



# EL DERECHO

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

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

Director: EVARISTO MOLINE

Año XVI. Número 2751

Madrid, miércoles 28 de octubre de 2009

## TS PENAL

2009/128113

TS Sala 2ª, Sentencia 18 mayo 2009. Ponente: D. Diego Antonio Ramos Gancedo

Al llevarse a cabo el reconocimiento en rueda de forma defectuosa

### Absolución por delitos de homicidio intentado

*Se estima el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó como autor de dos delitos de homicidio intentado. El TS dicta segunda sentencia por la que absuelve al recurrente de los expresados delitos, ya que se advierte una profunda duda respecto del acierto de las víctimas en su intención de identificar correctamente al autor de la terrible agresión que sufrieron, propiciada por las circunstancias del hecho y el defectuoso proceder inicial de los investigadores, que levantan graves sospechas respecto de la fiabilidad para este caso de herramientas procesales que ostentan plena utilidad en otras muchas ocasiones, duda que no es despejada con argumentos de suficiente solución lógica y razonabilidad por parte del tribunal "a quo".*

*Formula voto particular el Magistrado Excmo. Sr. D. Diego Ramos Gancedo.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurrente, condenado por el Tribunal de instancia, como autor de sendos delitos de homicidio intentado, a la pena de siete años de prisión, por cada uno de ellos, formula en su Recurso nueve diferentes motivos, de los que el Sexto, por el que hemos de comenzar nuestro análisis por las razones que seguidamente se comprenderán, se refiere a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia que le ampara (art. 852 LECr, en relación con el 24.2 CE), al considerar insuficientes las pruebas sobre las que la Audiencia construye su conclusión condenatoria, afirmando la autoría del acusado respecto de los hechos objeto de enjuiciamiento.

Y en tal sentido, hay que recordar cómo en multitud de ocasiones, cuya cita explícita resulta ociosa por su reiteración, ha tenido oportunidad de pronunciarse este Tribunal a propó-

sito del concepto, naturaleza, eficacia y alcance procesal del derecho a la presunción de inocencia, consagrado en el artículo 24.2 de nuestra Constitución, que aquí se alega motivando, en su supuesta vulneración, la impugnación de la Resolución recurrida.

No obstante, de tan copiosa y pormenorizada doctrina acerca de la presunción de inocencia invocada, sí que conviene que resaltemos como elementos esenciales de la misma los siguientes:

a) que nos hallamos ante un derecho fundamental que toda persona ostenta y, en cuya virtud, ha de presumirse inicialmente inocente frente a las imputaciones que contra ella se produzcan en el ámbito de un procedimiento de carácter penal o, por extensión, de cualquiera otro tendente a la determinación de una concreta responsabilidad merecedora de cualquier clase de sanción de contenido activo;

b) que presenta una naturaleza "reaccional", o pasiva, de modo que no precisa de un comportamiento activo de su titular para hacerlo efectivo sino que, antes al contrario, constituye una auténtica e inicial afirmación interina de inculpabilidad respecto de quien es objeto de acusación, que ha de ser enervada por quien afirma su responsabilidad;

c) por lo que es precisamente tal carácter de interinidad, o de presunción "iuris tantum", del derecho, el que a su vez posibilita la legal enervación, mediante la aportación, por quien acusa, de material probatorio de cargo, válido y bastante; material sometido a la valoración por parte del Juzgador y desde la inmediación, acerca de la efectiva concurrencia de esos dos requisitos, el de su validez, en la que por supuesto se ha de incluir la licitud en la obtención de la prueba, y el de su suficiencia para producir la necesaria convicción racional acerca de la veracidad de los hechos sobre los que se asienta la pretensión acusatoria;

d) correspondiendo, en definitiva, a este Tribunal, en vía casacional y para tutela del derecho de quien ante nosotros acude, tan sólo la comprobación, tanto de la concurrencia de los referidos requisitos exigibles a la actividad probatoria, como de la corrección de la lógica intrínseca en la motivación sobre la que la Resolución impugnada asienta su convicción fáctica y la consecuente conclusión condenatoria.

Pero todo ello por supuesto sin que, en principio, resulte permisible que nuestra actividad se inmiscuya en la función estrictamente valorativa de la prueba, que corresponde, inicialmente, a la soberanía del Tribunal "a quo".

Habiéndose afirmado reiteradamente en este sentido que la prueba practicada en el juicio oral es inmune a la revisión en lo que depende de la inmediación.

Pero también que es revisable por nosotros en lo que concierne a la estructura racional del discurso valorativo, haciéndose aún más ineludible y estricto este control del proceso racional en los supuestos de mayor riesgo para el derecho a la presunción de inocencia, considerándose

## SUMARIO

### TC

#### CONSTITUCIONAL

Falta de acreditación de legítimo interés de sindicato para recurrir la adjudicación de contrato 6

### TS

#### CIVIL

Prohibición del arrendamiento de trasteros como vivienda independiente 9

Inexistente violación del derecho de marca 10

#### PENAL

Absolución por delitos de homicidio intentado 1

#### ADMINISTRATIVO

Denegada la suspensión de las obras de construcción del centro penitenciario 11

Obligación del CGPJ de comprobar la responsabilidad disciplinaria de un magistrado 12

#### SOCIAL

Indemnización por mora por no reincorporación de excedente a falta de vacante 13

Cálculo de base reguladora de prestación por IPA de fija discontinua en relación a la actividad desarrollada 15

### RS RESEÑA DE SENTENCIAS

16

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

entre los más característicos en este sentido aquellos en los que la condena se fundamenta exclusivamente en la declaración de la víctima (vid., por ejemplo, la STS de 25 de octubre de 2006).

A la luz de los anteriores presupuestos, en el presente caso se advierte que la Audiencia sí que dispuso, en realidad, de material probatorio, susceptible de valoración, tal como el constituido, esencialmente, por las declaraciones de ambos lesionados, objetivamente ratificadas en cuanto a la real existencia de las agresiones, sus características y consecuencias, por la propia evidencia de las lesiones por ellos sufridas.

No existiendo, por consiguiente, duda alguna acerca de esos datos objetivos referentes a lo acontecido, en lo que a todo lo circunstancial del acamiento se refiere.

Cuestión distinta, sin embargo, es la relativa a la identidad del agresor, afirmada por los Jueces "a quibus" en la persona del acusado, y hoy recurrente, sobre la base exclusiva de las identificaciones llevadas a cabo por las propias víctimas, primero en sede policial, mediante reconocimientos fotográficos y ulteriores en rueda de detenidos, ruedas reiteradas así mismo, con las mismas consecuencias positivas, ante el Instructor, y finalmente ratificadas todas ellas con firmeza, en el acto del Juicio oral, ante el Tribunal de enjuiciamiento.

Por lo que es acerca de este extremo en el que se sitúa realmente el núcleo de la contienda, a saber, el del valor y eficacia que merecen tales identificaciones, sobre el que hemos de centrar, a partir de este momento, nuestro análisis.

**SEGUNDO.-** Entre las técnicas ampliamente permitidas a la Policía, como herramienta imprescindible para la realización de sus tareas investigadoras, se encuentra, por supuesto, la del denominado reconocimiento fotográfico, que ha sido reiteradamente autorizado, tanto por la Jurisprudencia de esta Sala como por la del Tribunal Constitucional, con ese específico alcance meramente investigador, que permite concretar en una determinada persona, de entre la multitud de hipotéticos sospechosos, las pesquisas conducentes a la obtención de todo un completo material probatorio susceptible de ser utilizado en su momento en sustento de las pretensiones acusatorias.

Incluso cuando, como en este caso y tras la oportuna práctica de nuevas diligencias de investigación, finalmente la única prueba de cargo esencial (puesto que la ocupación de armas blancas en poder del identificado, que no han podido relacionarse con las características de la empleada en los hechos enjuiciados, no entraña obviamente una fuerza de convicción determinante) es la constituida por esa sola declaración identificativa de la víctima, nuestra doctrina ha mantenido el criterio de que, con ella y una vez debidamente judicializada, basta para fundar la convicción inculpativa del Juzgador.

Evidentemente, dicha diligencia originaria de identificación mediante imágenes fotográficas, deberá producirse, dada su innegable trascendencia, con estricto cumplimiento de una serie de requisitos, tendentes todos ellos a garantizar la fiabilidad y ausencia de contaminación por influencias externas, voluntarias o involuntarias, que pudieran producirse sobre el criterio expresado por quien lleva a cabo dicha identificación.

En tal sentido, viene requiriéndose que:

a) La diligencia se lleve a cabo en las dependencias policiales, bajo la responsabilidad de los funcionarios, Instructor y Secretario, encargados del atestado, que fielmente habrán de documentarla.

b) Se realice mediante la exhibición de un número lo más plural posible de clichés fotográficos, integrado por fisonomías que, al menos algunas de ellas, guarden entre sí ciertas semejanzas en sus características físicas (sexo, edad aproximada, raza, etc.), coincidentes con las ofrecidas inicialmente, en sus primeras declaraciones, por quien procede a la identificación.

c) Así mismo que, de ser varias las personas convocadas a identificar, su intervención se produzca independientemente unas de otras, con la necesaria comunicación entre ellas, con la lógica finalidad de evitar recíprocas influencias y avalar la apariencia de "acierto" que supondría una posible coincidencia en la identificación por separado. Incluso en este sentido, para evitar más aún posibles interferencias, resulta aconsejable alterar el orden de exhibición de los fotogramas para cada una de esas intervenciones.

d) Por supuesto que quedaría gravemente viciada la diligencia si los

funcionarios policiales dirigen a los participantes en la identificación cualquier sugerencia, o indicación, por leve o sutil que fuera, acerca de la posibilidad de cualquiera de las identidades de los fotografiados.

e) Y, finalmente, de nuevo para evitar toda clase de dudas sobrevenidas, la documentación de la diligencia deberá incorporar al atestado la página del álbum exhibido donde se encuentra la fisonomía del identificado con la firma, sobre esa imagen, del declarante, así como cuantas manifestaciones de interés (certezas, dudas, reservas, ampliación de datos, etc.) éste haya podido expresar al tiempo de llevar a cabo la identificación.

Con posterioridad, y una vez obtenida la presencia en la sede policial del identificado, conviene proceder a su nueva identificación, esta vez "en rueda", con la asistencia física del identificador y sometimiento a los requerimientos exigidos al respecto por la propia Ley de Enjuiciamiento (arts. 369 y 370 LECr), a pesar de que no debe olvidarse que aún nos hallamos ante una diligencia de mero carácter de investigación y, por ende, sin efectos probatorios de naturaleza procesal.

Este proceso se cierra, en dos diferentes fases ya de claro carácter procesal y, por ende, con posibilidad de plenos efectos en este ámbito, ante sendas Autoridades judiciales: en primer lugar, en nueva "rueda", constituida y practicada con respeto a la norma procesal, ante el Juez de Instrucción, con la posterior ratificación e interrogatorio contradictorio al respecto en el acto del Juicio oral, a presencia del Juzgador a quien, en definitiva compete la valoración sobre la credibilidad o el acierto de esa identificación.

Forma de proceder, en definitiva, tan metódica y precisa que, lógicamente, obedece a la constatada fragilidad de una diligencia de efectos tan influyentes como delicados en la ponderación de su acierto que, no obstante, se revela como imprescindible para la efectividad del enjuiciamiento de multitud de actos delictivos.

Pues bien, en el caso que nos ocupa, la Audiencia, sin duda con un elevado sentido del rigor profesional, la honestidad intelectual y las exigencias de una verdadera convicción en conciencia, así como respeto a los derechos y garantías del acusado, llega a la conclusión de otorgar ple-

no valor a la identificación del recurrente efectuada por las víctimas del delito, como autor de éste, y en tal sentido apoya esencialmente sobre esta prueba su conclusión condenatoria, motivando de esa forma su Resolución.

**TERCERO.-** No obstante todo lo anterior, se hacen necesarias importantes precisiones que, en este supuesto, ostentan una tal importancia que hacen quebrar esa argumentación de la Sentencia recurrida hasta el extremo de impedir que, desde las reglas de la lógica, pueda afirmarse la existencia de la certeza necesaria para enervar la presunción de inocencia que al recurrente ampara y afirmar, con la debida solidez, su autoría en los hechos enjuiciados.

A este respecto hay que comenzar recordando cómo nos encontramos ante un terrible suceso, producido en la oscuridad propia de un parque público, poco antes de las seis de la mañana de un día del mes de mayo, cuando, de forma sorpresiva e inopinada, sin mediar ninguna circunstancia que permitiera su anuncio, de acuerdo todo ello con el relato fáctico de la recurrida, son acometidas de forma violenta y fugaz dos personas por un tercero, previamente desconocido para ellos, que lleva, como luego se aludirá en los Fundamentos Jurídicos de la Resolución de instancia, parcialmente cubierto el rostro con un gorro y una "braga", al parecer también pudiera tratarse de una bufanda, de modo que sólo deja al descubierto parte de su rostro, concretamente los ojos y la nariz.

Circunstancias todas ellas que, sin duda, habrían de dificultar seriamente el acierto en una posterior identificación del agresor y que, por consiguiente, obligaban al investigador policial y con posterioridad incluso a los titulares de la jurisdicción, a extremar las cautelas de manera muy especial para evitar en lo posible cualquier riesgo de error.

Sin embargo, y aquí se encuentra un elemento esencial del análisis que venimos efectuando, la Policía, ante el resultado negativo de un primer reconocimiento fotográfico al que son convocadas las víctimas, con posterioridad, cuando cree haber capturado, con motivo de la investigación de otro hecho delictivo, a quien, no sabemos realmente con base en qué indicios o argumentos, considera sospechoso de la comisión del delito que aquí nos ocupa, reitera esa diligencia, incorporando ahora la fotografía del detenido, en esta oca-

sión con el resultado positivo de su identificación.

La primera cuestión problemática de este actuar policial consistiría, por tanto, en el hecho del valor que pudiera tener semejante modo de proceder, en el sentido de que habiéndose podido constituir una "rueda" de reconocimiento con la presencia física del sospechoso como integrante de la misma, sin embargo se opta por hacer preceder a esa forma inmediata y físicamente directa de identificación de una previa "toma de contacto" visual de su fisonomía a través de la exhibición fotográfica a los declarantes.

Ignoramos las razones, si es que las hubo, por las que ésto se hizo así, pero, en cualquier caso, resulta indudablemente discutible el alcance de un tan defectuoso modo de proceder por parte de los funcionarios policiales, desde la posibilidad de una posible vulneración de derechos fundamentales del investigado, como los derechos de defensa o a un juicio con todas las garantías, que obviamente irradiaría sus efectos invalidantes sobre toda actuación probatoria posterior derivada de esta diligencia, incluyendo los reconocimientos practicados ya a presencia judicial, hasta considerar que nos encontramos tan sólo ante una simple "irregularidad" que, no obstante, habrá de tener su correspondiente repercusión en la ulterior valoración del conjunto de la prueba que llevará a cabo el Juzgador, a partir de la incidencia que se considere que hubiera podido tener una semejante práctica viciada en la credibilidad de ulteriores identificaciones.

A este respecto, la mayoría de la Sala, con apoyo en diversas Resoluciones anteriores, como las SsTS de 27 de enero y 16 de mayo de 2000 o 29 de junio de 2004, entre otras, que ya analizaron esta cuestión, es de la opinión de que no se ha llegado a producir propiamente una infracción de los derechos fundamentales del acusado, por lo que las identificaciones sucesivas no se ven radicalmente afectadas por esta circunstancia, aunque sí seriamente comprometidas en su eficacia probatoria, en el presente caso de forma muy especial por las razones que, a continuación, vamos también a exponer.

En efecto, el incorrecto actuar policial impidió que la primera y más espontánea de las identificaciones llevadas a cabo se realizase, como hubiera sido lo correcto, especialmente ante un supuesto de tanta trascendencia y dificultades para un correcto reconocimiento como hemos visto, dadas las especiales circunstancias de estos hechos, con la presencia física del sospechoso, acompañado de otras personas de similar configuración y, lo que resulta determinante, con el rostro parcialmente oculto, como vieron realmente a su agresor, con motivo de la comisión del delito, los lesionados.

De modo que este hecho, enormemente importante, introduce la duda relevante acerca de si, una vez identificado un rostro completo en una ficha fotográfica, todos los ulteriores reconocimientos llevados a cabo por las víctimas, sin duda con toda sinceridad y convicción subjetiva de su parte, no se estarían remitiendo a ese rostro íntegro de la fotografía más que a los ojos que tuvieron oportunidad de ver, de una forma fugaz, con escasa luminosidad y presos de una fuerte sorpresa y angustia, en la faz de su agresor.

