ordenación de usos y actividades en el ámbito de la zona periférica de protección", por cuanto tal misión -artículo 15 de la LCEN - está encomendada a los Planes de Ordenación de Recursos Naturales, que debe ser aprobado con anterioridad al PRUG, como dispone, además del precepto de la citada Ley estatal, el mismo artículo 31.1 de la ley autonómica valenciana 11/1994.

El supuesto excepcional de declaración de parques y reservas naturales -sin previa aprobación de un PORN-, que se contempla en el artículo 15.2 de la LCEN, tampoco resulta de recibo en el supuesto de autos por evidentes razones temporales (un año a partir de la declaración del parque) y materiales -esto es, por que no es un PORN, sino un PRUG-, y, todo ello, además, por no haberse justificado, de forma expresa, las razones que exigían su creación.

(...) Por último, tampoco podemos encontrar el apoyo legal necesario en la Disposición Adicional Primera de la citada Ley 11/1994, que dispuso "que los espacios naturales declarados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley quedan reclassificados con arreglo a lo previsto en la Disposición Adicional Segunda", Disposición en la que -apartado f)- se incluye al Parque Natural de las Lagunas de Mata y Torrevieja; pero, como antes indicábamos, y aceptando a efectos meramente dialécticos tal mecanismo de declaración legal, lo cierto es que dicha norma no crea las zonas periféricas de protección (que el Decreto impugnado se proponía ordenar), pues, se insiste, el artículo

29.2 de la citada Ley autonómica contempla una posibilidad que, ni la citada ley ni ningún otro precepto con dicho rango, han materializado en los términos exigido. (...)"

B.- Por esas mismas razones, procede declarar haber lugar a este recurso de casación, a fin de revocar la sentencia de instancia, que desestimó indebidamente el recurso contencioso administrativo núm. 1140/03, y que es por ello disconforme a Derecho.

SEXTO.- Al declararse haber lugar al recurso de casación no procede hacer condena en las costas del mismo (artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional), ni existen razones que aconsejen hacerla respecto de las de instancia.

Por todo ello, en nombre de S.M. el Rey y en el ejercicio de la potestad que, emanada del pueblo español, nos concede la Constitución.

FALLO

Que declaramos haber lugar al presente recurso de casación núm. 3742/05 interpuesto por la entidad "Oleza Inversiones, S.L." contra la sentencia dictada el 13 de enero de 2005 por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sección 3ª) en el recurso contencioso administrativo núm. 1140/03, y en consecuencia:

1º.- Revocamos dicha sentencia.

2º.- Estimamos el recurso contencioso administrativo núm. 1140/03 interpuesto por aquella mercantil contra el Decreto 60/2003, de 13 de mayo, del Consejo de la Generalidad Valenciana, que aprobó las zonas periféricas de protección del sistema de Zonas Húmedas del Sur de Alicante (Salinas de Santa Pola, Lagunas de La Mata y Torrevieja y El Fondó).

3º.- Declaramos dicho Decreto 60/03 disconforme a Derecho, y lo anulamos.

4º.- No hacemos condena ni en las costas de instancia ni en las de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la colección legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Mariano de Oro-Pulido López.- Pedro José Yagüe Gil.- Jesús Ernesto Peces Morate.- Rafael Fernández Valverde.- Eduardo Calvo Rojas.- María del Pilar Teso Gammella.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Pedro José Yague Gil, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.

2009/225177

TS Sala 3ª, Sección: 7, Sentencia 16 septiembre 2009. Ponente: D. Nicolás Maurandi Guillén

Modificación de la jornada laboral del personal obligado a prestar servicios en régimen de especial dedicación

El TS estima el recurso de casación interpuesto contra la STSJ de Madrid al incurrir en vicio de incongruencia, por no pronunciarse sobre la impugnación indirecta de la resolución ministerial sobre jornadas y horarios de trabajo, y en su lugar se dicta otra por la que se confirman las resoluciones de la AEAT que le impusieron al actor una nueva jornada semanal de 40 horas. La Sala considera que existe norma de rango legal que habilite a la resolución impugnada, rechazando la pretendida derogación de la habilitación reglamentaria que en materia de jornada de trabajo de los funcionarios de la Administración del Estado contiene el art. 78 Decreto 315/1996; por otra parte, declara la competencia del órgano emisor de la resolución impugnada y considera correcto el criterio seguido por la Administración para imponer la jornada y el horario de especial dedicación, que fue considerar que el personal que perciba el complemento específico o de productividad es el que viene obligado a prestar sus servicios en el régimen de especial dedicación que determinen los Subsecretarios.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El debido estudio de este recurso de casación aconseja comenzar con el siguiente relato de lo acaecido en la fase administrativa y en el proceso de instancia:

1.- El recurrente en esta casación, D. Fausto, funcionario del Cuerpo de Profesores Químicos de los Laboratorios de Aduanas, destinado en el Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT), con anterioridad al 1 de febrero de 1999 prestó sus servicios con una jornada semanal de 37 horas y media en jornada de mañana, y desde la indicada fecha se vio obligado a realizar una jornada semanal de 40 horas, con horario de mañana y tarde.

