



EL DERECHO

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

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

Director: EVARISTO MOLINE

Año XVII. Número 2898

Madrid, miércoles 24 de noviembre de 2010



TS SOCIAL

2010/153387

TS Sala 4ª, Sentencia 14 junio 2010. Ponente: D. Juan Francisco García Sánchez

Acreditación de período de convivencia complementario del matrimonial a efectos de pensión de viudedad

Desestima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el demandado INSS contra sentencia que acogió la pretensión de la beneficiaria accionante sobre pensión de viudedad.

Señala el Tribunal que en el supuesto debatido la pensión no se ha causado por la vía de la relación jurídica de pareja de hecho, sino a través de una relación matrimonial inferior a un año, por lo que para la acreditación del período de convivencia inmediatamente anterior a la celebración del matrimonio no se requiere la excesiva rigidez formal prevista para aquéllas, sino que basta, para su adverbación, con acudir a cualquiera de los medios probatorios admitidos en Derecho, como el certificado de empadronamiento aportado por la actora, así como el informe de la psicóloga o la facturación de la agencia de viajes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación para la unificación de doctrina -interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (INSS) contra la Sentencia dictada el día 24 de junio de 2009 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en el Recurso de suplicación 446/09 - tiene por objeto resolver si para devengar pensión de viudedad una persona que, a la muerte del causante (derivada de enfermedad común no sobrevenida tras el vínculo conyugal), llevaba casada con él menos de un año, pero había convivido durante más de dos, es o no preciso acreditar dicha convivencia mediante inscripción en un registro público como pareja de hecho ó mediante formalización de documento público.

La actora en el proceso de origen contrajo matrimonio el 23 de febrero

de 2008 con su pareja, con la que llevaba conviviendo ininterrumpidamente desde el 31 de mayo de 2000. El 21 de mayo de 2008 falleció el marido a causa de enfermedad común, siendo pensionista de gran invalidez. El INSS declaró que la viuda tenía únicamente derecho a dos años de pensión de viudedad, al no haber acreditado la convivencia mediante inscripción en un registro público como pareja de hecho ó mediante formalización de documento público.

La demanda en reclamación de pensión vitalicia de viudedad fue estimada, tanto en la instancia como en sede de suplicación, en ésta última merced a la Sentencia al principio reseñada, hoy recurrida en casación unificadora por el INSS, que cita como infringido el art. 174.1 párrafo último de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), en relación con el párrafo cuarto del apartado 3 del propio precepto legal.

SEGUNDO.- Como resolución de contraste ha elegido el recurrente la Sentencia dictada el día 6 de noviembre de 2008 por la homónima Sala (sede de Burgos) y Tribunal de Castilla y León, firme ya al recaer la recurrida. Dicha resolución referencial enjuició el supuesto de una pareja de hecho que convivía desde el año 1998, contrayendo matrimonio "el 20 de Noviembre" (hay que entender del año 2007, aunque este dato se ha omitido), produciéndose el fallecimiento del marido el 10 de marzo de 2008. El INSS denegó la pensión vitalicia de viudedad por la misma razón antes señalada y, en este caso, la Sala confirmó de decisión del Juzgado, que había sido desestimatoria de la demanda, por no haberse acreditado la convivencia mediante inscripción en un registro público como pareja de hecho ó mediante formalización de documento público.

Lo hasta aquí relatado revela que ambas resoluciones en presencia son legalmente contradictorias -tal como nadie ha puesto en duda-, a tenor del art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), pues en dos supuestos de hecho sustancialmente iguales, siéndolo asimismo lo postulado y la causa de pedir en cada caso, ello no obstante, en cada uno de dichos supuestos recayeron decisiones de diverso signo. Procede, pues, entrar en el tratamiento y decisión del fondo de la controversia que el recurso suscita.

TERCERO.- Para poder ofrecer adecuada respuesta al objeto de la controversia, conviene comenzar por transcribir el contenido literal de los dos preceptos en litigio, tal como haremos a continuación.

art. 174.1.- Párrafo último: En los supuestos excepcionales en que el fallecimiento del causante derivara de enfermedad común, no sobrevenida tras el vínculo conyugal, se requerirá, además, que el matrimonio se hubiera celebrado con un año de antelación como mínimo a la fecha del fallecimiento o, alternativamente, la existencia de hijos comunes. No se exigirá dicha duración del vínculo matrimonial cuando en la fecha de celebración del mismo se acreditara un período de convivencia con el causante, en los términos establecidos en el párrafo cuarto del aparta-

SUMARIO

TS

CIVIL

Alcance de la retroacción referida a los actos del quebrado con exclusión del subadquirente **3**

PENAL

Absolución de los delitos de detención ilegal, robo con intimidación, robo de uso de vehículo, y contra la seguridad del tráfico **7**

ADMINISTRATIVO

Anulación de cuatro disposiciones que permiten que los Directores Generales no pertenezcan al cuerpo de funcionarios con titulación superior **9**

SOCIAL

Acreditación de período de convivencia complementario del matrimonial a efectos de pensión de viudedad **1**

RS RESEÑA DE SENTENCIAS **16**

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

do 3, que, sumado al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años.

Apartado 3.- Párrafo cuarto: A efectos de lo establecido en este apartado, se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años.

La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante.

De la literalidad de las mencionadas normas (primer método hermenéutico a tenor del art. 3.1 del Código Civil) se desprende, ya de inicio, que el legislador -mediante la reforma de la LGSS operada por Ley 40/2007 de 4 de diciembre - ha establecido, como posibles vías de acceso del miembro superviviente de la pareja a la pensión de viudedad causada por el premuerto, dos tipos distintos de vínculo jurídico previo entre ambos: a) el matrimonio (último párrafo del art. 174.1 LGSS en relación con los párrafos anteriores del mismo apartado, que utilizan la palabra "cónyuge"), y b) la pareja de hecho debidamente "legalizada" ó inscrita (párrafo cuarto del art. 174.3 en relación los párrafos anteriores del mismo apartado 3). A partir de aquí, es preciso distinguir con claridad -sin mezclarlos ni confundirlos- los requisitos requeridos para el devengo de la prestación a través de cada una de las vías, o relaciones jurídicas, expresadas.

La relación jurídica matrimonial constituye la regla general, tal como se desprende con claridad de los párrafos primero y segundo del apartado 1, que consideran beneficiario de la prestación que nos ocupa al "cónyuge superviviente", estableciendo

asimismo las condiciones en las que habría de encontrarse el causante en orden al alta o a la cotización. Y en el apartado 2 del propio art. 174 se suministran reglas específicas respecto de supuestos especiales, relativos a separación o divorcio previos al fallecimiento del causante, o a la declaración de nulidad matrimonial, pero queda lo suficientemente claro que ambos apartados, 1 y 2, contemplan de manera exclusiva la relación matrimonial entre los miembros de la pareja.

Esto sentado, queda claro asimismo que el último párrafo (o sea, el tercero) del apartado 1 contempla también la relación matrimonial -y no otra alguna- como vía de acceso a la pensión vitalicia de viudedad. Pero, con el fin de evitar los matrimonios "de conveniencia", contraídos precisamente con el único fin de devengar una pensión de viudedad cuando se teme el próximo fallecimiento del causante (interpretación teleológica que complementa a la literal -art. 3.1 "in fine" del Código Civil -), se estableció una doble cautela: por un lado, que durante un plazo anterior de duración razonable -fijado en dos años en conjunción con la del matrimonio si ésta última hubiera sido menor de un año- hubieran convivido los cónyuges, o que hubiera habido hijos comunes; y en segundo término, que la enfermedad común de la que derivó la muerte del causante haya tenido su origen antes de la celebración del matrimonio. Se trata de un supuesto especial, como lo revela la frase -" en los supuestos excepcionales..." - con la que se inicia el párrafo; pero el supuesto está comprendido, sin duda alguna, dentro de la vía matrimonial por la que se accede al devengo de la prestación.

Y solo en el caso de que no concurren todos los condicionamientos establecidos en este último párrafo del art. 174.1, es cuando se devenga únicamente la pensión con duración de solo dos años, conforme al nuevo art. 174.bis.

Es, a su vez, el apartado 3 del art. 174 el que regula la otra vía de acceso a la pensión vitalicia de viudedad: la "pareja de hecho" que define el párrafo cuarto de este apartado. Dicho párrafo cuarto consta de dos incisos: el primero de ellos se extiende desde el inicio del párrafo hasta el primer punto y seguido, y en él se describe qué es lo que se entiende, a efectos legales, por "pareja de hecho", así como el tiempo de permanencia en esta situación que se re-

quiere para devengar la pensión por esta vía; y el segundo inciso (desde dicho primer punto y seguido hasta el final del párrafo) está encaminado a determinar cuál es la forma - o más bien el medio adverbatorio- que el legislador ha establecido para acreditar la existencia real de la expresada relación jurídica consistente en la pareja de hecho; pero queda lo suficientemente claro que la totalidad del párrafo cuarto del art. 174.3 que comentamos está regulando, única y exclusivamente, la situación de pareja de hecho, sin referirse para nada a la matrimonial. Así lo pone indudablemente de manifiesto la dicción literal - "a efectos de lo establecido en este apartado..."-, esto es, el apartado 3- con el que se inicia el párrafo.

CUARTO.- Sentado lo anterior, debe entrarse ahora en el esclarecimiento y la consideración de la remisión que el inciso final del párrafo último del art. 174.1 verifica al párrafo cuarto del apartado 3 cuando el primero de ellos dice que el período de convivencia previo al matrimonio se acredite "en los términos establecidos en el párrafo cuarto del apartado 3", que es donde radica precisamente el núcleo central de la controversia.

En este punto no resulta suficiente con la mera interpretación literal, ya que la redacción del precepto en este extremo no ha sido lo bastante clara como habría sido de desear, por lo que resulta necesario complementar dicho método hermenéutico con el sistemático ("en relación con el contexto", en expresión del invocado art. 3.1 del Código Civil), teniendo en cuenta lo que acabamos de decir en el fundamento precedente en orden al alcance que procede atribuir a cada una de las dos vías (matrimonial y pareja de hecho) a través de las cuales puede lucrarse la pensión vitalicia de viudedad, teniendo siempre presente que cada una de estas vías es plenamente autónoma -y autosuficiente, siempre que concorra la totalidad de los respectivos requisitos- y no pueden mezclarse ni confundirse la una con la otra.

Siendo ello así, hay que entender que la remisión que el inciso final del párrafo último del art. 174.1 verifica al párrafo cuarto del apartado 3, se refiere única y exclusivamente al primer inciso de este último -en el que se define la situación de "pareja de hecho"-, y no al segundo inciso, que trata de manera específica, y también exclusiva, del modo de acreditar dicha situación, cuando es

ella sola la que ha dado origen a la causación de la pensión.

Pero como quiera que, en el caso presente, la pensión no se ha causado por la vía de la relación jurídica denominada "pareja de hecho" (contemplada en el apartado 3 del art. 174 LGSS), sino a través de la relación matrimonial regulada en el apartado 1 - por más que lo haya sido conforme al supuesto excepcional al que se refiere el último párrafo de dicho apartado 1-, debe llegarse a la conclusión en el sentido de que, para la acreditación del período convivencial inmediatamente anterior a la celebración del matrimonio, no se requiere la excesiva rigidez formal a la que se refiere el tantas veces citado párrafo cuarto del apartado 3, sino que basta para su adveración con acudir a cualquiera de los medios probatorios admitidos en Derecho; y en este caso la prueba ha estado integrada por la documental, consistente en el certificado de empadronamiento que se refleja en el hecho probado 2º, así como el informe de la psicóloga que se recoge en el hecho 3º, y la factura de "Viajes Iberia" referida en el hecho 4º, habiendo sido consideradas suficientes estas pruebas por parte del Juez de instancia y de Sala de suplicación para acreditar la realidad de esta convivencia, sin que sea legalmente exigible, en casos como el presente, valerse de ningún otro medio de prueba al efecto.

QUINTO.- De lo hasta aquí razonado se obtiene la conclusión en el sentido de que es la resolución recurrida la que contiene la doctrina correcta en la materia. Procede, en consecuencia -y asimismo lo ha dictaminado el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe-, la desestimación del recurso. Sin costas (art. 233.1 LPL), por tener reconocido el recurrente el beneficio de justicia gratuita.

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

FALLO

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la Sentencia dictada el día 24 de junio de 2009 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en el Recurso de suplicación 446/09, que a su vez había sido ejercitado frente a la Sentencia que con fecha 23 de marzo de

ELDERECHO
GRUPO
EDITORIAL

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

DIRECTOR: Evaristo Moliné

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

2009 pronunció el Juzgado de lo Social número cuatro de Santander en el Proceso 841/08, que se siguió sobre pensión de viudedad, a instancia de D^a Aida contra el expresado recurrente y otra. Confirmamos la Sentencia recurrida, sin imposición de costas.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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

de su propiedad como del consiguiente procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria finalizado mediante adjudicación de la finca al Banco acreedor beneficiario de dicha garantía, de la posterior venta de la finca por este Banco a terceros y, en fin, de la hipoteca constituida por los compradores en favor de otro Banco que les prestó el dinero para su adquisición, por haberse realizado todos estos actos después de la fecha a la que se retrotrajeron los efectos de la quiebra, los dos motivos del recurso, formulado el primero al amparo del ordinal 2º del art. 477.2 LEC por infracción del hoy derogado art. 878 C.Com. y formulado el segundo al amparo del ordinal 3º de ese mismo art. 477.2 por interés casacional en su modalidad de oposición de la totalidad de sus participaciones, una vivienda sita en Madrid por un valor de 19 millones de ptas.

TERCERO.- Son hechos probados los siguientes:

1º.- La sociedad quebrada se constituyó el 6 de julio de 1992, aportándose a la misma por dos de los tres socios fundadores, en pago y liberación de la totalidad de sus participaciones, una vivienda sita en Madrid por un valor de 19 millones de ptas.

2º.- El 9 de marzo de 1993 la sociedad constituyó hipoteca sobre dicha finca y seis más a favor de la entidad Banco Credit Lyonnais España S.A. y como garantía del saldo deudor de una cuenta abierta a nombre de la sociedad hipotecante, por un importe global de 72 millones de ptas. de principal, 58.320.000 ptas. de intereses y 18 millones de ptas. de costas y gastos, respondiendo en concreto la finca de que se trata hasta un máximo de 44.640.000 ptas. de principal, 36.158.400 ptas. de intereses y 11.160.000 ptas. de costas y gastos.

3º.- Con posterioridad se constituyeron otras hipotecas y se trabaron diversos embargos sobre la misma finca.

4º.- El 14 de octubre de 1994 se dictó auto declarando en estado de quiebra necesaria a la sociedad y fijando provisionalmente como fecha de retroacción de la quiebra el 1 de septiembre de 1993.

5º.- El estado de quiebra de la sociedad se inscribió en el Registro de la Propiedad el 24 de enero de 1995 en virtud de mandamiento presentado el 16 de noviembre de 1994.

6º.- El 8 de septiembre de 1995 el Síndico de la quiebra nombrado en Junta de acreedores promovió incidente para la fijación de la fecha definitiva de retroacción de los efectos de la quiebra.

7º.- En 1996 la entidad Banco Credit Lyonnais España S.A. instó procedimiento judicial de ejecución hipotecaria sobre la finca de que se trata, que finalizó por auto de 20 de enero de 1998 adjudicando la finca al Banco y ordenando la cancelación de todas las hipotecas y anotaciones de embargo posteriores, así como de la inscripción de quiebra, que quedó cancelada el 3 de julio de 1998.

8º.- El 31 de julio de 1998 los cónyuges D^a Herminia y D. Gustavo compraron la vivienda en cuestión y, en garantía del préstamo obtenido de la entidad Bankinter S.A. para pagar el precio, constituyeron hipoteca en favor de esta entidad sobre la misma vivienda, inscribiéndose posteriormente la compraventa e hipoteca en el Registro de la Propiedad.

9º.- El 16 de noviembre de 1998 se dictó auto fijando como fecha definitiva de retroacción de los efectos de la quiebra el 6 de julio de 1992, es decir el día mismo en que se había constituido la sociedad quebrada.

10º.- El 23 de noviembre de 2000 se presentó por la Sindicatura de la Quiebra la demanda pidiendo la nulidad de la hipoteca de 9 de marzo de 1993, del subsiguiente procedimiento judicial de ejecución hipotecaria, de la adjudicación al Banco, de la venta por éste en los referidos cónyuges y de la hipoteca constituida por éstos en favor de otro Banco.