Todo ello máxime cuando en esos sucesivos reconocimientos posteriores, policial y judiciales, y hasta en el propio acto del Juicio oral, de nuevo lo que se les exponía a su vista era el rostro completo del sujeto de la fotografía, pues tampoco se tuvo en ningún momento la precaución de reproducir las circunstancias exactas en las que aconteció la inicial percepción de las características personales del autor de los hechos.

En cualquier forma, y a pesar de todo lo dicho hasta aquí, aún seguiría sometido este Tribunal de Casación al respeto que ha de merecerle, en todo caso, el criterio valorativo del Tribunal de instancia en relación con la credibilidad que suscite una determinada declaración testifical como, a la postre, es la actitud identificadora de la víctima.

Podría incluso sostenerse cómo ha de prevalecer la privilegiada posición de la que el Juez de instancia dispuso, gracias a la intermediación, para emitir un juicio sobre la confianza que debe otorgarse a los dichos de los testigos.

Y no nos puede ofrecer, a este respecto, duda alguna que, como se afirma en la Sentencia recurrida, los testigos fueron concluyentes, firmes y categóricos en la expresión de su convencimiento de que se hallaban, en realidad, ante el autor de la brutal agresión que sufrieron.

Actitud que, inevitablemente, tuvo influencia determinante en la formación de la convicción del Tribunal, a partir de una seguridad, sin duda justificada, en la sinceridad con la que los testigos se pronunciaban.

Pero, por desgracia, seguridad y sinceridad no son siempre sinónimo de acierto.

Por ello, en la valoración que hace de la prueba, en especial de las pruebas de carácter personal, no digamos de los testimonios y, más aún, cuando provienen de la propia víctima, qué podrá decirse además finalmente cuando el conocimiento de los extremos a los que sus dichos se refieren se obtuvo en circunstancias de tanta dificultad como las que para el caso presente ya hemos relatado, el Tribunal precisa, para no ser arrastrado al error producto de una injustificada confianza, el contraste entre su con-

vicción y la posibilidad de razonarla, a la hora de motivar la decisión, con criterios lógicos y objetivos sin fisuras, es decir, con un grado de certeza que cumpla el canon de exigencia propio del enervamiento de la presunción de inocencia en el ámbito penal.

Es en este punto en donde la Sala de Casación, que como hemos dicho no puede equipararse al Juzgador de instancia en la autoridad que a éste le otorga la intermediación en la práctica de la prueba, sí que se halla, por el contrario, en una posición preferente para, alejada de esa relativa contaminación de sentimientos que la presencia inmediata del testigo también supone, considerar fríamente la racionalidad del discurso lógico mediante el que la Audiencia traslada

■

*"...importante  
contradicción que  
supone que la supuesta  
confirmación del acierto  
de quienes identifican se  
base en unos datos  
objetivos referentes a las  
características físicas de  
su agresor que sólo se  
aportan tras una  
diligencia de  
identificación  
fotográfica  
irregularmente  
practicada y en la que  
es reconocida una  
persona que presenta  
esa especialidad en su  
fisonomía."*

■

su sincera y honesta convicción subjetiva al terreno de la objetividad estrictamente racional y lógica.

Y es en tal sentido cuando nos encontramos con el argumento por el que quiebra toda la construcción de certeza de la recurrida.

La Sala "a quo", indudablemente sensible a los problemas de identificación a los que venimos refiriéndonos pero, a pesar de ello, con el convencimiento del acierto, además de la sinceridad, de los testigos, encuentra la clave definitiva para el sostenimiento de su arco argumental en un dato que, en principio, podría resultar efectivamente decisivo.

La Sentencia se refiere, sin especificar más, que pudo comprobar que

"...la apariencia de los ojos, las cejas y la nariz del procesado es muy particular, por lo que tienen un efecto identificador o caracterizador muy significativo" (sic).

Lo que es puesto en relación con las manifestaciones prestadas por los propios testigos de que pudieron identificar al acusado como la persona de su agresor por lo especial de su mirada.

Pues bien, si fuera cierto que, desde un primer momento las víctimas hubieran manifestado esta especial "característica" de la mirada o de los ojos de su victimario, que, por otra parte nadie nos explicita en qué consiste ni podemos apreciarla en las defectuosas copias de las fotografías obrantes en las actuaciones, la advertencia de tales rasgos en el rostro del identificado y posteriormente acusado, podría representar un aval definitivo para la certeza del acierto de la identificación.

Pero es que aquí sucede todo lo contrario.

Ese argumento, el más sólido sin duda de todos los ofrecidos por la Audiencia para dotar de autoridad a la declaración de los testigos, se vuelve contrario a esa finalidad y destruye la racionalidad del propio argumentar de los Juzgadores de instancia cuando advertimos, acudiendo a la lectura de las actuaciones al amparo de la facultad que nos otorga el artículo 899 de la Ley procesal, que en ninguna de sus declaraciones iniciales hacen alusión alguna las víctimas a un aspecto que, al parecer, era el que más resaltaba en la fisonomía del agresor y que, sin duda, llamará tanto la atención posteriormente en la del acusado (folios 8 y 9 y 26 y 27).

Ni siquiera cuando ofrecen una amplia descripción de su victimario (folios 35 y 36), ni cuando se lleva a cabo el reconocimiento fotográfico (folios 76 y 78).

Y es precisamente, de modo harto significativo, ante el Juzgado de Instrucción, tan sólo una vez realizada esa diligencia de reconocimiento fotográfico de la que resultó la identificación del acusado, cuando por primera vez consta en las actuaciones (folios 115 y 118) la alusión por ambos declarantes a las especiales características del "entrejejo" del identificado.

Nos hallamos, por consiguiente, ante un supuesto en el que, más allá de la verosimilitud que merezcan los argumentos exculpatorios ofrecidos, en forma de coartada, por el acusado y que también son objeto de estudio, para su rechazo, por la concienzuda labor de los Jueces "a quibus", lo que a la postre se advierte es una profunda duda respecto del acierto de las víctimas en su intención de identificar correctamente al autor de la terrible agresión que sufrieron, propiciada por las circunstancias del hecho y el defectuoso proceder inicial de los

investigadores, que levantan graves sospechas respecto de la fiabilidad para este caso de herramientas procesales que ostentan plena utilidad en otras muchas ocasiones, duda que no es despejada con argumentos de suficiente solvencia lógica y razonabilidad por parte del Tribunal "a quo", sino que, antes al contrario, se ahonda aún más al apreciar la importante contradicción que supone que la supuesta confirmación del acierto de quienes identifican se base en unos datos objetivos referentes a las características físicas de su agresor que sólo se aportan tras una diligencia de identificación fotográfica irregularmente practicada y en la que es reconocida una persona que presenta esa especialidad en su fisonomía.

Razones por las que, en definitiva, procede la estimación del Recurso, debiéndose dictar a continuación, con base en ellas, la correspondiente Segunda Sentencia, en la que se recojan las consecuencias absolutorias derivadas de esta estimación.

**CUARTO.-** Dada la conclusión estimatoria del Recurso, procede, a tenor de lo dispuesto en el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la declaración de oficio de las costas causadas por este procedimiento.

En su consecuencia, vistos los preceptos mencionados y demás de general aplicación al caso,

### FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al Recurso de Casación interpuestos por la Representación de Victoriano contra la Sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Madrid, el 24 de junio de 2008, por sendos delitos de homicidio intentado, que casamos y anulamos, debiéndose dictar, en consecuencia, la correspondiente Segunda Sentencia.

Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas en el presente Recurso.

Póngase en conocimiento del Tribunal de origen, a los efectos legales oportunos, la presente Resolución y la que seguidamente se dictará, con devolución de la Causa que, en su día, nos fue remitida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Adolfo Prego De Oliver Tolívar.- José Ramón Soriano Soriano.- José Manuel Maza Martín.- Luciano Varela Castro.- Diego Antonio Ramos Gancedo.

### SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de mayo de dos mil nueve

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción número 3 de Torrejón de Ardoz con el número 2/2007 y se-

guida ante la Audiencia Provincial de Madrid por dos delitos de homicidio, contra Victoriano, con DNI número., nacido el 12 de octubre de 1973, en Madrid, hijo de Gregorio y de María Reyes, y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 24 de junio de 2008, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín, hace constar lo siguiente:

### ANTECEDENTES DE HECHO

#### Hechos Probados

Se admiten los de la Resolución recurrida, excepto el párrafo primero de los mismos, que queda sustituido por el siguiente:

"Sobre las 6'30 horas del día 15 de enero de 2006, en el Parque El juncal, sito en la calle Londres de la localidad de Torrejón de Ardoz, en la provincia de Madrid, una persona cuya identidad se desconoce, actuando con la intención de matar, se dirigió a Carlos Manuel y Inocencia, que se encontraban sentados en un banco de dicho parque, y clavó a Carlos Manuel un cuchillo en el pecho una vez, ante lo que Inocencia intentó escapar, siendo sujeta por el procesado, quien le clavó el cuchillo seis veces: una en el costado, otra en el antebrazo izquierdo, otra en la axila derecha y tres en la espalda, marchándose el agresor acto seguido del lugar."

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se tienen aquí por reproducidos los fundamentos de nuestra anterior Sentencia de Casación, así como los de la recurrida, en lo que no se opongan a los primeros.

**SEGUNDO.-** Como ya se ha dicho en el Segundo Fundamento Jurídico de los de la Resolución que precede, y con la corrección del relato de hechos contenido en la Resolución de la Audiencia que ya ha sido consignada, ante la inexistencia de prueba suficiente para alcanzar la necesaria convicción acerca de la identidad del autor de la doble agresión objeto de enjuiciamiento, procede, por imperativo de su derecho a la presunción de inocencia que no ha resultado enervada en este procedimiento (art. 24.2 CE), la absolución del acusado.

Dicho resultado absolutorio, a su vez, conlleva la declaración de oficio de las costas causadas en la instancia, ex artículos 123 del Código Penal y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En su consecuencia, vistos los preceptos mencionados y demás de general aplicación al caso,

### FALLO

Que debemos absolver y absolvemos a Victoriano de los delitos de homicidio intentado de los que venía siendo acusado en las presentes actuaciones, declarando de oficio las costas procesales causadas en la instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Adolfo Prego de Oliver y Tolívar.- José Ramón Soriano Soriano.- José Manuel Maza Martín.- Luciano Varela Castro.- Diego Ramos Gancedo.

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

### VOTO PARTICULAR

Voto Particular que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Diego Ramos Gancedo.

Con el máximo de los respetos y consideración a la opinión mayoritaria de mis compañeros de Sala, me permito formular el presente voto discrepante a la resolución acordada por aquéllos en la sentencia que precede; discrepancia que se fundamenta en las siguientes consideraciones, que paso a exponer.

**PRIMERO.-** Dos son los argumentos que sustentan la revocación y anulación de la sentencia condenatoria dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Sexta, en función de los cuales la sentencia de la que disiento absuelve al acusado de los dos delitos de homicidio intentado a los que fue condenado en la instancia.

En primer lugar, se pone en cuestión la validez y eficacia de las diligencias de los reconocimientos en rueda judicial por el hecho de que, previamente a éstas, se efectuó una diligencia en sede policial de reconocimiento fotográfico del acusado ya detenido por parte de las víctimas de los hechos, cuando, se afirma, lo legalmente correcto hubiera sido constituir en sede policial una rueda de reconocimiento con la presencia física del sospechoso detenido.

Afirma la sentencia que "resulta discutible el alcance de un tan defectuoso modo de proceder por parte de los funcionarios policiales, desde la posibilidad de una posible vulneración de derechos fundamentales del investigado, como los derechos de defensa o a un juicio con todas las garantías, que obviamente irradiaría sus efectos invalidantes sobre toda actuación probatoria posterior derivada de esta diligencia, incluyendo

los reconocimientos practicados ya a presencia judicial, hasta considerar que nos encontramos tan sólo ante una simple "irregularidad", pero que habrá de tener su correspondiente repercusión en la ulterior valoración del conjunto de la prueba que llevará a cabo el Juzgador, a partir de la incidencia que se considere que hubiera podido tener una semejante práctica viciada en la credibilidad de ulteriores identificaciones".

Y, aunque a la postre excluye que se haya llegado a producir propiamente una infracción de los derechos fundamentales del acusado, por lo que las identificaciones sucesivas no se ven radicalmente afectadas por esta circunstancia, sí están seriamente comprometidas en su eficacia probatoria, en el presente caso de forma muy especial.

En mi opinión, las diversas diligencias judiciales de reconocimiento en rueda del acusado no admiten reparo ni tacha alguna sobre su validez y eficacia por el hecho de que aquél, una vez detenido como sospechoso de los hechos objeto de investigación, hubiese sido identificado en las dependencias policiales entre un cuantioso número de fotografías por las dos víctimas por separado.

No se puede discutir que, entre los diversos métodos policiales que se pueden utilizar para realizar una investigación con el objetivo de identificar al presunto autor de un hecho delictivo, se encuentra el de mostrar álbumes fotográficos, en los que figuren personas que, por una serie de circunstancias valoradas policialmente, han sido incluidos como posibles autores de hechos que revistan unas determinadas características.

En caso contrario, difícilmente se podría avanzar en las pesquisas necesarias e imprescindibles para llegar a la detención y puesta a disposición judicial de los posibles sospechosos.

Dicha diligencia se realiza normalmente en el momento de denunciar los hechos en la sede policial, pero, en otros casos, se lleva a efecto cuando en los respectivos juzgados ya se han abierto Diligencias Previas que se han archivado provisionalmente por resultar el autor desconocido.

En ambos supuestos, se trata de actividades policiales que se incorporan al atestado y que, por consiguiente, carecen de valor probatorio.

La doctrina jurisprudencial ha establecido que, la exhibición de fotografías ha de realizarse de forma espontánea y aséptica sin inducir o sugestionar a la víctima o testigo para que realice una determinada identificación.

Asimismo se han de exhibir varias fotografías de muy diversa naturaleza, con objeto de que la identifica-

ción resulte lo más aproximada posible, extremándose el cuidado cuando no exista más que un único testigo.

Lo trascendente, a los efectos de utilizar la diligencia de reconocimiento en rueda como base de la tesis inculpatoria, es que se realice con las garantías y formalidades establecidas en los artículos 368 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, sobre todo que no se ejerza ninguna presión o se realicen sugerencias en el sentido de inclinar el reconocimiento hacia una determinada persona.

Como ya se ha dicho por esta Sala -repítese-, la realización de una previa muestra de fotografías de álbumes de sospechosos, en absoluto vicia la posterior diligencia de reconocimiento en rueda ya que, salvo prueba en contrario, se ha partido de una absoluta sinceridad y sentido de la responsabilidad de la persona que realiza el reconocimiento que, ante la trascendencia de la diligencia procesal, se deberá mostrar objetivo e imparcial, desechando pronunciamientos apriorísticos y pronunciándose con meditación y cautela.

Si ante la exhibición de la persona del sospechoso, situada en medio de otros sujetos de análogas o parecidas características, se renueva la identificación, ello corrobora y fortalece la fiabilidad del reconocimiento. La inicial muestra de fotografías resulta insuficiente e inconsistente, si posteriormente se insiste en la identificación, se refuerza el valor probatorio de la muestra y ésta llega a su plenitud probatoria si se ratifica en el momento del juicio oral, ante la inmediación del órgano juzgador y la contradicción de la defensa del acusado (véase STS de 16 de mayo de 2000).

En la misma línea la STS de 23 de enero de 2007, recordaba la doctrina reiterada de esta Sala en orden a que la exhibición de fotografías en sede policial, no pueden reemplazar a las diligencias policiales de reconocimiento o identificación, verificadas con las formalidades legales, constituyendo dicha exhibición simplemente el inicio (o la continuación) de una línea de investigación, pero en modo alguno puede estimarse como constitutiva de una medio de prueba.

Por ello la legitimidad del posterior reconocimiento en rueda no se ve afectada porque previamente se haya exhibido alguna fotografía, en tanto que tal practica, como punto de partida para iniciar o proseguir las investigaciones constituye una técnica elemental y habitual casi siempre inevitable.

Igualmente, la STS de 14 de febrero de 2007, insiste en señalar que “desde luego, la simple utilización de fotos en ese ámbito no constituye imputación y, por ello, en general, no cabe exigir la presen-

cia de letrado en el acto o actos correspondientes.

Aunque sí que estos se realicen de la forma que asegure el máximo de objetividad en la determinación y que luego se aporten a la causa las instantáneas empleadas.

“Así las cosas, no puede decirse que en los casos de esta causa sea constatable una irregularidad relevante y menos aún apta para invalidar los ulteriores reconocimientos en rueda.