Esta nueva jornada le fue impuesta en virtud de la comunicación de 26

de enero de 1999 cursada por el Director del Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la AEAT, que invocaba la Resolución de 27 de abril de 1995, de la Secretaría de Estado para la Administración Pública, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal civil al servicio de la Administración del Estado, en lo que establecía sobre la jornada y horario del personal que viniera a obligado a prestar servicios en régimen de especial dedicación.

2.- El 10 de octubre de 2001 solicitó la reposición de la anterior jornada (que había venido realizando de conformidad con lo que había sido dispuesto en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 19 de enero de 1983), como también que se le indemnizara tanto el exceso de jornada que a su entender se había producido desde febrero de 1999 como el doble desplazamiento al centro de trabajo que había tenido que llevar a cabo como consecuencia del cumplimiento del horario de tarde.

La solicitud fue desestimada por resolución de 18 de diciembre de 2001 del Director General de la AEAT que, en sus fundamentos jurídicos, recordó lo establecido sobre Jornada y Horario de especial dedicación en el apartado tercero de la mencionada Resolución de 27 de abril de 1995 y, sobre esta base, declaró ajustada a Derecho la comunicación de 26 de enero de 1999.

La anterior decisión fue objeto de un recurso de reposición planteado el 24 de enero de 2002, que fue desestimado por nueva resolución de 3 de abril de 2002 del Director General de la AEAT.

3.- El proceso de instancia fue iniciado mediante recurso contencioso-administrativo dirigido contra esas resoluciones de la Dirección General de la AEAT que acaban de mencionarse.

La demanda formalizada en dicho proceso, además de una última sobre condena de costas, dedujo estas seis peticiones de fondo:

(1) La nulidad de la Resolución de 27 de abril de 1995, de la Secretaría de Estado para la Administración Pública, y en particular la de su disposición tercera sobre Jornada y Horario de especial dedicación.

(2) La nulidad de los actos de aplicación de esa resolución de 1995 dictados desde el 1 de febrero de 1999.

(3) La nulidad de las resoluciones de la Dirección General de la AEAT de 18 de diciembre de 2001 y 3 de abril de 2002 (para esta segunda se indica erróneamente el día 2, correspondiente a la propuesta de resolución).

(4) El reconocimiento al actor como situación jurídica individuali-

zada del derecho a realizar una jornada de 37 horas y media semanales en horario flexible y sin obligación de cumplir horario de tarde.

(5) El derecho a una indemnización por la realización de un mayor horario de trabajo, cuantificado en un mínimo del 106,67 por cien de las retribuciones percibidas desde el 1 de febrero de 1999.

(6) El derecho a una indemnización por el doble desplazamiento realizado desde el domicilio al centro de trabajo (a cuantificar teniendo en cuenta los kilómetros realizados en vehículo propio según el coste que figura en el Reglamento del IRPF).

4.- La sentencia aquí recurrida desestimó el recurso contencioso-administrativo del Sr. Fausto.

SEGUNDO.- El actual recurso de casación ha sido interpuesto también por D. Fausto y en su primer motivo, amparado en la letra c) del artículo 88.1 de la Ley jurisdiccional (LJCA), imputa a la sentencia aquí impugnada haber incurrido en incongruencia omisiva con vulneración de los artículos 24 y 120.3 de la Constitución (CE) 1 y 67.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Lo aducido para justificar esta censura dirigida a la sentencia recurrida es que por esta se omitió toda referencia a la impugnación indirecta que en la demanda del proceso de instancia se había planteado sobre la Resolución de 27 de abril de 1995 de la Secretaría de Estado para la Administración Pública (por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal civil al servicio de la Administración del Estado).

El reproche es justificado, al ser cierto el silencio que se imputa a la sentencia "a quo" por lo que debe anularse esta y proceder este Tribunal Supremo a examinar y resolver directamente el debate que fue planteado en el proceso de instancia (artículo 95.2, c y d, de la LJCA).

TERCERO.- Entrando en el enjuiciamiento de las cuestiones de fondo que fueron suscitadas en el proceso de instancia, debe comenzarse señalando que la demanda, para apoyar esas seis pretensiones ejercitadas en el "suplico" de la misma que antes fueron expuestas, desarrolló en los apartados VIII, IX, X, XI, XII y XIII de sus fundamentos jurídico-sustantivos seis bloques de argumentaciones.

La argumentación del apartado VIII sostiene que no existe ninguna norma con rango de ley que regule la jornada de los funcionarios, por lo que no se cumple con la reserva de ley dispuesta para el estatuto funcional por el artículo 103.3 CE, y se añade que las normas reguladoras sobre esta materia que se han sucedi-

do han de considerarse derogadas o contrarias al anterior precepto constitucional.

Se cita a este respecto, en primer lugar, el artículo 78 de la Ley articulada de Funcionarios civiles del Estado de 1964 (que dispone: La jornada de los funcionarios de la Administración del Estado será la que reglamentariamente se determine), y se dice de este precepto que dispuso una deslegalización sobre la materia que nunca fue utilizada y ha de considerarse derogada por la Constitución por oponerse a su artículo 103.3.