CUARTO.- La sentencia de primera instancia justifica la desestimación de la demanda razonando, en síntesis, que la jurisprudencia rigorista de esta Sala sobre el art. 878 C.Com. debe ponerse en relación con la jurisprudencia que coordina tal precepto con el art. 34 de la Ley Hipotecaria, representada por las sentencias de 14 de junio de 2000 que, citando las de 12 de marzo y 20 de septiembre de 1993 y 28 de octubre de 1996, declara que la nulidad sólo alcanza a los actos del quebrado, no al subadquirente que no adquiere directamente del quebrado, doctrina aplicable al caso porque los cónyuges demandados adquirieron del Banco Crédit Lyonnais (luego Cajaduero) encontrándose ya cancelada la anotación de la quiebra en el Registro de la Propiedad, por lo que tenían la condición legal de terceros hipotecarios.

QUINTO.- La sentencia de apelación desestima el recurso de la Sindicatura demandante compartiendo la motivación de la sentencia apelada, ratificando la condición de terceros de buena fe de los cónyuges compradores de la vivienda y puntualizando que la demandante no había interesado la anotación preventiva de la demanda incidental promovida por ella para que se rectificara la fecha de retroacción de los efectos de la quiebra.

SEXTO.- La sindicatura demandante alega en su recurso, fundamen-



2010/190366

TS Sala I^a, Sentencia 29 julio 2010. Ponente: D. Francisco Marín Castán

Al no adquirir directamente del mismo

Alcance de la retroacción referida a los actos del quebrado con exclusión del subadquirente

El TS desestima el recurso por interés casacional, interpuesto por la sindicatura de la quiebra de la sociedad demandante, contra la SAP que declaró que la nulidad instada por ésta, solo alcanzaba a los actos del quebrado y no al subadquirente que no adquiere directamente del mismo. La Audiencia, sostuvo que los cónyuges compradores de la vivienda de autos, tenían la condición de terceros de buena fe, y puntualizó que la demandante no había interesado la anotación preventiva de la demanda incidental promovida por ella para que se rectificase la fecha de retroacción de los efectos de la quiebra producida. El Tribunal, comparte la decisión de instancia, por considerar entre otros motivos, que la sentencia no se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, puesto que la retroacción de los efectos de la quiebra llegó hasta la fecha de la constitución misma de la sociedad quebrada, y cuando los cónyuges codemandados compraron la casa y constituyeron hipoteca sobre la misma no constaba ya registralmente la quiebra y esto sumado a que la sindicatura demandante no procuró en su momento la constancia registral del incidente de rectificación de la fecha de retroacción, por lo que cobra toda su relevancia el principio de seguridad jurídica del art. 9,3 CE para propiciar una interpretación del art. 878 CCom compatible con la eficacia del art. 34 LH.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación, preparado e interpuesto al amparo de los ordinales 2º y 3º del art. 477.2 LEC, esto es por razón de la cuantía y por interés casacional, debe entenderse admitido únicamente por interés casacional, en su modalidad de oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, primera del apdo. 3 de dicho art. 477: de un lado, por ser doctrina constante y reiterada de esta Sala, mantenida desde la entrada en vigor de la LEC de 2000 hasta ahora en innumerables autos resolutorios de recursos de queja o de la fase de admisión, que las vías casacionales de aquellos dos ordinales se excluyen entre sí, cabiendo el recurso por una

o por otra pero no por las dos simultáneamente; y de otro, por ser doctrina igualmente reiterada que en materia de nulidad de actos del quebrado durante el periodo de retroacción, como es el caso, las sentencias de apelación posteriores a la entrada en vigor de la Ley Concursal, como también es el caso, son recurribles en casación por la vía del interés casacional.

SEGUNDO.- Delimitada así la admisibilidad del recurso, interpuesto por la Sindicatura de la Quiebra de una sociedad de responsabilidad limitada contra la sentencia de apelación que confirma la íntegra desestimación de su demanda de nulidad tanto de una hipoteca constituida por la sociedad quebrada sobre una finca

talmente, que la nulidad establecida en el párrafo segundo del art. 878 C.Com. es una nulidad absoluta o de pleno derecho (SSTS 26-3-04 y 14-10-05 entre otras muchas); que esta nulidad se extiende a todos los actos posteriores de subadquirentes que traigan causa de los actos nulos del quebrado, con independencia de la buena o mala fe de aquéllos, según "ha entendido mayoritariamente nuestra jurisprudencia" frente a una línea jurisprudencial minoritaria tendente a suavizar las consecuencias de la nulidad; entre las sentencias representativas de la jurisprudencia mayoritaria se encuentran las de 15-11-91, 16-3-95, 22-5-00, 26-7-01 y 16-2-00, extendiendo las de 1-2-74 y 24-10-89 la nulidad a los procedimientos judiciales que traigan causa de la hipoteca nula; que la sentencia recurrida es "incongruente" con otra pronunciada por la Sección 13ª de la misma Audiencia Provincial, que sí declaró la nulidad; que la Ley Concursal de 2003, al disponer la aplicación de la normativa anterior a todos los procedimientos de quiebra iniciados antes de su entrada en vigor, vendría en definitiva a ratificar la jurisprudencia mayoritaria, ya que de haber querido suavizar los efectos de la retroacción de la quiebra, así lo habría hecho; y en fin, que como sentencias más representativas de la doctrina jurisprudencial a la que se opone la sentencia recurrida figuran las de 16-3-95, 16-2-00, 22-5-00 y 26-7-01.

SÉPTIMO.- De las tres partes demandadas personadas ante esta Sala como recurridas, Cajaduero (antes Banco Crédit Lyonnais España S.A.) se opone al recurso alegando que la jurisprudencia más reciente protege al subadquirente frente a la nulidad (SSTS 19-3-07, 14-02-06 y 14-6-00); que la sentencia de la Sección 13ª de la Audiencia Provincial de Madrid invocada en el recurso se pronunció sobre un caso distinto; que la Ley Concursal de 2003 ha venido a clarificar, armonizar y sistematizar la anterior dispersión normativa, intentando evitar el perturbador sistema de la retroacción; y en fin, que mientras la protección del subadquirente frente a la nulidad se desprende de las citadas sentencias, en cambio las que la recurrente cita especialmente en su apoyo no versan sobre terceros adquirentes de buena fe.

Los cónyuges demandados como compradores y simultáneos hipotecantes de la vivienda se oponen al recurso alegando, en síntesis, que el art. 878 C.Com., mediante la expresión "todos sus actos de dominio y administración", se está refiriendo a los actos del quebrado, no a los actos de disposición que sigan al del quebrado; que las primeras sentencias citadas en el recurso versan sobre la nulidad de actos realizados directamente por el quebrado con terceros o bien en los que intervienen terceros de mala fe; que en el caso examinado el acto de constitución de hipote-

ca por la sociedad quebrada fue seguido de otros dos, esto es, la adjudicación hipotecaria y la venta a estos demandados-recurridos; que en el momento de su adquisición por ellos, la vivienda se hallaba totalmente libre de cargas; que la recurrente pudo haber intentado evitar la situación pidiendo anotación preventiva de su demanda incidental de rectificación de la fecha de retroacción; que las sentencias de 16 de febrero

■

"...si la nulidad establecida en el párrafo segundo del art. 878 C.Com. alcanza o no a las transmisiones de una finca no directamente por el quebrado a otro sino por este otro a un tercero, que actúa de buena fe por no existir constancia registral de la quiebra y a su vez inscribe su adquisición, la cuestión debe ser resuelta, dada la efectiva existencia de dos líneas diferentes de decisión entre las sentencias de esta Sala, una que cabe denominar rigorista, en pro de la nulidad, y otra flexible, contraria a la nulidad, mediante la aplicación de la doctrina jurisprudencial más reciente, que se inclina por la tesis contraria a la nulidad."

■

de 2000, 22 de mayo de 2000 y 26 de julio de 2001 no se refieren a casos equiparables a éste, y además las dos últimas, a sensu contrario, dispensarían a estos demandados-recurridos la protección registral del art. 34 de la Ley Hipotecaria; que la recurrente omite citar las sentencias de esta Sala contrarias a su tesis, cuales son las de 19 de marzo de 2007, 7 de mayo de 2008 que a su vez cita otras muchas, 7 de diciembre de 2005, 28

de septiembre de 1998, 14 de junio de 2000, 12 de marzo de 1993 y 20 de septiembre de 1993; que en este caso sería aplicable el art. 10 de la Ley del Mercado Hipotecario, como señalan las sentencias de 11 de abril de 2002, 22 de enero de 1994 y 12 de diciembre de 1995; que el caso resuelto por la Sección 13ª de la Audiencia Provincial de Madrid consistía en una adjudicación a Cajaduero como acreedora hipotecaria, sin ulterior transmisión a terceros, siendo además conocidas por la adjudicataria tanto la quiebra como la provisionalidad de la fecha de retroacción; que debe tenerse en cuenta la Ley Concursal de 2003 como reveladora de la voluntad del legislador de corregir las consecuencias desproporcionadas de una aplicación rígida del art. 878 C.Com.; y en fin, que mientras las tres sentencias especialmente citadas por la recurrente a su favor versan sobre casos no equiparables a éste, en cambio las citadas por estos demandados-recurridos determinan la validez de su adquisición

Finalmente, la demandada-recurrida Bankinter S.A. se opone al recurso alegando, en esencia, que la jurisprudencia más reciente es contraria a la tesis que se mantiene en el recurso, como demuestra la sentencia de esta Sala de 14 de febrero 2006; que en el presente caso la posición del subadquirente debe quedar especialmente reforzada en atención tanto al mucho tiempo transcurrido entre la fijación provisional de la fecha de retroacción de la quiebra y su fijación definitiva como a la cancelación de la inscripción de quiebra cuando los cónyuges demandados compraron la vivienda y constituyeron hipoteca sobre ella a favor de esta demandada-recurrida; que también son contrarias a la tesis del recurso las sentencias de 19 de marzo de 2007, 7 de mayo de 2001, 28 de septiembre de 1998, 22 de enero de 1999 y 12 de diciembre de 1995; que la sentencia recurrida no está en contradicción con lo resuelto por la Sección 13ª de la Audiencia Provincial de Madrid, pues en el caso de esta última no había un tercer adquirente; que también es contraria a la tesis del recurso la solución plasmada en la Ley Concursal de 2003; y en fin, que las tres sentencias más especialmente citadas por la parte recurrente se pronuncian sobre casos diferentes al aquí enjuiciado, mientras que las más recientes de 2007 y 2008, ya citadas, establecen la protección del tercer adquirente de buena fe.

OCTAVO.- Planteándose mediante el recurso examinado, según se desprende de las respectivas alegaciones de las partes recurrente y recurridas, si la nulidad establecida en el párrafo segundo del art. 878 C.Com. alcanza o no a las transmisiones de una finca no directamente por el quebrado a otro sino por este otro a un tercero, que actúa de buena fe por no existir constancia registral de la quiebra y a su vez inscribe su adquisición, la cuestión debe ser re-

suelta, dada la efectiva existencia de dos líneas diferentes de decisión entre las sentencias de esta Sala, una que cabe denominar rigorista, en pro de la nulidad, y otra flexible, contraria a la nulidad, mediante la aplicación de la doctrina jurisprudencial más reciente, que se inclina por la tesis contraria a la nulidad.

El punto de partida de la actual doctrina jurisprudencial, cuyo precedente más destacado es la sentencia de 14 de junio de 2000 (rec. 2646/95), puede situarse en la sentencia de 13 de diciembre de 2005 (rec. 1545/99), que en su fundamento jurídico tercero declara lo siguiente: "(...) Hay que partir, pues, de las apreciaciones fácticas de la Sentencia recurrida.. Se trata de subadquirentes, no de adquirentes directos del quebrado, ajenos a las maniobras de desposesión de bienes llevadas a cabo por el quebrado, de absoluta buena fe. Aunque no se diga expresamente, se trata de adquirentes a título oneroso que han inscrito sus títulos en el Registro de la Propiedad, y así se puede comprobar atendiendo a lo alegado y probado, de acuerdo con la facultad de proceder a la integración del "factum" que tiene esta Sala (Sentencias de 10 de junio de 1995, de 25 de julio de 1995, de 8 de julio de 1994, entre otras muchas) Por lo demás, las apreciaciones respecto de la ajenidad de los adquirentes en cuanto a las maniobras de desposesión o respecto de su buena fe son aquí una cuestión de hecho, de incumbencia de los juzgadores de instancia, cuya apreciación ha de ser mantenida en casación siempre que no sean desvirtuadas por el cauce procesal oportuno, lo que aquí ni se ha intentado (Sentencias de 12 de noviembre de 1985, de 19 de diciembre de 1988, de 18 de diciembre de 1986, de 2 de julio de 1991, de 12 de marzo de 1993, entre otras muchas).

El problema a dilucidar consiste en la aplicación a tales subadquirentes del artículo 878 II CCom., declarando la nulidad de su adquisición, conforme había hecho la Sentencia de Primera Instancia, o, por el contrario, la exclusión de los efectos de la nulidad respecto de la adquisición de sus derechos, de acuerdo con la decisión de la Sala de Instancia que estima el recurso de apelación planteado.

La cuestión suscitada ha merecido atención por parte de la doctrina y de la jurisprudencia, con mayor intensidad en cuanto se venía conformando, a través del debate y del contraste de opiniones, la regulación que finalmente ha cristalizado en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que está en vigor en el momento de dictarse la presente resolución.

El artículo 878 CCom, después de establecer que declarada la quiebra, el quebrado quedará inhabilitado para la administración de sus bienes, dispone (párrafo II) "todos sus actos de dominio y administración poste-

riores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra serán nulos” El precepto ha de ponerse en relación con el artículo 1024 CCom 1829, respecto de la fijación de la fecha de retroacción, y con el artículo 1366 LEC 1881, en cuanto regula lo que denomina personalidad (legitimación) de los Síndicos para pedir la retroacción de los actos que en perjuicio de la quiebra haya hecho el quebrado en tiempo inhábil.

No está de más subrayar, desde este mismo momento, que los preceptos hasta ahora indicados han sido derogados por la anteriormente citada Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en relación con la Disposición Derogatoria Única, 1, regla 1ª de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. La declaración de invalidez que en términos tan contundentes expresa la regla del artículo 878 II CCom. es, en todo caso, una técnica de reintegración de la masa que se justifica, como han advertido de consuno jurisprudencia y doctrina, por la normal falta de coincidencia entre el momento en que se abre el procedimiento concursal y aquel otro en que se produjo, en realidad, la situación económica que implica su apertura, tratando de evitar las consecuencias de una actuación del deudor en beneficio de uno o varios acreedores y/o en perjuicio de la masa con anterioridad al pronunciamiento del órgano jurisdiccional (entre otras, Sentencias de 25 de mayo de 1944, de 25 de mayo de 1961, de 22 de febrero de 1963, de 28 de enero de 1985, de 17 de marzo de 1988, de 23 de febrero de 1990, de 20 de septiembre de 1993).

Es preciso, pues, tener en cuenta, de una parte, que la razón de la invalidez de los actos se encuentra en la inhabilitación o desapoderamiento del quebrado; y de otra parte que la norma persigue la reintegración, lo que exige y presupone una disminución patrimonial, de modo que si no hubiere disminución patrimonial carece de sentido que se utilicen las acciones que se dirigen a la reintegración. Otra será la cuestión de si la ley presume ese perjuicio o de a quien corresponde, en su caso, la prueba.

Respecto del tipo de invalidez que se recoge en la regla del artículo 878 II CCom., y de su subsunción en alguna de las categorías acuñadas por la doctrina, hay en la jurisprudencia posiciones inarmónicas. Como resume la Sentencia de 29 de enero de 2004, es numerosa la jurisprudencia de esta Sala que sigue el denominado criterio rigorista y considera que el precepto señalado establece una nulidad radical que comprende tanto los actos dañosos o perjudiciales para la masa de acreedores cuanto los que no lo sean. Así, entre las más recientes, las Sentencias de 25 de octubre y 2 de diciembre de 1999, 16 de febrero, 12 y 14 de junio de 2000, 26 de julio de 2001, 14 de febrero de 2002, 28 de febrero de 2003 y 26 de

marzo de 2004, que insiste en el carácter radical y absoluto de la nulidad y en la inhabilitación del quebrado como ratio de la norma, con expresa referencia a la Sentencia de 13 julio de 1984...

En tanto que se encuentran también decisiones marcadas por un criterio más flexible, excluyendo de la nulidad los actos de transmisión o administración que no causan perjuicios a los acreedores, de modo que el objetivo de reintegración viene a buscarse a partir de la idea de lesión o de perjuicio, en clave, diríamos, de rescisión, según finalmente ha quedado establecido en la Ley Concursal vigente (así, las Sentencias de 10 de marzo y 15 de octubre de 1976, y las que cita la repetida Sentencia de 29 de enero de 2004: de 12 de marzo y 20 de septiembre de 2003, 20 de junio de 1996, 22 de mayo de 2000, 8 de febrero de 2001, 3 de abril de 2002).