“Éstos se produjeron de forma legalmente inobjetable, con cada una de las interesadas por separado e incluso en momentos diferentes, y por tanto, sin que pudieran comunicarse. En todos los casos las dos se pronunciaron con seguridad y certeza, y sobre sujetos que, con notable aproximación, respondían al perfil de edad indicado en las denuncias, que, además, trabajaban como taxistas y estaban relacionados entre sí. Además, en los dos supuestos objeto de la causa, las agredidas, por el modo de producirse los hechos, tuvieron tiempo sobrado para observar y retener los rasgos físicos de sus atacantes”.

Es cierto que en el caso presente, cuando se produce la identificación fotográfica del sospechoso, éste ya había sido detenido por otro delito, por lo que, en principio, hubiera sido posible la práctica de una diligencia de reconocimiento en rueda en sede policial con la participación de aquél, lo que hubiera hecho innecesario el segundo reconocimiento fotográfico que se realizó.

Pero ni existe constancia en las actuaciones que tal detenido estuviera a disposición de la Policía para formar la rueda, ni parece descabellada o inconstitucional la decisión de practicar un nuevo reconocimiento fotográfico con la inclusión de la foto del detenido entre muchas de otras, como medida de avanzar en investigación policial, siendo así que los procedimientos sobre identificaciones y reconocimientos por la Policía carecen de regulación expresa en la L.E.Cr.

Cabe señalar también que nuestra doctrina jurisprudencial ya se ha pronunciado en situaciones como la aquí suscitada, estableciendo que con relación a tales reconocimientos fotográficos hechos por la policía judicial, esta Sala reiteradamente tiene dicho que “la policía procurará no acudir al reconocimiento fotográfico cuando ya ha sido identificado el sospechoso y, por tanto, se puede acudir directamente a la identificación mediante el procedimiento de la rueda judicial regulado en los arts. 368 y ss. LECr.

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.

“Véanse en este sentido, entre otras muchas, las sentencias de esta sala de 26.12.1990, 1500/1992, 1162/97, 140/2000, 1638/2001, 684/2002 y 486/2003, y a las que en estas se citan -algunas del Tribunal Constitucional-.

“En relación al caso presente, a la vista de tal doctrina, hemos de decir lo siguiente: Que los reconocimientos fotográficos hechos ante la Guardia Civil (folios 111 a 122) se hicieron con exhibición de múltiples fotografías y sin que pueda advertirse el menor indicio de irregularidad en la actuación de los agentes que intervinieron en ellas. Ciertamente pudo prescindirse de esta identificación por fotografías, pues cabía haber acudido directamente al reconocimiento judicial en rueda, pues los dos luego acusados y condenados ya se encontraban detenidos como sospechosos de estos hechos; pero acabamos de decir, cómo, aun en tales casos, el hecho de unas exhibiciones previas de fotografías no invalida las posteriores diligencias de identificación que pudieran practicarse conforme a las normas legalmente previstas al respecto, concretamente los reconocimientos en rueda y los realizados en el acto del plenario. En todo caso, se trata de un dato más a tener en cuenta en la tarea de valoración de la prueba que incumbe al tribunal que presidió el juicio” (STS de 29 de junio de 2004).

En el mismo sentido nos hemos pronunciado en otras ocasiones, como en la STS de 27 de enero de 2000, en la que no se apreciaba tacha alguna en la identificación en rueda de reconocimiento judicial por la testigo que, estando el acusado detenido, le había identificado previamente por fotografía en sede policial, pues ello “... no priva de valor a la posterior identificación ratificada en el plenario”.

También se mantiene este criterio en la STS de 16 de mayo de 2000, donde se analiza otro caso de reconocimiento en rueda después de haber identificado al acusado, que se encontraba detenido, por medio de fotografía ante la Policía. “Las cuatro víctimas -dice la sentencia- ratificaron en el juicio oral los reconocimientos practicados en el juzgado en rueda de sospechosos, con presencia de letrado, manifestándose todos ellos de forma inequívoca y firme en el sentido de confirmar la identificación”.

A este respecto, debe significarse que cualquier irregularidad en la identificación de los sospechosos, durante la investigación policial, priva a dicha identificación de toda posibilidad de adquirir valor probatorio, aún por la vía excepcional

prevista en las sentencias 12/95 del Tribunal Constitucional y 1207/95 del Tribunal Supremo, pero ello no impide que pueda tener valor probatorio el reconocimiento practicado en forma legal durante las actuaciones sumariales -con las condiciones anteriormente expresadas- y desde luego la prueba practicada con plenas garantías de contradicción, inmediación, oralidad e igualdad de partes, en el propio acto del juicio oral.

Como ha expresado reiteradamente esta Sala (p. ejem. S.T.S. 4 de marzo de 1997) “la enérgica defensa del efecto expansivo del art. 11.1 de la L.O.P.J. determinada por la necesidad de proporcionar el máximo de protección a los derechos y libertades constitucionales, impone también la necesidad de precisar los supuestos en que dicho efecto expansivo resulta aplicable, que como dispone expresamente el citado precepto y ha reiterado la doctrina jurisprudencial de esta Sala, se concretan en los supuestos de violación de los derechos y libertades fundamentales, y no se extiende a supuestas infracciones de la legalidad ordinaria, ni aún por la vía de calificarlas de infracciones indirectas del derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 de la Constitución Española, pues este precepto no autoriza a constitucionalizar toda la normativa procesal”.

Por ello los reconocimientos en rueda judicial practicados en las circunstancias en que se llevaron a cabo en el supuesto examinado, no menoscaban la eficacia y validez de dicha diligencia ni puede presumirse que, necesariamente, las identificaciones efectuadas en la misma deban considerarse viciadas por la identificación fotográfica precedente, de la misma manera que si -como esta Sala ha establecido en numerosas ocasiones- la identificación en rueda judicial no se contamina necesariamente por el hecho de que el testigo haya visto momentos antes en las dependencias policiales o judiciales al detenido a quien luego identificaría en la rueda como el autor del hecho delictivo investigado (véanse SS.T.S. de 7 de abril de 2004 y de 9 de junio de 2006, entre otras), mucho menos se viciaría por el hecho de que el reconociente haya señalado previamente la fotografía del sospechoso entre otras varias docenas de fotos de otras personas.

De manera que si no se acredita de modo concluyente que el reconocimiento en rueda judicial ha venido precedido de la violación de algún derecho fundamental que directa o indirectamente haya contaminado la diligencia en cuestión, ni se demuestra de forma inconcusa una identificación inducida que adúltere el resultado, estaremos -como aquí acontece- ante un elemento probatorio sometido a la valoración del Tribunal una vez ponderados los testimonios de los reconocientes en el plenario y las circunstancias anterior-

res y coetáneas a la diligencia de reconocimiento en rueda.

**SEGUNDO.-** El segundo argumento que fundamenta la sentencia de la que disiento es el de que la valoración de las pruebas de cargo efectuada por el Tribunal a quo, cuales son los testimonios de las víctimas sobre la identificación del acusado como el autor de las agresiones, carece de la suficiente racionalidad y lógica, así como el necesario grado de certeza sobre el reconocimiento efectuado por aquéllas atendidas las circunstancias concurrentes, en concreto, el hecho de que las víctimas no aludieron a una especial característica física que el acusado tenía en su rostro a la altura de los ojos, desde el primer momento en que prestaron declaración, sino tan solo cuando prestaron declaración ante el Juez de Instrucción después del reconocimiento fotográfico positivo en sede policial.

Por ello, sostiene la sentencia, “nos hallamos, ante un supuesto en el que, más allá de la verosimilitud que merezcan los argumentos exculpatorios ofrecidos, en forma de coartada, por el acusado y que también son objeto de estudio, para su rechazo, por la concienzuda labor de los Jueces “a quibus”, lo que a la postre se advierte es una profunda duda respecto del acierto de las víctimas en su intención de identificar correctamente al autor de la terrible agresión que sufrieron, propiciada por las circunstancias del hecho y el defectuoso proceder inicial de los investigadores, que levantan graves sospechas respecto de la fiabilidad para este caso de herramientas procesales que ostentan plena utilidad en otras muchas ocasiones, duda que no es despejada con argumentos de suficiente solvencia lógica y razonabilidad por parte del Tribunal “a quo”, sino que, antes al contrario, se ahonda aún más al apreciar la importante contradicción que supone que la supuesta confirmación del acierto de quienes identifican se base en unos datos objetivos referentes a las características físicas de su agresor que sólo se aportan tras una diligencia de identificación fotográfica irregularmente practicada y en la que es reconocida una persona que presenta esa especialidad en su fisonomía”.

**TERCERO.-** Es claro que este extremo y otras circunstancias (como que el reconocimiento judicial en rueda no se hubiera practicado con los componentes ocultando su rostro, tal y como lo llevaba el autor al ejecutar el hecho) ya fueron puestos de relieve por la defensa del acusado a todo lo largo del procedimiento y también en el acto del juicio oral, con la lógica y evidente finalidad de desvirtuar el testimonio de las víctimas sobre la identificación efectuada por éstas.

Y, sin embargo, el Tribunal sentenciador, en el ejercicio de su facultad soberana y exclusiva de valorar

las pruebas de carácter personal que le atribuye el art. 741 L.E.Cr., ha otorgado credibilidad a los testigos-víctimas respecto a la identificación del acusado como el autor de los hechos.

Debemos recordar aquí que la doctrina de esta Sala es uniforme, reiteradísima y pacífica al establecer que las pruebas practicadas en el plenario consistentes en declaraciones de acusados y testigos no son revisables en casación por carecer esta Sala de la insustituible ventaja de la inmediación de la que sí se beneficia el Tribunal de instancia. Y que única y exclusivamente podrá modificar el resultado valorativo de estas pruebas efectuado por dicho Tribunal, cuando tal valoración se manifieste contraria a las reglas de la razón y del pensamiento lógico y del recto criterio.

Contra lo que sostiene la sentencia de la que discrepo, no encuentro motivos para tildar de irracional, ilógica o absurda la valoración de la prueba testifical de las víctimas.

Por el contrario, creo que existen razones que avalan la racionalidad de la valoración de la prueba llevada a cabo por los jueces de instancia:

1.- Hubo una primera diligencia de reconocimiento fotográfico que resultó fallida porque en la fecha en que se llevó a cabo - marzo de 2006 - “se carecía de fotografía de reseña, al haber sido detenido (el hoy recurrente) por primera vez el día 17 de los corrientes” (junio de 2006). Habiendo apreciado la Policía que el detenido como presunto autor de un delito de daños “coincide plenamente con las características” aportadas por las víctimas del apuñalamiento, se practicó un segundo reconocimiento fotográfico, mostrándoles por separado un álbum en el que se incluía ya la fotografía de reseña del detenido, y “cambiando la ubicación de esta fotografía en el álbum”, es reconocido por ambos “sin ningún género de dudas y con absoluta seguridad” como el autor de la agresión (diligencias de identificación a folios 74 a 77).

2.- Adquiere especial relevancia que en el momento de practicarse, también por separado, las diligencias de reconocimiento en rueda en sede judicial, los agredidos identificaran al acusado entre las cinco personas que componían la rueda, por dos veces cada uno de aquéllos, con cambio de ubicación del acusado en cada rueda.

Y, sobre todo, interesa destacar que los mismos identificadores contestaron a preguntas del letrado defensor sobre si “le ha reconocido porque le recuerda o la que vio en el día de ayer en la Policía en foto” (sic), manifestando “que no, que le ha reconocido porque se acuerda, que ayer también le reconoció inmediatamente, que no ha estado mediada su identificación por la foto”

(declaración judicial, folios 115 y 116) y, que “el proceso de identificación no ha estado mediatizado por la identificación fotográfica ante la policía, que ella hoy ha identificado al autor de la agresión, no al que identificó en la foto”.

No se entiende cómo en esa identificación coinciden dos testigos diferentes, que intervienen por separado y sin contacto entre sí, y, además, reconociendo cada uno de ellos a la misma persona por dos veces en otras tantas ruedas con cambio de situación de sus componentes.

3.- El acusado presenta una singular característica a la altura de los ojos, tal y como puede apreciarse en las fotografías de reseña policial incorporadas a las actuaciones, a pesar de que las mismas no son particularmente nítidas, lo que confiere al rostro del acusado una significativa peculiaridad que no pudo quedar oculta por las prendas con las que se tapaba el rostro.

Esa peculiaridad física apreciada por los testigos resultó, pues, esencial para la identificación realizada por los testigos víctimas y que también apreció el Tribunal sentenciador, según señala la sentencia al exponer el proceso de valoración de la prueba.

Por ello, rechazado que el reconocimiento en rueda hubiese estado inducido, la identificación indubitada del acusado por dos personas, en momentos distintos y por separado, a presencia del Juez, Secretario Judi-

cial y Letrado defensor, ratificada en el Juicio Oral con todas las garantías, constituye prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia del acusado.

A todo lo cual hay que añadir la concurrencia de un dato probado de singular eficacia corroboradora: cuando fue detenido, el acusado portaba dos cuchillos, uno jamonero de 28 cms. de hoja, y otro de cocina de 9 cms., siendo así que las víctimas fueron agredidas también con un cuchillo, y que el acusado no ha ofrecido una explicación convincente que justifique tal porte de armas blancas.

En conclusión, considero que la valoración de la prueba efectuada por los Magistrados de instancia no puede tacharse de quebrar la estructura racional del proceso valorativo, sino que, por el contrario, se ajusta a las máximas del criterio lógico y del recto discernimiento a la vista de los elementos probatorios ponderados y las circunstancias concurrentes.

Como, por lo mismo, tampoco puede apoyar la crítica de la insuficiente certeza sobre el punto controvertido que, en todo caso, es cuestión privativa del Tribunal sentenciador, y sólo cuando esa supuesta insuficiencia de la certeza judicial sea manifiesta, palmaria y evidente, podrá prevalecer el criterio del Tribunal de casación, por la vía de una valoración arbitraria o irracional de la prueba.

Diego Ramos Gancedo



2009/204704

TC Sala 1ª, Sentencia 7 septiembre 2009. Ponente: D. Francisco Javier Delgado Barrio

## Falta de acreditación de legítimo interés de sindicato para recurrir la adjudicación de contrato

*Se interpone amparo frente a resoluciones que inadmitieron el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Confederación Sindical recurrente, por considerar que carecía de legitimación activa para recurrir la resolución de la TGSS, a través de la cual se hacía pública la adjudicación a cierta entidad mercantil de un contrato de apoyo técnico. Considera la Sala que la demandante no ha acreditado que fuera a lograr la obtención de un beneficio o la desaparición de un perjuicio en caso de que se estimara la pretensión ejercida, por lo que acuerda la denegación del amparo solicitado.*

*Formula voto particular la Presidenta Dª María Emilia Casas Baamonde, al que se adhiere el Magistrado D. Pablo Pérez Tremps.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El objeto de este amparo consiste en dilucidar si la inad-

misión del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Confederación Sindical de Comisiones Obreras, por considerar que el sindi-



cato carecía de legitimación activa para recurrir la Resolución de 21 de noviembre de 1997, de la Tesorería General de la Seguridad Social, a través de la cual se hacía pública la adjudicación a la entidad Level Data, S.A., de un contrato de apoyo técnico, lesiona o no el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su manifestación de acceso a la justicia.

La confederación sindical recurrente aduce que las resoluciones impugnadas vulneran el citado derecho, al impedirle obtener una resolución sobre el fondo del asunto de forma contraria al principio pro actione, tal y como ha sido interpretado por este Tribunal, en particular, en la STC 112/2004, de 12 de julio, que estimó el recurso interpuesto por el sindicato recurrente en un supuesto que, a su entender, sería semejante al del presente amparo. El Ministerio Fiscal interesa la estimación del recurso por entender que, efectivamente, las Sentencias impugnadas lesionan el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de la demandante de amparo, puesto que existiría una conexión entre el objeto del proceso y los fines que son propios del sindicato recurrente, lo cual tendría aquí, además, un efecto reflejo sobre el derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE). Tanto la Tesorería General de la Seguridad Social, como la entidad Accenture, S.L., solicitan la denegación del recurso de amparo por considerar, en esencia, que las resoluciones impugnadas no han lesionado el derecho a la tutela judicial efectiva porque la Confederación Sindical de Comisiones Obreras no acreditó en el recurso contencioso-administrativo que tuviera un interés propio en obtener la anulación de la resolución de adjudicación.

SEGUNDO.- Todavía con carácter preliminar, conviene precisar que, pese a que, como recuerda acertadamente el Ministerio público, en supuestos como el presente hemos declarado que de la vulneración del derecho reconocido en el art. 24.1 CE se “deriva, como consecuencia inmediata, la lesión del derecho fundamental reconocido en el art. 28.1 CE, al formar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva parte del contenido de la acción institucional del sindicato” (STC 153/2007, de 18 de junio, FJ 2), lo cierto es que la confederación sindical demandante de amparo no ha alegado haber sufrido una lesión en su derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE), razón por la cual en esta Sentencia debemos limitarnos a verificar si se ha producido o no la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su vertiente de acceso al proceso, sin perjuicio de las consecuencias que pudieran derivarse de la eventual estimación de la queja aducida en este recurso para el derecho a la libertad sindical.

