



# EL DERECHO

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

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

Director: EVARISTO MOLINE

Año XVII. Número 2851

Madrid, miércoles 30 de junio de 2010



## TS SOCIAL

2010/53628

TS Sala 4ª, Sentencia 24 marzo 2010. Ponente: Dª Rosa María Virolés Piñol

### Paga de productividad no coincidente con la de participación en beneficios

*Desestima el TS el recurso de casación formulado por el sindicato de pilotos accionante contra sentencia que rechazó la demanda de conflicto colectivo sobre derecho de los tripulantes técnicos pilotos a percibir la paga de productividad correspondiente a los beneficios abonada al resto de colectivos de trabajadores de la mercantil demandada.*

*Considera la Sala que no puede estimarse que en el caso exista el trato discriminatorio denunciado, pues para que exista el mismo es preciso que se den dos situaciones de hechos iguales y una diferencia de trato, y si para los tripulantes pilotos se habla de paga de participación en beneficios, lo que no pueden es acogerse a la cláusula de salvaguarda para que se les aplique una paga de productividad de naturaleza diferente y cuyo nacimiento parte de un acuerdo firmado entre la empresa y los tripulantes de cabina y tierra.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia combatida desestima la demanda de conflicto colectivo interpuesta por el SEPLA frente a la empresa BINTER CANARIAS S.A., interesando "que declare el derecho de los Tripulantes Técnicos Pilotos a percibir la paga de productividad correspondiente a los beneficios obtenidos en el ejercicio 2006 y abonada al resto de colectivos de trabajadores de Binter Canarias, S.A., en el año 2007".

El recurso de casación se articula en dos motivos. El primero por error en la apreciación de la prueba al amparo del apartado d) del artículo 205 de la Ley de Procedimiento Laboral y, en él se pretende con base en los documentos obrantes a los folios 52 a 65 de los autos (correspondientes a escrito presentado por la empresa Iberia, Líneas Aéreas de España, S.A.), la modificación de los hechos

probados segundo y tercero de la sentencia recurrida, para que queden redactados en los siguientes términos:

Hecho segundo: "Esta misma paga había sido acordada en Iberia para el personal de tierra, tripulantes de cabina de pasajeros y oficiales técnicos a bordo en Acuerdos de 16 de mayo de 2001 y 31 de octubre del mismo año, calificándose como paga de privatización y tornándose como referencia para calcular su importe el 2,54% de la masa salarial de cada colectivo"; y

Hecho tercero: "La misma paga por privatización fue abonada al colectivo de Pilotos de Iberia en virtud del Laudo Arbitral de 19 de julio de 2001, en el que, sin emplear formalmente esta denominación, se acuerda un pago único cuyo importe se determinó tomando como referencia los mismos parámetros que Iberia

tuvo en cuenta para calcular el importe de la paga de privatización para los demás colectivos, esto es, responde al 2,54% de la masa salarial del colectivo de Pilotos del año 2000".

Este primer motivo ha de rechazarse, al ser intrascendentes las modificaciones (sustituciones) postuladas, pues con ellas se trata de añadir una serie de datos, entresacados de las actuaciones para alcanzar sus propias conclusiones favorables a unos determinados hechos ajenos al tenor literal del acuerdo de productividad que se discute en el presente pleito y, que la sentencia recurrida ya valora adecuada y suficientemente.

Se pretende sustituir los hechos probados segundo y tercero de la sentencia recurrida por otros, con base a documentos obrantes en autos, ya tenidos en cuenta y valorados por el Juzgado de instancia, de acuerdo con las facultades que le atribuye el art. 97-2 L.P.L.; en suma se trata de una nueva valoración subjetiva de las pruebas practicadas, con una finalidad clara de crear la apoyatura fáctica necesaria para fundamentar el último de los motivos de censura jurídica y la tesis de la existencia de una empresa única entre todas las que constituyen el Grupo Iberia; un análisis de cada uno de los motivos nos lleva a la conclusión de la improsperabilidad de ninguno de ellos.

SEGUNDO.- 1.- El motivo segundo sobre por infracción de las normas del ordenamiento jurídico, que se ampara en el artículo 205.e) de la Ley de Procedimiento Laboral, denuncia infracción del art. 14 de la Constitución Española, los artículos 4.2.c) y 17.1 del Estatuto de los Trabajadores, el artículo 4 del Convenio Colectivo entre Binter Canarias y sus Tripulantes Pilotos y la Cláusula de Salvaguarda contenida en el mismo, así como la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre discriminación salarial, citando alguna de ellas.

La cuestión litigiosa ha quedado debidamente centrada en determinar si el colectivo de Tripulantes Técnicos Pilotos de BINTER CANARIAS S.A. tiene derecho o no a percibir la Paga de Productividad que se ha

## SUMARIO

### TC

#### CONSTITUCIONAL

Alternativa de interpretación más conforme con el art. 14 CE 4

### TS

#### CIVIL

Falta de perfección del contrato de elaboración de logotipos 7

#### PENAL

Delito de falsedad en documento oficial cometido por funcionario público en el ejercicio de sus funciones 8

#### SOCIAL

Paga de productividad no coincidente con la de participación en beneficios 1

Derecho a jubilación anticipada sin cumplir requisito de inscripción como demandante de empleo 3

RS RESEÑA DE SENTENCIAS 16

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

abonado al resto de personal de la propia empresa en relación al año 2006.

Entiende el recurrente, que nos encontramos ante una vulneración del derecho a la igualdad y a la no discriminación salarial, recogidos en el art. 14 de la Constitución Española y los artículos 4.2.c) y 17.1 del Estatuto de los Trabajadores, ya que el no abono de la Paga de Productividad al colectivo de Pilotos de la empresa BINTER CANARIAS S.A., carece de una justificación objetiva y razonable respecto de los otros colectivos de la misma empresa.

2.- El motivo no puede prosperar pues, como refiere la sentencia recurrida, el art. 4 del Convenio Colectivo establece:

“Revisión salarial. Para el año 1999 se aplicará la tabla salarial recogida en el anexo III de este Convenio Colectivo.

Se procederá al abono y consolidación sobre la tabla salarial recogida en el anexo III del valor del IPC nacional estimado oficialmente correspondiente a los años 2000, 2001 y 2002, en cada uno de los mismos (si el referido IPC este desapareciera, se tomará como referencia aquel otro que lo sustituya de igual o mayor ámbito territorial).

Se acuerda para los Tripulantes Técnicos Pilotos en Binter Canarias S.A. una participación en beneficios para los años 1998 y 1999, de acuerdo con los siguientes criterios:

a) La base sobre la cual se aplicará el porcentaje de participación será la diferencia entre la suma de los Resultados de Explotación más Resultados Financieros previstos en POA de 1998 y 1999 y el realmente registrado, de la suma de ambos conceptos, al final de cada ejercicio.

b) El porcentaje de participación en resultados se establece en el 10 por ciento sobre la base anterior.

c) Tras la celebración de la Junta General Ordinaria del cierre del ejercicio se abonará a los Tripulantes Técnicos Pilotos la cantidad resultante al haber regulador y al tiempo de permanencia en activo de la empresa de cada trabajador en el ejercicio en cuestión. Dicha cantidad se abonará no más tarde de 30 días desde la celebración de la Junta General Ordinaria correspondiente a cada uno de los años de referencia”.

Asimismo, y como se constata en el relato fáctico de la sentencia recurrida, existía una cláusula de salvaguarda que establece: “Si con posterioridad a la firma de este Convenio se pactase con otros colectivos de la compañía aspectos que mejorasen los apartados a), b) o c) del art. 4 de este Convenio, éstos serán de aplicación inmediata al colectivo de Tripulantes Técnicos”.

Paralelamente a este Convenio, el personal de Pilotos de Binter Canarias S.A., tiene el suyo propio y se fueron firmando una serie de actas, por un lado los Pilotos y por otro, el personal restante, de tierra y de cabina.

3.- Los tripulantes de cabina y tierra, venían también percibiendo esta paga, según acuerdo del año 2002. Fue a partir de 2007, cuando según se constata probado, ya no se habla de participación de beneficios, sino de una paga de productividad, que nada tiene que ver con la anterior, y que sólo alcanzaba a los tripulantes de tierra y de cabina.

Binter, ha venido abonando a los Pilotos esa paga de participación en beneficios, extendiéndoles (conforme a la cláusula de salvaguarda antes referida) lo pactado con el Personal de Tierra, respecto a ese concepto retributivo. La situación cambia cuando el Acuerdo con el Personal de Tierra ya no se refiere a la paga de participación en beneficios o en resultados, sino que se paga una mejora como complemento de productividad, con lo cual se justifica la no extensión a los pilotos, pues la Cláusula de Salvaguarda se refiere solo a la paga de beneficios, y no a otros conceptos retributivos.

Con esta situación, se denuncia por los recurrentes la vulneración de lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución Española, al entender que se encuentran en una situación de desigualdad con respecto al resto de personal de Binter, que sí recibe la llamada paga de productividad.

Es conocida la doctrina del Tribunal Constitucional relativa al principio de igualdad, principio que no se quebranta por el simple hecho de dar un tratamiento diferenciado a dos supuestos; lo que garantizan los artículos 14 de la Constitución y 17 del Estatuto de los Trabajadores es el trato igual a situaciones objetiva y sustancialmente iguales. Aplicando esa doctrina sobre la igualdad y la discriminación al supuesto examinado, ha de excluirse la discriminación,

pues no concurren en los colectivos de trabajadores comparados situación de similitud, ni en la prestación de los servicios ni en la normativa que regula sus prestaciones laborales, pues ambos se han dotado de convenios colectivos propios, así es que la adopción de medidas que afecten solamente a uno de esos colectivos no es por sí misma signo de discriminación. Por lo demás, no se ha demostrado que el trabajo desarrollado por los trabajadores afectados por el conflicto sea de igual valor que el rendido por los tripulantes de cabina de pasajeros con los que se intentan comparar, de manera que el principio de igualdad tampoco resulta vulnerado desde la perspectiva del artículo 28 del Estatuto de los Trabajadores.