Y aún, dentro de la línea antes denominada rigorista, cabría encontrar diversas posiciones, según se piense que la retroacción es un medio a través del cual se trasladan los efectos de la declaración de quiebra a un momento anterior (aquel en que surgió la insolvencia, para hacer coincidir la que cabría denominar “quiebra de derecho” con la que sería “quiebra de hecho”, como puede verse en una línea que arranca de la Sentencia de 7 de marzo de 1931, y pasa por decisiones que han dejado impronta, como las de 17 de marzo de 1958, 22 de marzo de 1963, 26 de marzo de 1974, 17 de marzo de 1977, etc., hasta las más recientes de 16 de febrero y 22 de mayo de 2000), como hay también un grupo de Sentencias en que el fundamento de la nulidad radical se encuentra en la infracción de una norma prohibitiva, por conexión con lo dispuesto en el artículo 6.3 del Código civil, de modo que la retroacción pretendería referir los efectos de la quiebra al momento real en que comenzó el estado de quiebra, con una suerte de obligación de interesar la quiebra en el momento en que aparezcan sus presupuestos (Sentencia de 2 de diciembre de 1999, entre otras). Como no faltan Sentencias que conciben la invalidez ex artículo 878 II CCom. como un supuesto de nulidad relativa (Sentencias de 28 de mayo de 1960, de 12 de marzo de 1993, de 20 de septiembre de 1993) o al menos que se apoyan en la inhabilitación del quebrado para justificar la nulidad (Sentencias de 30 de junio de 1978, de 13 de julio de 1984, de 16 de febrero de 2000, de 26 de marzo de 2004).

La doctrina ha discutido si, tal y como se concibe el tipo de invalidez en las propias sentencias que parten de la idea más “rigorista”, se perfila un grado de nulidad que se ajuste al régimen típico de la nulidad radical, o más bien se define una suerte de nulidad excepcional y distinta de las conocidas en nuestro ordenamiento que, por más que se entienda admi-

ble desde el punto de vista de la proyección de los principios constitucionales (Sentencias de 22 de marzo de 1985, de 17 de marzo de 1988, de 26 de febrero de 1991, de 12 de marzo de 1993, de 28 de octubre de 1996), es claro que genera gran inseguridad jurídica (Sentencias de 22 de marzo de 1985, de 17 de marzo de 1988 o de 12 de marzo de 1993) hasta el punto de que cabe pensar, en

■

"en el sentir de la inmensa mayor parte de la doctrina civilista e hipotecarista, la aplicación al caso de los subadquirentes de buena fe de la regla del artículo 878 II CCom no es correcta, ya que estaría impedida por el principio de fe pública registral y, en concreto, por la regla del artículo 34 LH en el caso de los inmuebles adquiridos a título oneroso y de buena fe, de titular que en el Registro aparezca con facultades para transmitir, por quien, a su vez, inscriba; ya que este adquirente, a tenor de lo dispuesto en el precepto mencionado, ha de ser mantenido en su adquisición aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante por causas que no consten en el mismo Registro."

■

vista del artículo 9.3 de la Constitución, si al menos no habrá que impulsar una lectura del precepto en el sentido de evitar, en lo posible, una proyección desmedida de la inseguridad.

En vista de que, contra lo que cabe obtener de un discurso meramente dogmático, la nulidad que se produce en base a la aplicación de la regla

del artículo 878 II CCom, según conclusiones que pueden obtenerse de un estudio global de la jurisprudencia, no es, en palabras de una autorizada opinión doctrinal, automática, ni absoluta, ni originaria ni estructural, toda vez que, en cuanto al carácter automático, se requiere decisión judicial al menos cuando se oponga o resista el actual poseedor a la entrega de los bienes, que por otra parte no pueden ser ocupados por los Síndicos, que tampoco pueden, con la sola base del Auto que fija la retroacción, cancelar o anular los asientos registrales causados por las transmisiones realizadas durante el periodo de retroacción (así, Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 20 de enero de 1986, con precedentes en las de 28 de febrero de 1977 y de 24 de enero de 1979, y consecuentes como la de 7 de noviembre de 1990 y 19 de enero de 1993) o que puede inscribirse una compraventa presentada antes que un Auto de declaración de quiebra que retrotraiga sus efectos a fecha anterior (RR de 2 de octubre de 1981 y de 1,2,3,4,5 y 7 de junio de 1993) o que en los folios de las fincas enajenadas por el quebrado durante el período de retroacción no puede ser anotada la declaración de quiebra acordada en un procedimiento en que no son citados ni oídos los titulares registrales actuales de aquellas (R de 8 de noviembre de 1991) o que no basta el Auto de declaración y/o el de fijación de la fecha de retroacción para anotar la declaración de quiebra sobre las fincas en poder de terceros (RR de 28 de julio de 1988 y de 8 de noviembre de 1991. Citadas con diversa valoración, por la Sentencia de esta Sala de 22 de mayo de 2000). Lo que no es más que una consecuencia del derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 de la Constitución.

Pero la tal nulidad, si se examina a fondo la jurisprudencia, resulta que tampoco afecta por igual a todos los actos, pues vienen excluyéndose aquellos que, por corresponder al giro y tráfico ordinario del quebrado, el buen sentido tiene por válidos (pago de cuotas de la seguridad social, de recibos de suministros, de arrendamientos... Sentencias de 15 de octubre de 1976, de 12 de noviembre de 1977, de 8 de febrero de 1988, etc.) No puede, finalmente, concebirse esta nulidad ni como originaria, pues el acto del quebrado nació correctamente, y no ha podido solicitarse la nulidad hasta la declaración de quiebra y la determinación del periodo de retroacción (y es por ello una ineficacia sobrevinida), ni cabe tampoco calificarla como “estructural”, pues no proviene de un defecto en origen, sino que se trata de las consecuencias posteriores de un negocio estructuralmente regular.

Así concebida, este tipo de ineficacia no habría de proyectarse sobre actos que no significaran un perjuicio para la masa, ni debería afectar a los subadquirentes de buena fe. Es

cierto, como ha señalado la Sentencia de 22 de mayo de 2000, que la ineficacia de que estamos tratando ha sido calificada como nulidad de pleno derecho (Sentencia de 19 de diciembre de 1991), de nulidad radical (Sentencia de 11 de noviembre de 1993) o como un vicio de origen (Sentencia de 20 de octubre de 1994) o incluso (Sentencias de 28 de octubre de 1996, 26 de marzo de 1997 y 25 de octubre de 1999, y en el sentido muy semejante la de 26 de marzo de 2004) como nulidad intrínseca y absoluta que actúa ope legis. Pero la jurisprudencia no es unánime: baste ver las Sentencias de 12 de marzo y de 20 de septiembre de 1993, con precedentes en las de 4 de julio de 1990, 11 de diciembre de 1965, 20 de marzo de 1970, 10 de marzo de 1976, 12 de noviembre de 1977.

Tal grado de invalidez, por otra parte, suscita la cuestión de su alcance a los actos o negocios de disposición de bienes realizados por el quebrado durante el período de retroacción que hayan sido seguidos por los adquirentes del quebrado de modo que, al declararse la quiebra, se encuentren los bienes o derechos objeto de disposición en poder de terceros de buena fe a quienes, en principio, habría que tener por protegidos en base a preceptos como los que se contienen en los artículos 1295 II CC y 34 LH.

La tesis de la inoperancia del artículo 34 de la Ley Hipotecaria frente al rigor del artículo 878 II CCom., sostenida por Sentencias como las de 17 de marzo de 1958, 15 de noviembre de 1991, 16 de marzo de 1995 y 16 de febrero de 2000, ha sido matizada por la de 22 de mayo de 2000 para destacar que no puede amparar al adquirente directo del quebrado, así como que “una aplicación indiscriminada del art. 34 LH acabaría con la eficacia del artículo 878 II CCom”, pues posibilitaría transmisiones rápidas por parte del quebrado que serían ya inatacables, y que “los términos en que se protegen los derechos del tercero de buena fe por el artículo 34 LH son de muy difícil incidencia en el riguroso régimen del artículo 878 CCom, pues el derecho de quien transmite al tercero no se anula o resuelve por una causa que pudiera constar en el Registro de la Propiedad, sino precisamente por la sola circunstancia de haberse adquirido ese derecho en un tiempo anterior que se fija retroactivamente por el Auto judicial de declaración de la quiebra, de suerte que en rigor no cabría hablar de inexactitud del Registro”.

La tesis de esta Sentencia no es tampoco unánime. La Sentencia de 14 de junio de 2000, partiendo de que el artículo 878 II CCom se refiere a los actos del quebrado, concluye que la nulidad no alcanza al acto de disposición que no ha realizado el quebrado sino el adquirente de éste, es decir, que se protege al subadquirente, que es el único verdadero tercero hipotecario, con los demás re-

quisitos del artículo 34 LH, e invoca como precedentes las Sentencias, ya citadas, de 12 de marzo y 20 de septiembre de 1993 y 28 de octubre de 1996. La de 3 de abril de 2002 subraya la disidencia entre las anteriormente citadas, y apunta al criterio del efectivo perjuicio causado “para, excepcionalmente, mantener la validez de los actos realizados dentro del período de retroacción”. En decisiones posteriores se examina la cuestión, si bien para llegar a la conclusión de que, en los respectivos supuestos, no cabe subsumir la protección del adquirente bajo artículo 34 LH, ya porque se trataba de un subadquirente sin buena fe (Sentencia de 17 de febrero de 2005), ya porque, además de carecer de buena fe, se trataba de un negocio jurídico gratuito (Sentencia de 24 de febrero de 2005).

Ha subsistido, hasta la derogación de los preceptos a que nos venimos refiriendo, una posición doctrinal ampliamente compartida a favor de la tesis que considera aplicable el artículo 878 II CCom a los actos realizados por el quebrado, y por tanto a las adquisiciones directas, sin posibilidad de que les alcance la protección del artículo 34 LH, dado el tenor del artículo 33 LH y puesto que, en ningún caso, cabe considerar como tercero a quien adquiere del quebrado. No faltan, sin embargo, autorizadas voces que predicán que también en este caso se da el supuesto de protección del artículo 34 LH. Pero en el sentir de la inmensa mayor parte de la doctrina civilista e hipotecarista, la aplicación al caso de los subadquirentes de buena fe de la regla del artículo 878 II CCom no es correcta, ya que estaría impedida por el principio de fe pública registral y, en concreto, por la regla del artículo 34 LH en el caso de los inmuebles adquiridos a título oneroso y de buena fe, de titular que en el Registro aparezca con facultades para transmitir, por quien, a su vez, inscriba; ya que este adquirente, a tenor de lo dispuesto en el precepto mencionado, ha de ser mantenido en su adquisición aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante por causas que no consten en el mismo Registro.

Esta posición puede ser mantenida en casos como el que nos ocupa, a partir de la constatación, realizada en la instancia, de tratarse de quien adquirió de un adquirente del quebrado, cuya habilidad para transmitir constaba en el Registro, en las condiciones del artículo 34 LH, destacándose en especial la ajenidad del interesado respecto de las maniobras de desposesión y su buena fe, a cuyo efecto cabría apoyarse en los siguientes argumentos:

a) La conexión entre el precepto del artículo 878 II CCom con los artículos 1024 CCom 1829 y 1366 LEC 1881, antes destacada, subrayando la función de la retroacción como instrumento de la reintegra-

ción de la masa, y la legitimación deferida a los Síndicos para restaurar el perjuicio sufrido.

b) La concepción del tipo de ineficacia que resulta de una lectura conjunta de los preceptos señalados en razón de la función y de la lógica de su funcionamiento en el sistema, subrayando que estamos ante una ineficacia que es, por hipótesis, sobrevenida y, relativa, con legitimación restringida, más allá de una consideración en clave meramente dogmática, como anteriormente hemos puesto de relieve.

c) El factor de inseguridad que genera una lectura de los preceptos en el sentido de una proyección automática de la nulidad a las adquisiciones realizadas por terceros respecto del negocio realizado por el quebrado con su adquirente directo, pues si bien no determina su inconstitucionalidad (como antes hemos apuntado) obliga, por aplicación del principio de seguridad jurídica que se recoge en el artículo 9.3 de la Constitución, y conforme a cuanto ordena el propio artículo 9.1, que en este caso cabe poner en relación con los principios rectores de protección de los derechos a una vivienda digna (artículo 47.1 CE) y a la seguridad de los consumidores (artículo 51.1 CE), así como la sumisión de la Administración pública a la ley y al Derecho (artículo 103.1 CE), a una interpretación acorde con los valores establecidos por la Norma fundamental.

d) La propia lógica del artículo 34 LH como protección de la apariencia, de la confianza y manifestación de la fe pública registral hasta llegar a producir adquisiciones a non domino, como excepción al principio causalista y a la regla según la cual la inscripción no convalida los actos o contrarios nulos (artículo 33 LH). Este precepto defiende, precisamente, al adquirente frente a la anulación o resolución del derecho del otorgante producida por causa que no conste en el Registro. Es claro que después de la anotación de la quiebra (artículo 2,4 LH; ahora artículo 24.4 Ley Concursal) no cabe apoyar en el artículo 34 LH la protección de un tercero subadquirente, pero estamos ante un supuesto de adquisición que no trae causa directa del quebrado y que se produjo durante el período de retroacción, esto es, antes de la declaración de quiebra.

e) La coherencia, en paralelo, con cuanto habría de ocurrir con la adquisición de bienes muebles, en base a los preceptos contenidos en los artículos 464 y 1955 III CC y 85 CCom, a los que cabe añadir el artículo 19 LCCh. No cabría la reintegración en este caso, si de muebles se tratara, ya que no puede ser valorada la entrega al transmitente como una “privación ilegal”.

f) La mutación de la legislación, que ha ido creando supuestos de pro-

tección en que se exceptúa la aplicación del artículo 878 II CCom, tales como los previstos en el artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario, el artículo 9.3 de la Ley de Mercado de Valores, la Disposición Adicional 7ª. 1.II de la Ley 3/1994 de 14 de abril, de adaptación de la legislación en materia de entidades de crédito a la segunda directiva de coordinación bancaria, el artículo 54.8 de Ley de Mercado de Valores, introducido por Ley 37/1998, la Disposición Adicional 10ª.4 de la Ley 37/1998 o la Disposición Adicional 3ª.3.4 Ley Reguladora de las Entidades de Capital-Riesgo. Tales excepciones exigen bien la prueba de fraude, bien la mala fe de los operadores afectados. El cúmulo de excepciones apunta, en términos de atención a la realidad del tiempo presente, criterio hermenéutico que recoge el artículo 3.1 CC, a la conveniencia de una interpretación que, por coherencia, atienda fundamentalmente a la función de reintegración que es la base del instituto, y buena prueba de ello es que las normas de cuya aplicación se trata, ya derogadas, han sido sustituidas por reglas que confían la reintegración al juego de las acciones rescisorias, con apoyo en presunciones de fraude (artículo 71 Ley Concursal).”

Prácticamente contemporánea de tal sentencia es la de 7 de diciembre de 2005 (rec. 1552/99), según la cual el art. 878 C.Com se refiere a los actos del quebrado, y no merece tal consideración una venta judicial por tener carácter forzoso, sustituyendo el Juez al deudor-propietario.

Pocos meses después, la sentencia de 14 de febrero de 2006 (rec. 1813/99) declaró lo siguiente:

“(…) Distinta es la cuestión del subadquirente. Este no adquiere del quebrado, sino de un adquirente de éste y si está protegido por la fe pública registral (artículo 34 de la Ley Hipotecaria) debe ser mantenido en su titularidad del derecho de hipoteca o del derecho de propiedad. Así lo expresa la sentencia de 14 de junio de 2000 siguiendo el criterio de las anteriores, de 12 de marzo de 1993, 20 de septiembre de 1993 y 28 de octubre de 1996 y dice así: “la doctrina que se ha impuesto en la jurisprudencia de esta Sala es que la nulidad no alcanza al acto de disposición que no ha realizado el quebrado sino el adquirente de éste, es decir, se protege al subadquirente, que es el único verdadero tercero hipotecario, con los demás requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria al que se le aplica el principio de fe pública registral”.