TERCERO.- En relación con esa vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva, hemos declarado reite-

radamente que, “como regla general, la interpretación de las normas procesales y, más en concreto, el control de la concurrencia de los presupuestos y requisitos materiales y procesales que condicionan la válida constitución del proceso, son operaciones jurídicas que no trascienden el ámbito de la legalidad ordinaria, correspondiendo su realización a los órganos judiciales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que, de manera privativa, les confiere el art. 117.3 CE. Sin embargo, del art. 24.1 CE deriva que no puedan reputarse como respetuosas con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que comprende el de que las resoluciones judiciales sean fundadas en Derecho, las que incurran en arbitrariedad, error patente o irrazonabilidad.

Cuando, además, se trata del acceso a la jurisdicción, el derecho a la tutela judicial efectiva excluye que la normativa procesal se interprete de forma rigorista, excesivamente formalista o desproporcionada en relación con los fines que preserva y los intereses que se sacrifican (STC 231/2001, de 26 de noviembre, FJ 2). El principio pro actione, que opera sobre los presupuestos procesales establecidos legalmente para el acceso a la justicia, impide que esas interpretaciones eliminen u obstaculicen injustificadamente el derecho del justiciable a que un órgano judicial conozca y resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida, pero no supone, como ha señalado este Tribunal, que exija necesariamente seleccionar la interpretación más favorable a la admisión de entre todas las posibles” (STC 228/2006, de 17 de julio, FJ 2, entre otras muchas).

CUARTO.- La proyección de esta doctrina sobre la legitimación activa de los sindicatos en el orden contencioso-administrativo ha sido ya objeto de numerosos pronunciamientos de este Tribunal (entre los más recientes, SSTC 358/2006, de 18 de diciembre; 153/2007, de 18 de junio; 202/2007, de 24 de febrero; 4/2009, de 12 de enero; 33/2009, de 9 de febrero), a través de los cuales se ha ido conformando una jurisprudencia consolidada que puede resumirse en los siguientes puntos.

En primer lugar, “nuestra doctrina parte de un reconocimiento abstracto o general de la legitimación de los sindicatos para impugnar ante los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo decisiones que afecten a los trabajadores, funcionarios públicos y personal estatutario. Así, hemos dicho que los sindicatos desempeñan, tanto por el reconocimiento expreso de la Constitución (arts. 7 y 28) como por obra de los tratados internacionales suscritos por España en la materia, una función genérica de representación y defensa de los intereses de los trabajadores que no descansa sólo en el vínculo de la afiliación, sino en la propia naturaleza sindical del grupo.

La función de los sindicatos, desde la perspectiva constitucional, no es únicamente la de representar a sus miembros a través de esquemas propios del Derecho privado, pues cuando la Constitución y la Ley los invisten con la función de defender los intereses de los trabajadores, les legitiman para ejercer aquellos derechos que, aun perteneciendo en propiedad a cada uno de los trabajadores, sean de necesario ejercicio colectivo, sin estar condicionados a la relación de pretendido apoderamiento ínsita en el acto de afiliación.

Por esta razón, es posible, en principio, reconocer legitimación al sindicato para accionar en cualquier proceso en que estén en juego intereses colectivos de los trabajadores” (STC 202/2007, de 24 de febrero, FJ 3, con cita de las SSTC 101/1996, de 11 de junio; 203/2002, de 28 de octubre; 142/2004, de 13 de septiembre; y 28/2005, de 14 de febrero).

En segundo término, “también venimos exigiendo que esta genérica legitimación abstracta o general de los sindicatos tenga una proyección particular sobre el objeto de los recursos que entablen ante los Tribunales mediante un vínculo o conexión entre la organización que acciona y la pretensión ejercitada, pues, como se dijo en la STC 210/1994, de 11 de julio, FJ 4, ‘la función constitucionalmente atribuida a los sindicatos no alcanza a transformarlos en guardianes abstractos de la legalidad, cualesquiera que sean las circunstancias en que ésta pretenda hacerse valer’.

La conclusión es que la legitimación procesal del sindicato en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo se ha de localizar en la noción de interés profesional o económico; concepto éste que ha de entenderse referido en todo caso a un interés en sentido propio, cualificado o específico, y que doctrinal y jurisprudencialmente viene identificado en la obtención de un beneficio o la desaparición de un perjuicio en el supuesto de que prospere la acción intentada, y que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial. Esto es, tiene que existir un vínculo especial y concreto entre el sindicato (sus fines, su actividad, etc.) y el objeto del debate en el pleito de que se trate” (STC 202/2007, de 24 de febrero, FJ 3).

En tercer lugar, no puede oponerse al reconocimiento de la existencia del necesario interés legítimo “la consideración de encontrarnos ante una materia propia de la potestad de organización de la Administración que, en virtud de ello, resultaría ajena al ámbito de la actividad sindical. El que una materia forme parte de la potestad organizativa de la Administración no la excluye per se del ámbito de la actividad sindical, pues tal exclusión no sería acorde con la apreciación del interés económico o profesional cuya defensa se confía a

los sindicatos, tal y como ha sido reconocido por este Tribunal en casos similares al que ahora se plantea”, ya que “el hecho de que un acto sea manifestación de la potestad organizativa de la Administración poco o nada explica sobre la existencia o inexistencia de legitimación procesal, porque poco o nada dice de la titularidad de intereses legítimos del sindicato” (STC 7/2001, de 15 de enero, FJ 6). Por consiguiente “no puede considerarse en sí misma ajena al ámbito de la actividad sindical toda materia relativa a la organización de la Administración, y por ello no es constitucionalmente admisible denegar la legitimación procesal de los sindicatos en los conflictos donde se discuten medidas administrativas de tal naturaleza” (STC 33/2009, de 9 de febrero, FJ 3, con cita de las SSTC 203/2002, de 28 de octubre, FJ 4; 112/2004, de 12 de julio, FJ 6; y 202/2007, de 24 de septiembre, FJ 4).

De acuerdo con estos criterios, el Tribunal Constitucional ha reconocido la existencia de un interés profesional o económico, entre otros supuestos, en la fiscalización por un sindicato de la legalidad de los acuerdos por los que se decidía prorrogar nuevamente unas comisiones de servicios preexistentes (STC 89/2003, de 19 de mayo, FJ 5); el nombramiento de un funcionario en comisión de servicios (STC 7/2001, de 15 de enero); el reconocimiento, de forma provisional y transitoria, de la compatibilidad para el ejercicio de actividades en el sector privado a dieciséis funcionarios adscritos a un hospital provincial (STC 203/2002, de 28 de octubre, FJ 5); la convocatoria de concursos para la contratación de apoyo técnico informático por parte de la Tesorería General de la Seguridad Social (STC 112/2004, de 12 de julio); la aprobación de las bases de un concurso-oposición para acceder a una plaza del cuerpo de Policía Local (STC 28/2005, de 14 de febrero); la adjudicación a un funcionario de una plaza proveída a través de un proceso selectivo de libre designación (STC 358/2006, de 18 de diciembre); la adjudicación de tres puestos de trabajo a aspirantes que no poseían la titulación requerida por las bases del concurso (STC 153/2007, de 18 de junio); y, en fin, la aprobación de las listas provisionales de readjudicación de puestos de trabajo convocados por una Administración autonómica (STC 33/2009, de 9 de febrero).

QUINTO.- La aplicación de la doctrina expuesta al presente caso conduce a la desestimación del recurso.

La confederación sindical ahora demandante de amparo carece de un interés legítimo en el sentido indicado, puesto que no ha acreditado que fuera a lograr la obtención de un beneficio o la desaparición de un perjuicio en caso de que se estimara la pretensión ejercida a través del re-

curso contencioso-administrativo, que no era sino la anulación de la adjudicación del contrato de apoyo técnico a la empresa Level Data, S.A. Tanto la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid como la Sala del Tribunal Supremo consideraron acertadamente que el recurrente no justificó la existencia de un vínculo especial y concreto entre el sindicato y el objeto procesal, puesto que este último no consistía propiamente en la anulación de la convocatoria del contrato de apoyo técnico, y con ella de la decisión de externalizar el desarrollo de esas tareas, sino, en palabras de la Sentencia del Tribunal Supremo dictada en el recurso de casación, de

“la resolución por la que se adjudica determinado contrato de asistencia técnica, por lo que los intereses que están en juego en dicha actuación administrativa se reducen a la determinación de la empresa participante en el concurso que ha de resultar adjudicataria, en aplicación de las normas que regulan dicha contratación, sin que sea objeto de tal actividad la decisión sobre la convocatoria del contrato, su procedencia y efectos, que responden a una actuación anterior, que no es objeto del proceso...”

En este caso concreto, frente a la resolución del concurso, pueden hacerse valer cuantos derechos correspondan a los participantes en relación con la adjudicación del contrato, lo que incidirá en la selección del contratista, pero no caben pronunciamientos sobre la decisión de convocar el contrato y atender de esa forma al interés público afectado por el mismo que se plasmaron en actos anteriores, que no son objeto del proceso” (FJ 2).

La confederación sindical recurrente aduce que en este caso resulta aplicable la doctrina contenida en la STC 112/2004, de 12 de julio, en la que, como ha quedado señalado, se otorgó el amparo al mismo sindicato por considerar contrario al principio pro actione la inadmisión de un recurso interpuesto contra las resoluciones por las que la propia Tesorería General de la Seguridad Social convocaba concursos para la celebración de contratos de apoyo técnico, en todo semejantes al controvertido en el proceso a quo.

En esa resolución encontramos un vínculo entre la pretensión consistente en que se anulara la convocatoria del contrato y “el interés de los empleados públicos en que los servicios de apoyo informático que se pretenden contratar al exterior sean realizados por empleados públicos”, que constituye “la ventaja o utilidad que obtendría el Sindicato recurrente en caso de prosperar el recurso contencioso-administrativo y que sería extensible a todos y cada uno de sus afiliados, así como, en general, al personal de la Tesorería” (FJ 5).

Sin embargo, por más que las partes fueran las mismas y que el contrato tuviera también por objeto la externalización de tareas equiparables, lo dicho por este Tribunal en la citada STC 112/2004, de 12 de julio, a propósito de la inadmisión del recurso contra la convocatoria del contrato no puede extenderse sin más a la inadmisión de la impugnación de su adjudicación.

La decisión de no reconocer legitimación activa para recurrir en la vía contencioso-administrativa la adjudicación de un contrato a quien sí la tenía para hacer lo propio con su convocatoria no responde a una interpretación rigorista de la norma procesal aplicable, sino a la constatación por el órgano judicial de que la pretensión ejercida por la parte recurrente, esto es, la anulación de la adjudicación del contrato a una determinada empresa de las que participaron en el procedimiento de contratación, no guarda la vinculación con el interés propio del sindicato que en aquella resolución declaramos suficiente a los efectos de su legitimación procesal.

En efecto, en este asunto quien obtendría una ventaja con la anulación de la resolución de adjudicación del contrato no sería el personal al servicio de la Tesorería General de la Seguridad Social y, en tal medida, el propio sindicato, puesto que, al no poderse cuestionar en el proceso la convocatoria del contrato, la estimación del recurso no daría lugar, en palabras de la demanda, a que “los servicios de apoyo informático que se pretenden contratar al exterior sean realizados por empleados públicos”, sino que tal ventaja, en su caso, iría referida al resto de empresas que participaron en el concurso y no resultarían adjudicatarias, que tendrían una nueva ocasión para serlo.

Por otro lado, tampoco es posible acoger la alegación de la confederación sindical demandante relativa a que la adjudicación a favor de un concreto contratista es susceptible, aquí, de afectar al interés sindical “en la medida que ello pueda implicar, por las condiciones en las que asumirá el servicio, una mayor afectación de los intereses de los trabajadores y del sindicato”. No puede, en efecto y en principio, descartarse que, en función de las circunstancias del caso, pudiera apreciarse una vinculación entre la pretensión relativa a la anulación de la adjudicación realizada a una concreta empresa licitadora y los intereses de los trabajadores.

Pero por lo que atañe al presente recurso de amparo, sin embargo, en modo alguno se aprecia tal conexión, pues aunque formalmente se impugnaba la resolución de adjudicación del concurso a un determinado contratista -apartado 5, b) del acto recurrido- lo que verdaderamente se cuestionaba era la legalidad de la decisión de externalizar ciertas tareas

en lugar de encomendárselas al personal de la Tesorería General de la Seguridad Social: lejos de imputarse vicios a dicha adjudicación, se argumentaba en contra de la externalización, efecto éste que se deriva de la convocatoria y que, en la tesis del recurrente, implica una “aportación de personal”, o un “suministro” o “cesión de mano de obra”, de suerte que el “interés jurídico” expresamente alegado por la parte en los escritos de interposición y de demanda de su recurso contencioso-administrativo era el de que “esta práctica administrativa” se anulase “por los tribunales de justicia y de ahí se origina la legitimación activa para interponer este recurso”. Es claro, así, que el interés descrito por la demandante no guardaba conexión alguna con la adjudicación a una concreta empresa.

SEXTO.- De lo señalado resulta que la inadmisión del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Confederación Sindical de Comisiones Obreras no ha sido consecuencia de que los órganos judiciales negaran legitimación activa a la ahora demandante de amparo por el hecho de ser un sindicato, ni tampoco por tratarse de una materia sometida a la potestad administrativa de autoorganización, sino de que, al no haberse impugnado en su momento, consideraron que en el proceso no se podían hacer valer quejas relativas a la convocatoria del contrato, de modo que la estimación del recurso contra la adjudicación no le produciría una ventaja ni le evitaría un perjuicio futuro.

Procede a continuación, por tanto, verificar si este planteamiento relativo al objeto procesal, que se encuentra en la base de la inadmisión por falta de legitimación activa, satisface o no el canon de control correspondiente al derecho a acceder a la jurisdicción al que se ha hecho referencia en el fundamento jurídico 4 de esta Sentencia.

La inadmisión del recurso contencioso-administrativo descansa en la consideración de la convocatoria del concurso como un acto firme y consentido en los términos del art. 28 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA) que, tal y como hemos señalado a propósito de su predecesor, el art. 40 a) de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956, tiene el sentido general de evitar que el particular pueda impugnar actos a los que ha dejado ganar firmeza, por no haber interpuesto los correspondientes recursos, a través de la impugnación de otros que no gozan de autonomía respecto de los primeros (STC 126/1984, de 26 de diciembre FJ 2) o, cabría añadir, que se recurren por causas que realmente son imputables a las actuaciones administrativas anteriores, lo cual se encuentra íntimamente relacionado, especialmente en los procedimientos de selección competitiva, con la necesidad de evitar que su anulación por vicios pro-

ducentes en la convocatoria se produzca una vez que se ha tramitado completamente el procedimiento.

El control de la proporcionalidad de la inadmisión de un recurso interpuesto contra la adjudicación de un contrato administrativo por quien no recurrió la convocatoria ha de realizarse a la luz de esta finalidad y, según hemos señalado recientemente en la STC 144/2008, de 10 de noviembre, “no puede desvincularse de las circunstancias del caso concreto, pues la cuestión podría recibir diferente respuesta en función de cuál fuera la razón por la que la recurrente se hubiera abstenido de impugnar o participar en las actuaciones administrativas precedentes”.

Pues bien, en el supuesto ahora examinado resulta claro, en primer lugar, que el perjuicio para el interés económico o profesional se derivaría, en su caso, de la convocatoria del concurso para externalizar las tareas controvertidas y no de la decisión de adjudicar el contrato a una determinada empresa licitadora en perjuicio de otras. En segundo lugar, en la demanda de amparo no se aduce circunstancia alguna que, como ocurrió en la citada STC 144/2008, de 10 de noviembre, pudiera haber dificultado la identificación de ese interés legítimo por parte del recurrente en el momento preciso en que se acordó convocar un concurso para la celebración de un contrato de apoyo técnico.

Es más bien lo contrario lo que se deduce del hecho de que la misma confederación sindical haya recurrido en otros casos las convocatorias de contratos sustancialmente idénticos, como por ejemplo en el recurso que dio lugar a la STC 112/2004, de 12 de julio, a la que hace referencia la demandante de amparo. De todo ello se deriva, en fin, que en este caso no puede considerarse desproporcionado, a la vista de la finalidad que con ello se persigue, exigir al sindicato recurrente del acto de adjudicación que hubiera impugnado previamente la convocatoria, ni tampoco, por tanto, el rechazo por parte de los órganos judiciales autores de las resoluciones impugnadas a que pudieran hacerse valer pretensiones relativas a la convocatoria del concurso a través del recurso promovido contra la resolución de adjudicación.