Si eso es así en la generalidad de los casos, (como recuerda la STS. 24 de septiembre de 2002 -rec. 21/2002 -), en el marco de la negociación colectiva el problema adquiere una especial dimensión; la sentencia del Tribunal Constitucional 119/2002, de 20 de mayo, advierte que el derecho a la igualdad y no discriminación no tiene en el convenio colectivo el mismo alcance que en otros contextos, pues en el ámbito de las relaciones privadas, en el que se incardina el convenio, y el que ahora se pretende interpretar lo es sin duda, los derechos fundamentales han de aplicarse matizadamente, haciéndolo compatible con otros valores que tienen su origen en el principio de la autonomía de la voluntad.

Los representantes de los trabajadores, según el Tribunal Constitucional, defienden los derechos globales de éstos, observando la realidad en la que intervienen, las implicaciones presentes y futuras de sus pactos, las consecuencias que una estrategia negociadora desviada podría llegar a provocar el perjuicio de sus representados; concluye la citada sentencia afirmando que la autonomía colectiva no puede establecer un régimen diferenciado en las condiciones de trabajo, entre ellas la salarial, sin justificación objetiva y sin la proporcionalidad que la medida diferenciadora debe poseer para resultar conforme al artículo 14 de la Constitución, ni en ese juicio pueden marginarse las circunstancias concurrentes a las que hayan atendido los negociadores, siempre que resulten constitucionalmente admisibles.

Así pues, no puede estimarse que en el caso, exista el trato discriminatorio denunciado, pues para que exista el mismo es preciso que se

den dos situaciones o supuestos de hechos iguales y una diferencia de trato. Si para los Tripulantes Pilotos se habla de paga de participación en beneficios, y que era la que también percibían en principio los tripulantes de tierra y de cabina, y que a los primeros se les aplicó por el apartado c) del art. 4 del Convenio Colectivo de los Tripulantes de Tierra, lo que no pueden ahora los Pilotos, es acogerse a la cláusula de salvaguarda para que se les aplique una paga de productividad, de naturaleza diferente y cuyo nacimiento parte de un Acuerdo firmado entre la empresa y los Tripulantes de cabina y tierra.

TERCERO.- Limitado el recurso de casación a los extremos examinados, se impone la desestimación del mismo, y confirmación de la resolución recurrida, al no apreciarse las infracciones denunciadas, de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a 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 interpuesto por el Letrado D. Juan Manuel Ruiz Santana, en nombre y representación del SINDICATO ESPAÑOL DE PILOTOS DE LINEAS AEREAS (S.E.P.L.A.), frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, de fecha 25 de mayo de 2009, dictada en virtud de demanda formulada por SINDICATO ESPAÑOL DE PILOTOS DE LINEAS AEREAS (S.E.P.L.A.), frente a BINTER CANARIAS S.A., en demanda sobre conflicto colectivo. Sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a costas.

Devuélvase las actuaciones al organismo de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

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

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

ELDERECHO  
GRUPO  
EDITORIAL

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

DIRECTOR: Evaristo Moliné

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

2010/62117

TS Sala 4ª, Sentencia 14 abril 2010. Ponente: Dª Rosa María Virolés Piñol

## Derecho a jubilación anticipada sin cumplir requisito de inscripción como demandante de empleo

*Frente a sentencia que le denegó la jubilación anticipada, por no hallarse inscrito como demandante de empleo durante al menos seis meses anteriores a la fecha de la solicitud, recurre en casación para la unificación de doctrina el actor, siendo estimado el recurso por el TS.*

*Señala la Sala que es aplicable al recurrente la excepción contemplada en el art. 161, bis 2 d) párrafo segundo que le exime del requisito de inscripción mencionado, en contra de lo alegado por el INSS, que basó su denegación de prestación en que la extinción del contrato del trabajador no había sido voluntaria y, por tanto, no podía incluirse en el supuesto contemplado en el referido artículo.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La sentencia que ahora se recurre en casación para la unificación de doctrina, es la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en 3 de febrero de 2009 (rec. 12/2009). En ella se contemplaba la situación de un trabajador (nacido el 27/02/1946) de la empresa Nurel S.A. que, vio extinguida su relación laboral en virtud de autorización de la autoridad laboral en un expediente de regulación de empleo, precedida de un acuerdo entre la dirección de la empresa y la representación de los trabajadores de fecha 16/07/2002. El 27/02/2008 solicitó el reconocimiento de la pensión de jubilación anticipada que el INSS le denegó alegando no tener cumplidos 65 años de edad y no hallarse inscrito como demandante de empleo durante al menos seis meses anteriores a la fecha de la solicitud. El último periodo de inscripción en la oficina de empleo es del 15/11/2004 al 16/02/2005. En los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud el recurrente percibió de la empresa la cantidad de 27.780,52 € y las cuotas del convenio especial, en un importe total del que no se hace cuestión a los efectos del art. 161 bis.2 apartado d), párrafo segundo. La sentencia recurrida revoca el fallo de instancia y desestima la demanda aplicando la doctrina de la STS de 7.2.2008 (rec. 4237/2006) que, en relación con la jubilación anticipada de un trabajador de Telefó-

nica, considera involuntario el cese producido en el contexto y bajo la cobertura de un expediente de regulación de empleo. La razón de decidir de la sentencia es que la extinción del contrato del actor fue voluntaria debido a la existencia de un acuerdo anterior entre la empresa y los representantes de los trabajadores en el que se pactó expresamente que “con el fin de mitigar en lo posible las consecuencias de dicha medida -la extinción de 59 contratos- la misma afectará únicamente a los trabajadores de NUREL S.A. que de mutuo acuerdo con la empresa así lo convengan”. Lo que alega la entidad gestora al resolver la reclamación previa es que al solicitante no le es aplicable lo dispuesto en el art. 161 bis 2 d) párrafo segundo, porque está previsto para los supuestos de obligación empresarial adquirida mediante acuerdo colectivo y su jubilación anticipada procede de un expediente de regulación de empleo.

2.- La indicada sentencia es recurrida por el demandante en origen en casación para la unificación de doctrina, designando como sentencia contradictoria la dictada por la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 17 de enero de 2008.

Consta probado en dicha sentencia que: el actor, nacido el 30.11.1945, trabajó en Endesa hasta el 30.11.2000; percibió prestaciones de desempleo desde el 1.12.2000 hasta el 30.11.2002 y suscribió un convenio especial desde el 1.12.2002 que continuaba en vigor cuando solicitó la pensión de jubilación anticipada el 30.11.2006; mediante acuerdo colectivo de fecha 21.7.1998 el actor percibió de la empresa la cantidad total de 233.622,93 € durante los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud de la jubilación.

La entidad gestora le denegó el derecho al percibo de la pensión por no cumplir el requisito de haber permanecido inscrito como demandante de empleo durante al menos seis meses antes de la solicitud, pero la sentencia declara no ajustada a derecho esa resolución con fundamento en el art. 161.3 LGSS en la redacción dada por la Ley 35/2002, cuyo número 3 d) exime de la inscripción como demandante de empleo y del cese por causa no imputable al trabajador, pero no exige que el cese sea por causa involuntaria para estar exento de la inscripción, criterio que corrobora el art. 1 del RD 1132/2002 reproducido en el apartado 4 párrafo primero del art. 161.3 d) LGSS. La sentencia acaba razonando que la relación laboral en principio se extinguiría de forma involuntaria por el expediente de regulación de empleo, pero como además hubo un acuerdo colectivo -el actor suscribió el 30.11.2000 un documento con la empresa en el que consta no solo su afectación por el ERE, sino las condiciones descritas, modificadas por otro posterior de septiembre de 2005

como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 35/2002, se dan ambos supuestos de forma sucesiva.

3.- La sentencia de esta Sala de 7 de febrero de 2008 (rec. 4237/2006) en la que apoya su pronunciamiento la sentencia recurrida señala textualmente que “no puede hablarse..., de que el origen de la jubilación sea voluntario, en cuanto que no existe mutuo acuerdo extintivo en la extinción del contrato de trabajo, sino aceptación de ventajas pactadas colectivamente respecto de una decisión extintiva acordada unilateralmente por el empresario, en el marco de un expediente de regulación de empleo, decisión que impone al trabajador, tras un intervalo de desempleo involuntario, una jubilación anticipada asimismo involuntaria”. En el caso de este recurso el juez de instancia estima la demanda razonando que si bien la extinción del contrato del actor se debió a un expediente de regulación de empleo, debe calificarse de voluntaria por la existencia del acuerdo anterior entre las partes al que se ha hecho referencia; y entendiendo que el contrato se extinguió tanto con base en un acuerdo colectivo como en un acuerdo individual llega a la conclusión de que está en el supuesto del art. 161 bis 2.d) LGSS, párrafo segundo. La Sala de suplicación por el contrario, decide que el acuerdo individual entre empresa y trabajador para la inclusión de éste entre los afectados por el expediente de regulación de empleo implica que el cese en el trabajo se produjo por causa imputable a la libre voluntad del trabajador, por lo que, faltando el requisito del apartado b) del art. 161.1 LGSS, aquél no tiene derecho a la jubilación anticipada.

4.- De la comparación de ambas sentencias, ha de concluirse que concurre el requisito de contradicción en los términos previstos en el art. 217 de la LPL; y sin que a ello obste que en un supuesto estuviera ya vigente la reforma introducida por la Ley 40/2007, que exonera de aquel requisito a los supuestos en que el cese sea consecuencia de acuerdo colectivo o contrato individual de prejubilación (siempre que se produzca el abono de la cantidad prevista, cuya cuantía en el presente recurso es indiscutible que excede de la estipulada en el párrafo segundo del art. 161 bis 2) LGSS, pues lo cierto es que, en cuanto aquí interesa, nada nuevo aporta la Ley 40/2007.