Es decir, cuando el artículo 878 del Código de Comercio impone la inhabilitación del quebrado para la administración y, por ende, la disposición de sus bienes, no está estableciendo una incapacidad sino una prohibición legal por lo que declara nulos los actos que realice, nulidad

no sanada por el Registro de la Propiedad, según el artículo 33 de la Ley Hipotecaria. Pero esta nulidad no alcanza al acto de disposición que realice el adquirente a favor de otro, tercero, que será subadquirente y tercero hipotecario protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Este, efectivamente, adquiere a título oneroso un derecho real sobre una finca de persona que no está quebrada y es propietaria según el Registro de la Propiedad con facultades para transmitirla: no tiene sentido jurídico que este adquirente, por ser subadquirente de un quebrado (tanto más si no consta en el Registro de la Propiedad la declaración de quiebra) se vea privado del derecho que adquirió confiado en el Registro. (...) Dicha entidad bancaria recurrente adquirió el derecho real de hipoteca que evidentemente inscribió en el Registro de la Propiedad, a título oneroso, de buena fe ya que no consta acreditada mala fe alguna que tampoco es imaginable, de una sociedad que aparecía en el propio Registro con facultades para transmitir, sin constancia de una previa declaración de quiebra, cuya inscripción había sido cancelada. En consecuencia, debe ser mantenido en su adquisición en aplicación del principio de fe pública registral que proclama el artículo 34 de la Ley Hipotecaria y que ha sido infringido por la sentencia recurrida al no reconocer el carácter de tercero hipotecario a dicha entidad recurrente. La Ley Hipotecaria recoge el principio de fe pública registral; protege decisivamente al tercero hipotecario, frente a lo no inscrito en el Registro (haciendo que sea inexistente o inoperante para él) y, en consecuencia, se le mantienen las adquisiciones que por negocio jurídico oneroso haya realizado confiado en el contenido del Registro.

Así, el tercero hipotecario queda protegido absolutamente, aunque la transmisión adolezca de un vicio o el transmitente está impedido de hacerlo o no tenga título bastante, lo que no consta registralmente; así, se protege la titularidad aunque sea una apariencia jurídica o, en otras palabras, se da eficacia a la adquisición aunque sea a non domino. Todo ello es el núcleo central de la institución del Registro de la Propiedad y responde al principio de seguridad jurídica, que actualmente es proclamado por el artículo 9.3 de la Constitución Española, también infringido por la sentencia recurrida."

En el mismo año 2006 fueron varias las sentencias que, incorporando el criterio de decisión de la de 13 de diciembre de 2005, declararon la protección del subadquirente en quien concurrían los requisitos del art. 34 de la Ley Hipotecaria (sentencias de 30 de marzo en rec. 2781/99, 12 de mayo en rec. 3240/99, 19 de junio en rec. 4726/99), y su doctrina se reitera en dos sentencias de 19 de marzo de 2007 (rec. 1618/00 y rec. 2299/00).

Y más recientemente la sentencia de 10 de diciembre de 2009 (rec. 1990/05) ha vuelto a reiterar la necesidad de que los actos a los que puede afectar la nulidad establecida en el art. 878 C.Com. sean actos de dominio o administración del deudor luego quebrado o a él jurídicamente atribuibles y tengan por objeto bienes de su patrimonio, y aplica la doctrina contenida en las sentencias de 30 de marzo de 2006, 6 de noviembre de 2007, 7 de mayo de 2008 y 11 de febrero de 2009 para rechazar la nulidad de una compraventa no entre la quebrada y otro sino entre este otro y un tercero.

Así las cosas, es claro que la sentencia recurrida no se opone a la doctrina jurisprudencial ya consolidada de esta Sala, que además resulta especialmente pertinente al caso, atendidas las circunstancias de que la definitiva retroacción de los efectos de la quiebra llegó hasta la fecha de la constitución misma de la sociedad quebrada, que cuando los cónyuges codemandados compraron la casa y constituyeron hipoteca sobre la misma no constaba ya registralmente la quiebra y, en fin, que la sindicatura demandante no procuró en su momento la constancia registral del incidente de rectificación de la fecha de retroacción, por lo que cobra toda su relevancia el principio de seguridad jurídica del art. 9.3 de la Constitución para propiciar una interpretación del art. 878 C.Com. compatible con la eficacia del art. 34 de la Ley Hipotecaria.

Por contra, ninguna de las tres sentencias de esta Sala más especialmente citadas en el recurso son aplicables al caso aquí examinado, pues la de 16 de marzo de 1995 tiene como presupuesto la mala fe de los subadquirentes, la de 16 de febrero de 2000 se refiere a un caso de falta de buena fe en el adquirente, la de 22 de mayo de 2000 versa sobre transmisiones claramente fraudulentas o por precio muy inferior al de mercado y, en fin, la de 26 de julio de 2001 no trata en puridad del subadquirente, como tampoco lo hace la sentencia de la Sección 13ª de la Audiencia Provincial de Madrid invocada en el recurso.

NOVENO.- En consecuencia procede desestimar el recurso, aunque sin imponer las costas a la parte recurrente porque a la fecha de su interposición, 26 de enero de 2006, la cuestión controvertida aún podía considerarse jurídicamente dudosa por ser muy recientes las dos sentencias de diciembre de 2005 que iniciaron la corriente jurisprudencial definitivamente consolidada, dándose así la salvedad prevista en el inciso final del art. 394.1 LEC, al que se remite su art. 398.1, para no imponer las costas al recurrente pese a la desestimación de su recurso.

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

FALLO

1º.- Desestimar el recurso de casación por interés casacional interpuesto por la parte demandante, sindicatura de la quiebra de Inversiones Femasa S.A., representada ante esta Sala por el Procurador D. Carlos Mairata Laviña, contra la sentencia dictada con fecha 24 de junio de 2005 por la Sección 25ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación núm. 298/04.

2º.- Confirmar la sentencia recurrida.

3º.- Y no imponer especialmente a ninguna de las partes las costas causadas por el recurso de casación.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con

devolución de los autos y rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan Antonio Xiol Ríos.- Francisco Marín Castan.- José Antonio Seijas Quintana.- Encarnación Roca Trias.- Rafael Gimeno-Bayón Cobos.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castan, 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.



2010/152982

TS Sala 2ª, Sentencia 24 junio 2010. Ponente: D. Francisco Monderde Ferrer

Reconocimiento fotográfico no ratificado en el acto del plenario Absolución de los delitos de detención ilegal, robo con intimidación, robo de uso de vehículo, y contra la seguridad del tráfico

Se estima el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por delitos de detención ilegal, robo con intimidación, robo de uso de vehículo, y contra la seguridad del tráfico. El TS dicta segunda sentencia por la que absuelve al recurrente de los expresados delitos, por cuanto el reconocimiento fotográfico no ha sido ratificado en el acto del plenario, y los jueces "a quibus" admiten ser cierto que en la rueda la víctima de los hechos no pudo reconocer al acusado, aunque le quitan importancia a ello, afirmando que se realizó casi dos años después de la fecha de los hechos, y que resulta valorable la diligencia de reconocimiento en sede policial. Pero para que pueda ser entendida como prueba válida y suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, la diligencia ha de ser reproducida en el juicio oral mediante la ratificación de la víctima o testigo en dicho juicio, a fin de poder ser sometida su declaración a contradicción con oralidad e inmediación, como las garantías constitucionales del proceso exigen.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Como primer motivo se alega infracción de ley y de precepto constitucional, al amparo del art. 852 de la LECr. y 5.4 LOPJ, por entenderse vulnerado el derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE.

Y por su relación con el anterior trataremos aquí, igualmente, el segundo motivo que se formula, también, por infracción de ley y de precepto constitucional, por entenderse

vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de falta de motivación, en relación con el art. 24.1 CE.

1. Para el recurrente se basa el Tribunal de instancia en un reconocimiento fotográfico, cuya antigüedad no consta, efectuado por la víctima ante la Policía, y no ratificado en la rueda celebrada ante el Juez de Instrucción, y tampoco en la Vista del plenario, donde expresó a preguntas del presidente del Tribunal que no había recibido amenazas, ni visitas,

ni llamadas, nada de nada, por parte del acusado o de su familia. La observación del Tribunal de instancia sobre un pretendido temor del testigo de cargo, además de su ambigüedad, carece de toda corroboración. Ninguna relación tiene que los hermanos del acusado le pidieran perdón hace más de tres años, con que el reconocimiento no resultara positivo. En la Vista, aparte del natural nerviosismo, no se mostró temeroso el testigo ni balbuceaba, ni apareció temeroso.

Por otra parte, la falta de credibilidad que se de a las declaraciones del testigo, y antes acusado, D. Adolfo, llegándose a deducir testimonio contra él, parece una decisión subjetiva, desmesurada y contraria a la propia jurisprudencia.

En segundo lugar, sostiene el recurrente que las apreciaciones del Tribunal a quo, carecen de respaldo fáctico alguno, que están contradichas por el acervo probatorio practicado en el plenario, y que las conclusiones alcanzadas en la sentencia se apartan de los cánones de la lógica y máximas de la experiencia, no razonándose manera racional la condena. Así, el cargo se basa exclusivamente en el reconocimiento fotográfico efectuado por la víctima policialmente, y en la impresión recibida por el Tribunal sentenciador de que el Sr. Claudio tenía algún temor. Y, por otra parte, se rechazaron de plano las pruebas de descargo como la diligencia de rueda ante el juzgado, que resultó negativa, como el mismo reconocimiento en el plenario, señalando el declarante que el acusado no era la persona que participó en los hechos, ni estaba amenazado ni presionado por nadie.

2. Los dos motivos esgrimidos, que en realidad se reducen a uno, siendo el segundo una repetición del primero, sin aporte nuevo alguno, vienen a suponer combatir el Fallo por entender que los hechos no están probados, por no ser consecuencia de una actividad probatoria mínima y suficiente, razonablemente de cargo y revestida con todas las garantías constitucionales y procesales que la legitimen (STS de 12-2-92); o como ha declarado el TC (S^a 44/89, de 20 de febrero) "por faltar una adecuada actividad probatoria de cargo, realizada con todas las garantías, practicada en el juicio para hacer posible la contradicción y sin que los medios probatorios traídos al proceso se hayan obtenido violentando derechos o libertades fundamentales". De modo que una vez acreditada la existencia de tal probanza, su valoración es ya competencia del Tribunal sentenciador (STS de 21-6-98), conforme al art. 741 de la LECr., no correspondiendo al Tribunal de Casación revisar la valoración efectuada en la instancia en conciencia (STC 126/86, de 22 de octubre).

Esta Sala ha dicho, también reiteradamente (sentencias 988/2003, de 4 de julio y 1222/2003, de 29 de sep-

tiembre, y 1460/03, de 7 de noviembre), que en punto a la vulneración de la presunción de inocencia, este Tribunal debe comprobar si hay prueba en sentido material (prueba personal o real); si esta prueba es de contenido incriminatorio; si ha sido constitucionalmente obtenida, esto es, si accedió lícitamente al juicio oral; si ha sido practicada con regularidad procesal; si es suficiente para enervar la presunción de inocencia; y finalmente, si ha sido racionalmente valorada por el Tribunal sancionador. Más allá no se extiende nuestro control cuando de vulneración de la presunción de inocencia se trata. El intento de que esta Sala vuelva a valorar la prueba personal al margen del principio de inmediación está condenado al fracaso (en este sentido, la sentencia 120/2003, de 28 de febrero).

3. Realmente la endeblez de la prueba de cargo, atinente al reconocimiento del acusado, lleva a reconocer la insuficiencia de la misma para desvirtuar la presunción de inocencia que protege inicialmente al imputado.

En efecto, en el caso presente, como reconoce la sentencia de instancia, el acusado en el acto del juicio oral negó ser el autor de los hechos por los que viene siendo imputado. En ese sentido manifestó que si bien conoce a Adolfo, no tiene ningún tipo de contacto con el mismo, ya que sus respectivas familias no mantienen una buena relación desde hace muchos años y que por esa causa no pueden hablarse.

El testigo Adolfo en todo momento mantuvo que el día en que ocurrieron los hechos por él reconocidos, le acompañaba Ovidio, aunque no identifica al acusado como esa persona. También adujo que, ciertamente, se conocían y, con similares palabras a las pronunciadas por Ovidio, dijo que sus respectivas familias -todos ellos miembros de la etnia gitana- les habían prohibido tener cualquier tipo de relación, añadiendo que tiene un amigo que se llama como el acusado.

A pesar de ello el Tribunal a quo concluye que existen otras pruebas o indicios que le permiten llegar a la conclusión de que el acusado es el autor de los hechos. Y así expone que, en efecto, la víctima quien denunció los hechos al día siguiente -en fecha 22 de junio de 2006- dio una descripción detallada de las dos personas, autores de los mismos. En dependencias policiales, con fines identificativos, los agentes le mostraron un libro con fotografías -unas veinte- entre las que reconoció ningún género de dudas tanto a Adolfo como a Ovidio -el hoy acusado-, hecho que motivó la detención del primero de ellos -y posterior enjuiciamiento y condena- ya que el segundo no fue hallado.

Y sigue diciendo que, con posterioridad, cuando Ovidio fue detenido

el día 6 de noviembre de 2007 -es decir, un año y seis meses después del día en que ocurrieron los hechos-, la víctima manifestó ante el instructor que la persona que montó con posterioridad en el coche, es la que reconoció en la fotografía que consta en el folio 13 -ahora folio 33-, reconocimiento que ha ratificado en el acto del plenario.

Ello ya merece una matización, el reconocimiento no ha sido ratificado en el acto del plenario. En él -según resulta de su acta y de la grabación en audio/vídeo-, el Sr. Claudio, lo que dijo es que (ante la Policía, por fotos) identificó a dos personas. A Adolfo lo recuerda del juicio anterior, pero que hoy, dado el tiempo transcurrido, no recuerda los rasgos del otro sujeto, al que no reconoce, no recordando la cara del otro chico, ya que estaba en el asiento trasero, y no recuerda ningún rasgo.

Además, los jueces a quibus admiten ser cierto que en la rueda la víctima de los hechos no pudo reconocer al acusado, aunque le quitan importancia a ello, afirmando que se realizó casi dos años después de la fecha de los hechos, y que resulta valorable la diligencia de reconocimiento en sede policial.

Ello contrasta con la corrección de la doctrina constitucional y jurisprudencial que citan sobre el valor del reconocimiento fotográfico como meras actuaciones policiales, aptas para iniciar la investigación pero ineficaces por sí mismas para justificar una prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia.

En efecto, sobre la operatividad procesal y la eficacia probatoria de la diligencia de reconocimiento fotográfico policial, la jurisprudencia de esta Sala (SSTS 1500/1992, 1162/97, 140/2000, 1638/2001, 683/2002, 486/2003, 875/2004, 1353/2005 y 994/2007) tiene establecida una doctrina general que se sintetiza en los siguientes apartados:

1º. Los reconocimientos fotográficos por sí solos no constituyen prueba apta para destruir la presunción de inocencia. Puede tener tal eficacia cuando el testigo o los funcionarios actuantes acuden al juicio oral y allí declaran sobre ese reconocimiento que se hizo en su día.

2º. Son meras actuaciones policiales que constituyen la apertura de una línea de investigación, a veces imprescindible porque no hay otro medio de obtener una pista que pueda conducir a la identificación del criminal.

3º. La Policía procurará no acudir al reconocimiento fotográfico cuando ya ha sido identificado el sospechoso y, por tanto, se puede realizar directamente la identificación mediante el procedimiento de la rueda judicial regulado en los arts. 368 y ss.

4º. No obstante, aunque se hubiera practicado el reconocimiento fotográfico antes de tal rueda judicial, incluso en aquellos casos en que existiera una previa identificación del sospechoso, tal reconocimiento fotográfico no priva de validez a las demás diligencias sumariales o pruebas del juicio oral que pudieran practicarse sobre el mismo dato de esa identificación.

Y como recuerda nuestra STS de 30-12-2009, núm. 1386/2009, la STS 503/2008, de 17 de julio (caso del atentado terrorista del "11 M"), argumenta que "los reconocimientos efectuados en sede policial, o en sede judicial en fase sumarial, bien a través del examen de fotografías o bien mediante ruedas de reconocimiento, son en realidad medios de investigación que permiten, cuando es necesario, determinar la identidad de la persona a la que los testigos imputan la realización del hecho denunciado, y avanzar en el esclarecimiento de los hechos. Solamente alcanzan el nivel de prueba, como regla general, cuando el reconocimiento se ha realizado en sede judicial, con todas las garantías, entre ellas la presencia del Juez, y quien ha realizado el reconocimiento comparece en el juicio oral y ratifica lo antes manifestado o reconoce en el plenario al autor de los hechos, pudiendo ser sometido a interrogatorio cruzado de las partes sobre los hechos que dice haber presenciado y sobre el reconocimiento realizado. Por tanto, el derecho a la presunción de inocencia no se desvirtúa por el resultado del reconocimiento fotográfico, sino por el resultado del medio de prueba practicado en el acto del juicio, consistente en la ratificación del testigo sometido al interrogatorio cruzado de las partes".