En definitiva, la inadmisión del recurso contencioso-administrativo por parte de la Sala del Tribunal Superior de Justicia, confirmada en casación por el Tribunal Supremo, por no reconocer legitimación activa a la confederación sindical recurrente para impugnar la adjudicación del contrato de apoyo técnico no resulta particularmente rigorista ni desproporcionada, de modo que procede concluir que las resoluciones impugnadas no lesionan el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su manifestación de acceso a la justicia, y denegar por ello el amparo solicitado.



## FALLO

Denegar el amparo solicitado por la Confederación Sindical de Comisiones Obreras.

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

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

inmueble actividades prohibidas en los Estatutos, que resulten dañosas para la finca o que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas". La doctrina integrada en las SSTs considerada como vulnerada en el motivo, sienta que al propietario del piso o local no le está permitido desarrollar en él o en el resto del inmueble actividades prohibidas en los Estatutos, que resulten dañosas para la finca o que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas, que es precisamente la posición que ha tenido en cuenta la sentencia recurrida.

parte demandada que el alquiler o cualquier tipo de cesión de uso de manera independiente a terceros de los trasteros perjudica seriamente a la finca, estando tal actividad prohibida por el artículo 7.2 de la Ley de Propiedad Horizontal, así como por el más elemental respeto a las relaciones de vecindad y al sentido común, pues ello implicaría duplicar el número de viviendas en una urbanización, pensada para 24, aumentando la densidad de viviendas a 48, lo que está prohibido, además de por las normas referidas, por la Ordenanza Municipal (Informe del Ayuntamiento de Majadahonda de 11 de diciembre de 2001, que obra como documento número 2 de la contestación a la demanda), según la cual no es posible autorizar por parte de este Ayuntamiento la conversión de trastero en estudio habitable para usarse independientemente de la vivienda a que pertenezcan". Esta Sala acepta la argumentación efectuada en la decisión de instancia recién expuesta.



TS Sala 1ª, Sentencia 22 julio 2009. Ponente: D. Román García Varela

## Prohibición del arrendamiento de trasteros como vivienda independiente

*Desestima el TS el recurso de casación dirigido contra la sentencia desestimatoria de la demanda, en el ejercicio de la acción de impugnación de acuerdos de la junta de la comunidad de propietarios, al considerar que el arrendamiento de los cuartos trasteros como viviendas o apartamentos independientes a terceras personas para que residan en los mismos, no puede considerarse que haya sido permitido por la comunidad, y menos que con esta actividad se respeten las normas de convivencia indispensables para la buena marcha de la misma, como dispone el acuerdo impugnado.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Dª María Purificación demandó por los trámites del juicio ordinario a la "COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DIRECCION000 SITA EN LA CALLE000 NÚMEROS núm.000 Y núm.001 DE MAJADAHONDA", e interesó las peticiones que se detallan en el antecedente de hecho primero de esta sentencia. La actora ha ejercitado la acción de impugnación de acuerdos de la Junta de la Comunidad de Propietarios, establecida en el artículo 18, apartado 1, letras a) y c), de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal, por considerar que la prohibición de alquilar los trasteros anejos a las viviendas, establecida en el acuerdo 5º A) de la Junta de 13 de noviembre de 2001, es contraria al derecho de propiedad sobre su piso y anejos (artículo 3 a) de dicha Ley y artículo 396 del Código Civil); a los Estatutos Comunitarios, cuyo artículo 2 viene a reiterar lo establecido en los citados preceptos legales; así como por constituir un claro abuso de derecho al estar la Comunidad en contra de sus propios actos, y aprobar un acuerdo de signo contrario a lo dispuesto en la Junta de 10 de noviembre de 1998, en la que se permitía tácitamente el alquiler, al aceptarse que cada propietario podría hacer en los trasteros lo que estimase oportuno, por lo que la Comunidad vulnera

las exigencias de la buena fe en el ejercicio de los derechos, siendo su ejercicio abusivo y prohibido por el artículo 7.2 del Código Civil; por otra parte, la demandante entiende que la no aprobación del acuerdo 5º B) es contraria a la fe pública registral. El Juzgado rechazó la demanda y su sentencia fue confirmada en grado de apelación por la de la Audiencia.

Dª María Purificación ha interpuesto recurso de casación por interés casacional contra la sentencia de segunda instancia, con cobertura en el artículo 477.2 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y esta Sala lo ha admitido, mediante auto de 25 de septiembre de 2007, al concurrir los presupuestos exigidos en los artículos 479.1 y 4 de dicha Ley procesal.

SEGUNDO.- El motivo primero del recurso acusa la infracción de la doctrina jurisprudencial recaída respecto a las prohibiciones indicadas en el artículo 7.2 de la Ley de Propiedad Horizontal, contenida en las SSTs de 5 de marzo de 1990, 21 de abril de 1997, 5 de marzo de 1998 y 30 de mayo de 2001. El motivo se desestima.

El párrafo primero del artículo 7.2 de la Ley de Propiedad Horizontal establece que "al propietario y al ocupante del piso no les está permitido desarrollar en él o en el resto del

El acuerdo 5º A) de la Junta de 13 de noviembre de 2001 no establece límites al derecho de propiedad de la recurrente, pues los mismos eran conocidos por ésta, ya que figuran debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad; se indican en el propio Título Constitutivo, que destina estos cuartos a trasteros (documento 7 de la demanda); se encuentran en el artículo 2 de los Estatutos (documento 8 de la demanda), que establece, como límites al derecho de propiedad de cada dueño, la Ley, las Ordenanzas de Policía o Municipales y las relaciones de buena vecindad; e, igualmente, en la propia Ley de Propiedad Horizontal, cuyo artículo 7.2 ha prohibido desarrollar al propietario y al ocupante del piso o local en él o en el resto del inmueble actividades prohibidas en los Estatutos, que resulten dañosas para la finca o que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas.

El alquiler de los cuartos trasteros como apartamentos independientes de la vivienda de la que son anejo, no sólo supone una modificación unilateral del destino establecido para los mismos en el Título Constitutivo, sino que infringe el artículo 2 de los Estatutos al ser una actividad contraria a la Ley (artículo 7.2 de la Ley de Propiedad Horizontal), a las relaciones de buena vecindad y a la ordenanza municipal OAB del Plan General de Ordenación Urbana, tal y como ha confirmado el propio Ayuntamiento de Majadahonda en el informe emitido en respuesta a la consulta efectuada en el año 1989 (documento número 2 de la contestación a la demanda) y que ratificó en el año 2001, en el que manifiesta literalmente lo siguiente:

" (...) evitando de manera determinante que dichos trasteros se conviertan en estudios-apartamentos independientes de las viviendas ya que con ello aumentaría la densidad de viviendas, prohibida claramente por la ordenanza".

La sentencia del Juzgado, ratificada íntegramente por la de la Audiencia, ha argumentado que "en el caso examinado, debe entenderse con la

TERCERO.- El motivo segundo del recurso denuncia la trasgresión de la doctrina jurisprudencial concerniente a los acuerdos de la Junta de Propietarios que han de adoptarse por unanimidad, conforme al artículo 17.1 de la Ley de Propiedad Horizontal, y, sobre este particular, cita las SSTs de 26 de junio de 1998, 5 de mayo de 2000 y 7 de marzo de 2002. El motivo se desestima.

El párrafo primero del indicado artículo 17.1 dispone que "la unanimidad sólo será exigible para la validez de los acuerdos que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el Título Constitutivo de la propiedad Horizontal o en los estatutos de la comunidad". El acuerdo 5º A) de la Junta de Propietarios no precisaba la unanimidad, al no suponer alteración alguna del Título Constitutivo o de los Estatutos, sino una ratificación de los mismos y una aclaración para los propietarios respecto al destino establecido para los trasteros en el Título y los límites determinados en el artículo 2 de los Estatutos con relación al derecho de propiedad de cada dueño sobre estos cuartos.

CUARTO.- Los motivos tercero y cuarto del recurso -uno, censura la vulneración de la doctrina jurisprudencial de los actos propios, contenida, entre otras, en las SSTs de 24 de julio de 1992 y 16 de febrero de 1996, con apoyo en el acuerdo de la Junta de Propietarios de 10 de noviembre de 1998, que no ha sido impugnado y ha ganado firmeza, y, en su punto 5º, establecía lo siguiente: "Tras un cambio de impresiones en el que intervienen la totalidad de los asistentes y ante la imposibilidad de llegar a un consenso sobre la utilización de los trasteros, se procede a votar aprobándose por mayoría que cada propietario los puede utilizar como estime por conveniente bien entendido que respetando las normas de convivencia indispensables para la buena

marcha de la Comunidad siendo responsables los comuneros de que se respeten esas normas"; y otro, acusa que la sentencia recurrida ha infringido la doctrina jurisprudencial sobre el abuso de derecho, recogida, entre otras, en las SSTs de 6 de mayo de 1994 y 13 de febrero de 1995, al adoptar el acuerdo de 13 de noviembre de 2001, pese a reconocer que en la Junta de Propietarios de 10 de noviembre de 1998, se permitió a cada propietario que pudiera utilizar los trasteros como estímore convenientemente examinan conjuntamente por su unidad de planteamiento y se desestiman. La finalidad del acuerdo de 10 de noviembre de 1998 no era otra, y así se ha interpretado en las sentencias de instancia, que la de permitir, con la autorización del Ayuntamiento, que los titulares pudieran utilizar los trasteros para soluciones distintas del depósito o la guarda de objetos, pero sin quebrantar la unidad de uso, esto es, siempre que este aprovechamiento se hiciera por los ocupantes de la vivienda a la que corresponde como anejo, ni quepa colegir, como hace la recurrente, que se autorizase a alquilar estos cuartos como vivienda o apartamento independiente de la vivienda de que depende.

En efecto, el arrendamiento de los cuartos trasteros como viviendas o apartamentos independientes a terceras personas para que residan en los mismos, no puede considerarse, como pretende la apelante, que haya sido permitido por la comunidad, y menos que con esta actividad se respeten las normas de convivencia indispensables para la buena marcha de la misma, como terminantemente expresa el citado acuerdo.

QUINTO.- En consecuencia, procede la desestimación del recurso de casación, con imposición de las costas causadas en el mismo a la parte recurrente (artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

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

### FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D<sup>a</sup> María Purificación contra la sentencia dictada por la Sección 20 de la Audiencia Provincial de Madrid en fecha de diecisiete de marzo de dos mil cuatro. Condenamos a la parte recurrente al pago de las costas causadas en este recurso. Comuníquese esta sentencia a la referida Audiencia con devolución de los autos y rollo en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Román García Varela.- José Antonio Seijas Quintana.- Encarnación Roca Trias. Firmado y rubricado.

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

2009/197665

TS Sala 1<sup>a</sup>, Sentencia 22 julio 2009. Ponente: D. José Ramón Ferrándiz Gabriel

Al no existir confusión de los mensajes publicitarios

## Inexistente violación del derecho de marca

*Acuerda el TS desestimar el recurso de casación dirigido contra la sentencia que, revocando la de instancia, desestimó la demanda en el ejercicio de acciones de condena al cese de la actuación calificada por la actora como ilícita y a la indemnización de los daños y perjuicios causados por la violación de su derecho sobre la marca y la comisión de actos desleales generadores de confusión y de aprovechamiento de la reputación del signo objeto de licencia.*

*Confirma la Sala la falta de semejanza entre los dos mensajes publicitarios -"1.880... el turrón más caro del mundo" y -"Turrones La Fama, el turrón más famoso del mundo", ya que la distinta función que cumplen las normas sobre la marca -protectora de un derecho subjetivo, normalmente originado por una inscripción registral- y sobre la competencia desleal -protectora del correcto funcionamiento del mercado, en interés de todos cuantos participan en él- permite distinguir, en abstracto, los actos que son ilícitos según una y otra, pese a ser en algunos casos aparentemente iguales. Añade que tal distinción no tiene justificación en el caso de autos, fundamentalmente por la implantación en el mercado de la marca licenciada.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Juan Antonio Sirvent Selfa, SA, en la condición de licenciataria de la marca española número 1.142.222 -registrada a nombre de la licenciante, Almendra y Miel, SL-, interpuso demanda contra Sanchís Mira, SA, en ejercicio de acciones de condena al cese de la actuación calificada por la actora como ilícita y a la indemnización de los daños y perjuicios causados con ella. Invocó la demandante -en primer término- los artículos 40 a 44 de la Ley 17/2.001, de 7 de diciembre, y -sub-

sidiariamente- el artículo 18, en relación con el 6 y el 12, de la Ley 3/1.991, de 10 de enero, ya que denunció, respectivamente, la violación por la demandada de su derecho sobre la marca y la comisión de actos desleales generadores de confusión y de aprovechamiento de la reputación del signo objeto de licencia.

La causa de tales acciones se identifica en el escrito de demanda, por un lado, por la composición de la marca objeto de licencia -integrada por el eslogan "1.880... el turrón más caro del mundo"- y, por otro lado, por el comportamiento de la demandada -fabricante y vendedora de turrónes distinguidos con el signo "La Fama" -consistente en la difusión, a ella imputada como anunciante, de un mensaje publicitario-"Turrones La Fama, el turrón más famoso del mundo" que la actora entiende apto para generar los resultados previstos en aquellas normas.

La demanda fue estimada en la primera instancia y desestimada en la segunda. La sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, negó toda semejanza entre los dos mensajes, al advertir en ellos elementos diferenciadores de entidad bastante. Por ello, declaró que el comportamiento de la demandada no merecía la calificación de ilícito a la luz de las dos leyes citadas.

Dos son los motivos del recurso de casación interpuesto por Juan Antonio Sirvent Selfa, SA contra dicha sentencia. Y aunque en ellos no se señalan, al menos con la claridad necesaria, las normas que la recurrente considera infringidas, la circunstancia de que se refieran a cada uno de los bloques normativos invocados en la demanda, permite identificar la infracción, sin merma del carácter extraordinario del recurso y los derechos de defensa de la parte recurrida.

SEGUNDO.- En relación con la infracción del derecho sobre la marca, la norma que el Tribunal de apelación aplicó fue la contenida en el artículo 34, apartado 2, letras b) y c), de la Ley 17/2.001. Provocó dicha aplicación la consecuencia de negar la infracción, tanto por riesgo de confusión como por aprovechamiento de la reputación del signo ajeno, así como la facultad de la demandante de prohibir la actividad publicitaria descrita en la demanda -apartado 3, letra d, del mismo artículo-.

La argumentación de que se valió la Audiencia Provincial de Valencia para llegar a esa conclusión se contiene en el fundamento tercero de su sentencia. En él, tras un examen de conjunto de los dos mensajes, el Tribunal destaca, por un lado, la identidad de productos -"... ambos eslóganes desarrollan su función en el ámbito del mercado del turrón"-, pero, por otro, la diferencia de contenido de los lemas, en los planos fonético -"1.880" en uno y "turrones La Fama" en el otro -y conceptual-

uno destaca el precio y el otro la fama-.

El reconocimiento de la marca eslogan, llamada así porque incorpora un conjunto, normalmente breve, de palabras con fines básicamente publicitarios, ha planteado tradicionalmente cuestiones en orden a su reconocimiento. Especialmente, cuando su función es más promocional que de identificación del origen empresarial de los productos o servicios a los que se aplica.

En la interpretación de los artículos 7 y 12 del Reglamento 40/1.994, de 20 de diciembre de 1.993, la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de octubre de 2.004, en relación con el registro, como marca comunitaria, del sintagma "das prinzip der bequemlichkeit" -"el principio de la comodidad"-, puso de manifiesto que para apreciar el carácter distintivo de la marca se exige "con independencia del tipo de que se trate", que la misma "sea apropiada para identificar el producto atribuyéndole una procedencia empresarial determinada" (33); que, por ello, "los criterios de apreciación del carácter distintivo son los mismos para los distintos tipos de marcas" (34), de modo que no está justificado fijar "criterios específicos que sustituyan o establezcan excepciones al criterio del carácter distintivo tal como ha sido interpretado por la jurisprudencia" (36), por más que sea posible, al aplicar dichos criterios, que se tenga en cuenta que "la percepción del público relevante "no es" necesariamente la misma para cada uno de estos tipos" (34); por lo que, aunque la doctrina general sea aplicable también a las "marcas denominativas constituidas por eslóganes publicitarios "caracterizadas por su función promocional, consistente, por ejemplo, en destacar la calidad del producto de que se trate-, no cabe excluir la posibilidad de que la función de identificación del origen empresarial sea en el caso meramente secundaria, dado que "los consumidores medios no tienen la costumbre de deducir el origen de los productos a partir de tales eslóganes" (35).