En segundo lugar, se menciona la jornada de 42 horas semanales que aparecía en el artículo 5.2 de la Ley 31/1965, de 4 de mayo, y se recuerda a continuación que este texto legal fue derogado por la Ley 30/1984.

Y, en tercer lugar, se trae a colación la regulación contenida en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 19 de enero de 1983, de la que se afirma que era nula de pleno derecho, entre otras razones, por imponer una jornada sin los requisitos formales del repetido artículo 103.3 CE, y que no fue impugnada porque mejoraba el anterior horario de 42 horas semanales, se consideró su provisionalidad y se ponderó así mismo la asimilación que significaba de la jornada funcional y la de los trabajadores regidos por el Estatuto de los Trabajadores.

La argumentación del punto IX, expuesta en lo esencial, consiste en reprochar que no existe tampoco ninguna norma de rango legal o reglamentario que cree la situación de especial dedicación, ni que dicte los requisitos de los puestos de trabajo a los que se debe atribuir su cumplimiento.

Ese planteamiento principal se completa diciendo que el régimen de tiempo de trabajo que aquí se impuso al recurrente, por apreciar en él la Administración la percepción de una retribución que obligaba a una especial dedicación, le significó la necesidad de someterse a una jornada que era superior a la normal e indeterminada en su duración, pues ésta va desde un mínimo de 2 horas y media semanales hasta un máximo sin límite.

A continuación se transcribe la regulación sobre las retribuciones complementarias contenida en el artículo 23 de la Ley 30/1984, y se viene a decir que sería necesario un reglamento que especificase las características que pueden diferenciar la dedicación y las razones que pueden justificar el complemento específico o de productividad.

La argumentación del apartado X aduce que la Resolución de 27 de abril de 1995 sería nula, además, por imponer a los funcionarios una jornada indeterminada y dejar la aplica-

ción de esta gravosa obligación en manos de los Jefes de Unidad.

La argumentación del apartado XI se sintetiza en denunciar que la obligación de llevar a cabo una jornada de especial dedicación es una característica esencial del puesto de trabajo que no ha sido llevada a la relación de puestos de trabajo, tal y como exige (en el criterio de la demanda) el artículo 15 de la Ley 30/1984 y ratifica el número 3 del apartado cuatro del artículo 103 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, por el que se crea la AEAT.

La argumentación del apartado XII sostiene que el Director General de la AEAT era manifiestamente incompetente para tomar las decisiones que fueron plasmadas en sus resoluciones de 18 de diciembre de 2001 y 3 de abril 2004 (se consigna de nuevo por error el día 2).

Esa pretendida incompetencia se viene a construir en estos términos que siguen. Que tratándose de combatir el acto de aplicación de la Resolución del Secretario de Estado para la Administración Pública de 27 de abril de 1995, dicho acto sólo pueden ser atribuido al Presidente, como máximo órgano directivo de la Agencia, y la reclamación no podía ir dirigida a un órgano inferior salvo que tuviera delegada la competencia. Que así debe ser considerado porque, teniendo el Director General de la AEAT una categoría asimilada a la de Subsecretario, sólo es competente, según lo dispuesto en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), para la ejecución de lo dispuesto por el Presidente. Y que todo lo anterior hace que no pueda considerarse competente al Director General para resolver la petición que el recurrente hizo el 10 de octubre de 2001 ni para resolver el recurso administrativo que posteriormente fue presentado.

Por último, la argumentación del apartado XIII está dirigida a defender que la reposición de jornada y las indemnizaciones que fueron solicitadas son una necesaria consecuencia de la declaración de nulidad que procede para la controvertida Resolución de 27 de abril de 1995 y para los posteriores actos administrativos que han hecho aplicación de ella.

CUARTO.- El incumplimiento de la reserva de ley en materia de función pública (artículo 103.3 CE), denunciado en la argumentación del apartado VIII, no puede ser compartido por todo lo que se explica a continuación.

El alcance de dicha reserva legal fue precisado por la sentencia 99/1987, de 11 de junio, del Tribunal Constitucional (TC), cuya doctrina puede ser aquí resumida en las siguientes ideas esenciales.

Se reconoce la posibilidad de colaboración reglamentaria para complementar o particularizar en aspectos instrumentales la ordenación legal de la materia de función pública.

Se condiciona la validez de la remisión al reglamento que legalmente haya sido dispuesta a que el ejercicio de la correspondiente potestad reglamentaria quede restringido a establecer un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades dispuestas por la Constitución o por la propia ley.

Y en cuanto al ámbito que ha de reconocerse al concepto constitucional de Estatuto de Funcionarios Públicos o a la expresión "régimen estatutario" se realiza esta declaración: "Es éste, desde luego, un ámbito cuyo contorno no puede definirse en abstracto y "a priori", pero en el que ha de entenderse comprendida, en principio, la normación relativa a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, a las condiciones de promociones en la carrera administrativa y a las situaciones que en ésta puedan darse, a los derechos y deberes y responsabilidad de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como a la creación e integración, en su caso, de cuerpos y escalas funcionariales y al modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las Administraciones públicas.....".