SEGUNDO.- 1.- Superado el requisito de la contradicción (art. 217 LPL), procede examinar el motivo de recurso relativo al fondo del asunto. Entiende el recurrente que la doctrina correcta es la contenida en la sentencia de contraste. Refiere que el 2º párrafo del art. 161 bis 2 de la LGSS, exige el abono de determinadas cantidades por la empresa, y que el mismo se haga “en virtud de obligación adquirida mediante acuerdo colectivo o contrato individual de

prejubilación”, sin señalar nada respecto a la forma de la extinción; lo que exige es que producido la misma, se abonen unas sumas al trabajador mediando un pacto previo con la empresa, bien de carácter colectivo, bien individual. Y en el caso concreto, la extinción de la relación laboral se produce mediante el uso que la empresa hace de la autorización que se le concede en el marco de un expediente de regulación de empleo, pero tanto dicho mecanismo de extinción de relaciones laborales, como el abono de las correspondientes cantidades, se producen en virtud y como consecuencia de un acuerdo colectivo entre la representación de los trabajadores y la empresa.

2.- Como se ha señalado, el actor solicitó el reconocimiento de pensión de jubilación anticipada ante el INSS, que le fue denegado por no tener cumplidos 65 años de edad y no hallarse inscrito como demandante de empleo durante al menos seis meses anteriores a la fecha de la solicitud. La sentencia recurrida revoca el fallo de instancia (que había estimado la pretensión) y desestima la demanda aplicando la doctrina contenida en la STS de 7 de febrero de 2008 (rec. 4237/2006). La razón de decidir de la sentencia es que la extinción del contrato del actor fue voluntaria debido a la existencia de un acuerdo anterior entre la empresa y los representantes de los trabajadores. La Entidad Gestora al resolver la reclamación previa, alegaba que al solicitante no le es de aplicación lo dispuesto en el art. 161 bis 2 d), párrafo segundo, porque está previsto para los supuestos de obligación empresarial adquirida mediante acuerdo colectivo y su jubilación anticipada procede de un expediente de regulación de empleo.

3.- La sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de fecha 7 de febrero de 2008 (rec. 4237/2006), cuya doctrina reproduce la sentencia recurrida, califica como forzosa la jubilación anticipada allí examinada, señalando que:

“(…) 1.- La recurrente denuncia como infringida por la sentencia que recurre la norma reguladora de este tipo de situaciones contenida en la Disposición Transitoria Tercera de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con el art. 208.1 de la misma en cuanto que de dichas normas se desprende a su juicio que una extinción del contrato de trabajo que unía al trabajador con su empresa, por estar fundada y articulada bajo las previsiones de una resolución administrativa que autorizó un expediente de regulación de empleo no puede ser calificada de extinción voluntaria a los efectos previstos en los indicados preceptos.

2.- Para la solución del supuesto aquí contemplado hay que partir, en definitiva, de la realidad de unos hechos que afirman cómo la extinción del contrato de trabajo del actor se

produjo en el contexto y bajo la cobertura de un expediente de regulación de empleo resuelto por Resolución de la Dirección General de Trabajo de fecha 16 de julio de 1999 en el que se autorizó a la empresa a extinguir el contrato de trabajo con un gran número de trabajadores siempre que estos aceptaran las condiciones ofrecidas, siendo con ese condicionante con el que el actor aceptó la extinción y el pase a la situación de prejubilado y con esa garantía previa con la que prestó su consentimiento a dicha extinción; por ello, el que hubiera consentimiento del trabajador no permite afirmar que su cese fuera voluntario o por causa imputable a la voluntad del trabajador por cuanto derivó de la existencia de una causa objetiva previa independiente de su voluntad.

Por lo tanto, no puede serle de aplicación las previsiones contenidas en el párrafo primero de la regla 2ª de la Disposición transitoria tercera de la LGSS, como esta Sala ya dijo con toda claridad en la sentencia del Pleno de fecha 25 de octubre de 2006 (rec.- 2318/05), seguidas por otras muchas en el mismo sentido, con referencia precisamente a un supuesto igual al resuelto por la sentencia de contraste, en el que se advirtió como en estos casos de cese precedido de un expediente de regulación de empleo "No puede hablarse..., de que el origen de la jubilación sea voluntario, en cuanto que no existe mutuo acuerdo extintivo en la extinción del contrato de trabajo, sino aceptación de ventajas pactadas colectivamente respecto de una decisión extintiva acordada unilateralmente por el empresario, en el marco de un expediente de regulación de empleo, decisión que impone al trabajador, tras un intervalo de desempleo involuntario, una jubilación anticipada así mismo involuntaria".

Doctrina que reitera la contenida en la STS de 24 de octubre de 2006, según la cual el cese en virtud de Expediente de Regulación de Empleo (ERE) tiene carácter involuntario, y que dio lugar a la revisión de oficio por parte del INSS de determinados expedientes tramitados bajo el criterio de la voluntariedad del cese, con efectos de la notificación de la referida sentencia. Doctrina y medida que incorpora la Disposición final tercera 2 de la Ley de Medidas en materia de Seguridad Social (Ley 40/2007 de 4 de diciembre) al señalar que:

"2. A efectos de la aplicación del requisito a que se refiere la letra d) del apartado 2 del artículo 161 bis y el párrafo tercero de la norma 2ª del apartado 1 de la disposición transitoria tercera del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, se considerará, en todo caso, que las jubilaciones anticipadas causadas entre el 1 de enero de 2004 y la fecha de entrada en vigor de la referida Ley motivadas por ceses en la relación laboral producidos en virtud de

expedientes de regulación de empleo tienen carácter involuntario. Las resoluciones denegatorias de las pensiones de jubilación anticipada, así como las cuantías de las pensiones ya reconocidas se revisarán a instancia de los interesados".

4.- Sentado cuanto antecede, ha de señalarse que no se cuestiona en la litis que el actor reúna los requisitos exigidos en el art. 161.bis 2 de la LGSS, salvo la inscripción como demandante de empleo en el periodo señalado. La cuestión litigiosa queda centrada y limitada a determinar si al actor le es de aplicación lo dispuesto en el párrafo segundo de la letra d) del art. 161 bis 2 de la LGSS - en relación a la no exigencia de los requisitos exigidos en los apartados b) y d) -, que en su redacción actual (dada por Ley 40/2007), señala que: "(...) Los requisitos exigidos en los apartados b) y d) no serán exigibles en aquellos supuestos en los que el empresario, en virtud de obligación adquirida mediante acuerdo colectivo o contrato individual de prejubilación, haya abonado al trabajador tras la extinción del contrato de trabajo, y en los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud de jubilación anticipada, una cantidad que, en cómputo global, represente un importe mensual no inferior al resultado de sumar la cantidad que le hubiera correspondido en concepto de prestación por desempleo y la cuota que hubiera abonado o, en su caso, la cuota de mayor cuantía que hubiera podido abonar en concepto de convenio especial con la Seguridad Social".

En consecuencia, no es exigible al actor, el único requisito ahora cuestionado de encontrarse inscrito en la oficina de empleo como demandante de empleo durante un plazo de al menos, seis meses inmediatamente anteriores a la solicitud de jubilación, pues con independencia del carácter involuntario de su extinción contractual por ERE, lo cierto es que la indemnización percibida (no discutida) tras producirse tal extinción, lo fue en virtud de la obligación adquirida mediante "acuerdo colectivo" (sea estatutario o extraestatutario) o "contrato individual de prejubilación", conforme al redactado introducido por la Ley 40/2007, aplicable al caso atendiendo a la fecha de la solicitud de la pensión de jubilación anticipada (27/02/2008).

TERCERO.- La consecuencia de cuanto precede, visto el informe del Ministerio Fiscal, no puede ser otra que la estimación del recurso, al apreciarse las infracciones denunciadas, y revocando la sentencia recurrida, ha de resolverse el debate en suplicación, desestimando el recurso y confirmando la sentencia de instancia que declaró el derecho del actor al percibo de la pensión de jubilación anticipada con efectos desde la fecha de la solicitud, en la cuantía y las condiciones legalmente establecidas. Sin costas.

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 letrado D. David Burgos Marco en nombre y representación de D. Bartolomé, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de fecha 3 de febrero de 2009, en recurso de suplicación que deja sin efecto la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de los de Zaragoza y desestima la demanda formulada por el ahora recurrente frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social. Revocamos la sentencia recurrida, y resolviendo el debate en suplicación, se desestima el

recurso y confirma la sentencia de instancia. Sin costas. Devuélvase las actuaciones al Tribunal Superior de Justicia de Aragón, 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. Gonzalo Moliner Tamboero.- José Luis Gilolmo López.- Milagros Calvo Ibarlucea.- Rosa María Viroles Piñol.

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



TC Sala 1ª, Sentencia 27 abril 2010. Ponente: D. Francisco Javier Delgado Barrio

En la sucesión testamentaria

## Alternativa de interpretación más conforme con el art. 14 CE

*El TC otorga el amparo solicitado por las recurrentes, reconociendo el derecho fundamental a la igualdad y a no ser discriminadas por razón de nacimiento, según el art. 14 CE. La Sala primera del Alto Tribunal considera que, ha de concederse el amparo, puesto que si existe alternativa de interpretación más conforme con la igualdad, su no utilización equivale a una aplicación de la norma que el art. 14 CE no consiente. La expresión "hijos legítimos" empleada por el testador de que no comprende a los hijos adoptados, no se deduce de manera inequívoca de la formulación literal de la cláusula testamentaria, sino que es producto de la interpretación que de aquella expresión realiza el órgano judicial. Añade, además, que la conclusión alcanzada no entraña en absoluto una aplicación retroactiva de las disposiciones constitucionales, sino el sometimiento y adecuación de la apreciación del órgano judicial al régimen constitucional en vigor, cuando toma efecto la previsión testamentaria. Emite voto particular el Magistrado D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de amparo se dirige contra la Sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña núm. 5/2004, de 22 de enero de 2004, dictada en el recurso de casación núm. 90/2003. Las demandantes de amparo aducen que esta resolución les ha causado una discriminación contraria al principio de igualdad reconocido por el art. 14 CE, en conexión con el 39.2 CE, al haberlas excluido del llamamiento a la herencia de su abuelo paterno realizado en favor de los hijos legítimos de los instituidos en el testamento tomando

en consideración su condición de hijas adoptivas. Comparten dicha apreciación tanto Dª María, comparecida en este proceso constitucional, como el Ministerio Fiscal, a cuyo entender la Sentencia impugnada, al igual que las recaídas en las instancias inferiores del proceso, producen una discriminación contraria al derecho a la igualdad proclamado en el art. 14 CE al sancionar la exclusión de las demandantes del llamamiento a la herencia de su abuelo en virtud de su condición de hijas adoptivas de uno de los hijos del causante.