El recurso no plantea cuestión alguna sobre la validez del registro de la marca licenciada, sino sobre la infracción de la misma, una vez registrada, que debe ser decidida con aplicación de los criterios generales establecidos en el artículo 34 de la Ley 17/2.001, apartado 2, letras b) -riesgo de confusión que incluye el de asociación- y c) -aprovechamiento indebido de la notoriedad o renombre de la marca registrada- y, claro está, en relación con el artículo 5, apartados 1, letra b), y 2, de la Directiva 89/104/CEE del Consejo de 21 de diciembre de 1.988. De acuerdo con la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, los criterios imperantes en la materia son básicamente los que siguen:

1º) El fin primordial de las marcas es garantizar la función de identificación del origen empresarial de los productos o servicios para los que es registrada -sentencia de 29 de septiembre de 1.998, C-39/97, Canon Kabushiki Kaisha c. Metro-Goldwyn-Mayer Inc. (15 y 28)-.

2º) El riesgo de confusión debe apreciarse globalmente, teniendo en cuenta todos los factores que sean pertinentes, entre los cuales suele existir una cierta interdependencia -sentencia de 22 de junio de 2.000, C-425/98, Marca Mode CV c. Adidas AG y Adidas Benelux BV (40)-.

3º) La determinación concreta del riesgo de confusión debe basarse en la impresión conjunta producida en un consumidor medio de la categoría de productos, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta el grado de similitud gráfica, fonética y conceptual, en particular, los elementos distintivos dominantes -sentencia de 22 de junio de 1.999, C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer & Co. GmbH c. Klijsen Anel BV (25, 26 y 27)-.

4º) El riesgo de confusión es tanto más elevado cuando mayor resulte ser el carácter distintivo de la marca anterior -sentencias de 11 de noviembre de 1.997, C-251/95, Sable BV c. Puma AG Rudolf Dassler Sport (24) y 29 de septiembre de 1.998, C-39/97, Canon Kabushiki Kaisha c. Metro-Goldwyn-Mayer Inc. (18)-.

Los referidos criterios fueron correctamente aplicados por el Tribunal de apelación, ya que, tras señalar con precisión las diferencias entre los mensajes publicitarios, el imputado a la demandada y el registrado como marca, en los planos fonético y conceptual, negó, correctamente, los riesgos de confusión y asociación, así como el aprovechamiento injustificado de la reputación de la marca licenciada.

El motivo se desestima.

**TERCERO.-** Los mismos argumentos que han llevado a la desestimación del primer motivo del recurso de casación conducen a la del segundo, que está referido a los actos desleales de confusión y explotación de la reputación ajena -artículo 6 y 12 de la Ley 3/1.991-. El comportamiento señalado por la actora como causante del riesgo de confusión -en sentido estricto y en sentido amplio- y del aprovechamiento de la reputación adquirida en el mercado por la marca licenciada -que aquellos preceptos tipifican-, no es otro que la imitación del eslogan o lema en que la misma consiste.

La distinta función que cumplen las normas sobre la marca -protectora de un derecho subjetivo, normal-

mente originado por una inscripción registral- y sobre la competencia desleal -protectora del correcto funcionamiento del mercado, en interés de todos cuantos participan en él- permite distinguir, en abstracto, los actos que son ilícitos según una y otra, pese a ser en algunos casos aparentemente iguales.

Sin embargo, tal distinción no tiene justificación en el que se enjuicia, fundamentalmente por la implantación en el mercado de la marca licenciada.

Por ello, como se ha indicado, la calificación de los actos imputados a la demandada como perfectamente jurídicos a la luz de la Ley de marcas, debe ser mantenida una vez contrastados con los preceptos que tipifican la deslealtad concurrencial y que fueron invocados en la demanda.

Debemos indicar, por último que, de acuerdo con los imperativos de la congruencia, no corresponde que examinemos los comportamientos alegados en la demanda a la luz de otros preceptos de la misma Ley 3/1.991 -como los referidos a la publicidad comparativa-, con toda seguridad no señalados en ninguno de los motivos.

**CUARTO.-** Las costas del recurso que desestimamos quedan a cargo de la recurrente, en aplicación del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

### FALLO

Declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto, por Juan Antonio Sirvent Selfa, SA, contra la Sentencia dictada, con fecha veinticuatro de febrero de dos mil cuatro, por la Sección Seis de la Audiencia Provincial de Valencia, con imposición de costas al recurrente. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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 Rios.- Xavier O'Callaghan Muñoz.- Jesús Corbal Fernández.- José Ramón Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- Rubricado.

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

## TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2009/150569

TS Sala 3ª, Sección: 5, Sentencia 13 julio 2009. Ponente: D. Jesús Ernesto Peces Morate

### Denegada la suspensión de las obras de construcción del centro penitenciario

*El TS deniega las medidas cautelares de suspensión de la ejecutividad del acuerdo del Consejo de Ministros por el que se declara excluido del trámite de evaluación de impacto ambiental el proyecto de construcción de un centro penitenciario en el término municipal de Iruña de Oca, y de paralización de la ejecución de las obras de construcción de dicho centro, solicitadas por la Diputación Foral de Álava. La Sala basa su decisión en que los propios acuerdos impugnados han establecido una serie de medidas correctoras tendentes a evitar el impacto negativo de las obras e instalaciones en el entorno o medio en el que se van a alzar ambos establecimientos, que así eliminan el "periculum in mora" derivado de la tramitación de uno y otro proceso, de manera que la condición, prevista en el art. 130, 1 LJCA para que pueda acordarse la medida cautelar interesada, no concurre. En cuanto a la invocada apariencia de buen derecho, se abstiene de entrar a examinarla por constituir el fondo de la cuestión dirimir si está o no autorizado el Gobierno de la Nación para excluir de evaluación ambiental uno y otro proyecto de construcción de ambos centros penitenciarios. Formula voto particular D. Jesús Ernesto Peces Morate.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** A pesar de la singularidad de la presente pieza de medidas cautelares, en que la Diputación Foral de Álava nos ha pedido la suspensión de la ejecutividad del acuerdo del Consejo de Ministros, de 28 de noviembre de 2008, por el que se declara excluido del trámite de evaluación de impacto ambiental el proyecto de construcción de un Centro Penitenciario en el término municipal de Iruña de Oca (Álava), y la paralización de las obras de construcción de dicho Centro Penitenciario, la situación es exactamente coincidente con la examinada en nuestro citado auto, de fecha 8 de julio de 2009, que ha puesto fin al incidente de medidas cautelares sustanciado en el recurso contencioso-administrativo número 135 de 2009, en el que hemos denegado la suspensión, interesada por la representación procesal del Gobierno Vasco, de idéntico acto administrativo y los sucesivos para adjudicación de las obras de construcción del Centro Penitenciario en Iruña de Oca (Álava), y también sustancialmente igual a la que se ha contemplado por la Sala en su auto de fecha 16 de abril de 2009, pronunciado en la pieza de medidas cautelares dimanante del recurso contencioso-administrativo número 110 de 2009, en el que esta Sala denegó la medida cautelar de suspen-

sión pedida por el Ayuntamiento de Pamplona respecto del acuerdo del Consejo de Ministros, de 28 de noviembre de 2008, que declaró excluido del trámite de impacto ambiental el proyecto de construcción de otro Centro Penitenciario en el municipio de Pamplona.

Nuestra decisión ahora debe ser coincidente con los criterios mantenidos en ambas resoluciones precedentes, al no existir razones en este caso para apartarnos de ellos por no darse circunstancias que alteren sensiblemente las tenidas en cuenta en los otros dos supuestos, de manera que nos limitaremos a reiterar lo ya expresado en uno y otro supuesto, ya resueltos, para denegar las medidas cautelares pedidas en éste.

**SEGUNDO.-** En esencia, nuestra tesis contraria a suspender la ejecutividad de los acuerdos del Consejo de Ministros, por los que se declaran excluidos del trámite de evaluación de impacto ambiental ambos proyectos de un Centro Penitenciario, se centra en que los propios acuerdos impugnados han establecido una serie de medidas correctoras tendentes a evitar el impacto negativo de las obras e instalaciones en el entorno o medio en el que se van a alzar ambos establecimientos, que así eliminan el periculum in mora derivado de la tramitación de uno y otro proceso, de

manera que la condición, prevista en el artículo 130.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para que pueda acordarse la medida cautelar interesada, no concurre, mientras que, por el contrario, en la ponderación de intereses exigible, conforme a lo establecido en el apartado 2 del mismo precepto, aparece como más digno de protección el de atender la necesidad de que la población reclusa cuente con un nuevo centro en evitación del hacinamiento carcelario en ambos territorios, lo que, además, constituye un proyecto hace largo tiempo elaborado con el conocimiento y anuencia de las Administraciones que ahora han impugnado ambos acuerdos y solicitan la medida cautelar de suspensión, aduciendo para ello la prevalencia de proteger una serie de intereses ambientales que esgrimen y que, según hemos indicado, quedan preservados con las medidas correctoras establecidas en ambos acuerdos impugnados.

En cuanto a la invocada apariencia de buen derecho, en ambos autos anteriores nos abstenemos de entrar a examinarla por constituir el fondo de la cuestión dirimir si está o no autorizado el Gobierno de la Nación para excluir de evaluación ambiental uno y otro proyecto de construcción de ambos Centros Penitenciarios, si bien en el de fecha 8 de julio de 2009, relativo al mismo proyecto que es objeto del presente (Iruña de Oca), se examina someramente su legalidad y se llega a la conclusión de que “los tres posibles objetos de afectación medioambiental, en realidad, y vista la contestación del Ministerio del Interior al requerimiento autonómico vasco, no tendrían una afectación medioambiental tan intensa y extensa de la que pudieran deducirse unos daños medioambientales irreversibles”, exponiéndose en nuestra resolución las razones de tal afirmación, que aquí damos por reproducidas.

**TERCERO.-** De lo expuesto llegamos a la conclusión de que no procede acceder a las medidas cautelares pedidas por la Diputación Foral de Álava por no concurrir el requisito establecido en el apartado 1 del artículo 130 de la Ley Jurisdiccional y encontrarnos, por el contrario, ante la circunstancia contemplada en el apartado 2 del mismo precepto, sin que existan méritos para imponer a cualquiera de las partes las costas procesales causadas, al no apreciarse mala fe ni temeridad en sus respectivas actuaciones, según dispone el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Vistos los preceptos citados y los artículos 79, 80, 129 y 131 de la Ley de esta Jurisdicción.

#### FALLO

Denegar las medidas cautelares de suspensión de la ejecutividad del acuerdo del Consejo de Ministros, de

fecha 28 de noviembre de 2008, por el que se declara excluido del trámite de evaluación de impacto ambiental el proyecto de construcción de un Centro Penitenciario en el término municipal de Iruña de Oca (Álava), y de paralización de la ejecución de las obras de construcción de dicho Centro, solicitadas por la Diputación Foral de Álava, sin hacer expresa condena respecto de las costas procesales causadas en este incidente.

Lo mandó la Sala y firman los Magistrados Excmos. Sres. al inicio designados, debiendo hacer saber a las partes, al notificarles esta resolución, que es susceptible de recurso de súplica a interponer ante esta misma Sala dentro del plazo de cinco días a contar desde el siguiente a dicha notificación.

Mariano de Oro-Pulido y López.- Pedro José Yagüe Gil.- Jesús Ernesto Peces Morate.- Rafael Fernández Valverde.- Eduardo Calvo Rojas.- María del Pilar Teso Gamella.

2009/82637

TS Sala 3ª, Sección: 8, Sentencia 2 junio 2009. Ponente: D. José Díaz Delgado

### Por hechos de evidente gravedad Obligación del CGPJ de comprobar la responsabilidad disciplinaria de un magistrado

*El TS estima parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto contra el acuerdo de la Comisión Disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial, por el que se dispuso el archivo de la información previa, y en su lugar ordena la retroacción de actuaciones, para que una vez realizada la práctica de las pruebas pertinentes se resuelva sobre el fondo del asunto. Admitida la legitimación activa del denunciante para instar que el CGPJ desarrolle una actividad de investigación y comprobación a fin de constatar si se ha producido por parte del magistrado una conducta irregular, la Sala considera que los hechos denunciados tienen una gravedad evidente, que exigían del Consejo General su comprobación, sin que pueda servir como excusa que el denunciante no los haya conocido directamente, sino por referencias derivadas del contenido de un libro, de la prensa o por cualquier otro medio.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Aparecen como premisa fáctica del presente recurso

contencioso-administrativo los siguientes hechos: En fecha 22 de febrero de 2008, el recurrente, D. Antonio envía un Fax al Consejo General del Poder Judicial, dirigido al Inspector Jefe del Servicio de Inspección, en el que denuncia determinados hechos a los que después nos referiremos y que constan en el Acuerdo impugnado de la Comisión Disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial, supuestamente realizados por el cargo 000 D. Baltasar.

En fecha 29 de febrero de 2008, el Jefe de la Sección de Informes del Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial se dirige al denunciante, dando cuenta de la recepción de la citada denuncia. Al folio 18 del expediente consta escrito del denunciante dirigido al Consejo General del Poder Judicial, en el que hace constar que había transcurrido el mes que dicho Servicio de Inspección tenía para evacuar el informe previsto en el artículo 423.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Igualmente constan en el expediente escritos del recurrente por el que trasladaba el escrito de la denuncia a distintos vocales del Consejo General del Poder Judicial.

Al folio 25 del expediente consta escrito, fechado el 7 de abril de 2008, del Vocal del Consejo General del Poder Judicial D. Félix Pantoja García, dirigido al Jefe del Servicio de Inspección, dándole traslado de la denuncia interpuesta por el recurrente.

Consta al folio 36 el envío de un fax de fecha 2 de abril de 2008, por el que el Servicio de Inspección requiere al Magistrado Titular del número cinco de la Audiencia Nacional para que informe sobre los hechos objeto de la denuncia.

Dicho escrito es contestado por el cargo 000 D. Baltasar, en fecha 7 de abril de 2008 dirigido al Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial.

Consta a los folios 39 a 41 la propuesta de resolución, dirigida por el Servicio de Inspección a la Comisión Disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial, con el siguiente contenido: “Antecedentes.- El 28 de febrero de 2008 ha tenido entrada en el Registro General del CGPJ la queja formulada por el Letrado D. Antonio por la que pone en conocimiento del mismo los datos publicados por José en el libro “G.” de la editorial La Esfera de los Libros, S.L. que, de ser ciertos, serían constitutivos de gravísimas infracciones a los más básicos y elementales deberes judiciales por parte de D. Baltasar, cargo 000 titular del Juzgado Central de Instrucción núm. 5. Según manifiesta, D. Baltasar, como dice el libro, ha recibido 100.000 dólares por cada una de las diecisiete conferencias dadas bajo la rúbrica “Diálogos transatlánticos” con dinero salido del Ban-

co Santander o entidad ligada a él. El mismo Banco a cuyos integrantes del Consejo de Administración le archivo una querrela interpuesta por D. Rafael.

En la querrela formulada por D. Rafael contra D. Emilio y otras personas ligadas al Santander, el denunciado, infringiendo el deber de abstención que le impondría, si es cierto que se ha embolsado un millón setecientos mil dólares en su cuenta por regalos disfrazados como conferencias pagados por las entidades de D. Emilio, dictó auto de archivo en fecha 27-11-06 en las Diligencias Previa núm. 310/06.

De ser ciertos los datos apuntados en el libro, D. Baltasar habría montado su propia “Filesa” o mecanismo de financiación ilegal o delictivo de sus actividades personales y familiares, valiéndose del cargo que ocupa y ha ocupado de cargo 000 de Inspección.

**Consideraciones.-** Solicitado informe al cargo 000 D. Baltasar, lo remitió el 7 de abril de 2008, indicando lo siguiente: “Visto el contenido del escrito presentado por D. Antonio y sin perjuicio de las acciones legales penales y civiles que en su momento ejercitaré por el contenido del mismo, y del libro al que cita, no tengo nada que informar”.

De la lectura de la queja formulada por D. Antonio se deduce que se trata de unos hechos de los que no posee ningún conocimiento directo, sino que los expone por referencias, y no presenta con la misma prueba alguna de la que se pueda derivar, siquiera indiciariamente, la existencia de responsabilidad disciplinaria por parte del cargo D. Baltasar, por lo que procedería acordar el archivo de la presente Información Previa. Propuesta: Se propone el Archivo de la presente información Previa”.