Y más adelante, en la misma sentencia 503/2008, se precisa que "la exhibición de varias fotografías de distintas personas a los testigos no constituye en realidad una diligencia de reconocimiento de identidad, sino una actuación previa de investigación, realizada generalmente por la Policía, con la finalidad de orientar adecuadamente las pesquisas encaminadas a la identificación del autor de los hechos. Los reconocimientos de identidad se efectúan en ruedas de reconocimiento con la presencia física del sospechoso, que debe estar asistido de letrado, o en el mismo acto del juicio oral. En realidad, la prueba se constituye por la declaración del testigo en el acto del juicio en la que, sometido al interrogatorio cruzado de las partes, afirma reconocer al acusado como el autor de los hechos o ratifica el reconocimiento realizado en la fase de instrucción". En esa misma sentencia se recuerda que "esta Sala ha declarado que ni siquiera el reconocimiento en rueda practicado en fase de instrucción es la diligencia de prueba susceptible de valoración, al señalar que tal diligencia, aun a pesar de ser hecha con todas las garantías, no puede consi-

derarse que sea configurada como una prueba anticipada y preconstituida de imposible reproducción en el juicio oral en virtud de su supuesto carácter irreplicable. Para que pueda ser entendida como prueba válida y suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, la diligencia ha de ser reproducida en el juicio oral mediante la ratificación de la víctima o testigo acudan al plenario para ratificar dicha diligencia ya que, como prueba testifical, es, por su naturaleza, perfectamente reproducible en el acto del juicio oral y debe ser, por tanto, sometida a contraste y contradicción por las partes de forma oral y sin mengua de los derechos de defensa del imputado.

Todo ello de conformidad con lo dispuesto en el art. 6.3 d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que manifiesta que todo acusado tiene, entre sus mínimos derechos, el de "interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él", así como con el art. 14.3 e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del mismo tenor". En su sentencia 340/2005, de 20 de diciembre, admite el Tribunal Constitucional "la posibilidad de que el resultado de la identificación fotográfica sea llevado a juicio a través de otros medios de prueba (en el caso, la declaración testifical de la víctima del delito) que sean sometidos a los principios de inmediación y contradicción. Sin embargo -sigue diciendo-, esta posibilidad la hemos calificado de "excepcional" y, como tal, no es ni puede ser incondicionada; desde el momento en que la prueba practicada en el juicio oral no tiene un contenido incriminatorio propio, sino por razón al reconocimiento fotográfico, se hace imprescindible que éste se haya realizado en condiciones tales que descarten por completo la eventual influencia de los funcionarios policiales sobre la persona que ha de realizar la identificación". Y en el mismo sentido se expresó la STC 36/1995, de 6 de febrero. El Tribunal Constitucional ha estimado prueba suficiente para enervar la presunción de inocencia el reconocimiento efectuado en el juicio oral, sin ningún género de dudas, por parte del testigo, a pesar de las irregularidades de los reconocimientos fotográficos, o incluso de reconocimientos en rueda anteriores (SSTC 323/1993 y 172/1997). Y esta Sala ha declarado también (SSTS 177/2003, de 5-2; y 1202/2003, de 22-9) que "cuando el testigo señala inequívocamente a una persona durante el plenario, su fuerza probatoria radica en la credibilidad o fiabilidad del testimonio de quien realiza la identificación".

Por otra parte la insinuación de que la víctima pudo estar mediatiza-

da por el temor inspirado por el acusado y sus familiares, no deja de ser una suposición no corroborada efectivamente. Así sólo expone la sentencia de instancia que "hay que tener en cuenta que el día 24 de junio de 2006 la víctima declaró ante el instructor que la familia de Adolfo -en concreto sus cinco hermanos a los que nunca con anterioridad había visto- le estaban esperando en las inmediaciones de la casa de su novia -que no coincidía con el lugar en que aquél se subió al coche- y tras pedirle perdón -dice- le devolvieron el dinero.

Además, y si bien tanto en la instrucción -el día 24 de junio de 2006- como en el acto del plenario -al que asistieron familiares y/o amigos del acusado y/o del testigo (Adolfo)-, explicitó que nadie le ha amenazado ni intimidado, no obstante ello, su actitud y su forma de expresarse -así lo percibió claramente el Tribunal- transmitían no sólo un cierto nerviosismo -lógico en cierta medida ya que ha tenido que volver a declarar sobre unos hechos que ya fueron juzgados y, sobre todo, recordar lo acontecido- sino, también, algún tipo de temor".

Consecuentemente, los dos motivos interrelacionados han de ser estimados, con las consecuencias para el acusado recurrente que se determinarán en segunda sentencia, resultando innecesario entrar en el examen de los restantes que por infracción de precepto constitucional y de ley igualmente han sido formulados.

SEGUNDO.- En virtud de lo expuesto procede estimar el recurso de casación interpuesto, por infracción de ley y de derecho constitucional por la representación de D. Ovidio, declarando de oficio las costas de su recurso, de acuerdo con las previsiones del art. 901 de la LECr.

FALLO

Debemos declarar y declaramos que se estima el recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional interpuesto por la representación de D. Ovidio, contra la sentencia de la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 30-10-09, en causa seguida por delitos de detención ilegal, robo con intimidación, robo de uso de vehículo, y contra la seguridad del tráfico.

Y declaramos de oficio las costas ocasionadas en su recurso.

Comuníquese esta sentencia y la que, acto seguido, se dictará, a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Adolfo Prego de Oliver

y Tolivar D. Perfecto Andres Ibañez D. Francisco Monterde Ferrer D. Alberto Jorge Barreiro D. José Antonio Martin Pallin

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de junio de dos mil diez.

El Juzgado de Instrucción núm. 2 de Badalona incoó Procedimiento Abreviado núm. 1803/2006, por delitos de detención ilegal, robo con intimidación, robo de uso de vehículo, y contra la seguridad del tráfico, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, cuya Sección Novena dictó sentencia, en fecha 30-10-09, que fue recurrida en casación por el condenado y que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de hoy, por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo; por lo que los mismos Magistrados que formaron Sala y bajo la misma presidencia y ponencia, proceden a dictar esta segunda sentencia con arreglo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- ANTECEDENTES DE HECHO.- Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho de la sentencia de instancia.

SEGUNDO.- Damos por reproducidos los hechos probados de la sentencia recurrida, en cuanto no se

opongan a lo declarado en la sentencia de casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- De conformidad con lo argumentado en nuestra sentencia casacional, debemos absolver a D. Ovidio de los delitos de detención ilegal, robo con intimidación, robo de uso y contra la seguridad del tráfico por los que fue condenado en la sentencia anulada.

III. FALLO

Debemos absolver y absolvemos a D. Ovidio de los delitos de detención ilegal, robo con intimidación, robo de uso y contra la seguridad del tráfico por los que fue condenado en la sentencia anulada, dejándose sin efecto cuantas medidas cautelares respecto de él se hubieran adoptado.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar D. Perfecto Andres Ibañez D. Francisco Monterde Ferrer D. Alberto Jorge Barreiro D. José Antonio Martin Pallin

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



2010/190392

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

Profesionalización de los órganos directivos de la Administración Anulación de cuatro disposiciones que permiten que los Directores Generales no pertenezcan al cuerpo de funcionarios con titulación superior

El TS estima el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Federación de Asociaciones de los Cuerpos Superiores de la Administración Civil del Estado y anula las excepciones a la regla general de la reserva funcional dispuestas para el nombramiento de los titulares de varias Direcciones Generales en la disposición adicional 3ª RD 1130/2008; en la disposición adicional 9ª RD 1133/2008; en la disposición adicional 5ª RD 1181/2008 y en la disposición adicional 4ª RD 1183/2008. Antes de entrar al planteamiento de la cuestión, la Sala distingue entre las Direcciones Generales existentes antes y después del RD 438/2008, y para las que este, a los efectos del art. 18, 2 LOFAGE, mantuvo la vigencia de la aplicación de la reserva funcional que ya había sido dispuesta con anterioridad. La Sala anula la disp. adic. 5ª RD 1181/2008 que establece la excepción a la reserva

funcionarial en la Dirección General de Apoyo a Víctimas del Terrorismo al no existir razones con entidad bastante para no aplicar el principio de profesionalidad perseguido por la LOFAGE, y por la misma razón se anula la disp. adic. 3ª RD 1183/2008 que establece la excepción a la reserva funcionarial en la Secretaría General del Consejo de Coordinación Universitaria y la disp. adic. 3ª RD 1130/2008 que establece la excepción a la reserva funcionarial en las Dirección General del Medio Natural y Política Forestal, la Dirección General de Desarrollo Sostenible del Medio Rural, la Dirección General del Agua y la Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y del Mar. Por último, la Sala anula la disp. adic. 9ª RD 1133/2008 que establece la excepción a la reserva funcionarial en la Dirección General de Terapias Avanzadas y Trasplantes dado el carácter genérico de la justificación, por no identificarse el perfil formativo o la experiencia profesional que son necesarios para las tareas específicas y especializadas en el campo de la salud que son invocadas, ni cuáles son las razones o datos que imponen descartar en los Cuerpos funcionariales aquel perfil o experiencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Federación de Asociaciones de los Cuerpos Superiores de la Administración Civil del Estado impugna en el actual proceso contencioso-administrativo la exclusión de la reserva funcionarial que ha sido dispuesta en los Reales Decretos recurridos para el nombramiento de los titulares de varias Direcciones Generales por aplicación de lo establecido en el artículo 18.2 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE). Las Direcciones Generales objeto de controversia son las siguientes: en el Real Decreto 1130/2008, de 4 de julio, por el se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino la Dirección General del Medio Natural y Política Forestal, la Dirección General de Desarrollo Sostenible del Medio Rural, la Dirección General del Agua y la Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y del Mar; en el Real Decreto 1127/2008, de 4 de julio, por el se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Economía y Hacienda, la Dirección General del Tesoro y Política Financiera; en el Real Decreto 1131/2008, de 4 de julio, por el se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Administraciones Públicas, la Dirección General de Impulso de la Administración Electrónica; en el Real Decreto

1133/2008, de 4 de julio, por el se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad y Consumo, la Dirección General de Terapias Avanzadas y Trasplantes; en el Real Decreto 1126/2008, de 4 de julio, por el se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa, la Dirección General de Comunicación de Defensa; en el Real Decreto 1181/2008, del 1 de julio, por el se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior, la Dirección General de Relaciones Informativas y Sociales y la Dirección General de Apoyo a las Víctimas del Terrorismo; en el Real Decreto 1182/2008, del 1 de julio, por el se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, la Dirección General para el Desarrollo de la Sociedad de la Información; y en el Real Decreto 1183/2008, de 11 de julio, por el se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Ciencia e Innovación, la Secretaría General del Consejo de Coordinación Universitaria.

La demanda pretende la nulidad de esas exclusiones de la reserva funcionarial que son objeto de impugnación, y los argumentos principalmente esgrimidos para ello son bien que no se ha motivado suficientemente, o bien que se ha hecho un indebido uso de la discrecionalidad conferida por el artículo 18.2 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, precepto este que establece lo siguiente:

“Artículo 18. Los Directores Generales.

2. Los Directores generales serán nombrados y separados por real decreto del Consejo de Ministros, a propuesta del titular del Departamento. Los nombramientos habrán de efectuarse de acuerdo con los criterios establecidos en el apartado 10 art. 6 entre funcionarios de carrera del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Entidades locales, a los que se exija para su ingreso el título de doctor, licenciado, ingeniero, arquitecto o equivalente, salvo que el Real Decreto de estructura del Departamento permita que, en atención a las características específicas de las funciones de la Dirección General, su titular no reúna dicha condición de funcionario”.

SEGUNDO.- Esta Sala en la sentencia de 21 de marzo de 2002, dictada en el recurso 1060/2000, estableció una doctrina en relación con ese artículo 18.2 de la Ley 6/1997 que antes se transcribió que luego ha sido reiterada en otras sentencias posteriores (la de 6 de marzo de 2007, dictada en el recurso 23/2006, y las dos de 21 de enero de 2009 dictadas en los recursos 238 y 237 de 2006, entre otras); una doctrina cuyas líneas maestras están constituidas por las ideas que continúan. Que dicha Ley 6/1997 introdujo como garantía de objetividad en el servicio a los ciudadanos la profesionalización

de los órganos directivos de la Administración General del Estado, incluidos los altos cargos con responsabilidad directiva en la estructura administrativa. Que es por aplicación de ese principio por lo que la Ley dispone que los Subsecretarios y Secretarios generales técnicos, en todo caso (artículos 15.2 y 17.3), y los Directores Generales, con carácter general (artículo 18.3), habrán de ser nombrados entre funcionarios que ostenten la titulación superior, y que el nombramiento, además deberá ser acordado (artículo 6.10) atendiendo a criterios de competencia profesional y experiencia. Que la nueva regulación legal consagra, pues, un régimen riguroso de profesionalización de los más altos cargos de la estructura administrativa estatal, por encima de los cuales sólo se encuentran los Secretarios de Estado y los Ministros quienes, dada, su cualidad de miembros de Gobierno (ministros) o de titulares de órganos directamente responsables de la ejecución de la acción de Gobierno (secretarios de Estado), no están, obviamente sujetos a aquellos condicionamientos.

Que la excepción inserta en el artículo 16.2 permite al Consejo de Ministros excluir que una determinada Dirección General sea servida de modo obligado por funcionario de carrera de nivel superior, pero esta exclusión:

(a) Ha de venir contemplada precisamente en el Real Decreto de estructura del Departamento.

(b) Ha de tener como causa las “características específicas” de las funciones atribuidas a la Dirección General. Y que, a partir de esta premisa, el Consejo de Ministros, como titular de la potestad de nombramiento, puede designar bien a un funcionario o bien a persona que no ostente dicho carácter, pero en el buen entendimiento de que la excepción se refiere tan sólo a la previa condición funcionarial pero no al resto de los criterios exigibles (profesionalidad y experiencia).

Desde las anteriores ideas se concluye y declara que no es incondicionada esa atribución conferida por la Ley al Consejo de Ministros para sustraer una determinada Dirección General a su régimen de provisión ordinario entre funcionarios de carrera y, por ello, la decisión de aquel órgano exige para su validez, además del respeto a los elementos reglados, que la justificación sea objetiva y expuesta en términos que permitan comprender las razones por las cuales la decisión misma es adoptada.

Y por lo que en concreto hace al significado que ha de atribuirse al condicionante que la Ley establece mediante esa genérica expresión “características específicas”, la citada sentencia de 21 de marzo de 2002 se expresa en estos términos: “Ciertamente la Ley 6/1997 no ha expresa-

do qué “características específicas” hacen viable la excepción que analizamos, y lleva razón el Abogado del Estado al sostener que pueden serlo no sólo las dos (confidencialidad e insuficiencia profesional del funcionario de carrera) a las que se refiere la demanda, sino otras de signo diverso; ello no obstante, la interpretación más lógica del artículo 18.2 es que la exclusión de la reserva a favor de funcionarios de carrera con título superior vendrá justificada, normalmente, por el hecho de que las funciones de una determinada Dirección General no se correspondan con las correlativas, en cuanto a preparación, experiencia y cometido, asignadas a aquellos funcionarios. No hay inconveniente en reconocer que el Consejo de Ministros goza de un cierto margen de apreciación (de discrecionalidad, en suma) para apreciar qué tipo de características singulares aconsejan hacer uso de la potestad que, en definitiva, le ha reconocido el Legislador. Margen de apreciación que, además, se corresponde con la naturaleza estructural de este género de decisiones pertenecientes a un ámbito tradicionalmente reservado a la potestad autoorganizativa en el que -sin la presencia del artículo 18.2 de la Ley- sería incluso difícil reconocer la legitimación de los funcionarios para impugnarlas. La existencia del componente discrecional no impide, como ambas partes convienen en admitir, el control jurisdiccional del acto adoptado.

La demanda de la Asociación que recurre y la correlativa contestación del Abogado del Estado, en términos una y otra sólidamente fundados, se extienden en consideraciones más o menos abstractas sobre los límites de la revisión jurisdiccional de esta clase de actos, citando la primera en su apoyo jurisprudencia de esta Sala al respecto. No es necesario a los efectos del recurso reiterar lo que, en no pocas ocasiones, hemos afirmado sobre esta cuestión de orden general y sí debemos, por el contrario, examinar si en el caso de autos el ejercicio de la facultad atribuida al Consejo de Ministros se hizo en términos acordes con la Ley habilitante”.