En las alegaciones realizadas en este recurso, la parte demandada en

el proceso a quo rechaza la existencia de la vulneración constitucional denunciada por entender, de un lado, que el principio de igualdad de los hijos con independencia de la filiación no supone la restricción de la libertad de testar, sino únicamente que los derechos que la ley les otorga corresponden a todos los hijos por igual respecto de sus padres, y de otro, que a la cuestión suscitada en la demanda de amparo le resulta plenamente aplicable la doctrina contenida en el ATC 22/1992, de 27 de enero, que habría inadmitido una demanda semejante a la ahora enjuiciada por entender que, al igual que sucede en el presente caso, tanto la fecha de otorgamiento del testamento concernido, como la del fallecimiento del causante eran muy anteriores a la promulgación de la Constitución de 1978, por lo que no resultarían aplicables al caso los preceptos constitucionales invocados, que no estaban vigentes en aquel momento.

SEGUNDO.- Antes de proceder al examen de la queja formulada es necesario realizar algunas precisiones sobre el objeto del recurso y el alcance de nuestro enjuiciamiento.

a) En primer lugar, no es preciso pronunciarse aquí sobre la alegación realizada por el Fiscal acerca del carácter mixto del presente recurso, puesto que, dados los términos en los que la queja ha sido formulada en la demanda de amparo, la lesión constitucional aducida sería imputable al órgano judicial que resuelve acerca de la validez del título sucesorio invocado en relación con el dominio de los bienes hereditarios reclamados ante la jurisdicción, constituyendo el instrumento registral el mecanismo de publicidad legal del derecho allí reconocido, de tal manera que las resoluciones del Registrador de la Propiedad en relación con la inscripción de las fincas litigiosas habrán de correr la misma suerte que corresponda a las resoluciones judiciales de las que trae causa este amparo.

b) En segundo término, si bien la demanda de amparo se dirige exclusivamente contra la Sentencia dictada en casación por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, el reproche formulado por las demandantes ha de entenderse igualmente dirigido contra las Sentencias recaídas en las instancias inferiores del proceso de las que aquella es confirmación, por cuanto el objeto material de la queja lo constituye la desestimación de la pretensión de las demandantes de que se reconociera su derecho a heredar al causante con preferencia sobre el cuarto de los instituidos en fideicomiso y se declarase la nulidad de la asignación de las fincas fideicomitidas a favor del referido instituido. En efecto, es doctrina reiterada que “cuando se impugna en el recurso de amparo una resolución judicial confirmatoria de otras que han sido lógica y cronológicamente pre-

supuesto de aquélla, han de entenderse también recurridas esas precedentes resoluciones judiciales confirmadas, aunque las mismas no lo hayan sido de forma expresa” (STC 158/2009, de 25 de junio, FJ 1, entre otras muchas).

c) En tercer lugar, es preciso dejar claro ya en este momento que, en virtud de cómo ha quedado delimitado en la demanda de amparo, el objeto de este proceso constitucional no es el acto (privado) de disposición testamentaria otorgado por el causante, sino el acto del poder (público) judicial dictado en interpretación de aquél. En caso de que la discriminación denunciada fuera imputable de modo inequívoco a la formulación por parte del causante de la cláusula de sustitución fideicomisaria, el problema constitucional planteado hubiera sido, por un lado, el de las relaciones entre el principio de autonomía de la voluntad y la prohibición de la discriminación en el ámbito de la sucesión testada, planteándose la cuestión relativa a la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales y, en particular, del reconocido en el art. 14 CE (ATC 1069/1987, de 30 de septiembre, FJ 1), y, por otro, el de si es o no posible la aplicación retroactiva de la Constitución a actos privados realizados mucho antes de que ésta entrara en vigor. Sin embargo, en la demanda de amparo no se aduce que el testador hubiera estado vinculado, ni directa ni indirectamente, al principio constitucional de igualdad, ni que la discriminación alegada tuviera su origen en los términos en que la cláusula si sine liberis decesserit quedó formulada originariamente en el testamento, sino que la lesión se imputa de manera directa y autónoma a los órganos judiciales, como consecuencia del modo en que dicha cláusula fue interpretada y, en particular, del significado que atribuyeron a la expresión “hijos legítimos”.

En definitiva, atendiendo al contenido de la queja que se formula en la demanda de amparo, el objeto de este proceso constitucional no consiste en comprobar la vigencia y, en su caso, el alcance del mandato constitucional que se deriva de los arts. 14 y 39.2 CE en relación con el acto privado de disposición testamentaria otorgado por el causante en el ejercicio de su libertad de testar, cuestión ésta que queda fuera de los límites de nuestro enjuiciamiento, sino en verificar si el órgano judicial que dictó la resolución judicial impugnada respetó o no el principio de interdicción de la discriminación por razón de nacimiento, al excluir a las demandantes del llamamiento a la herencia de su abuelo por causa de su condición de hijas adoptivas y, por tanto, como consecuencia del modo en que interpretó la expresión “hijos legítimos” en el ejercicio del arbitrio que le incumbe.

TERCERO.- Una vez realizadas las anteriores consideraciones, pro-

cede a continuación encuadrar la cuestión de fondo que se suscita en este amparo en el marco que representa la doctrina constitucional sobre el principio de igualdad y las prohibiciones de discriminación contempladas en el art. 14 CE, en relación con el art. 39.2 CE:

a) En primer lugar, es doctrina reiterada que el principio de igualdad no prohíbe cualquier tratamiento desigual, sino, específicamente, aquellas desigualdades que, de un lado, “resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados”, o que, de otro lado, impliquen consecuencias jurídicas que no “sean proporcionadas a la finalidad perseguida”, y que, por ello, generen “resultados excesivamente gravosos o desmedidos. (...) En resumen, el principio de igualdad, no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida (SSTC 22/1981, de 2 de julio, FJ 3; 49/1982, de 14 de julio, FJ 2; 2/1983, de 24 de enero, FJ 4; 23/1984, de 20 de febrero, FJ 6; 209/1987, de 22 de diciembre, FJ 3; 209/1988, de 10 de noviembre, FJ 6; 20/1991, de 31 de enero, FJ 2; 110/1993, de 25 de marzo, FJ 6; 176/1993, de 27 de mayo, FJ 2; 340/1993, de 16 de noviembre, FJ 4; 117/1998, de 2 de junio, FJ 8, por todas)” (STC 154/2006, de 22 de mayo, FJ 4).

b) En segundo lugar, a diferencia del derecho general a la igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la paridad sino sólo la razonabilidad del criterio que funda la diferencia de trato y la proporcionalidad de las consecuencias que de ella se derivan, la prohibición de discriminación por las causas específicas contenidas en el art. 14 CE implica, por una parte, “un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecida ex Constitutione, que impone como fin y generalmente como medio la parificación, de manera que sólo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad (SSTC 126/1997, de 3 de julio, FJ 8, con cita de las SSTC 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 4; 75/1983, de 3 de agosto, FFJJ 6 y 7; 209/1988, de 10 de noviembre, FJ 6)” y, por otra parte, “también resulta que en tales supuestos la carga de demostrar el carácter justificado de la diferenciación recae sobre quien asume la defensa de la misma y se torna aún más rigurosa que en aquellos casos que quedan genéricamente dentro

de la cláusula general de igualdad del art. 14 CE, al venir dado el factor diferencial por uno de los típicos que el art. 14 CE concreta para vetar que en ellos pueda basarse la diferenciación, como ocurre con el sexo, la raza, la religión, el nacimiento y las opiniones (STC 81/1982, de 21 de diciembre, FJ 2)” (STC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4).

c) En tercer lugar, “dentro de la prohibición de discriminación del art. 14 CE y, más concretamente, dentro de la no discriminación por razón del nacimiento, este Tribunal ha encuadrado la igualdad entre las distintas clases o modalidades de filiación (SSTC 7/1994, de 17 de enero, FJ 3.b; 74/1997, de 21 de abril, FJ 4; 67/1998, de 18 de marzo, FJ 5; AATC 22/1992, de 27 de enero; 324/1994, de 28 de noviembre), de modo que deben entenderse absolutamente equiparadas éstas (ATC 22/1992, de 27 de enero). Y directamente conectado con el principio constitucional de no discriminación por razón de filiación (ATC 22/1992, de 27 de enero), se encuentra el mandato constitucional recogido en el art. 39.2 CE, que obliga a los poderes públicos a asegurar ‘protección integral de los hijos, iguales éstos ante la Ley con independencia de su filiación’ (STC 7/1994, de 17 de enero, FJ 3.b), de manera que toda opción legislativa de protección de los hijos que quebrante por sus contenidos esa unidad, incurre en una discriminación por razón de nacimiento expresamente prohibida por el art. 14 CE, ya que la filiación no admite categorías jurídicas intermedias (STC 67/1998, de 18 de marzo, FJ 5)” (STC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4). La STC 154/2006, de 22 de mayo, subraya la importancia de la interpretación sistemática de ambos preceptos constitucionales como consecuencia del principio de unidad de la Constitución: “el art. 14 CE opera aquí con el trasfondo del art. 39.2 y 3 CE,” que, por lo que aquí interesa, “obliga a los poderes públicos a asegurar la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación” (FJ 4).

d) Por último, respecto de las consecuencias específicas que se derivan de lo anterior para los órganos judiciales, también hemos afirmado que éstos “pueden vulnerar el art. 14 CE cuando aplican las normas jurídicas con un criterio interpretativo que produzca, o no corrija, el trato discriminatorio en relación con otras situaciones válidamente comparables, siempre que la norma a aplicar sea susceptible de distinta interpretación que, siendo admitida en Derecho, conduzca a eliminar la desigualdad injustificada que en aquel caso se produce, lo cual supone que si existe esa alternativa de interpretación más conforme con la igualdad su no utilización equivale a una aplicación de la norma que el art. 14 CE no consiente (por todas, STC 34/2004, de 8



de marzo, FJ 3)” (STC 154/2006, de 22 de mayo, FJ 8).