La doctrina constitucional que acaba de recordarse es plenamente aplicable a la actual controversia y obliga a rechazar la derogación que se pretende para esa habilitación reglamentaria que en materia de jornada de trabajo de los funcionarios de la Administración del Estado contiene el artículo 78 de la Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado de 1964.

Así ha de ser considerado, primero, porque la jornada de trabajo no es sino un medio instrumental para hacer posible el desempeño de la función o cargo que como primer y principal deber funcional aparece legalmente dispuesto en el artículo 76 de esa misma Ley de 1964. Y, segundo, porque la particularización de regulaciones que en esta materia de jornada impone la enorme variedad existente de cuerpos y clases de funcionarios y cometidos funcionariales, así como la conveniencia de agilizar las modificaciones normativas que reclamen las cambiantes necesidades de la Administración pública, hacen que para esta regulación el reglamento se revele como un instrumento técnicamente mucho más adecuado que la ley.

Por tanto, no es de acoger esa falta de rango legal que se invoca como causa o motivo de nulidad de la ordenación de jornada llevada a cabo en la Resolución de 27 de abril de 1995 de la Secretaría de Estado para la Administración Pública.

QUINTO.- Los distintos motivos de impugnación planteados en las argumentaciones de los apartados VIII, IX y X, que por guardar relación entre sí merecen ser analizados conjuntamente, ya debe decirse también que son igualmente injustificados.

El punto de partida de su análisis debe ser este: según se expresa en el fundamento de la resolución de 18 de diciembre de 2001 del Director General de la AEAT, el criterio seguido para imponer la jornada y el horario de especial dedicación (dispuestos en el apartado tercero de la tan repetida Resolución de 27 de abril de 1995) fue considerar que el personal que perciba el complemento específico o de productividad es el que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 23 de la Ley 30/1984, viene obligado a prestar sus servicios en el régimen de especial dedicación que determinen los Subsecretarios.

Este criterio de la Administración no puede ser considerado improcedente porque se ajusta a la configuración que esas retribuciones complementarias tienen en el apartado 3 de ese artículo 23 de la Ley 30/1984, configuración que no es otra sino la de constituir conceptos retributivos que son reconocidos únicamente a quienes han de desarrollar su cometido profesional con una disponibilidad o una clase de actividad que es diferente a la normalmente exigida al resto de los funcionarios.

Y las consecuencias que se derivan de lo anterior son las siguientes:

a) La especial dedicación no es una característica esencial del puesto de trabajo sino una modalidad del desempeño de sus cometidos principales.

b) Lo que debe figurar en la relación de puestos de trabajo es el complemento retributivo que genere ese deber de dedicación especial.

Lo que antecede debe ser completado con estas otras consideraciones. Que la competencia para la fijación de la jornada y el horario es una manifestación de la potestad de autoorganización interna que corresponde a la Administración pública. Que el ejercicio de esa competencia debe considerarse válido cuando el tiempo de trabajo establecido como jornada no sea arbitrario ni incumpla jornadas dispuestas como obligatorias en disposiciones de rango superior. Que la jornada exigida al recurrente se estableció en la concreta duración semanal de cuarenta horas, por lo que no es de apreciar indeterminación en la obligación de su cumplimiento que le fue impuesta.

Que no se ha denunciado que dicha jornada sea contraria a la establecida en alguna disposición que deba ser considerada jerárquicamente superior a la instrucción de que se viene hablando. Y que la superior dedicación que le pueda ser exigida

al recurrente en casos excepcionales por razones extraordinarias siempre podrá ser combatida en cuanto a su posible arbitrariedad.

SEXTO.- La incompetencia denunciada en el apartado XII también debe ser rechazada.

Para ello basta reiterar, como se hace a continuación, la regulación que sobre esta cuestión invocó la sentencia de instancia.

Que el artículo 103 de la Ley 31/1990, 27 de diciembre, que creó la Agencia Estatal de Administración Tributaria, dispuso en su apartado tres 1 que su Director General tendrá rango de Subsecretario. Que el artículo 15.1.f) de la Ley 6/1997, de 14 de abril, Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), establece como competencia de los Subsecretarios la de desempeñar la jefatura superior de todo el personal del Departamento. Y que el artículo 10.6 del Real Decreto 2169/1984, de 28 de noviembre, atribuye a los Subsecretarios la competencia para los actos de administración y gestión ordinaria del personal que no figuren a atribuidos a otros órganos en este Real Decreto.

Lo que debe ser completado con esta otra cita normativa: el artículo 109.d) de la Ley 30/1992, en lo que dispone sobre que ponen fin a la vía administrativa "Las demás resoluciones de órganos administrativos cuando una disposición legal o reglamentaria así lo establezca"; y la disposición adicional decimoquinta de la LOFAGE que establece que ponen fin a la vía administrativa los actos emanados de órganos directivos con rango de Director General o Superior "en relación con las competencias que tengan atribuidas en materia de personal".