Con fecha 29 de abril de 2008, figura al folio 43 acuerdo de la Comisión donde se reproduce la propuesta de resolución hecha por el Servicio de Inspección, contra cuyo acuerdo interpone el recurrente el presente recurso contencioso-administrativo.

**SEGUNDO.-** Se alega por el Abogado del Estado la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo en tanto cita la jurisprudencia de esta Sala que niega legitimación al denunciante para interponer recursos contencioso-administrativos contra acuerdos de archivo de denuncias presentadas ante el Consejo General del Poder Judicial, al considerar que el denunciante no recibe beneficio alguno por el hecho de que se sancione a un cargo 000. Siendo ello cierto y desde luego ratificando dicha doctrina, sin embargo en el suplico de la demanda existen dos partes claramente diferenciadas. De un lado solicita que se revoque el acuerdo impugnado y se disponga que sean investigados los hechos de la

denuncia mediante la práctica de las diligencias solicitadas por el denunciante, lo que es perfectamente admisible, pues es doctrina de la Sala que el control que desde este órgano judicial ha de hacerse de los actos de archivo del Consejo General del Poder Judicial, no puede llegar a sustituir al citado órgano de gobierno de los jueces del ejercicio de su potestad, lo que se deduce además del carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa, pero si debe controlar que en el ejercicio de dicha potestad, se realiza por el Consejo General del Poder Judicial una actividad razonable, incluyendo en ella, cuando así procediere, un simple juicio de valor, debidamente motivado en el acto resolutorio, que rechaza "a limine" los hechos denunciados, del propio contenido del escrito de denuncia, o del contenido del informe del Servicio de Inspección o del propio denunciado. De otra parte solicita la apertura de un expediente disciplinario lo que conllevaría tan solo la inadmisión de esta parte del suplico, que por otro lado se aparta de la petición realizada en la denuncia, que se dirige exclusivamente a solicitar del Consejo el control y averiguación de los hechos denunciados.

La doctrina del alcance de este control aparece claramente reflejada en la sentencia de esta misma Sala de 12 de febrero de 2007 alegado por la recurrente, y en sus fundamentos jurídicos tercero se dice que: "A modo de síntesis de la doctrina reseñada en los párrafos anteriores, este Sala tiene declarado que "el interés determinante de la legitimación de un denunciante se concreta en que el Consejo general del Poder Judicial desarrolle las actividades investigadoras que le corresponden sobre las disfunciones o irregularidades que se le hayan comunicado en relación a la Administración de Justicia o la actuación de los Jueces y Magistrados, pero no comprende, por todo lo que se ha razonado con anterioridad, que esa actuación investigadora termine necesariamente con un acto sancionador" SsTS, Sala Tercera, Sección 7ª, de 13 de octubre de 2004 (recurso 568/01), 19 de octubre de 2006 (recurso 199/03) y 22 de diciembre de 2005 (124/04)".

Y en su fundamento jurídico cuarto sostiene esta sentencia que: "En aplicación de la doctrina que hemos expuesto en el apartado anterior esta Sala ha admitido la legitimación del denunciante para acudir a la vía contencioso-administrativa cuando lo que se pretende en el proceso no es la imposición de una sanción al magistrado denunciado sino que el Consejo General del Poder Judicial acuerde la incoación del oportuno procedimiento y desarrolle una actividad de investigación y comprobación a fin de constatar si se ha producido por parte de ese magistrado una conducta irregular que merezca una respuesta en el marco de atribuciones de dicho Consejo General. En este sentido pueden verse las sentencias de esta

misma Sala y Sección 7ª de 17 de marzo de 2005 (recurso 44/02), 22 de diciembre de 2005 (recurso 124/04), 18 de septiembre de 2006 (recurso 76/2003), 16 de octubre de 2006 (recurso 109/03) y 6 de noviembre de 2006 (recurso 306/04)".

TERCERO.- En el presente caso se denuncian hechos que, sin prejuzgar su veracidad y trascendencia sancionadora, tienen una gravedad evidente, que exigía del Consejo General su comprobación, sin que pueda servir como excusa que el denunciante los haya conocido del contenido de un libro, de la información aparecida en prensa o por cualquier otro medio, pues cualquier persona que tenga conocimiento de una supuesta infracción puede ponerla en conocimiento de quien tiene atribuida la potestad disciplinaria. Dicha gravedad inicial queda acreditada por el hecho de que la Sala Segunda de este Tribunal, en la resolución antes citada, haya deducido testimonio de los mismo hechos, que conoció como consecuencia de una querrela interpuesta contra el cargo 000 del número cinco, por si pudieran ser constitutivos de infracción disciplinaria.

Por otra parte no es coherente que habiéndose ejercido una mínima actividad por parte del Consejo General del Poder Judicial, la solicitud de informe del denunciado, sin embargo, ante el ejercicio por el mismo de su derecho a no declarar, no realice ningún tipo de actividad complementaria que descarte unos hechos que podrían constituir, de ser adverbados, una posible responsabilidad disciplinaria.

En consecuencia, ha de estimarse parcialmente el presente recurso, en tanto solicita la recurrente se disponga que los hechos denunciados sean investigados por el Consejo General del Poder Judicial, lo que supone la retroacción de actuaciones para que el Consejo General realice aquellas pruebas, de oficio o a propuesta de las partes, que estime pertinentes, y después, con absoluta libertad de criterio, resuelva lo que estime pertinente.

CUARTO.- No procede hacer expreso pronunciamiento respecto de las costas procesales, a tenor de lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

#### FALLO

PRIMERO.- Procede estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo número 002/485/2008, interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Luis José García Barrenechea, en nombre y representación de D. Antonio, interpuesto contra acuerdo de la Comisión Disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial, de 8 de mayo de 2008 por el que se dispone el archivo de la información previa 328/2008, que declaramos contrario a derecho y anulamos y dejamos sin efecto, or-

denando la retroacción de actuaciones, para que una vez realizada la práctica de las pruebas pertinentes se resuelva sobre el fondo del asunto.

SEGUNDO.- No hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firma-

mos. Ramón Trillo Torres.- Juan José González Rivas.- Nicolás Maurandi Guillén.- Pablo Lucas Murillo de la Cueva.- José Díaz Delgado.- Enrique Cáncer Lalanne.

Publicación.- Leída y publicada que fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. José Díaz Delgado, Magistrado Ponente en estos autos, de lo que como Secretario certifico.



TS Sala 4ª, Sentencia 9 junio 2009. Ponente: D. Mª Milagros Calvo Ibarlucea

El "dies a quo" comienza con la papeleta de conciliación o reclamación previa

## Indemnización por mora por no reincorporación de excedente a falta de vacante

*Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el banco demandado contra sentencia que le condenó a abonar al excedente, desde la fecha de petición de reingreso, la indemnización por mora.*

*Entiende la Sala que en los casos como el de autos, en que la solicitud se efectúa en un momento en que no existe vacante idónea disponible, aún cuando demuestra la voluntad del excedente de que quede alzada la suspensión de su contrato de trabajo, no constituye, sin embargo, interpelación eficaz para constituir a su empresario en mora, dado que en tal momento el derecho al reingreso no es aún exigible. De esta forma, el "dies a quo" para el nacimiento de la obligación empresarial no comienza a correr desde el momento en que se produce la vacante posterior, de forma que la petición de reingreso supondría por sí sola interpelación suficiente, sino que, por contra, esta petición carece de valor haciendo necesaria, por tanto, la interpelación posterior a la existencia de vacante, cual sería la papeleta de conciliación o la reclamación previa, intentada como trámite para la evitación del proceso.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El trabajador, que permaneció en excedencia voluntaria durante cinco años, desde el 30 de abril de 1999, solicitó el 19 de abril de 2004 la reincorporación a su puesto de trabajo u otro equivalente. El actor reclamó el derecho a la reincorporación inmediata en el mismo puesto que ocupaba, el abono de 97 euros diarios desde el 7 de noviembre de 2004 y otros 28 euros diarios desde esa fecha y otros conceptos. La sentencia recurrida confirmó la estimación de la demanda salvo en cuanto al pronunciamiento sobre cotizaciones para el que se declara incompetente. Recurre la empresa demandada en casación para la unificación de doctrina y ofrece como sentencia de contraste la dictada el 15 de enero de 1997 por el Pleno de la Sala, R.C.U.D. 2004/1996.

En la sentencia de comparación se resuelve sobre la pretensión de reincorporación al puesto de procedencia de un trabajador que había disfrutado de un periodo de excedencia voluntaria, sin que al finalizar éste la empresa accediera a su reincorporación.

El ámbito de los servicios era el del Convenio Colectivo del Ente Público Radiotelevisión Española, Radio Nacional de España, S.A. y Televisión Española, S.A. cuyo artículo 45 prevé que las vacantes producidas por jubilación forzosa o anticipada del personal no serán amortizables. La sentencia de contraste se pronuncia acerca del dies a quo para el cálculo de la indemnización basada en un módulo salarial, cuyo cómputo deberá iniciarse en la fecha de presentación de la papeleta de conciliación cuando la vacante se produce des-



pués de finalizada la excedencia, basándose en que la reincorporación no es exigible cuando finalizada la excedencia, no existe vacante.

En la sentencia recurrida, el actor tuvo noticia a través de un incidente promovido a su instancia de la contratación de una persona, con su mismo nivel, el 7 de noviembre de 2004 y para la misma oficina en la que el actor había desempeñado sus servicios.

En ambas sentencias se obtiene la constancia de que existe, al menos, una vacante con posterioridad a la solicitud de reingreso.

Concurre entre ambas resoluciones la preceptiva contradicción en los términos exigidos del artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral.

**SEGUNDO.-** La recurrente alega la infracción de los artículos 46.5 del Estatuto de los Trabajadores y 1.100, 1.101 y 1.106 del Código Civil. La cuestión que se plantea, *dies a quo* para el cómputo de la indemnización aplicando un módulo salarial diario, cuando la empresa deniega la reincorporación, ha venido siendo resuelta por esta Sala con diferente criterio en función de la fecha en la que se acredita la existencia de vacante.

Como revela la sentencia de contraste, la doctrina casacional ha evolucionado hasta situar las diferentes posiciones adoptadas, ora a favor de la fecha de presentación de la papeleta de conciliación, ora en pro de la fecha en la que se produce la vacante. Así, la sentencia de comparación razonó al respecto que:

“1.- Existe jurisprudencia consolidada y uniforme, sentada en interpretación de los artículos 46.5 del Estatuto de los Trabajadores y 1101 del Código Civil, conforme a la cual queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios, efectivamente causados y debidamente acreditados, el empresario que incurriera en mora en el cumplimiento de la obligación que tuviera en orden a proceder al reingreso del trabajador excedente voluntario, titular del correlativo derecho, que dedujera petición al respecto; indemnización que, como establece la misma jurisprudencia, debe ser cifrada, normalmente y salvo la demostración de hechos impositivos, en el importe de los salarios que se hubieran devengado, de haber sido atendida oportunamente la referida petición. Por el contrario no ha sido uniforme con relación al supuesto que después se dirá la establecida sobre la determinación del “*dies a quo*” que ha de ser utilizado para el cálculo de dicha indemnización; así, mientras que nuestra sentencia de 14 de marzo de 1995 -en la que se hace cita de las de 28 de febrero de 1989 y 26 de junio de 1990- viene a declarar que tal día inicial ha de situarse en la fecha en que se da comienzo al trámite preceptivo de evitación del proceso -presentación

de la papeleta de conciliación o de la reclamación previa-, ello con referencia a supuesto, como el presente, en que la primera vacante idónea que genera el derecho al reingreso se produce con posterioridad a la petición del mismo, las de 14 de mayo de 1993 y 17 de octubre de 1995 -la primera haciendo cita de las de 11 de diciembre de 1989, 17 de julio de 1990, 6 de febrero de 1991, 21 de febrero de 1992 y 14 de mayo de 1993, y la segunda haciendo también referencia a las de 11 de diciembre de 1989 y 21 de febrero de 1992- declaran por el contrario y con relación a análogo supuesto, que dicho “*dies a quo*” es aquel en que, después de presentada la referida solicitud, se produce vacante idónea.

2. La existencia de líneas jurisprudenciales no coincidentes, apuntada por la parte recurrente y resaltada con mayor énfasis por la recurrida en su escrito de impugnación, debe ser ahora objeto de unificación, creándose así la necesaria seguridad jurídica, al dar respuesta al motivo de casación aducido, mediante el que se denuncia infracción de lo prevenido por los artículos 46.5 del Estatuto de los Trabajadores y 1100, 1101 y 1106 del Código Civil.

3. Entre ambas líneas jurisprudenciales la Sala, se inclina por la que sitúa el “*dies a quo*” en la fecha de presentación de la papeleta de conciliación, lo cual ha de conducir en el caso a la desestimación del motivo alegado. Fundan tal decisión las razones que a continuación se exponen:

a) Conforme a lo dispuesto por el invocado artículo 46.5, el trabajador que después de agotado el periodo de excedencia voluntaria solicitase el reingreso al servicio activo, tendrá derecho preferente a obtenerlo, incumbiendo a la empresa el correlativo deber, siempre que existiera o se produjera vacante en su plantilla, de igual o similar categoría que la ostentada por aquel y disponible al respecto. Esta obligación, cuando mediara dicha petición y concurriera el requisito indicado, ha de ser atendida por el empresario con inmediatez, por lo que, de no hacerlo, habrá de entenderse que incurre en mora, tal como resulta de lo dispuesto por el artículo 1100 del Código Civil, precepto que precisa el momento desde que opera, refiriéndolo a aquel en que fuera exigido, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de la correspondiente obligación. A tenor del mencionado artículo 1100 no parece dudoso que, en supuestos en que a la fecha de petición de reingreso existiera vacante idónea disponible, tal momento habría que situarlo en la indicada fecha, dado que en ella ya era exigible la obligación y la petición evidentemente constituía interpelación eficaz.

Así lo tiene declarado esta Sala en reiterada y uniforme jurisprudencia. En el ahora litigioso la cronología de

los hechos es distinta, teniendo en cuenta que la vacante se produjo con posterioridad a la fecha en que fue presentada la petición de reingreso; consiguientemente, la indicada fecha no debería actuar como “*dies a quo*”, en tanto que en la misma no estaba cumplida la “*conditio iuris*” a la que la ley subordina el nacimiento de la obligación empresarial de que se trata. Ante ello cabe suscitar si en casos como el ahora controvertido la mora comienza a correr desde el momento en que se produce vacante que reúne los requisitos indicados o desde el posterior en que se inicia el trámite preceptivo de evitación del proceso. Para mantener lo primero habría que entender que la petición de reingreso, aun previa a la producción de la vacante, constituiría por sí sola interpelación suficiente; para lo segundo, por el contrario, que la referida petición carecería del valor indicado, haciendo necesaria, por tanto, interpelación posterior al cumplimiento en la referida “*conditio iuris*”, cual sería la papeleta de conciliación o la reclamación previa, intentada como trámite para la evitación del proceso.

b) La Sala, como ya se ha indicado, entiende que esta última solución es la más ajustada y que procede mantener, por tanto, la línea jurisprudencial que la consagra. Es la que mejor se acomoda a lo establecido por el artículo 1.100 del Código Civil y a las propias normas laborales. La petición de reingreso efectuada en momento en que no existe vacante idónea disponible, aun cuando ciertamente demuestra la voluntad del excedente para el que finaliza el periodo que abarca esta situación de que quedealzada la suspensión que pesa sobre su contrato de trabajo, no constituye, sin embargo, interpelación eficaz para constituir a su empresario en mora, dado que en tal momento el derecho al reingreso no es aún exigible, por lo cual dicha interpelación no debe generar los efectos resarcitorios que derivan de lo dispuesto por el citado artículo 1100, en relación con el artículo 1101, también del Código Civil. La petición de reingreso, aun cuando en función de la buena fe y lealtad recíproca, debe dar lugar a que el empresario proporcione al trabajador que recaba información la de las vicisitudes de su plantilla que le afectan -información que también puede obtener de la representación unitaria o sindical-, no ha de producir, sin embargo, un desplazamiento de la responsabilidad en la gestión del propio interés que exima al trabajador de efectuar interpelación que fuera apta para generar la mora, por realizarse cuando la obligación es exigible e incluir ofrecimiento de puesta a disposición para la prestación de servicios, eludiendo con esto último lo que dispone el último párrafo del tantas veces citado artículo 1100 con relación a las obligaciones recíprocas”.