CUARTO.- La aplicación de la doctrina constitucional reseñada al presente supuesto conduce al otorgamiento del amparo.

Ante todo, debe tenerse en cuenta que la conclusión alcanzada por la Sentencia impugnada en este amparo, en el sentido de que la expresión “hijos legítimos” empleada por el testador no comprende a los hijos adoptados, no se deduce de manera inequívoca de la formulación literal de la cláusula testamentaria, sino que es producto de la interpretación que de aquella expresión realiza el órgano judicial, de manera que la exclusión de las demandantes de amparo del llamamiento a la herencia no tiene su origen directo en el ejercicio de la libertad de testar sino en el de la jurisdicción. En efecto, una vez sentado que la voluntad del testador es la ley de la sucesión y que ésta debe ser interpretada de conformidad con el sentido literal del testamento (art. 675 CC), la legislación aplicable y los términos en los que estaba formulada la disposición testamentaria otorgaban en este supuesto a los órganos judiciales un margen de arbitrio dentro del cual éstos podían realizar legítimamente interpretaciones diversas de la expresión “hijos legítimos”.

Por un lado, dicha expresión podía interpretarse de conformidad con el significado que tenía en el marco de la legislación vigente en el momento de otorgar el testamento o, en su caso, de fallecer el causante. Este es el criterio empleado por la Sentencia aquí impugnada que, con cita de jurisprudencia del Tribunal Supremo, al igual que las resoluciones de las que trae causa, entiende que, en el presente caso, la voluntad del testador “es clara, tanto en su interpretación literal, como puesta en relación con las disposiciones legales vigentes en el momento en que es expresada, año 1927, cuanto en el momento en que se abre la sucesión, año 1945”, de forma que “el llamamiento a favor de los hijos -para los puestos en condición sólo comprende a los legítimos y a los legitimados por subsiguiente matrimonio, nunca a los naturales ni a los adoptivos”.

Por otro lado, sin embargo, el supuesto que afronta la Sentencia impugnada se caracteriza porque, aunque el testamento se otorgó y el causante falleció mucho antes de 1978, la condición correspondiente a la sustitución fideicomisaria se verificó con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución, de tal manera que también podía entenderse que la voluntad del testador expresada en el testamento debe ser interpretada de conformidad con la situación jurídica propia del momento en que ha de ejecutarse la sustitución. Ésta es la interpretación que patrocinaron en su momento las ahora demandantes de amparo, así como la

acogida por el propio Tribunal Supremo en algunos pronunciamientos recientes (Sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2002, de 15 de diciembre de 2005, o de 29 de septiembre de 2006). De acuerdo con este segundo planteamiento, es legítimo presumir que, a menos que en el testamento conste lo contrario de forma inequívoca, no es la voluntad del testador introducir distinciones que resulten contrarias a los fundamentos del sistema jurídico vigente en el momento en que se cumple la condición y han de ser ejecutadas las correspondientes disposiciones testamentarias (en este sentido, por ejemplo, Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2006, FJ 4).

En principio, la cuestión relativa a la aplicación de las normas sobre la interpretación de los testamentos pertenece al ámbito de la legalidad ordinaria, de modo que al Tribunal Constitucional no le corresponde revisar, en vía de amparo, la apreciación que de las mismas hayan realizado los órganos judiciales, a menos, claro está, que sea dicha interpretación la que lesione el contenido de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución. Pues bien, esto es, precisamente, lo que ocurre en este supuesto en relación con el derecho reconocido en los arts. 14 y 39.2 CE.

En efecto, no ha sido el causante al formular en su día la disposición testamentaria en el ejercicio de su libertad de testar, sino el órgano judicial al interpretar una expresión ambigua y, por tanto, en el ejercicio de la jurisdicción, quien ha creado un tratamiento jurídico discriminatorio a partir de un criterio como el relativo a la filiación adoptiva, que resulta expresamente prohibido por el art. 14 CE en relación con el art. 39.2 CE. A este resultado se llega por aplicación de la doctrina constitucional, a la que ya se ha hecho referencia, en virtud de la cual los órganos judiciales pueden vulnerar el art. 14 CE cuando interpretan las normas jurídicas con un criterio que produzca “el trato discriminatorio en relación con otras situaciones válidamente comparables, siempre que la norma a aplicar sea susceptible de distinta interpretación que, siendo admitida en Derecho, conduzca a eliminar la desigualdad injustificada que en aquel caso se produce, lo cual supone que si existe esa alternativa de interpretación más conforme con la igualdad su no utilización equivale a una aplicación de la norma que el art. 14 CE no consiente” (SSTC 34/2004, de 8 de marzo, FJ 3; 154/2006, de 22 de mayo, FJ 8).

QUINTO.- Como advierten las recurrentes en defensa de su pretensión de amparo, ésta es también la doctrina auspiciada por la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de julio de 2004, dictada en el asunto Pla y Puncernau c.

Andorra, que juzgó un caso similar al ahora examinado en el que los Tribunales andorranos, tomando en consideración el momento histórico y jurídico en el que se otorgó testamento (1939) y aquel en que se produjo el fallecimiento de la causante (1949), estimaron que no podía entenderse puesto en condición un hijo adoptivo en la sustitución fideicomisaria que ordenaba que quien llegara a ser heredero debía transmitir la herencia a un hijo o nieto de un matrimonio legítimo y canónico.

A juicio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que estima la demanda interpuesta por los recurrentes (el hijo adoptivo del primer instituido y su madre) y condena al Estado andorrano, la interpretación judicial que origina la demanda es discriminatoria y contraria a los postulados del principio de igualdad proclamado por el art. 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas (en adelante, CEDH), por cuanto, una vez aceptado que la cláusula en cuestión requería una interpretación por parte de los Tribunales internos, ésta no podría realizarse exclusivamente a la luz del contexto social y jurídico en vigor en el momento de la redacción del testamento o del fallecimiento de la testadora (1939 y 1949, respectivamente) y ello debido al largo período de tiempo transcurrido entre las fechas en las que se produjeron tales acontecimientos y el momento en el que tomó efecto la disposición testamentaria (1996), en el curso del cual se produjeron profundos cambios de orden social, económico y jurídico que han dado lugar a nuevas realidades que no pueden ser ignoradas por el Juez.

En conclusión, las Sentencias dictadas en el proceso del que trae causa este recurso de amparo, al fundar la desestimación de la pretensión de las recurrentes en su condición de hijas adoptivas, les han dispensado un tratamiento discriminatorio contrario al art. 14 CE, interpretado sistemáticamente en relación con el art. 39.2 CE, lo que corrobora el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la indicada Sentencia con invocación del art. 14 CEDH, un instrumento internacional, éste, de conformidad con el cual es preciso interpretar los derechos y libertades proclamados por la Constitución (art. 10.2 CE) y, por lo tanto, también el derecho a no ser discriminado por razón de la filiación reconocido en los arts. 14 y 39.2 CE.

SEXTO.- Conviene, finalmente, precisar que, frente a lo que aduce la parte demandada en la instancia, la conclusión alcanzada no entraña en absoluto una aplicación retroactiva de las disposiciones constitucionales, sino el sometimiento y adecuación de la apreciación del órgano judicial al régimen constitucional en vigor cuando toma efecto la previsión testamentaria y, por lo tanto, cuando se

ha de enjuiciar el cumplimiento de la condición impuesta por el testador. Precisamente por ello, a lo anterior no puede oponerse, tal y como señala acertadamente el Ministerio Fiscal, la doctrina contenida en nuestro ATC 22/1992, de 27 de enero, sobre la que afirma apoyarse la Sentencia impugnada, y de la que no se deriva en modo alguno que, en un supuesto como el de autos, el ejercicio de la potestad jurisdiccional con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución pueda dejar de estar sometido al régimen que de ella se deriva. Según afirmamos ya en nuestra STC 80/1982, de 20 de diciembre, ello “no implica la aplicación retroactiva de la Constitución, sino el reconocimiento de su carácter normativo, el de la vinculatoriedad inmediata del art. 14 y la afirmación de que, en consecuencia, todo español tiene desde el momento mismo de la entrada en vigor de la Constitución, el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento (...)” (FJ 2).

SÉPTIMO.- A partir de los razonamientos expuestos es forzoso concluir que la Sentencia impugnada, así como las pronunciadas en las instancias judiciales inferiores de las que aquélla es confirmación, al tomar como fundamento de la desestimación de la pretensión procesal de las recurrentes su condición de hijas adoptivas del instituido sucesor fideicomisario, dispensaron a las demandantes un tratamiento discriminatorio constitucionalmente prohibido en virtud de lo dispuesto en el art. 14 CE, interpretado sistemáticamente en relación con el art. 39.2 CE.