SÉPTIMO.- También deben fracasar las peticiones indemnizatorias y de reposición del recurrente en su anterior jornada defendidas en el apartado XIII de los fundamentos de la demanda.

Y así debe ser porque, no siendo de acoger la declaración de nulidad de la actuación administrativa pretendida por la demanda, tampoco proceden las consecuencias que querían derivarse de esa declaración.

OCTAVO.- Procede, de conformidad con todo lo antes razonado, declarar haber lugar al recurso de casación, anular la sentencia recurrida y desestimar el recurso contencioso-administrativo que fue interpuesto en el proceso de instancia.

Y en cuanto a las costas, no son de apreciar circunstancias para hacer una especial imposición de las causadas en la instancia y cada parte litigante soportará las suyas en las que corresponden a esta casación (artículo 139,1 y 2, de la LJCA).

FALLO

1.- Haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Fausto contra la sentencia de 30 de marzo de 2005 de la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 2144/2002) y anular dicha sentencia a los efectos de lo que se declara a continuación.

2.- Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto en el proceso de instancia por D. Fausto, por ser las resoluciones administrativas impugnadas conformes a derecho en lo que ha sido objeto de discusión en el actual litigio.

3.- No hacer especial imposición de las costas causadas en el proceso de instancia y declarar que cada parte abone las suyas en las correspondientes a este recurso de casación.

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

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



2009/205414

TS Sala 4ª, Sentencia 1 julio 2009. Ponente: D. Mariano Sampedro Corral

Prevista en un pacto entre ayuntamiento y funcionarios

Incompetencia del orden social para conocer de reclamación de mejora voluntaria

El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el policía local demandante, afecto de una IPA, frente a sentencia que declaró la incompetencia del orden social al tratarse de la reclamación de una mejora voluntaria prevista en un convenio suscrito entre el ayuntamiento y los funcionarios.

La Sala señala que en el supuesto litigioso es pacífico que la mejora voluntaria litigiosa no ha sido pactada en contrato de trabajo, ni en convenio colectivo negociado y pactado entre representantes de trabajadores y empresarios, sino en un pacto suscrito entre el ayuntamiento demandado y los funcionarios que le prestan servicios, y por tanto, es conforme a derecho que la cuestión debatida no es competencia de la jurisdicción social por serlo la contencioso-administrativa ya que se exige, como requisito para la atribución de la competencia jurisdiccional al orden social, que la causa de la mejora voluntaria o del plan de seguros derive de un contrato de trabajo o de un convenio colectivo, cosa que no ocurre en el presente supuesto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga de 24 de abril de 2007 (Rec. 186/2007) ha declarado la incompetencia del orden jurisdiccional social para el conocimiento de la demanda rectora del proceso. Según hechos probados de la sentencia impugnada, el demandante prestó servicios por cuenta del Ayuntamiento de Alhaurin El Grande desde 1974, como oficial funcionario de Policía Local, hasta que fue declarado afecto de incapacidad permanente

absoluta derivada de enfermedad común en el año 2003. El convenio colectivo regulador de las condiciones de trabajo del personal laboral del Ayuntamiento (el primero y el segundo) —impugnados en la jurisdicción contencioso-administrativa— prevé un seguro de vida y accidentes para cuya cobertura el Ayuntamiento había de suscribir una póliza que cubra, entre otros, el riesgo de invalidez —que en el caso actual de incapacidad permanente absoluta se cuantificaba en una indemnización de 18.030 euros, póliza que el Ayuntamiento no suscribió. El Juzgado de lo Social reconoció el derecho del

actor a la mejora voluntaria pretendida. La sentencia pronunciada en suplicación, sin variar los hechos probados, declaró la incompetencia del orden social, argumentando, al efecto, que se trata de una mejora prevista en un convenio suscrito entre el Ayuntamiento y los funcionarios, y que esta materia cae fuera del radio competencial del orden social.

2.- El demandante ha formulado contra la sentencia de la Sala de lo Social, recurso de casación, aportando como sentencia de contraste la del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 14 de junio de 2005 (Rec. 703/2005). Esta resolución judicial declara la competencia del orden social para conocer de la reclamación de un demandante, guardia municipal, funcionario de la Administración Local, integrado en el régimen general de la Seguridad Social, declarado judicialmente afecto de incapacidad permanente total derivada de enfermedad común.

Es de señalar que, en el Ayuntamiento Vasco, es de aplicación el Acuerdo Regulador de las Condiciones de Empleo del Personal de la Administración Local y Foral de Euskadi, que establece la obligación de suscribir un seguro de invalidez, que entre otros supuestos asegurados, recoge el de incapacidad permanente total, habiendo suscrito dicho Ayuntamiento la póliza correspondiente, pero con una franquicia del 40%. La entidad ha abonado al actor el 60% del importe de dicha indemnización, y el Ayuntamiento el 40% restante, si bien descontando de ese importe la cantidad que el Ayuntamiento le había abonado en concepto de prestaciones de incapacidad temporal, en el período previo al reconocimiento de la incapacidad permanente total.