**TERCERO.-** Los razonamientos anteriores son de aplicación por coherencia y homogeneidad de doctrina

na al presente recurso en el que los hechos muestran una solicitud de reingreso inicial que fue desatendida sin que conste la existencia de vacante sino hasta fecha siete meses posterior, Por lo expuesto y de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal procede la estimación del recurso y resolviendo el debate de suplicación estimar el recurso de igual naturaleza, revocando en parte la sentencia del Juzgado de lo Social, debiendo establecer la fecha inicial para el cálculo de la indemnización en el de la fecha de presentación de la papeleta de conciliación, absolviendo a la demandada de las costas causadas en suplicación así como de la pérdida del depósito para recurrir y sin que haya lugar a la imposición de las costas en el presente recurso, debiendo ordenar la devolución del depósito constituido para recurrir.

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

## FALLO

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Abogado D. Iván López García de la Riva actuando en nombre y representación de Barclays Bank, S.A. Casamos y anulamos la sentencia de fecha 8 de julio de 2008, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, y resolviendo el debate de suplicación estimamos el de igual naturaleza y revocamos en parte la sentencia de fecha 5 de junio de 2007, dictada por el Juzgado de lo Social núm. Doce de Madrid, en autos núm. 1143/2006, seguidos a instancia de D. Adolfo contra Barclays Bank, S.A. sobre derechos, declarando que la fecha inicial para el cálculo de la indemnización es la de presentación de la papeleta de conciliación, dejando subsistente el resto de los pronunciamientos. Absolvemos a la demandada del pago de las costas en suplicación así como de la pérdida del depósito constituido en dicho recurso, declaramos no haber lugar a la imposición de las costas en este recurso, ordenando la devolución del depósito constituido para recurrir. Devuélvanse las actuaciones a la Sala 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. Fernando Salinas Molina.- Milagros Calvo Ibarlucea.- Luis Fernando de Castro Fernández.- José Luis Gilolmo López.- Benigno Varela Autran.

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

2009/171913

TS Sala 4ª, Sentencia 25 junio 2009. Ponente: D. Víctor Fuentes López.

## Integración con bases mínimas los períodos sin obligación de cotizar Cálculo de base reguladora de prestación por IPA de fija discontinua en relación a la actividad desarrollada

*Desestima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el demandado INSS contra sentencia que reconoció a la actora la prestación por IPA sobre una base reguladora superior a la reconocida inicialmente por el recurrente.*

La normativa exige para el caso de trabajadores fijos discontinuos, como la demandante, que la base reguladora se integre, durante los períodos en los que no hay obligación de cotizar, con las bases mínimas de cotización de entre las aplicables en cada momento, correspondiente al número de horas trabajadas en último término, de forma que, según la Sala, lo que se indica con ello es que la proporcionalidad a tener en cuenta para integrar los períodos entre campañas, debe hacerse en función de los días en que se trabajó durante la duración de la campaña hasta la fecha de su integración y de cese de la obligación de cotizar y, no en cómputo anual, como sostiene el INSS.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión debatida en el presente recurso es la de si, para la determinación de la base reguladora de una prestación por incapacidad permanente derivada de enfermedad común de una trabajadora fija discontinua, las lagunas de cotización, en el periodo entre campañas, en el que no hubo obligación de cotizar a integrar con las bases mínimas de cotización, debe hacerse en proporción al tiempo trabajado durante la campaña o atendiendo al cómputo anual.

SEGUNDO.- En el caso de la sentencia recurrida la actora que tenía reconocida por resolución de 18-01-2006 una incapacidad permanente total para su profesión de encargada sobre una base reguladora de 642,35 euros mensuales y un porcentaje del 75 %, presentó demanda solicitando el reconocimiento de una incapacidad permanente absoluta sobre una base reguladora de 681,44 euros mensuales; el INSS en la reclamación previa le reconoció una base reguladora de 645,34 euros integrando

la falta de cotización en el tiempo entre campañas, con el número efectivo de días cotizados en el año, obteniendo la proporcionalidad en cómputo anual pretendiendo la actora, por el contrario como consta en el hecho probado quinto de la sentencia, que el cálculo se haga obteniendo la proporcionalidad de cotización en función al tiempo trabajado durante cada campaña, no durante el año, dado que en este caso la campaña no era anual; gira por tanto la cuestión litigiosa sobre la manera que debía interpretarse la Disposición Adicional Séptima de la Ley General de la Seguridad Social y el artículo 7-2 del R. Decreto 1131/02 que regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial en el punto relativo a integrar los períodos en los que no hay obligación de cotizar, con el fin de calcular el importe de la base reguladora de la prestación.

La sentencia de instancia estimó la demanda declarando a la actora en incapacidad permanente absoluta entendiendo que la proporcionalidad se obtiene en el caso de los fijos discontinuos atendiendo a los días que pudo trabajar durante la campaña.

Recurrida en suplicación dicha sentencia por el INSS el recurso fue desestimado tanto en cuanto a la calificación como absoluta de la Incapacidad Permanente, como en cuanto a la determinación de la base reguladora de la prestación, aplicando en este punto el art. 7-2 del R. Decreto 1131/02 de 31 de octubre de modo que los vacíos de cotización subsiguientes hasta el reinicio de las siguientes temporadas debía hacerse con las bases mínimas de cotización correspondiente a ese nivel de actividad laboral.

Dicho razonamiento suponía aplicar el 100% de las bases mínimas en aquellos casos en que la trabajadora había realizado la campaña completa y proporcionalmente, por el contrario, en aquellas concretas campañas en que sus servicios se prestaron en un número inferior a los de la totalidad de la campaña.

TERCERO.- Por el INSS se interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina invocando como sentencia contraria la dictada por la Sala de lo Social de Valencia de 18-09-2002.

En dicha sentencia al igual que en la recurrida la actora fue declarada en Incapacidad Permanente Total, interponiendo reclamación previa, por disconformidad con el grado reconocido y la base reguladora; igualmente ésta había prestado servicios como trabajadora fija discontinua, como encajadora en almacén de cítricos; presentada demanda en petición de que se le declare en Incapacidad Permanente Absoluta y sobre la cuantía de la base reguladora, fue desestimada.

Recurrida en suplicación la Sala de lo Social desestimó el recurso de la actora, razonando, en lo que aquí interesa, en cuanto a la base reguladora de la prestación, y la forma de integrar los períodos entre campañas con las bases mínimas de cotización entre las aplicables en cada momento, que la proporcionalidad habría de calcularse en proporción al número anual de días trabajados, dividiendo estos entre 365, aplicándose para ello las mismas normas, que ahora se denuncian como infringidas en el recurso, todo ello de acuerdo con la Disposición Adicional 7ª de la LGSS, en la redacción dada por el R-D. 144/99 de 29 de enero que lo desarrolla.

Existe la contradicción entre ambas resoluciones tal y como exige el art. 217 LPL pues aunque los Reales Decretos de desarrollo de la Disposición Adicional Séptima de la L.G.S.S, tengan fechas distintas ambos preceptos son idénticos, resolviendo, de forma distinta la cuestión planteada antes expuesta.

CUARTO.- En el recurso el INSS denuncia infracción de lo dispuesto en la Disposición Adicional Séptima, 1 regla 3ª b) y 2 LGSS y art. 7-2 del R-D 1131/02 de 31 de octubre.

La tesis correcta es la de la sentencia recurrida por lo siguiente:

a) La Disposición Adicional Séptima de la L.G.S.S, sobre normas aplicables a los trabajadores contratados a tiempo parcial, establece que la protección social derivada de este tipo de contratos se regirá por el principio de asimilación del trabajador a tiempo parcial a la trabajadora a tiempo completo y específicamente por las reglas que a continuación allí se establecían.

El número primero de la misma regla 3ª b) en relación con la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente derivada de enfermedad común dispone cuando se trate de trabajadores a tiempo parcial que la integración de los períodos durante los que no haya habido obligación de cotizar se llevará a cabo con la base mínima de cotización de entre las aplicables en cada momento, correspondiente al número de horas contratadas en último término.

Ahora bien, dado que esta última expresión se esta refiriendo a contratos a tiempo parcial típicos, en los que como establece el art. 12-1 E.T. se pacta la realización de un número de horas de trabajo, a día, semana, al mes, o al año inferior a la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable, de manera que el número de horas viene determinado por el propio contrato, cuando se trata del contrato de un fijo discontinuo, "irregular" especie cualificada del contrato a tiempo parcial, de acuerdo con el R.D. Ley 15/1993, pero regulado como es el caso de autos, en el art. 15-8 ET, lo

decisivo no es la reducción de la jornada sino el sistema de llamamiento.

De hecho la jornada de la actora siempre fue a tiempo completo, el 100% de la jornada de un trabajador "comparable" y la única limitación se proyectó sobre el número de jornadas a trabajar, que normalmente coincidían con los que comprendan la totalidad de la campaña; esta diferenciación no puede olvidarse, para la resolución del tema debatido, razón por la cual, cuando la D.A. 7ª LGSS se refiere a las horas contratadas en último término "como elemento determinante" para el cálculo de la base reguladora y la integración de las lagunas de cotización, durante los períodos en los que no hay obligación de cotizar, esas horas lo habrán de ser en relación con la campaña en que se ha llevado a cabo la actividad pues "las horas trabajadas" son la totalidad de la jornada "comparable".

b) El Real Decreto 1131/02 de 31 de octubre por que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial, igualmente en su art. 3 en relación a los períodos de cotización, para acreditar la cotización necesaria para causar derecho, entre otras, a las prestaciones de incapacidad permanente, establece que se computaran exclusivamente las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas en la forma que allí se detallaba; por su parte el art. 7-2 de dicho Real Decreto en cuanto a la base reguladora de incapacidad permanente derivada de enfermedad común y su forma de cálculo dispone que la integración de los períodos durante los que no haya habido obligación de cotizar se llevará a cabo con la base mínima de cotización de entre los aplicables en cada momento, correspondiente al número de horas contratadas en la fecha en que se interrumpió o extinguió la obligación de cotizar.

En ningún caso, a excepción de los períodos entre temporadas o campañas de los trabajadores con contrato fijo discontinuo se consideran lagunas de cotización las horas o días en que no se trabaje en razón a las interrupciones en la prestación de servicios derivadas del propio contrato a tiempo parcial.

Es decir también en la norma reglamentaria no solo se especifica el momento en que ha de tenerse en cuenta ese número de horas contratadas, sino que se insiste en el concepto de horas contratadas lo que conduce a la misma solución antes dicha.

c) Teniendo en cuenta lo antes expuesto y la propia dicción de la Disposición Adicional Séptima de la LGSS y del art. 7-2 del R-D 1131/2002 de 31 de octubre antes transcritos, la interpretación que hace la sentencia recurrida de dichos preceptos en cuanto al tema debatido en el recurso relativo a la forma del



# EL DERECHO

Año XVI. Número 2751

Madrid, 28 de octubre de 2009

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

computo de la proporcionalidad, para integrar las bases mínimas de cotización, es acertada; en dichos preceptos, cuando disponen que la integración durante los periodos en los que no haya obligación de cotizar se llevara a cabo con las bases mínimas de cotización de entre los aplicables en cada momento, correspondiente al número de horas trabajadas en último termino, lo que se está indicando con dicha expresión, es que la proporcionalidad, a tener en cuenta para integrar los periodos entre campañas, en las que no había obligación de cotizar, con las bases mínimas, aplicables en cada momento, debía hacerse en función de los

días en que se trabajó durante la duración de la campaña hasta la fecha de su integración y de cese de la obligación de cotizar, y no en computo anual, como sostiene el INSS.

SEXTO.- Todo lo dicho lleva a desestimar el recurso del INSS; sin costas.

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 14 de mayo de 2008 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en recurso de suplicación núm. 2626/07, en actuaciones sobre invalidez permanente iniciadas en el Juzgado de lo Social núm. 10 de Valencia, en autos núm. 474/06, a instancias de D<sup>a</sup> Felicísima contra la ahora recurrente. Sin 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. Antonio Martín Valverde.- Jesús Gullon Rodríguez.- José Luis Gilolmo López.- María Luisa Segoviano Astaburuaga.- Víctor Eladio Fuentes López.

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

## RESEÑA

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

### TS CIVIL

2009/120195

TS Sala 1<sup>a</sup>, Sentencia 22 mayo 2009.  
Ponente: D. Xavier O'Callaghan Muñoz

#### Corrección de operaciones particionales al no perjudicar la legítima

El TS declara no haber lugar al rec. de casación confirmando la sentencia impugnada que desestimó la demanda considerando correctas las operaciones particionales ordenadas en el testamento y sin que las disposiciones del testador perjudiquen la legítima, de manera que aunque el demandante se ha sentido discriminado y perjudicado lo ha sido por disposición expresa del testador.

2009/120206

TS Sala 1<sup>a</sup>, Sentencia 4 junio 2009.  
Ponente: D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta

#### Inexistente ataque al honor en manifestaciones vertidas en comunidad de propietarios

El TS declara no haber lugar al rec. de casación confirmando la sentencia impugnada que absolvió al demandado de haber vulnerado el derecho al honor de la actora, considerando que las manifestaciones vertidas por el demandado contra ella en la asamblea de la co-

munidad de propietarios de su gestión como presidenta sobre ahorro en el gasto, no se han divulgado fuera del ámbito comunitario, estando amparadas aquéllas en el ejercicio de la libertad de expresión.

### TS PENAL

2009/56271

TS Sala 2<sup>a</sup>, Sentencia 27 marzo 2009.  
Ponente: D. Julián Sánchez Melgar

#### Delito de falsedad de documento mercantil

La AP condenó a una de las acusadas como autora de un delito continuado de apropiación indebida absolviendo a la misma de un delito continuado de falsedad documental mercantil y a los otros acusados de los delitos de apropiación indebida y receptación. Frente a esta resolución formula recurso de casación la acusada así como la acusación particular. El TS estima parcialmente el recurso de la acusación particular y condena a la acusada por un delito de falsedad de documento mercantil, pues no solamente podemos hablar de falsedad en la contabilidad como simulación de un documento sino que trascienden a terceros, de manera que mediante fax se enviaban documentos falsos a los bancos para realizar las transferencias, que iban a parar a las cuentas de la autora de estos hechos, y conseguir así su completo aprovechamiento, de manera ilícita.

### TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2009/205368

TS Sala 3<sup>a</sup>, Sección 2<sup>a</sup>, Sentencia 8 mayo 2009.  
Ponente: D. Angel Aguillo Avilés

#### Falta de capacidad procesal al no constar el acuerdo social para el ejercicio de acciones

El TS desestima el recurso de casación interpuesto contra la STSJ de Murcia que inadmitió el recurso contencioso administrativo formulado por una entidad mercantil, que adopta la forma de sociedad anónima, contra la modificación de la Ordenanza reguladora de la tasa por prestación del servicio de recogida domiciliar de basuras, aprobada por el pleno del Ayuntamiento de Cartagena. La Sala no considera suficiente que para acreditar el cumplimiento de los requisitos legalmente exigibles para el ejercicio de la acción judicial baste con aportar el poder otorgado por el administrador único de la sociedad, sin que sea preciso una convocatoria de junta general para adoptar la decisión de entablar la acción judicial relacionada con la actividad ordinaria de la sociedad, llegando a la conclusión de que no resultaba obligado que la Sala realizase un requerimiento de subsanación antes de dictar sentencia, ya que el vicio no fue advertido de oficio, sino que el ayuntamiento demandado lo invocó con claridad, teniendo ocasión la parte actora de oponer lo que estimara pertinente.

### TS SOCIAL

2009/151110

TS Sala 4<sup>a</sup>, Sentencia: 8 junio 2009.  
Ponente: D. Jesús Gullón Rodríguez

#### Exclusión del plazo de tramitación de expediente a efectos de prescripción de falta

Estima en parte el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por la empresa demandada contra sentencia que declaró la improcedencia del segundo despido del trabajador accionante por prescripción de la falta. Señala la Sala que cuando el trámite formal de la tramitación del expediente contradictorio se inicie dentro de los siete días, y tenga una duración razonable, los días que se inviertan en ese trámite han de quedar excluidos del cómputo, lo que en el caso de autos equivale a entender que efectivamente la empresa utilizó ese trámite que le ofrecía el art. 110,4 LPL de manera adecuada y dentro del plazo legal.

2009/134912

TS Sala 4<sup>a</sup>, Sentencia 1 junio 2009.  
Ponente: D. Luis Ramón Martínez Garrido

#### Complemento de antigüedad para empleados eventuales

Desestima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la entidad demandada, Correos y Telégrafos, contra sentencia dictada en proceso sobre complemento de antigüedad. Explica la Sala que el complemento de antigüedad establecido por el art. 60 b) I Convenio Colectivo de la demandada corresponde a los trabajadores llamados eventuales en razón del tiempo total por el que hayan prestado sus servicios a la empresa, sea cual fuere el tiempo de duración de cada una de las relaciones laborales de esta naturaleza que hubieren tenido, y sea cual fuere el tiempo que hubiere mediado entre una y otra de dichas relaciones laborales.