TERCERO.- Esa doctrina que acaba de exponerse pone de manifiesto que cualquier excepción que sea establecida a la regla general de reserva funcionarial exigirá, para poder ser considerada válida, que se apoye en hechos objetivos y concretos; y por dicha razón no bastarán consideraciones abstractas o genéricas juicios de valor. Y esa objetividad y concreción habrá de ser constatada principalmente en las singulares funciones que tenga atribuidas la Dirección General de que en cada caso se trate, que habrán de exteriorizar unos concretos cometidos cuya extraordinaria naturaleza haga bien visible la conveniencia, en aras de un mejor desempeño de la Dirección General, de no limitar el ámbito de los posibles titulares solamente a los cuerpos de funcionarios y ampliarlo a perso-

nas que, a pesar de no tener la condición funcional, puedan ofrecer una superior idoneidad para esos cometidos extraordinarios.

Tras lo anterior ya debe decirse que, por lo que hace al examen de las de las impugnaciones planteadas en el actual proceso, debe diferenciarse entre las Direcciones generales existentes antes del Real Decreto 438/2008, de 14 de abril, y para las que este, a los efectos del artículo 18.2 de la LOFAGE, mantuvo la vigencia de la aplicación de la excepción a la reserva funcional que ya había sido dispuesta con anterioridad; y aquellas otras Direcciones generales en las que la aplicación de la excepción ha sido establecida con posterioridad. Diferenciación que es necesaria porque, en lo que se refiere a las primeras, la justificación y funciones a considerar para decidir si es o no válida la controvertida excepción habrán de buscarse en los Reales Decretos que dispusieron su establecimiento por vez primera y no en los Reales Decretos directamente impugnados en el actual proceso, porque estos últimos, en la línea del Real Decreto 432/2008, lo que han hecho es ratificar y asumir esa excepción que ya estaba dispuesta. Y sin que esa necesidad de integrar la justificación de la excepción con lo que haya figurado de en la normativa inicial que la estableció impida su actual examen, pues, al haber sido asumida y confirmada expresamente por los Reales Decretos que son aquí directamente recurridos, ha de considerarse que también forma parte del contenido normativo de estos últimos esa justificación inicialmente establecida.

Por tanto, el estudio de las impugnaciones que seguidamente se va a realizar de manera separada va a comenzar, al igual que ha hecho el Abogado del Estado en su contestación, por el de las Direcciones generales que ya tenían dispuesta la excepción antes del Real Decreto 438/2008, que son estas: la del Tesoro y Política Financiera, la de Impulso de la Administración Electrónica, la de Comunicación de Defensa, la de Apoyo a las Víctimas del Terrorismo, la de Relaciones Informativas y Sociales y la Secretaría General de Coordinación Universitaria. Y después, en consecuencia, se analizarán las impugnaciones correspondientes a las restantes Direcciones generales.

CUARTO.- La excepción a la reserva funcional en la Dirección General del Tesoro y Política Financiera no fue establecida de manera absoluta sino sólo para permitir que el nombramiento pudiera efectuarse entre empleados del Banco de España, y fue dispuesta por el Real Decreto 120/2005, de 4 de febrero (que modificó el Real Decreto 1552/2004, de 25 de junio, por el que se desarrolló la estructura básica del Ministerio de economía y Hacienda). El preámbulo de dicha disposición justificó la excepción en estos términos: "La Di-

rección General del Tesoro y Política Financiera tiene encomendadas, entre otras, competencias en materia de instituciones, entidades y mercados financieros, coordinación de los temas monetarios y financieros en el Comité Económico y Financiero de la Unión Europea, así como la representación en los Comités Técnicos de la Unión Europea en materia de entidades de crédito, mercados financieros, instituciones de inversión colectiva y otras materias financieras. Dada la especificidad de estas funciones, resulta aconsejable posibilitar que el nombramiento del Director General del Tesoro y Política Financiera pueda recaer no solo entre funcionarios de carrera de las Administraciones públicas, sino, además, entre los empleados del Banco de España, donde también hay servidores públicos con la formación, conocimientos y experiencia adecuados al desempeño de las funciones encomendadas a la Dirección General del Tesoro y Política Financiera. En su virtud, a iniciativa del Ministro de Economía y Hacienda, a propuesta del Ministro de Administraciones Públicas y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 4 de febrero de 2005". Y la regulación de la excepción se hizo añadiendo al artículo 16 del Real Decreto 1552/2004 este nuevo apartado 4.

"4. En atención a las características específicas de las funciones de este órgano directivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 18.2 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, el nombramiento del titular de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera podrá efectuarse también entre empleados del Banco de España, cuando para su ingreso se exija el título de Doctor, Licenciado, Ingeniero, Arquitecto o equivalente". A la vista de lo anterior no cabe aceptar que en este caso la justificación de la excepción no exista, o que carezca de concreción, de un fundamento objetivo y de razonabilidad; y así debe ser considerado desde el momento que son enumeradas las funciones o actividades en que son individualizadas "las características específicas" invocadas para establecer dicha excepción, y esta, además, no se establece con alcance general sino tan sólo para permitir el nombramiento de otros empleados públicos en los que es clara su especial cualificación en las materias comprendidas en el ámbito de competencia de la Dirección General.

Debe concluirse, pues, que la excepción está justificada y tampoco se aparta del principio de profesionalización perseguido por la LOFAGE. Por tanto, esta impugnación debe ser desestimada.

QUINTO.- La Dirección General de Impulso de la Administración Electrónica (del Ministerio de Administraciones Públicas) tiene asignadas, según establece el artículo 12 del Real Decreto 438/2008, las fun-

ciones que antes desempeñaba la Dirección de Impulso de la Administración Electrónica, excepto las correspondientes a simplificación y racionalización de los procedimientos. Estas funciones el artículo 10.1 del Real Decreto 1320/2004 las definió así: "Artículo 10. Dirección General de Modernización Administrativa.

1. Corresponden a la Dirección General de Modernización Administrativa las siguientes funciones:

a) El impulso y desarrollo de las infraestructuras tecnológicas de utilización común, así como la promoción de la utilización de las tecnolo-

■
"cualquier excepción
que sea establecida a la
regla general de reserva
funcional exigirá,
para poder ser
considerada válida, que
se apoye en hechos
objetivos y concretos; y
por dicha razón no
bastarán
consideraciones
abstractas o genéricos
juicios de valor. Y esa
objetividad y concreción
habrá de ser constatada
principalmente en las
singulares funciones que
tenga atribuidas la
Dirección General de
que en cada caso se
trate,..."
■

gías de la información y las comunicaciones en la Administración General del Estado y sus organismos públicos, con objeto de racionalizar los métodos de trabajo, los procedimientos de actuación y las comunicaciones con el ciudadano y entre las distintas Administraciones públicas, todo ello en el marco de las directrices que se establezcan por el Consejo superior de informática y para el impulso de la Administración electrónica. Asimismo, prestará apoyo técnico al citado órgano colegiado, así como a los órganos de cooperación con las comunidades autónomas.

b) El desarrollo de las acciones para mejorar la eficacia de las adqui-

siciones y de la gestión de los recursos de tecnologías de la información y las comunicaciones, incluyendo las relativas a la normalización, el mantenimiento, explotación y difusión de los sistemas de información estadística y de los registros sobre recursos de información electrónica y la cooperación y colaboración con otras Administraciones públicas nacionales e internacionales en esta materia.

c) El impulso de la implantación y el desarrollo de procesos informáticos de ayuda a la gestión de recursos humanos, en colaboración con la Dirección General de la Función Pública, el impulso del desarrollo de los sistemas de la intranet administrativa y la implantación en ella de nuevos servicios, el desarrollo de la gestión informática del sistema de información del Registro Central de Personal, el establecimiento, la gestión y dirección de los medios y servicios técnicos específicos necesarios para vigilar y garantizar el funcionamiento y la seguridad de los sistemas anteriores, la inscripción y anotación de los actos administrativos relativos al personal comprendido en el ámbito de aplicación del Registro Central de Personal, así como el ejercicio de su jefatura y su gestión.

d) La planificación, desarrollo y gestión de proyectos y programas de simplificación administrativa orientados al acercamiento de la Administración al ciudadano y a la reducción de barreras burocráticas, incluyendo la racionalización de las normas, los procedimientos y los procesos de gestión pública, la normalización de la imagen institucional, el lenguaje y los documentos de la Administración, y la atención e información al ciudadano a través tanto de la adecuación de los contenidos como de su difusión, y la gestión del Centro de Información Administrativa. Asimismo, le corresponde la preparación y propuesta de las medidas normativas que sean de la competencia del departamento relativas a principios del procedimiento administrativo y la cooperación con otras Administraciones en el ámbito de los proyectos y programas de simplificación.

e) La identificación, desarrollo, explotación y seguimiento de los proyectos tecnológicos cuya implantación en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos contribuya a mejorar la eficacia de los servicios al ciudadano, así como impulsar los proyectos de cooperación con otras Administraciones públicas en este ámbito, todo ello en el marco de las líneas de actuación que se determinen por el Consejo superior de informática y para el impulso de la Administración electrónica". El Real Decreto 527/2006, de 28 de abril, fue el que estableció en este caso la excepción a la reserva funcional, y lo hizo modificando en su artículo único el Real Decreto 1320/2004 en estos términos:

1. Se añade un nuevo apartado 2 al artículo 10, con la siguiente redacción: "De conformidad con lo previsto en el artículo 18.2 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, no será preciso que el titular de esta Dirección General ostente la condición de funcionario, en atención a las características específicas de sus funciones". La justificación incluida en su preámbulo fue ésta: "El Real Decreto 562/2004, de 19 de abril, por el que aprueba la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales, estableció la estructura básica departamental derivada de la reestructuración ministerial realizada por el Real Decreto 553/2004, de 17 de abril, con objeto de facilitar el desarrollo del programa político del Gobierno y de conseguir la máxima eficacia y racionalidad en su acción.

El citado real decreto, en su artículo 12.1. c), dispone que dependerá de la Secretaría General para la Administración Pública, la Dirección General de Modernización Administrativa. Con posterioridad, el Real Decreto 1320/2004, de 28 de mayo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Administraciones Públicas, concretó las funciones que corresponden a la Dirección General de Modernización Administrativa, poniendo un mayor énfasis a la función de impulso y desarrollo de las infraestructuras tecnológicas de utilización común, así como la promoción de la utilización de las tecnologías de la información y las comunicaciones en la Administración General del Estado y sus organismos públicos, al objeto de racionalizar los métodos de trabajo, los procedimientos de actuación y las comunicaciones con el ciudadano y entre las distintas Administraciones públicas.

En definitiva, el Real Decreto 1320/2004, de 28 de mayo, ha supuesto la articulación de la Dirección General de Modernización Administrativa como órgano directivo especializado en materia de tecnologías de la información y con el objetivo central de impulso de la Administración electrónica. En este sentido, cabe destacar la aprobación reciente de los planes Conecta (Plan de modernización tecnológica y simplificación administrativa de la AGE) y Moderniza (Plan de Medidas 2006-2008 para la mejora de la Administración), impulsados por la Dirección general de Modernización Administrativa, que ha de jugar un papel protagonista en su implantación efectiva. En ambos planes se hace una decidida apuesta por la implantación de la Administración electrónica, de acuerdo con el firme compromiso del Gobierno con la Sociedad de la Información y con los objetivos fijados en la Unión Europea en el Plan de Acción de Europa Tal y como se indica en el Plan Conecta, una visión moderna, de futuro, es la de los ciudadanos usando Internet, correo

electrónico o teléfono móvil para buscar o recabar información, registrar solicitudes y conocer el estado de la mismas en tiempo real, todo con introducción intensiva de las nuevas tecnologías. Por otra parte, el Plan Moderniza, dentro de las medidas de mejora de la relación con los ciudadanos, incluye la aprobación de una Ley de Administración Electrónica, un Plan de servicios digitales asociados al DNI electrónico y un Plan de Administración Electrónica y simplificación administrativa. La puesta en marcha y desarrollo de estos grandes objetivos, que implican la plena traslación de la Sociedad de la Información a la Administración General del Estado, requiere de cambios relevantes.

Así lo manifestaron los Ministros de la Unión Europea, responsables de la Administración Electrónica en la Declaración Ministerial del Lago Como, cuyas conclusiones fueron que la progresiva implementación de la Administración Electrónica conducirá a una dinámica de cambios y nuevas necesidades, implicando una progresiva transformación organizacional de las Administraciones Públicas; una creciente cooperación y coordinación entre los diferentes niveles de Administraciones: Europea, Estatal, Autonómica y Local; una mayor cooperación entre los ámbitos público y privado, para el intercambio de experiencias y generación de sinergias; un mayor conocimiento y reutilización de las mejores prácticas, tanto a nivel europeo como internacional, y una evaluación continuada, el seguimiento y buen control de la evolución de la Administración Electrónica.

Por tanto, se han producido cambios significativos en el entorno en el que ha de desarrollar sus cometidos la Dirección General de Modernización Administrativa. En efecto, no sólo se ha delimitado y precisado su misión mediante una reformulación de sus funciones, sino que, a través de la definición de las nuevas políticas públicas en materia de Administración electrónica, plasmadas ya en planes y proyectos concretos, se ha dado un contenido añadido a dichas funciones y se ha constituido el nuevo escenario en el que deberá desarrollar su actuación en los próximos años, lo que recomienda desarrollar una gestión más ágil en los proyectos tecnológicos públicos, en línea con los esquemas de gestión al uso en el ámbito de los proyectos tecnológicos del sector privado. En este nuevo contexto, se plantea la necesidad de contar al frente de esta Dirección General, para el cumplimiento óptimo de sus funciones, con una persona con un perfil específico en el que concurren, entre otros aspectos, competencia y experiencia en el mercado tecnológico, así como experiencia en la gestión de proyectos tanto en el ámbito público como privado, ya que ha de desempeñar sus funciones en constante contacto con la cambiante realidad económica

y social de las tecnologías de la información.

Por tanto, un aspecto esencial de este perfil, es el conocimiento de los agentes públicos y privados que actúan en el sector, en especial de los grandes productores de tecnología. Asimismo, ha de contar con la experiencia adecuada para la gestión de grandes inversiones, tanto en tecnología, como en infraestructuras, en técnicas de gestión, en formación y en difusión, imprescindibles para la implantación efectiva y masiva de la Administración Electrónica, como objetivo prioritario del Gobierno. Por otra parte, debe aunar conocimiento y experiencia en el repertorio de medidas que permitan articular de forma eficaz y eficiente, proyectos de diversa naturaleza orientados hacia la plena implantación de la Administración electrónica, así como las necesarias habilidades de coordinación, negociación e interlocución, para anticiparse a las necesidades de los ciudadanos y sus organizaciones y realizar una política efectiva de promoción de la Administración electrónica en la sociedad en su conjunto, implicar al sector privado y asegurar la coordinación de su implantación en la Administración General del Estado y sus organismos públicos. Todo ello hace que el perfil de su responsable deba revestir un carácter multifuncional y una experiencia en sectores tanto públicos como privados, lo que aconseja la aplicación de la excepción prevista en el artículo 18.2 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, permitiendo que el titular de la Dirección General de Modernización Administrativa no deba ostentar obligatoriamente la condición de funcionario". Lo que antecede impone también rechazar en este caso la impugnación porque revela que la excepción es justificada.

En efecto, se concretan con amplitud y sin ninguna ambigüedad los hechos que sirven de soporte a esa justificación, y estos hechos lo que revelan es que el ámbito competencial de la Dirección General está referida a unas materias cuyas notas esenciales vienen a ser estas: elevada especialidad y complejidad técnica; permanente mutabilidad; y necesaria relación con los agentes privados que intervienen en el sector de las nuevas tecnologías.

Lo cual pone de manifiesto que la excepción está dirigida a obtener unas experiencias y conocimientos respecto de los que no es improbable que pueda surgir la dificultad de encontrarlos en los Cuerpos funcionariales con el exigente nivel que resulte aconsejable para el adecuado desempeño de la Dirección General.

SEXTO.- En la Dirección General de Comunicación de Defensa (del Ministerio de Defensa) la excepción a la norma general de reserva funcio-

nal la estableció el Real Decreto 1551/2004, de 25 de junio (por el que se desarrolló la estructura orgánica del Ministerio de defensa) en su artículo 17, que definió también sus funciones. El artículo 16 del Real Decreto 1126/2008, de 4 de julio (por el que se establece la estructura orgánica del Ministerio de defensa), coincide sustancialmente con el anterior precepto reglamentario y su contenido es el que sigue:

"Artículo 16. Dirección General de Comunicación de la Defensa.

1. La Dirección General de Comunicación de la Defensa dependiente directamente del Ministro de Defensa es el órgano directivo al que corresponde la preparación, planificación y desarrollo de la política informativa del departamento, así como las relaciones con la sociedad en su conjunto y con los medios de comunicación, incluidas las campañas correspondientes de divulgación y publicidad institucional. A estos efectos, dependerán funcionalmente de esta Dirección General los órganos competentes en esta materia de los tres ejércitos y de los organismos autónomos. En atención a las características específicas de esta Dirección General, su titular, de conformidad con lo previsto en el artículo 18.2 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, no será preciso que ostente la condición de funcionario.