La citada Sala del País Vasco ha declarado la competencia del orden social para el conocimiento de esta mejora voluntaria, razonando al efecto que los Juzgados y Tribunales del orden social son los encargados de dirimir las pretensiones que se deduzcan en materia de seguridad social (art. 9-5 LOPJ y art. 2-b TALPL), incluidas las que dimanen de mejoras de la acción protectora que dispensa su sistema básico, incluso si la causa de pedir invocada es un contrato de seguro, con tal que éste tenga su origen "en un contrato de trabajo o convenio colectivo".

3.- Un examen comparativo entre las sentencias citadas permite concluir que, concurre entre las resoluciones judiciales el presupuesto de contradicción, dado que en una y otra, se debate un tema sustancialmente igual, cual es determinar qué orden jurisdiccional es competente para conocer de una reclamación sobre mejora voluntaria de la Seguridad Social de un funcionario local; y ello, no obstante, los pronunciamientos han sido contrarios: La sentencia recurrida declara la competencia del

orden social, en tanto que la contraria declara la incompetencia.

SEGUNDO.- Verificada la existencia del presupuesto de contradicción es preceptivo entrar a conocer de la infracción alegada por el recurrente, que, insistiendo en el razonamiento que hizo en el desestimado recurso de suplicación, alega que "aunque las controversias sobre la Seguridad Social de la función pública quedan incluidas en el ámbito de la jurisdicción del orden contencioso administrativo tanto si se trata de la cobertura del sistema de derechos pasivos, como si los litigios se producen en relación con los instrumentos complementarios de protección, esto no rige para los grupos de funcionarios y personal administrativo integrados en el Régimen General de la Seguridad Social (LGSS art. 97.2.c), d) h), i) j) RD 480/1993, de 2 de abril, de Integración del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Funcionarios de la Administración Local en el Régimen General de la Seguridad Social". Añade que: "De la misma manera que son los órganos del orden social los que conocen de las controversias de los funcionarios integrados en el Régimen General de la Seguridad Social en cuestiones de seguridad social (art. 2.b) LPL), de igual forma y en atención al art. 2.c LPL (los órganos del orden social conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan en aplicación de los sistemas de mejoras de la acción protectora de la Seguridad Social, incluidos planes de pensiones y contrato de seguro siempre que su causa derive de un contrato de trabajo o Convenio Colectivo) serán ellos los competentes para la protección complementaria de la seguridad social. Lo contrario conduciría a que distintos Tribunales conocerían de la acción protectora dispensada a los funcionarios de la Administración Local integrados en el Régimen General: para la básica, los del orden social, para la complementaria, los del orden contencioso-administrativo, entendiendo además esta parte, al igual que se hace en la sentencia de contraste, que el art. 2.c) LPL no debe interpretarse literalmente en cuanto a los términos del contrato de trabajo o convenio colectivo, siendo lo fundamental la existencia de un Acuerdo Regulador de las Condiciones de Trabajo entre, en este caso, el Ayuntamiento de Alhaurin El Grande y los funcionarios a su servicio, que establece, como consecuencia de esa prestación de servicios, una mejora de las prestaciones de la seguridad social en materia de invalidez permanente (de las que conoce el orden jurisdiccional social)". Para terminar concluyendo que "todo ello nos hace considerar infringidos por la sentencia recurrida los artículos 2.b) y c) de la Ley de Procedimiento Laboral; artículo 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; RD 480/1993, de 2 de abril, de Integración del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Funcionarios de la Administración Local en el Régimen General de

la Seguridad Social y LGSS art. 97.2.c), d) h), i) j)".

2.- El recurso, así interpuesto, debe ser rechazado en virtud de los razonamientos que se pasan a exponer:

a) El art. 2 del vigente del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral aprobado por RDL 2/1995 de 7 de abril, preceptúa que los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan...c) En la aplicación de los sistemas de mejoras de la acción protectora de la Seguridad Social incluidos los planes de pensiones y contratos de seguro siempre que su causa derive de un contrato de trabajo o Convenio Colectivo". En la interpretación de este precepto, jurisprudencia constante, (por todas STS de 27/01/2005, Rec. 318/2004), ha declarado que "las cuestiones litigiosas identificadas en el mismo comprenden las relativas a dos áreas o parcelas próximas pero distintas de la protección social: Una hace referencia a las mejoras voluntarias de la Seguridad Social, reguladas en los artículos 39 y 191 a 194 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS). La otra es la relativa de los planes y fondos de pensiones regulada en la Ley de Planes y Fondos de Pensiones y en las disposiciones reglamentarias que la desarrollan. En una y otra esfera de la protección social se exige, como requisito para la atribución de la competencia jurisdiccional al orden social, que la causa de la mejora voluntaria o del plan de seguros derive de un contrato de trabajo o de un convenio colectivo.". Añade esta sentencia que "En lo que concierne a las mejoras voluntarias de la Seguridad Social la mención del requisito de creación de las mismas por medio de convenio colectivo o en el marco del contrato de trabajo tiene una virtualidad meramente declarativa o aclaratoria. La regulación vigente de las mejoras voluntarias en la LGSS parte de manera inequívoca de esta base. Así, el art. 191.2 LGSS habla de "la concesión de mejoras voluntarias por las empresas". Respecto a la "mejora directa de prestaciones", el art. 192 LGSS declara que las "empresas" podrán establecerlas "costeándolas a su exclusivo cargo" o estableciendo "una aportación económica a cargo de los trabajadores, siempre que se les faculte para acogerse o no, individual y voluntariamente" a ellas. De nuevo se menciona en la regulación legal de las mejoras voluntarias a los "empresarios", a propósito de la anulación o disminución de las mejoras implantadas (art. 192 párrafo segundo LGSS); y a las "empresas", a propósito de los "modos de gestión de la mejora directa" (art. 193 LGSS). En conclusión, tal como se encuentran reguladas en la LGSS, las mejoras voluntarias de Seguridad Social pertenecen al ámbito de las relaciones laborales en el sentido amplio de la expresión, que comprende tanto la