La estimación de la demanda de amparo y el consiguiente restablecimiento de las recurrentes en su derecho fundamental determina la anulación de esos pronunciamientos judiciales en lo relativo a la desestimación de la pretensión sucesoria de las recurrentes por causa de su filiación adoptiva, así como la retroacción de las actuaciones al momento anterior al de dictar la Sentencia de primera instancia, para que el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Vilafranca del Penedés adopte una Sentencia respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

#### FALLO

Otorgar el amparo solicitado por D<sup>a</sup> María Dolores y D<sup>a</sup> María y, en consecuencia:

PRIMERO.- Reconocer su derecho fundamental a la igualdad y a no ser discriminadas por razón de nacimiento proclamado por el art. 14 CE en relación con lo dispuesto en el art. 39.2 CE.

SEGUNDO.- Declarar la nulidad de la Sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña núm. 5/2004, de 22 de enero de 2004, dictada en el re-

curso de casación núm. 90/2003, así como de la dictada con fecha 2 de abril de 2003 por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el rollo de apelación núm. 1001/2000 y de la Sentencia de 15 de septiembre de 2000, dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Vilafranca del Penedés en autos de juicio de menor cuantía núm. 174/1999; todas ellas en lo relativo a la desestimación de la pretensión sucesoria de las recurrentes por causa de su filiación adoptiva.

TERCERO.- Ordenar la retroacción de las actuaciones al momento

anterior al pronunciamiento de la Sentencia de primera instancia, para que el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Vilafranca del Penedés se dicte otra respetuosa con el derecho fundamental de las recurrentes a no ser discriminadas por razón de su filiación.

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

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

sentimiento, como consecuencia de estar sometido al derecho administrativo y, en concreto, a los principios de publicidad y concurrencia, según la disposición adicional sexta de la entonces vigente Ley 13/1.995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones públicas, y de no haber participado ninguno de los actores en el procedimiento abierto seguidamente por Televisión Española, SA para la adjudicación del contrato.

SEGUNDO. En el primero de los motivos de su recurso de casación, D. Julián y Giménez del Pueblo, SL denuncian la infracción de los artículos 17, apartado 2, y 33 del Estatuto de la Radio y la Televisión - Ley 4/1.980, de 10 de enero -, así como de la disposición adicional sexta de la Ley 13/1.995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones públicas.

Afirman los recurrentes que, de conformidad con lo dispuesto en los citados artículos de la Ley 4/1.980, el régimen de contratación de la sociedad anónima estatal demandada estaba sujeto a las normas del derecho privado. Añaden que, al ser el litigioso un contrato consensual, la perfección del mismo se había producido por el concurso de oferta y aceptación, conforme a las normas del Código Civil.

El motivo se desestima.

No ha infringido la Audiencia Provincial los preceptos citados al afirmar que la actividad contractual de la entidad de derecho público demandada - artículos 1 y 5, apartados 2, de la Ley 4/1.980 - estaba directamente sometida, por imperio de la disposición adicional sexta de la Ley 13/1.995, a los principios de publicidad y concurrencia.

Debe tenerse en cuenta que el artículo 9 de la Ley 13/1.995 mantuvo en nuestro sistema la regla de los actos separables, al someter a las normas administrativas la preparación y la adjudicación del contrato que en la demanda se dice celebrado. Dichas normas son, conforme a ello, las que regían la formación de la voluntad contractual de la entidad de derecho público demandada y el procedimiento de selección del otro contratante - conforme a los referidos principios de publicidad y contradicción -.

Como declaró la Sala Tercera del Tribunal Supremo en la sentencia de 9 de abril de 2.002, con referencia a la misma demandada, " el artículo 5 de la Ley 4/1.980 no impide, sino que más bien sirve de punto de apoyo a la doble calificación administrativa y civil, según los casos, de la actividad en el ámbito de la contratación, pues las actuaciones preparatorias que conforman el procedimiento para la selección del contratista son separables del negocio jurídico, con arreglo a una vieja construcción jurisprudencial ", de

modo que dichos actos - de los que forman parte " la convocatoria y la adjudicación del concurso " - son " por su naturaleza intrínseca... administrativos, en el sentido estricto de la expresión ", por lo que " pueden ser impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa ".

Se insiste en dicha sentencia en que las normas del derecho privado, a las que se remite el artículo 33 de la Ley 4/1.980, no se aplican " a los actos de preparación de tales negocios jurídicos, es decir, a los que vienen conociéndose como actos separables ", los cuales se rigen por las del derecho administrativo.

TERCERO. En el motivo segundo D. Julián y Giménez del Pueblo, SL afirman producida la infracción de los artículos 1.261 y 1.262 del Código Civil.

Alegan los recurrentes que, al ser aplicables a la formación del contrato las normas del derecho privado y tratarse el litigioso de un negocio jurídico consensual, quedó perfeccionado por el concurso de la oferta y la aceptación sobre su objeto y causa.

El motivo se desestima.

Como se expuso al examinar el anterior, la selección de la otra parte contratante se debía ajustar a las normas del derecho administrativo, por lo que, al no haber participado los demandantes en el procedimiento seguido para la adjudicación del contrato - el concurso -, no cabe entenderlo perfeccionado por un supuesto consentimiento entre las partes y, más en concreto, sin que, tramitado el concurso, hubiera recaído la aprobación o adjudicación de la entidad convocante.

El fracaso de ese motivo arrastra el del siguiente - el tercero -, pues en él los recurrentes, incurriendo en una verdadera petición de principio, dan por supuesta la perfección consensual y espiritualista del contrato y alegan el incumplimiento del mismo por Televisión Española, SA, denunciando la infracción del artículo 1.124, en relación con los artículos 1.101, 1.106 y 1.107, todos del Código Civil.

CUARTO. En el último motivo de la casación, los recurrentes se refieren, no al contrato que se declaró en la instancia no perfeccionado, sino a los que con anterioridad - prácticamente ocho años antes de la demanda - habían celebrado, y consumado sin incidencias, Giménez del Pueblo, SL y Televisión Española, SA. Pretenden en él la declaración de la ineficacia de dichos negocios jurídicos, en cuanto causa de la transmisión de las creaciones artísticas de D. Julián.

Alegan que los derechos de explotación de las referidas obras se transmitieron en su día a Televisión Española, SA sin cumplir ninguna formalidad y que, de acuerdo con lo



2010/31640

TS Sala 1ª, Sentencia 16 marzo 2010. Ponente: D. José Ramón Ferrándiz Gabriel

Al sujetarse a las normas del derecho administrativo

## Falta de perfección del contrato de elaboración de logotipos

*El TS declara no haber lugar al recurso de casación confirmando la sentencia impugnada que desestimó la demanda por la que el autor de los logotipos y la entidad a la que representaba solicitaba una indemnización de daños y perjuicios de la entidad televisiva demandada por incumplimiento de sus obligaciones contractuales. Considera la Sala acertado el criterio del tribunal de estimar que no había tenido lugar la perfección del contrato celebrado entre ambas partes en virtud del cual la demandada encomendó al actor la elaboración de los logotipos, ya que ninguno de los demandantes había participado en el concurso convocado por la demandada para seleccionar al diseñador que debía crear los signos y para adjudicar el contrato y, siendo la demandada una sociedad pública estatal, el mencionado contrato no podía perfeccionarse por el mero consentimiento de acuerdo con el sistema del Código Civil sino que debe someterse al derecho administrativo que impone los principios de publicidad y concurrencia.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Los ahora recurrentes, D. Julián y Giménez del Pueblo, SL, dedujeron en la demanda diversas pretensiones contra Televisión Española, SA, las cuales - en lo que a la mayoría de los motivos del recurso de casación importa - tuvieron por causa la afirmación de haberse perfeccionado entre ambas sociedades, el veintinueve de enero de mil novecientos noventa y siete, un contrato, conforme al sistema civil - espiritualista y directo - del concurso de la oferta y la aceptación emitidas por carta - que había sido el seguido por ellas en numerosas ocasiones anteriores, con similares fines - y por virtud del que Giménez del Pueblo, SL habría quedado obligada a diseñar los signos de identificación de unos nuevos canales de televisión puestos

en funcionamiento por la demandada y ésta a pagarle una suma de dinero, en concepto de precio.

Televisión Española, SA negó que hubiera quedado obligada en los términos señalados en la demanda, ya que ninguno de los demandantes había participado en el concurso convocado por ella para seleccionar al diseñador que debía crear los signos y para adjudicar el contrato.

Dicho planteamiento de la demandada fue acogido en las dos instancias. En ambas el Tribunal competente, prescindiendo de cuál hubiera sido el procedimiento conforme al que las dos sociedades en conflicto celebraron los anteriores contratos, negó que el identificado en la demanda como litigioso se hubiera podido perfeccionar por el mero con-

dispuesto en el artículo 45 del Real Decreto Legislativo 1/1.996, de 12 de abril, por el que se aprobó el Texto refundido de la Ley de propiedad intelectual, la cesionaria fue requerida fehacientemente por ellos para que la cesión fuera formalizada por escrito. Así como que, al no haber prestado la demandada la necesaria colaboración para ello, habían optado por reclamar la resolución de la cesión de los derechos de explotación. De ahí que señalen como infringido el referido artículo 45.

El motivo se desestima.

En la sentencia recurrida se declaró probado que los demandantes conocieron y consintieron que la demandada había inscrito a su nombre como marcas los signos diseñados y cedidos, así como que lo consintieron, que recibieron de la cesionaria el precio convenido por ello y que se mantuvieron en tolerante silencio durante muchos años, " hasta que se produjo el conflicto por la última concesión de los trabajos que conduce a este juicio ".

La buena fe, como modelo o estándar de conducta, constituye un límite a los poderes del titular de los derechos subjetivos y facultades jurídicas, dado que permite considerar inadmisibles el ejercicio de los mismos en la medida en que sea contrario a aquel arquetipo socialmente conformado como aceptable.