2. En particular, le corresponden las siguientes funciones:

a) Impulsar, dirigir y mantener las relaciones informativas y de publicidad institucional con los medios de comunicación social y la sociedad en su conjunto.

b) Difundir la información de carácter general del departamento.

c) Gestionar la página web del ministerio.

d) Coordinar las oficinas de comunicación de los Cuarteles Generales, mandos y unidades de los ejércitos.

e) La dirección funcional y editorial de la Revista Española de Defensa y de todas las publicaciones de carácter no específicamente técnico-administrativo pertenecientes al ministerio.

3. Depende de la Dirección General de Comunicación de la Defensa la Subdirección General de la Comunicación, que gestionará el desarrollo del apartado 2. 4. Corresponde al Director General de Comunicación de la Defensa actuar como portavoz oficial del departamento. Para el desarrollo de este cometido, contará con una Oficina de Comunicación Social y otra Oficina de Publicidad Institucional, cuyos titulares tendrán el nivel orgánico que se determine en la relación de puestos de trabajo". Las anteriores funciones que tiene asig-

nada esta Dirección general también permiten considerar justificada en ella la aplicación de la excepción.

Así debe ser porque, como bien advierte el Abogado del Estado, existe un paralelismo de funciones con las que tiene asignadas la Dirección General de Coordinación Informativa del Ministerio de la Presidencia; y esto hace que sean trasladables al actual caso las mismas razones que la sentencia de 6 de marzo de 2007 (Recurso 23/2006) de esta Sala tuvo en cuenta para considerar válida idéntica excepción en esa otra Dirección General: que las funciones de carácter informativo que le corresponden están incardinadas directamente en la política de comunicación de la acción del Gobierno y no existen en el ámbito de la Administración Civil del Estado Cuerpos de funcionarios cuyos cometidos estatutarios se correspondan con la cualificación profesional demandada en la gestión de estas áreas.

SÉPTIMO.- En cuanto a la Dirección General de Apoyo a las Víctimas del Terrorismo (del Ministerio del Interior), la aplicación a ella de la excepción de que se viene tratando fue ya establecida por la Disposición adicional quinta del Real Decreto 1571/2007, de 30 de noviembre (por el que se desarrolló la estructura básica del Ministerio del Interior), y la justificación que para ello ofreció el preámbulo de esta norma reglamentaria fue ésta: "En el ámbito de la Subsecretaría, en primer lugar, se crea una nueva Dirección General de Apoyo a las Víctimas del Terrorismo (con la consiguiente supresión de la Subdirección General de Atención al Ciudadano y de Asistencia a las Víctimas del Terrorismo de la Secretaría General Técnica), que asume el ejercicio de las competencias del departamento en materia de atención y apoyo a las víctimas del terrorismo. De ella dependerán dos Subdirecciones Generales (...) creando con ello una estructura administrativa adecuada a la naturaleza de las funciones encomendadas. Esta modificación trae causa de la supresión del Alto Comisionado de Apoyo a las Víctimas del Terrorismo, ya que, una vez cumplidos sus objetivos esenciales, se considera más adecuado residenciar en el Ministerio del Interior con carácter único, desde el punto de vista organizativo la atención a las personas que sufren la lacra del terrorismo. Por último, en relación con el titular de la Dirección General de Apoyo a Víctimas del Terrorismo, se hace uso de la posibilidad prevista en el artículo 18.2 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, permitiendo que no sea necesario que en el mismo recaiga la condición de funcionario público.

Así, entre otros argumentos, justificaría esta excepción el hecho de que las funciones de dicha Dirección General no son homologables, con

carácter general, a las la mayoría de los órganos directivos de la Administración con este rango, por cuanto se desarrollan sobre una serie de personas que han sufrido, directa o indirectamente, las consecuencias de la lacra del terrorismo y necesitan, por ello, una atención pluridisciplinar, desde los ámbitos social, laboral, educativo, sanitario, etc. En muchos casos esta asistencia debe prestarse en colaboración especialmente con las asociaciones que agrupan a las víctimas, lo que justificaría la necesidad de disponer de una persona que tenga experiencia en relaciones con la sociedad civil y el movimiento asociativo en un ámbito muy específico, como es el de las víctimas del terrorismo". El Real Decreto 1181/2008, de 11 de julio (por el que se modificó y desarrolló la estructura básica del Ministerio del Interior), en su disposición adicional quinta mantiene la excepción y en el artículo 14 define sus competencias y funciones en los siguientes términos:

"1. A la Dirección General de Apoyo a Víctimas del Terrorismo le corresponde el ejercicio de las competencias que tiene atribuidas el Ministerio del Interior en materia de atención y apoyo a las víctimas del terrorismo, las relacionadas con la protección integral y la necesaria colaboración con las distintas Administraciones Públicas. Le corresponden, asimismo, las actividades de información y atención al ciudadano sobre las distintas competencias del Ministerio del Interior.

2. En particular, corresponden a la Dirección General las siguientes funciones:

a) La colaboración con las asociaciones, fundaciones y demás instituciones públicas y privadas que tengan como objetivo la atención a las víctimas del terrorismo.

b) La colaboración con los órganos competentes de la Administración General del Estado en las materias de asistencia y apoyo a las víctimas del terrorismo, con el fin de asegurar una protección integral de las víctimas.

c) La cooperación con los órganos competentes en estas mismas materias de las restantes Administraciones Públicas.

d) La colaboración con las oficinas de atención a víctimas de delitos de terrorismo que se establezcan en Tribunales y fiscalías.

e) La tramitación, gestión y propuesta de resolución de los expedientes de ayudas y resarcimientos a los afectados por delitos de terrorismo.

f) Facilitar a las víctimas del terrorismo información relativa a los procedimientos para la solicitud de ayudas públicas.

g) La dirección y coordinación de las oficinas de información y atención al ciudadano del departamento y el mantenimiento de la base de datos de información administrativa.

h) El apoyo documental y técnico a las oficinas de información y atención al ciudadano, impulsando el intercambio de material informativo entre ellas y participando en la elaboración y distribución de publicaciones y otros medios de difusión informativa". En el caso de esta concreta Dirección General sus funciones no permiten considerar correctamente establecida la ex-

"desde el punto de vista del contenido material o sustantivo de las funciones atribuidas, la justificación ofrecida tampoco permite constatar en esta concreta Dirección General de apoyo a las Víctimas del Terrorismo rasgos o circunstancias muy diferentes a los que están presentes en el ámbito de actuación de otros muchos órganos de la Administración y, por ello, permitan apreciar en los Cuerpos de funcionarios una probable dificultad o falta de experiencia para el adecuado desempeño de la función directiva que ha de desarrollarse..."

cepción a la norma general de la condición funcional de su titular porque, pese a su variedad, todas esas funciones, desde el punto de vista formal, exteriorizan cometidos encuadrables en actuaciones propias del normal giro o tráfico administrativo, al traducirse principalmente en desempeños que están referidos a la tramitación de expedientes, la información a los interesados y la relación y colaboración con otros órganos administrativos u otras Administraciones públicas.

Por otro lado, desde el punto de vista del contenido material o sustan-

tivo de las funciones atribuidas, la justificación ofrecida tampoco permite constatar en esta concreta Dirección General de apoyo a las Víctimas del Terrorismo rasgos o circunstancias muy diferentes a los que están presentes en el ámbito de actuación de otros muchos órganos de la Administración y, por ello, permiten apreciar en los Cuerpos de funcionarios una probable dificultad o falta de experiencia para el adecuado desempeño de la función directiva que ha de desarrollarse; y esto por lo siguiente:

(a) La atención pluridisciplinar no está referida a ámbitos o campos que sean extraños en la Administración pública, sino a sectores o materias que son objeto normal de sus competencias.

(b) La relación administrativa con asociaciones, y no circunscrita únicamente a la derivada de solicitudes individuales de personas físicas, es un fenómeno normal y frecuente en la mayoría de los órganos de las distintas Administraciones públicas.

En conclusión, no se advierten razones con entidad bastante para no aplicar el principio de profesionalidad perseguido por la LOFAGE y esto impone acoger la impugnación planteada contra la excepción establecida para la Dirección General de Apoyo a las Víctimas del Terrorismo.

OCTAVO.- Para la Dirección General de Relaciones Informativas y Sociales (del Ministerio del Interior) la aplicación a ella de la excepción también estaba ya establecida en la Disposición adicional quinta del Real Decreto 1571/2007, de 30 de noviembre (por el que se desarrolló la estructura básica del Ministerio del Interior). Y el aquí directamente impugnado Real Decreto 1181/2008, de 11 de julio (por el que se modificó y desarrolló la estructura básica del Ministerio del Interior), en su disposición adicional quinta ha mantenido dicha excepción y, por lo que hace a las funciones de la Dirección general, en el artículo 1.5 establece lo siguiente:

"5. Depende directamente del Ministro la Dirección General de Relaciones Informativas y Sociales, a cuyo titular corresponde actuar como portavoz del Ministerio del Interior, impulsar y coordinar las relaciones sociales e informativas de los distintos servicios del departamento y las campañas informativas que se pretendan desarrollar en su ámbito. Sus puestos de trabajo se proveerán teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 18 del Real Decreto 438/2008, de 14 de abril y normativa complementaria". Las anteriores funciones guardan similitud con las que corresponden a la Dirección General de Coordinación Informativa del Ministerio de la Presidencia y a la Dirección General de Comunicación de Defensa, por lo que debe re-

chazarse la impugnación en este caso reiterando lo que antes se declaró en el fundamento de derecho sexto.

NOVENO.- En la Secretaría General del Consejo de Coordinación Universitaria (del Ministerio de Ciencia e Innovación), la exclusión de la regla general de reserva funcional fue establecida por el Real Decreto 678/2006, de 2 de junio (por el que se modificó el Real Decreto 1553/2004, de 25 de junio, que desarrollaba la estructura orgánica básica del Ministerio de Educación y Ciencia). Posteriormente, el aquí directamente impugnado Real Decreto 1183/2008, de 11 de julio (por el se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Ciencia e Innovación), reguló en su disposición transitoria cuarta la subsistencia de este órgano administrativo y reiteró para su titular la exclusión de la reserva funcional. El preámbulo del Real Decreto 678/2006 justificó la exclusión con las siguientes declaraciones: "El Consejo de Coordinación Universitaria es el máximo órgano consultivo y de coordinación del sistema universitario.

Le corresponden funciones de consulta sobre política universitaria y las de coordinación, programación, informe, asesoramiento y propuestas en las materias relativas al sistema universitario. En el ejercicio de las funciones que le corresponden, el Consejo de Coordinación Universitaria deberá procurar la permanente mejora del conjunto del sistema universitario español. Dicho sistema está experimentando una profunda transformación.

La transición hacia la sociedad del conocimiento genera nuevas y diversas demandas sociales a las que las universidades han de dar respuesta eficaz. Por otra parte, la creciente internacionalización de la educación superior y la apertura de macroespacios de cooperación académica y científica, como el Espacio Europeo de Educación Superior y el Espacio Iberoamericano del Conocimiento, requieren importantes reformas y también nuevos instrumentos y estructuras para la cooperación.

Las universidades se están dotando de una periferia innovadora de estructuras y entidades, públicas y privadas, que actúan en ámbitos de especial interés estratégico como son los de la generación y transferencia del conocimiento, la formación permanente y la aplicación de las tecnologías de la información y las comunicaciones. Además, es cada vez más frecuente encontrar modelos híbridos de enseñanza presencial-no presencial y las bibliotecas son hoy centros interconectados de recursos para el aprendizaje. Estas transformaciones vienen acompañadas de cambios relevantes en los perfiles del personal vinculado a la actividad universitaria, tanto en el ámbito de la gestión como en los de la docencia y la investigación. Con la aprobación de la

Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, se crearon nuevas figuras contractuales, en régimen laboral, que permiten a las universidades públicas incorporar personal docente e investigador contratado por tiempo indefinido, sin más limitación que la de que este personal, computado en equivalencias a tiempo completo, no supere el 49 por ciento del total del personal docente e investigador de la universidad. En cuanto al ámbito de la gestión, la variedad de las nuevas estructuras universitarias que se precisan para impulsar la innovación y la cooperación con el sector productivo ha inducido la contratación de personal especializado con experiencia en los sectores público y privado. Hoy en día, el sistema universitario español es mucho más diverso y complejo que aquel que dio nacimiento al Consejo. Todas las comunidades autónomas ejercen plenamente sus competencias en educación superior y una sociedad diferente, la sociedad del conocimiento, genera otras demandas que se suman a las tradicionales.

En este nuevo contexto, se plantea la necesidad de contar al frente de la Secretaría General del Consejo de Coordinación Universitaria, para el cumplimiento óptimo de sus funciones con un directivo con un perfil específico en el que concurren, entre otros aspectos, un profundo conocimiento del sistema universitario español y de los de otros países; competencia y experiencia en la gestión de proyectos, tanto en el ámbito público como en el privado, y contrastada capacidad para la coordinación de actuaciones y el fomento de la cooperación entre instituciones.

Todo ello hace que el perfil de su responsable deba revestir un carácter multifuncional y una experiencia en sectores tanto públicos como privados. Por tanto, este real decreto tiene por objeto aplicar la excepción prevista en el artículo 18.2 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, al titular de la Secretaría General del Consejo de Coordinación Universitaria, que tiene rango de Director General al sustituir al Secretario General del Consejo de Universidades, que tenía tal rango de conformidad con el artículo 1 del Real Decreto 1212/1985, de 17 de julio, por el que se regula la Secretaría General del Consejo de Universidades, el cual mantiene su vigencia en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria segunda del Reglamento del Consejo de Coordinación Universitaria".

Los hechos que toma en consideración la anterior justificación de la excepción a la reserva funcional no hacen referencia a circunstancias que sean ajenas o extrañas a esa actividad de generación y transmisión de saberes y cultura, mediante la docencia y la investigación, que encarna el

núcleo básico de toda actividad universitaria.

Y no lo son porque, en lugar de considerar fenómenos o circunstancias ajenas a ese núcleo básico, la justificación aquí polémica lo que tiene en cuenta son los nuevos rasgos de la actividad universitaria, representados estos, principalmente, por lo siguiente: la internacionalización de la educación superior; el desarrollo de macroespacios de cooperación académica y científica que rebasan los límites estatales; y la mixtura de lo público y lo privado en las técnicas de organización y gestión que son utilizadas actualmente en la actividad universitaria.

A ello ha de añadirse que en la trayectoria docente e investigadora de los miembros de los Cuerpos de funcionarios docentes universitarios están hoy presentes todos esos rasgos que acaban de mencionarse, al ser frecuentes (y en muchos casos imprescindibles para la carrera académica) los intercambios o estancias en instituciones extranjeras, las referencias o utilizaciones de fuentes bibliográficas o trabajos científicos de otros países y la participación en equipos internacionales de investigación, estudio o divulgación; y al ser igualmente frecuente que las Universidades, bien sean públicas o privadas, participen o colaboren en proyectos docentes o investigadores patrocinados por organizaciones públicas o privadas ajenas al mundo de la Universidad.

De lo cual se deduce que no puede considerarse ajeno o infrecuente en el Cuerpo de funcionarios docentes universitarios ese perfil querido para el titular de la Secretaría General del Consejo de Coordinación Universitaria que es identificado a través de la concurrencia de estas cualidades: "un profundo conocimiento del sistema universitario español y de los de otros países; competencia y experiencia en la gestión de proyectos, tanto en el ámbito público como en el privado, y contrastada capacidad para la coordinación de actuaciones y el fomento de la cooperación entre instituciones". Y la consecuencia final es que en este caso la impugnación también debe prosperar, al no advertirse razones suficientes para abandonar el principio de profesionalidad que, como ya se ha dicho, inspira esa regla general de la reserva funcional que la LOGFAGE asume para el nombramiento de Directores generales (rango reconocido a la Secretaría General del Consejo de Coordinación Universitaria en el Real Decreto 1183/2008).