relación individual de trabajo como las relaciones colectivas entre los representantes de trabajadores y empresarios. Esta vinculación al campo de las relaciones laborales ha sido resaltada además por el legislador en el inciso final del repetido art. 2.c. de la LPL."

2.- En el supuesto litigioso es pacífico que la mejora voluntaria litigiosa no ha sido pactada en contrato de trabajo, ni en convenio colectivo negociado y pactado entre representantes de trabajadores y empresarios, sino de pacto o convenio suscrito entre el Ayuntamiento de Alhaurín el Grande y los funcionarios que le prestan servicios, y por tanto, es conforme a derecho que, al haber sido declarado en Incapacidad Permanente Absoluta para todo trabajo el actor, que era funcionario del cuerpo de policía local de dicho Ayuntamiento, la parte recurrida sostenga que la jurisdicción social no es la competente, por serlo la Jurisdicción contencioso-administrativa para el conocimiento de la acción ejercitada, a cuya conclusión llega igualmente la presente resolución.

TERCERO.- En virtud de lo expuesto procede la desestimación del recurso. Sin imposición de costas a la parte recurrente.

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

FALLO

Desestimamos el recurso de casación para la UNIFICACION DE DOCTRINA, interpuesto por el Procurador D^a ELISA HURTADO PEREZ, en nombre y representación de D. Benigno, contra la sentencia dictada en fecha 18 de julio de 2008 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, en el recurso de Suplicación núm. 637/2008, interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE ALHAURIN EL GRANDE contra la sentencia dictada en 10 de julio de 2007 por el Juzgado de lo Social núm. 6 de Málaga en los autos núm. 536/2007 seguidos a instancia del ahora recurrente, sobre RECLAMACION DE CANTIDAD. 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.

Publicación.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Mariano Sampedro Corral 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.

TC TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2009/216703

TC, Sección 3ª, Sentencia 21 septiembre 2009.
Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez

Error patente al no considerar acusación particular a la parte

El TC otorga el amparo solicitado por el recurrente frente a sentencia que, en grado de apelación, desestimó su recurso en causa por delito y falta de lesiones. Considera la Sala que en el presente supuesto concurren todos los requisitos exigidos por la doctrina para apreciar error patente. Afirma que el razonamiento utilizado por el órgano judicial para negar legitimación al apelante para pretender la condena de su oponente por un delito más grave, y la condena a cierta responsabilidad civil, se basó en un presupuesto equivocado, como fue negarle la condición de acusación particular, condición con la que inequívocamente había actuado durante la totalidad del proceso penal; que la negación de dicha condición fue determinante de la decisión judicial; que el error resulta inmediatamente verificable con el examen de las actuaciones, y que no cabe reprochar al demandante conducta alguna que incidiera o propiciara el error padecido por el órgano judicial, por lo que debe entenderse vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva.

2009/216786

TC Sala 2ª, Sentencia 28 septiembre 2009.
Ponente: D. Ramón Rodríguez Arribas

Anulación de sentencia penal firme al margen de supuestos taxativamente previstos

Se recurre el auto que acordó la nulidad de todo lo actuado desde la apertura del juicio oral en causa por delito de lesiones. El TC otorga el amparo solicitado, declarando vulnerado el derecho fundamental del recurrente a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales. Considera la Sala que el órgano judicial se excedió de los su-

puestos específicamente previstos por la ley al acudir a la vía de la nulidad de actuaciones habiendo ya sentencia firme y, por tanto, habiéndose agotado el límite para su ejercicio. Además tampoco identificó en su resolución qué y a quién había podido irrogar la indefensión requerida, ni el examen de la causa permite advertir su existencia. Por todo lo cual debe estimarse el recurso.