Este límite debe operar en el caso enjuiciado, a la vista de los hechos declarados probados en la instancia, ya que ponen de manifiesto el propósito de los actores de extraer consecuencias jurídicas de un defecto de forma, pero no para dotar de certidumbre a la cesión de derechos de que se trata, pacíficamente tolerada por ellos durante años, sino para obtener una posición favorable en el debate que constituye la razón del litigio, esto es, la cuestión contractual a que se han referido los demás motivos.

Por ello, sin entrar en el examen de las demás cuestiones que la concurrencia de los afirmados derechos de autor y de marcas plantean, procede desestimar el motivo.

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 D. Julián y Giménez del Pueblo, SL, contra la Sentencia dictada, con fecha siete de junio de dos mil cinco, por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid, con imposición de las costas a los recurrentes.

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.- Xavier O'Callaghan Muñoz.-Jesus Corbal Fernandez.-José Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- Rubricado. Publicación.- Leída y

publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. José Ramon 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.

probado y una nueva conformación del relato fáctico.

En el motivo quinto de su impugnación denuncia el error de hecho en la apreciación de la prueba que a su juicio se produce al condenar a dos de los imputados por esta acusación como cómplices del delito del que es autor el tercer imputado. Designa los informes de necropsia, y destaca de ellos las profundas inexactitudes en la descripción de las lesiones padecidas, las mutilaciones y las circunstancias que aparecen ante su examen y que no son expuestas, particularmente el estado de carbonización que presentaban los cadáveres. Esas omisiones son relevantes en la subsunción en el delito de falsedad.

En el motivo sexto pretende que en la imposición de la penalidad por el delito de falsedad, no se individualice en el mínimo, sino que atendiendo a los tres documentos que designa, un informe sobre el proceso de identificación seguido, las notas informativas enviadas a la familia, y su declaración como imputado, en el concreto particular en el que afirma haber roto las fichas en las que anotó elementos para la identificación de los soldados fallecidos en el accidente.

En el motivo séptimo, refiere una denuncia por la responsabilidad civil declarada en la sentencia. Analizaremos en este fundamento los dos motivos que afectan a los errores de hecho en la apreciación de la prueba referidos a la subsunción penal.

Con relación al error hecho en la apreciación de la prueba hemos declarado reiteradamente que el motivo en el que ampara su impugnación a la sentencia exige que el recurrente designe los documentos acreditativos del error denunciado y que permitan a la Sala, tras su estudio, comprobar la impugnación realizada, sin que pueda pretenderse que, sin designar ningún documento o designando los documentos que el propio tribunal ha valorado, esta Sala realice una nueva valoración de la prueba practicada, dado que para esa función que se pretende atribuir a la casación se carece de los elementos necesarios que permiten la apreciación de la prueba, como la inmediación, la contradicción efectiva y la oralidad y publicidad, principios que concurren en el momento del juicio oral.

Por ello, sólo el tribunal que ha visto y oído la prueba practicada en su presencia está en condiciones de valorarla en los términos que el recurrente solicita. Es por ello que la designación de un documento acreditativo de un error en el hecho probado requiere que del documento fluya, sin necesidad de valorarlo, el error que denuncia. De ahí que esta Sala haya acuñado términos como el de "autarquía demostrativa" o de "litosuficiencia" para afirmar que el hecho debe resultar del mismo documento sin necesidad de valorarlo con



TS Sala 2ª, Sentencia 22 marzo 2010. Ponente: D. Andrés Martínez Arrieta

No cabe aumento de la cuantía indemnizatoria

## Delito de falsedad en documento oficial cometido por funcionario público en el ejercicio de sus funciones

*El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la acusación particular frente a sentencia que condenando a los acusados como autor y cómplices, respectivamente, de un delito de falsedad en documento oficial, cometido por funcionario público en el ejercicio de sus funciones, absolvió a los mismos del resto de delitos que se les imputaban y de las responsabilidades civiles que se les pedían. Señala la Sala, entre otros pronunciamientos, que no puede pretenderse que, sin designar ningún documento, o realizando una designación genérica, proceda el tribunal a una reevaluación del material documental que obra en la causa para realizar una nueva determinación de la cuantía indemnizatoria. En todo caso, respecto a los gastos soportados por los familiares de los fallecidos que fueron correctamente identificados, esos gastos tuvieron un origen desconectado del hecho delictivo, por lo tanto su indemnización no puede realizarse desde esta sentencia condenatoria por unos hechos que no merecen esa consideración de hecho delictivo. Pueden tener derecho, continúa el Alto Tribunal, a que los gastos causados les sean indemnizados pero no desde la sentencia penal que no condena las identificaciones correctamente realizadas. Respecto a los gastos materiales causados a quienes han sido perjudicados en el delito, la indemnización sería procedente, si se hubieran designado su importe y trasladado a la petición indemnizatoria desde el escrito de acusación, lo que la recurrente no realiza, sino que se limita a manifestar la existencia de gastos materiales que no concreta y que pudieron ser objeto de reclamación. La petición de aumento de la cuantía indemnizatoria no se basa en un documento acreditativo de su importe, sino en consideraciones generales ajenas a la vía impugnativa elegida.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de la Asociación de Familias afectadas por la catástrofe del accidente aéreo Yak 42.

PRIMERO.- Esta acusación formaliza una oposición a la sentencia en la que, en síntesis, insta una condena por título de imputación distinto al de la sentencia. Así respecto al acusado general N., condenado por un delito de falsedad en documento público, insta la condena por delito continuado de falsedad en documento público, y respecto al comandante R., y capitán S., condenados como cómplices del delito de falsedad, insta la condena como autores de un de-

lito continuado de falsedad documental. Además interesa un incremento de la consecuencia jurídica a los delitos objeto de la acción penal que ejercitó en el juicio oral. Además de los motivos por error de derecho, opone tres motivos, el quinto, sexto y séptimo en los que denuncia sendos errores de hecho en la apreciación de la prueba referidos, respectivamente, a los errores de derecho que ha denunciado.

La distinta naturaleza de los motivos opuestos hacen que debamos analizar en primer lugar los motivos por error de hecho en la apreciación de la prueba, pues pretenden la declaración de un error en el hecho



argumentos de lógica o por su relación a otros elementos de prueba.

Los documentos designados no acreditan ningún error, y lo que pretende la recurrente es una reevaluación de la prueba de manera que a través de los documentos designados lleguemos a una conclusión distinta de la obtenida por el tribunal, extremo de imposible realización por un tribunal que no ha percibido, de forma inmediata, la prueba practicada en el juicio oral. Los documentos designados, por otra parte, han sido valorados por el tribunal de instancia sin que de los mismos resulte el error que denuncia si no es realizando sobre ellos una nueva valoración de su sentido como sugiere la parte recurrente, extremo que no resulta del propio documento designado.

Los documentos que el recurrente designa son los que el tribunal de instancia ha dispuesto para obtener la convicción reflejada en el hecho probado y motivada en la fundamentación de la sentencia. Lo que propone la recurrente es una nueva valoración de la prueba, función que no compete a un tribunal, como es el de casación, que es de revisión. En todo caso, el hecho probado recoge sustancialmente, lo que la recurrente reclama, esto es, que los acusados omitieron en los informes de los cadáveres examinados estaban "mayoritariamente, prácticamente, generalmente o totalmente carbonizados" y ese hecho aparece en el fáctico por lo que no procede la declaración de error que postula.

Las declaraciones personales de uno de los coimputados o las notas elaboradas, explicativas de la actividad realizada expresan opiniones y afirmaciones personales que han de ser tenidas por prueba personal, pese a su documentación y ajenas a la consideración de documento acreditativo de un error de hecho. En todo caso, la individualización de la pena, conforme al art. 66 del Código penal, es una función jurisdiccional sujeta a los presupuestos de gravedad del hecho y de circunstancias personales del responsable que debe ser motivada y revisable en casación en función de la arbitrariedad.

Consecuentemente procede la desestimación de ambos motivos opuestos.

SEGUNDO.- En el séptimo de los motivos de la oposición denuncia el error de hecho en la apreciación de la prueba en el particular relativo a la responsabilidad civil, respecto a la que realiza tres consideraciones e interesa un importe superior en la indemnización para atender:

a) A los daños materiales que son consecuencia del accidente y no han sido indemnizados.

b) Los causados a las familias de los militares fallecidos que fueron correctamente identificados, que

también sufrieron daños, materiales y morales, que no han sido objeto de indemnización.

c) Que las cuantías indemnizatorias resultan insuficientes.

En el desarrollo argumental del motivo no designa ningún documento que acredite el error, como exige la vía de impugnación elegida, sino que se apoya en consideraciones generales sobre la procedencia de la indemnización y, en todo caso, el aumento de su cuantía. Como antes señalamos el motivo exige que el recurrente designe un documento del que resulte, sin necesidad de su interpretación, un hecho o un error del hecho probado que, a su vez, pueda alcanzar esa categoría de hecho probado, funciones a las que esta Sala ha designado como exigencias de literosuficiencia en cuya virtud lo consignado en el documento designado puede ser llevado al hecho probado como tal hecho.

La desestimación es procedente. No puede pretenderse que, sin designar ningún documento, o realizando una designación genérica, procedamos a una reevaluación del material documental que obra en la causa para realizar una nueva determinación de la cuantía indemnizatoria. En todo caso, respecto a los gastos soportados por los familiares de los fallecidos que fueron correctamente identificados, esos gastos tuvieron un origen desconectado del hecho delictivo, por lo tanto su indemnización no puede realizarse desde esta sentencia condenatoria por unos hechos que no merecen esa consideración de hecho delictivo.

Pueden tener derecho a que los gastos causados les sean indemnizados pero no desde la sentencia penal que no condena las identificaciones correctamente realizadas. Respecto a los gastos materiales causados a quienes han sido perjudicados en el delito, la indemnización sería procedente, si se hubieran designado su importe y trasladado a la petición indemnizatoria desde el escrito de acusación, lo que la recurrente no realiza, sino que se limita a manifestar la existencia de gastos materiales que no concreta y que pudieron ser objeto de reclamación. La petición de aumento de la cuantía indemnizatoria no se basa en un documento acreditativo de su importe, sino en consideraciones generales ajenas a la vía impugnativa elegida.