DÉCIMO.- En la Dirección General del Medio Natural y Política Forestal, la Dirección General de Desarrollo Sostenible del Medio Rural, la Dirección General del Agua y la Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y del Mar (del Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino) la exclusión de la regla general de reserva funcional aparece

dispuesta en la disposición adicional tercera del Real Decreto 1130/2008, de 4 de julio, cuyo preámbulo ofrece para dicha exclusión la siguiente justificación: "Por otra parte y a efectos de lo dispuesto en el artículo 18.2 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, en atención a la características propias específicas de las Direcciones Generales de Medio Natural y Política Forestal, Desarrollo Sostenible del Medio Rural, Agua y Sostenibilidad de la Costa y del Mar, no será necesario que sus titulares ostenten la condición de funcionario. En los cuatro se dan circunstancias análogas que exigen la adopción de políticas íntimamente ligadas al medio natural; se trata de ámbitos sectoriales que demandan un profundo conocimiento de la realidad social vinculada a posiciones científicas y académicas y del ámbito empresarial. La complejidad y dinamismo que caracteriza el establecimiento de una política de gestión integral del territorio, y la necesidad de aportar una visión integrada que relacione adecuadamente agentes, territorio, actividad económica y explotación sostenible de los recursos e instrumentos tecnológicos, aconseja la implantación de un nuevo modelo organizativo que contribuya al impulso de las políticas de competencia de las cuatro direcciones generales".

La impugnación en este caso debe igualmente prosperar porque la justificación ofrecida se expresa en términos genéricos o de pura abstracción, al no precisarse cuáles son las concretas disciplinas científicas o académicas cuya ausencia es ponderada en la formación de los cuerpos funcionariales para considerar conveniente la excepción de la regla general de la reserva funcional; y al no explicarse tampoco cual es el singular perfil formativo o la concreta experiencia profesional que garantiza esa visión integrada a la que se hace referencia, ni cuáles son las razones o datos que imponen descartar en los Cuerpos funcionariales dicho perfil o experiencia.

UNDÉCIMO.- En la Dirección General de Terapias Avanzadas y Trasplantes del (Ministerio de Sanidad y Consumo) la exclusión de la regla general de reserva funcional aparece dispuesta en la disposición adicional novena del Real Decreto 1133/2008, de 4 de julio (por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad y Consumo), y la justificación que en el preámbulo se ofrece para dicha exclusión es la que continúa: "Además, se introduce la posibilidad de que el Director General de Terapias Avanzadas y Trasplantes, no tenga que tener necesariamente la condición de funcionario. El motivo es que se trata de una dirección general que debe desarrollar tareas extraordinariamente específicas y especializadas del campo de la salud, existiendo profesionales fuera del ámbito de la

función pública que coinciden con este perfil y que cuentan con la necesaria experiencia científico-técnica, por lo que se considera adecuado su apertura para aumentar las posibilidades de cubrir el puesto con una persona con los conocimientos y el ejercicio profesional adecuados". La impugnación planteada frente a esta Dirección general merece igualmente alcanzar éxito por razones sustancialmente coincidentes con las que han sido consignadas en el anterior fundamento de derecho: el carácter abstracto o genérico de la justificación, por no identificarse el perfil formativo o la experiencia profesional que son necesarios para las tareas específicas y especializadas en el campo de la salud que son invocadas (así mismo en términos abstractos), ni cuáles son las razones o datos que imponen descartar en los Cuerpos funcionariales aquel perfil o experiencia.

DUODÉCIMO.- En la Dirección General para el Desarrollo de la Sociedad de la Información (del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio) la exclusión de la regla general de reserva funcional aparece establecida en el artículo 9 del Real Decreto 1182/2008, de 11 de julio (por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio), y la justificación contenida en el preámbulo para dicha exclusión se expresa así: "El ejercicio de las competencias del Departamento en materia de Telecomunicaciones y la Sociedad de la Información está marcado por la necesidad de adaptar sus actuales funciones y estructura a un sector enormemente dinámico y que es a su vez pieza clave en la modernización de la economía. Es por ello que en este ámbito y a los efectos del artículo 18.2 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, resulta aconsejable exceptuar la condición de que el titular de la Dirección General para el Desarrollo de la Sociedad de la Información tenga que ostentar, necesariamente, la condición de funcionario de carrera. En este sentido, las funciones que debe desarrollar en particular esa Dirección General hacen necesaria la búsqueda de métodos de colaboración y coparticipación entre entidades públicas y privadas con el objetivo de consolidar la construcción de una Sociedad en Red, la orientación de las iniciativas públicas y privadas hacia la plena implantación de la Sociedad de la Información, además de la puesta en práctica de fórmulas de conciliación de los intereses diversos entre los agentes de distinta naturaleza del sector, lo que hace imprescindible el conocimiento de la experiencia empresarial en el cambiante mercado tecnológico y de los grandes productores de tecnología y contenidos".

Por su parte el antes mencionado artículo 9, que también enumera las funciones de la Dirección general,

establece: "Artículo 9. Dirección General para el Desarrollo de la Sociedad de la Información.

1. Corresponde a la Dirección General para el Desarrollo de la Sociedad de la Información el ejercicio de las siguientes funciones:

a) La elaboración y gestión de programas para fomentar el acceso, el uso y la participación de los ciudadanos a la sociedad de la información.

b) La elaboración y gestión de actuaciones que faciliten la disponibilidad y accesibilidad de las tecnologías de la información y las comunicaciones, especialmente en los ciudadanos con necesidades específicas.

c) La elaboración y gestión de programas para el desarrollo de servicios e infraestructuras de la sociedad de la información, así como la elaboración de bases de datos sobre los servicios de sociedad de la información y las comunicaciones electrónicas.

d) La elaboración y gestión de programas para el desarrollo de los servicios públicos digitales.

e) La elaboración y gestión de programas para el desarrollo de los centros del conocimiento y de los contenidos digitales.

f) La elaboración y gestión de programas para potenciar el uso de las telecomunicaciones y de los servicios de la Sociedad de la Información y, en particular, del negocio electrónico, en las pequeñas y medianas empresas.

g) La elaboración, gestión y seguimiento de programas para el desarrollo de las telecomunicaciones y de la sociedad de la información, correspondientes a fondos estructurales europeos.

h) La elaboración, gestión y seguimiento de programas orientados a la promoción de la oferta de nuevas tecnologías, servicios, aplicaciones y contenidos así como las acciones estratégicas de innovación tecnológica en el ámbito las tecnologías de la información, las comunicaciones y de la Sociedad de la Información. La definición y gestión coordinada de esta política con los correspondientes programas e iniciativas de la Unión Europea y con otros programas internacionales en esta materia.

i) La Secretaría de la Comisión Interministerial de la Sociedad de la Información y de las nuevas tecnologías.

j) La elaboración y gestión de iniciativas de apoyo a la creación y al desarrollo de empresas en los sectores de las tecnologías de la información y de las comunicaciones y de los contenidos digitales.

k) La elaboración de estudios, estadísticas y propuestas de actuación en los sectores de las tecnologías de la información y de las comunicaciones y de los contenidos digitales.

l) La elaboración, gestión y seguimiento de programas de formación de profesionales y usuarios de las tecnologías de la información y de las comunicaciones, así como de profesionales del negocio electrónico, que incluyan la promoción de nuevos sistemas de aprendizaje en línea y de contenidos digitales para la formación.

m) El diseño de las condiciones que favorezcan el establecimiento en España de empresas de los sectores de las tecnologías de la información y de las comunicaciones y de los contenidos digitales.

n) La propuesta de normativa sobre servicios de la sociedad de la información y sus prestadores y, en particular, sobre comercio electrónico, firma electrónica, nombres de dominio de Internet y protección de la propiedad intelectual e industrial en el ámbito de la sociedad de la información, y de medidas complementarias de aplicación de la citada normativa.

ñ) La colaboración con otros Departamentos en materias de regulación que incidan en el contexto de la sociedad de la información y de la firma electrónica.

o) El ejercicio de las facultades de control e inspección de conformidad con la legislación sobre servicios de la sociedad de la información y sobre firma electrónica.

p) La aplicación del régimen sancionador y la instrucción de los procedimientos sancionadores de conformidad con la legislación sobre servicios de la sociedad de la información y sobre firma electrónica.

q) La elaboración de estudios, estadísticas y propuestas de actuación en materia de seguridad de la información.

r) La comunicación con los sectores profesionales e industriales en materia de regulación de los servicios de la sociedad de la información y firma electrónica y sus prestadores. La asistencia a Comisiones, Grupos de trabajos y otros foros de carácter internacional o nacional, de carácter público o privado, que traten asuntos relativos al sector de los servicios de la sociedad de la información y la firma electrónica.

s) La cooperación en las actuaciones para el desarrollo de la Sociedad de la Información con las demás Administraciones públicas, autonómicas y locales con el objeto de evitar duplicidades y sumar esfuerzos.

t) La suscripción de convenios de colaboración con entidades privadas con el objetivo de garantizar la interlocución necesaria para facilitar las sinergias precisas que permitan sumar los esfuerzos de la sociedad civil y en particular del sector empresarial, fundamentalmente el tecnológico, para incrementar el uso

de la sociedad de la información y la disponibilidad de medios necesarios para ello.

u) Cualesquiera otras que el ordenamiento jurídico atribuya al Departamento y no estén específicamente asignadas a otras autoridades en lo relativo al sector de los servicios de la sociedad de la información y firma electrónica.

2. La Dirección General para el Desarrollo de la Sociedad de la Información se estructura en las siguientes Subdirecciones Generales:

a) La Subdirección General para la Sociedad Digital, que ejercerá las funciones atribuidas a la Dirección General para el Desarrollo de la Sociedad de la Información en los párrafos a), b), c) d) y e) del apartado 1.

b) La Subdirección General para la Economía Digital, que ejercerá las funciones atribuidas a la Dirección General para el Desarrollo de la Sociedad de la Información en los párrafos f), g), h), j) k), l) y m) del apartado 1.

c) La Subdirección General de Servicios de la Sociedad de la Información, que ejercerá las funciones atribuidas a la Dirección General para el Desarrollo de la Sociedad de la Información en los párrafos n), ñ), o), p), q), r) y s) del apartado 1.

3. El titular de la Dirección General para el Desarrollo de la Sociedad de la Información, en atención a las características específicas de esta Dirección General, de conformidad con lo previsto en el artículo 18.2 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, no será preciso que ostente la condición de funcionario". La impugnación en este caso debe ser desestimada porque la excepción es justificada, siendo trasladables aquí los razonamientos que se consignaron en el anterior fundamento de derecho quinto respecto de la excepción que fue establecida para la Dirección General de Impulso de la Administración Electrónica.

Debe también aquí declararse que en la justificación se concretan de manera suficiente y sin ninguna ambigüedad los hechos que sirven de soporte a esa justificación, y estos hechos lo que revelan es que el ámbito competencial de la Dirección General está referida a unas materias cuyas notas esenciales vienen a ser éstas: elevada especialidad y complejidad técnica; permanente mutabilidad; y necesaria relación con los agentes privados que intervienen en el sector de las nuevas tecnologías.

Y ha de subrayarse, así mismo, que lo anterior pone de manifiesto que la excepción está dirigida a obtener unas experiencias y conocimientos respecto de los que no es improbable que pueda surgir la dificultad de encontrarlos en los Cuerpos funcionariales con el exigente nivel que



EL DERECHO

Año XVII. Número 2898

Madrid, 24 de noviembre de 2010

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

resulte aconsejable para el adecuado desempeño de la Dirección General.

DECIMOTERCERO.- Procede la estimación parcial del recurso contencioso-administrativo en los términos que resultan de todo lo antes razonado, y no son apreciables razones para hacer una especial imposición de las costas.

FALLO

1.- Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Federación de Asociaciones de los Cuerpos Superiores de la Administración Civil del Estado y anular, por no ser conformes a derecho, las excepciones a la regla general de la reserva funcional dispuestas en

las normas reglamentarias que a continuación se mencionan: en la disposición adicional tercera del Real Decreto 1130/2008, de 4 de julio, por el se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino, para la Dirección General del Medio Natural y Política Forestal, la Dirección General de Desarrollo Sostenible del Medio Rural, la Dirección General del Agua y la Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y del Mar; en la disposición adicional novena del Real Decreto 1133/2008, de 4 de julio, por el se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad y Consumo, para la Dirección General de Terapias Avanzadas y Trasplantes; en la disposición adicional

quinta del Real Decreto 1181/2008, del 1 de julio, por el se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior, para la Dirección General de Apoyo a las Víctimas del Terrorismo; y en la disposición adicional cuarta del Real Decreto 1183/2008, de 11 de julio, por el se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Ciencia e Innovación, la Secretaría General del Consejo de Coordinación Universitaria.

2.- Desestimar las restantes impugnaciones planteadas por el recurso contencioso-administrativo de la Federación de Asociaciones de los Cuerpos Superiores de la Administración Civil del Estado, al ser la actividad administrativa a que se refie-

ren conforme a Derecho en lo que aquí se ha discutido.

3.- No hacer especial pronunciamiento sobre las costas causadas en este proceso.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. José Díaz Delgado Juan José González Rivas Mariano De Orpúlido López Nicolás Antonio Maurandi Guillen Pablo María Lucas Murillo De La Cueva.

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.

pero, al no haber existido engaño, la acción de los acusados no es penalmente relevante.

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

2010/218146

TC Sala 1ª, Sentencia 4 octubre 2010.
Ponente: D. Francisco Javier Delgado Barrio

Condena penal fundada en declaraciones de la víctima no ratificadas y sin contradicción

El TC otorga el amparo solicitado por el recurrente frente a la sentencia que le condenó como autor de una falta de lesiones a la pena de un mes de multa, indemnización y costas. Considera la Sala lesionado sus derechos a un juicio público con todas las garantías y a la presunción de inocencia. Afirma que la denuncia carecía de las condiciones mínimas que posibilitan su contradicción pues el acusado no pudo, en ningún momento, ni interrogar ni hacer interrogar al testigo que le atribuía una conducta delictiva. Así, el órgano judicial tomó en consideración declaraciones que no fueron ratificadas personalmente en el acto del juicio oral ni se sometieron en ningún momento a la contradicción directa del acusado, por lo que se vulneró su derecho a un proceso con todas las garantías.

TS CIVIL

2010/185004

TS Sala 1ª, Sentencia 14 julio 2010.
Ponente: D. José Antonio Seijas Quintana

Exclusión del derecho a reducción de renta superior a la fijada legalmente del inquilino de VPO

El TS desestima el rec. de casación interpuesto contra la sentencia de apelación que rechazó la demanda por la que el inquilino de la VPO interesaba la reducción de la renta en base a que en el contrato se fijaba una renta superior a la permitida administrativamente. Se funda la decisión en que, aunque es cierto que la legislación vigente a la fecha de formalización del contrato de arrendamiento prohibía el percibo de renta superior a la legalmente prevista, la infracción de tal prohibición no determina la nulidad del contrato y ni siquiera de la cláusula que fija la renta sino que únicamente da lugar a la correspondiente sanción administrativa, a lo que el TS añade que el hecho de que la jurisprudencia actual interprete la nueva LAU de 1994 en el sentido de que la inclusión de la indicada cláusula determinaría su nulidad y obligaría al arrendador a la devolución de lo cobrado en exceso, no implica que dicha jurisprudencia se deba aplicar a los

contratos anteriores a la entrada en vigor de la nueva ley.

TS PENAL

2010/113312

TS Sala 2ª, Sentencia 4 junio 2010.
Ponente: D. Enrique Bacigalupo Zapater

Absolución de los delitos de contrato simulado y estafa procesal al no existir engaño

Se desestiman los recursos de casación interpuestos por el Ministerio Fiscal y la acusación particular contra sentencia absolutoria dictada en causa seguida por delitos de contrato simulado y estafa procesal. Subraya el TS que el tipo de la estafa requiere que el autor haya sustraído al conocimiento del sujeto pasivo circunstancias relevantes para decidir libremente sobre su oferta o, en el caso de la estafa procesal, sobre su pretensión. Por lo tanto, la respuesta en este caso debe ser negativa, ya que no cabe apreciar una acción de engaño típico de la estafa en la medida en la que con la demanda han sido puestas en conocimiento del juez todas las circunstancias relevantes para tomar una decisión sobre la pretensión del demandante. Ciertamente el juez estimó la demanda,

TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2010/185054

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

Inexistencia de trato discriminatorio al diferenciar entre sindicatos por su diferente nivel representatividad

El TS no ha lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia que declaró ajustado a derecho el "Pacto sobre Derechos de Representación Sindical en el ámbito de la Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla y León". La Sala establece que la diferenciación de las tres categorías de sindicatos que se hace en el art. 2 del pacto, en atención a su mayor o menor representatividad por los resultados obtenidos en los órganos de representación correspondientes a las distintas modalidades de personal de la Administración de la Comunidad de Castilla y León, tiene la justificación objetiva de la voluntad exteriorizada en el proceso electoral y responde a la finalidad legítima de promoción del hecho sindical, y uno y otro dato constituyen los elementos que la STC 147/2001 pondera como suficientes para admitir la validez constitucional de un trato desigual para las organizaciones sindicales que ostentan esa mayor representatividad.