TS CIVIL

2009/197664

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

Nulidad de actuaciones al no ser preceptiva la intervención de procurador

El TS estima el rec. extraordinario por infracción procesal y declara la nulidad de actuaciones a partir del acto de la audiencia previa, concretamente desde el momento procesal en que se tuvo por no comparecida a la parte demandada, al compartir la Sala la opinión doctrinal que estima que si concurre personalmente la parte, como ocurre en el presente caso, no es preceptiva la presencia del procurador, por lo que la continuación del proceso sin permitir a la parte demandada la posibilidad de practicar los medios de prueba que había propuesto y que incluso se le habían admitido, le ha generado indefensión.

2009/150895

TS Sala 1ª, Sentencia 18 junio 2009.
Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos

Falta de obligatoriedad en la imposición del factor de corrección en supuestos de incapacidad permanente

Confirma el TS el fallo de la apelación rechazando así el recurso deducido por el perjudicado contra la sentencia que condenó a la aseguradora al pago de una indemnización de daños y perjuicios. Son varias partidas las que son objeto de impugnación, encontrándose ambas partes conformes en la forma de producirse el accidente. Lo primero que reclama el

actor es que el siniestro ha agravado una lesión sufrida tiempo atrás, lesión con la que no hay en principio relación de causalidad; la Sala, atendida la prueba practicada, considera que, efectivamente no se ha acreditado el nexo causal entre ambas lesiones, no siendo posible en sede de casación revisar los hechos declarados probados. En cuanto al factor de corrección del 10% en el supuesto de incapacidad permanente, la Sala coincide con la AP en que se trata de un máximo y que no es obligatorio imponer ese porcentaje como factor de corrección.

TS PENAL

2009/128076

TS Sala 2ª, Sentencia 23 marzo 2009.
Ponente: D. Siro Francisco García Pérez

Aplicación de subtipo agravado de utilización de menor en delito contra la salud pública

Desestimando los recursos de casación interpuestos por los acusados, la Sala acoge los formulados por el Ministerio Fiscal y las otras imputadas, todos contra sentencia dictada en causa seguida por delito contra la salud pública. El TS dicta segunda sentencia por la que viene a aplicar a la acusada el subtipo agravado de utilización de un menor para cometer el delito, pues dicha agravación no ha desaparecido sino que ha sido trasladada del art. 369,9 CP 95 al 370,1 CP 95, si bien ampliando el supuesto y agravando la pena.

2009/128074

TS Sala 2ª, Sentencia 19 mayo 2009.
Ponente: D. Enrique Bacigalupo Zapater

Incremento de indemnización a favor de menor víctima de abuso sexual

Se estima en parte el recurso de casación interpuesto por la acusación particular contra sentencia dictada en causa seguida por delito de abuso sexual. El Alto Tribunal dicta segunda sentencia por la que viene a incrementar la indemnización en concepto de responsabilidad civil concedida a favor de la perjudicada, estableciéndola en siete mil quinientos euros, por cuanto la can-

tididad de mil euros no resulta adecuada para hechos que tienen la posibilidad de incidir negativamente en el desarrollo psicológico de la menor, dado que ésta es la razón por la cual el consentimiento de la niña no tiene validez.

TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2009/150988

TS Sala 3ª, Sección 4ª, Sentencia 30 junio 2009.
Ponente: Dª Celsa Pico Lorenzo

Legalidad de la exclusión de la revisión de precios en el clausulado del contrato de obras

El TS estima el recurso de casación deducido por la Letrada del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias contra la STSJ de Canarias, que declaró sin efecto la cláusula octava del pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato de ejecución de obras del edificio de los juzgados de Telde, con el derecho de la demandante a la revisión de precios que corresponda, lo cual se declara nulo y sin valor ni efecto alguno. La Sala considera que podrá excluirse la procedencia de revisión de precios, lo que no constituye una excepcionalidad bajo el régimen de la LCAP pues sigue presente en el art. 77, 2 de la nueva Ley de Contratos del Sector Público, Ley 30/2007.

2009/171706

TS Sala 3ª, Sección 3ª, Sentencia 15 julio 2009.
Ponente: D. Manuel Campos Sánchez-Bordona

Compatibilidad de marcas que comparten eslogan publicitario

El TS estima el recurso de casación interpuesto contra la STSJ de Madrid y en su lugar se estima el recurso contencioso administrativo formulado contra el acuerdo de la Oficina Española de Patentes y Marcas, que denegó la inscripción de la marca "Trapa el chocolate más caro del mundo", para distinguir productos de la clase 30 del Nomenclátor Internacional, resolución que anula, declarando la procedencia de dicha inscripción. El juicio de comparación que lleva a cabo el tribunal de instancia no es jurídicamente correcto, por lo que el motivo de casación habrá de ser estimado, y en su lugar se considera que la nueva marca no supone un aprovechamiento indebido de la notoriedad adquirida por la oponente. Sin negar que la marca "1880 el turrón más caro del mundo" sea notoriamente conocida en el sector, ni poner en cuestión las inversiones realizadas en las sucesivas campañas publicitarias para darla a conocer, lo cierto es que la notoriedad se atribuye a todo el signo en su conjunto y no puede limitarse al reclamo publicitario "el más caro del mundo", inapropiable en exclusiva.