TERCERO.- Denuncia en el primero de los motivos de la oposición el error de derecho por la inaplicación, al hecho probado, de los artículos del Código penal que tipifican el delito de falsedad, la continuidad delictiva, la autoría y la complicidad. La impugnación se refiere a la condena como cómplices de los imputados R. y S. en el delito cometido por el general N., esto es, cómplices en el delito de falsedad en documento público. En su lugar, entiende el re-

currente, que los hechos debieron ser subsumidos en el delito continuado de falsedad en documento público como autores "por las inveracidades cometidas en las actas de necropsia realizadas en relación con los 30 fallecidos con las identidades inventadas por D. Vicente N."

La vía elegida por el recurrente en la impugnación es la del error de derecho, el cual parte, o debe hacerlo, del respeto al hecho declarado probado. El relato fáctico, en el particular que interesa a la impugnación, declara que los informes de necropsia fueron realizados por los dos acusados, el capitán S. y el comandante R., a su llegada a Madrid, "para lo que usaron las fichas o notas que habían elaborado en Turquía durante el reconocimiento de los cuerpos. Los acusados conscientes de que treinta de los cadáveres no podían haber sido identificados con los datos que poseían, hicieron constar al principio de todos los informes las siguientes leyenda: "Se realiza necropsia de cadáver de varón, al que se nos presenta identificado con el número (X) y como (nombre y apellidos)". Se añade que a sugerencia del general N., "con la excusa de dulcificar la descripción de las lesiones, omitieron conscientemente que las que podían fácilmente despertar recelos o dudas sobre el proceso de identificación hecho por aquel (N.) permitiendo que N... librara los certificados de defunción. Concluye, en este apartado, el relato fáctico declarando que en varios de los cadáveres examinados omitieron conscientemente que estaban "mayoritaria, prácticamente, generalmente o totalmente carbonizados".

La sentencia objeto de la censura casacional niega la subsunción de los hechos en la autoría autónoma de un delito de falsedad en atención a la relevancia de los datos mendaces incorporados al informe de necropsia. Para el recurrente, los certificados de defunción y los informes de necropsia son similares en orden a la identificación y descripción de las lesiones, ambos son documentos públicos y son autónomos en orden a la subsunción en el delito de falsedad.

El motivo debe ser desestimado. De acuerdo a reiterados precedentes jurisprudenciales, por todas STS 626/2007 de 5 de julio y las que cita, la falsedad no es equiparable a la mentira o a inexactitudes en la recepción de datos, pues la falsedad, como concepto normativo que es, además de una mentira, entendida como hemos dicho, como relato incompatible con la verdad, debe afectar a un objeto de protección relevante, al que nuestra jurisprudencia se ha referido con las expresiones de función constitutiva y de prueba de relaciones jurídicas entre ciudadanos, en el supuesto de documentos privados, o entre la administración y los ciudadanos, en los oficiales. Es decir, la falsedad documental no sólo es una mentira

recogida en un soporte documental, sino que la misma debe ser realizada con una proyección en el mundo de relaciones jurídicas afectando a la función constitutiva, de garantía o probatoria que resulta del documento.

De forma mas concreta la jurisprudencia, por todas STS 1704/2003, de 11 de diciembre, señala como requisitos de la falsedad, las siguientes: "la existencia de las falsedades documentales penalmente típicas, cuyo bien jurídico no es otro que la protección y la seguridad del tráfico jurídico, y, en último término, la confianza que la sociedad tiene depositada en el valor probatorio de los documentos (v. ad exemplum, la S.T.S. de 13 de septiembre de 2002 es precisa la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) Un elemento objetivo (consistente en la mutación de la verdad por medio de alguna de las conductas tipificadas en la norma penal).

b) Que dicha "mutatio veritatis" afecte a elementos esenciales del documento y tenga suficiente entidad para afectar a la normal eficacia del mismo en las relaciones jurídicas (de ahí que para parte de la doctrina no pueda apreciarse la existencia de falsedad documental cuando la finalidad perseguida por el agente sea inocua o carezca de toda potencialidad lesiva).

c) Un elemento subjetivo (consistente en la concurrencia de un dolo falsario, esto es, la concurrencia de la conciencia y voluntad de alterar la realidad) (v. ad exemplum, la S.T.S. de 25 de marzo de 1999)". (En el mismo sentido ATS 20 de septiembre de 2007).

De los anteriores requisitos, reiteradamente expuestos en nuestra jurisprudencia, tiene especial relieve, en este supuesto, el ordinal b) de la anterior relación, de tal modo que, para la existencia de la falsedad documental, no basta una conducta objetivamente típica, sino que es preciso también que la "mutatio veritatis", en la que consiste el tipo de falsedad en documento público u oficial, altere la esencia, la sustancia, o la autenticidad del documento en sus extremos esenciales como medio de prueba, por cuanto constituye presupuesto necesario de este tipo de delitos el daño real, o meramente potencial, en la vida del derecho a la que está destinado el documento, con cambio cierto de la eficacia que el mismo estaba llamado a cumplir en el tráfico jurídico (v. SS.T.S. de 9 de febrero y de 27 de mayo de 1971).

Y la razón de ello no es otra que, junto a la "mutatio veritatis" objetiva, la conducta típica debe afectar a los bienes o intereses a cuya protección están destinados los distintos tipos penales, esto es, al bien jurídico protegido por estos tipos penales.

De tal modo que deberá negarse la existencia del delito de falsedad documental cuando haya constancia de que tales intereses no han sufrido riesgo alguno.

En el caso de autos se trata de documentos en los que los acusados han reflejado los elementos esenciales del documento que confeccionan. La determinación de cuáles sean los elementos esenciales del documento, sobre los que para alcanzar la tipicidad del delito de falsedad, superando la mera mendacidad, la irregularidad en su confección o la mera insuficiencia de los datos incorporados al documento, nos la proporciona las fuentes normativas de la actividad médica forense.

En este sentido hemos acudido como fundamentos normativos de la actividad médico forense a la Recomendación (99) 3 del Consejo de Ministros de la Unión Europea para la armonización metodológica de las autopsias médico legales, de 2 de febrero de 1999; Ley 29/1980, reguladora de las autopsias clínicas y su desarrollo por R.D. 2230/82; art. 335 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento criminal; y el R.D. 32/2009, de 16 de enero, por el que se aprueba el protocolo nacional de actuación médico forense y de policía científica en sucesos con víctimas múltiples.

Los manuales al uso nos indican que la tanatología forense, es una rama médico forense que trata lo relativo a los cadáveres desde el punto de vista médico legal y que incluye, la autopsia forense, el examen médico anatómico del cadáver, sus transformaciones, investigando los vestigios, indicios y evidencias físicas que los actos ilícitos dejan en el cuerpo humano. Son sus principales objetivos, el de establecer la causa de la muerte, ayudar a conocer la causa de la muerte, establecer su hora y ayudar a la identificación del fallecido. En parecidos términos el Real Decreto 32/2009, de 16 de enero, BOE de 6 de febrero que, aunque posterior a los hechos enjuiciados, sus definiciones son válidas en tanto en cuanto son comúnmente admitidas por la comunidad científica forense.

En su art. 16.b.1 considera que la autopsia es una actividad del médico forense cuyo fin es obtener datos para la identificación y determinación de las causas y circunstancias de la muerte, así como la obtención de muestras para la obtención de análisis complementarios.

Pues bien, de las finalidades esenciales de la autopsia, o necropsia, las diligencias elaboradas por los médicos acusados y a las que se contrae el motivo que analizamos, han sido cumplidas, y la mayor o menor concreción del estado de los cuerpos era irrelevante de cara al cumplimiento de los objetivos de la diligencia realizada y en lo que interesa al delito

objeto de la acusación. Así el hecho probado, del que debe partirse en la impugnación, relata que al tiempo de la intervención de estos acusados, la identificación ya había sido realizada por la persona que, competencialmente, debía realizarla, el acusado N. que “elaboró una lista en la que junto al número asignado a cada cuerpo aparecía un nombre y apellidos correspondiente a uno de los 62 militares españoles fallecidos, cuando lo cierto es que las identidades habían sido asignadas de forma aleatoria en treinta casos.

Por lo tanto, la finalidad de obtener los datos para la identificación no eran el objetivo de la diligencia médica encargada, pues esa identificación ya había sido realizada por la persona a la que competía su realización, hasta el punto que es quien firma el acta de identificación, autopsia y control del los cadáveres. Otra de las finalidades de la actuación médica de la autopsia, o de la necropsia, es la de fijar la causa de la muerte y esa es igual para todos, y no discutida en la impugnación, es la “lesión traumática multiorgánica” que se corresponde con el accidente aéreo en la localidad turca de Trabzon. Igualmente con relación a la fecha de la muerte.

El hecho probado declara que la documentación sobre la necropsia se realiza en Madrid, a la vuelta del viaje de regreso con los cadáveres y para ello los médicos imputados recogen sus notas sobre el examen de los cadáveres en Trabzon y “conscientes de que treinta de los cadáveres no podían ser identificados con los datos que poseían, hicieron constar al principio de todos los informes la siguiente leyenda: Se realiza necropsia de cadáver de varón, al que se nos presente como identificado con el número (X) y como (nombre y apellidos)”, frase que en la fundamentación de la sentencia es explicada, de forma racional y lógica, como indicativa de que “eluden afirmar si realmente ese cadáver, que ellos examinan con un número determinado, es o no quien le dicen que es”.

En otras palabras, los acusados, actuando su ciencia médica no afirman la identificación, pues no era necesaria en la medida que la misma ya había sido realizada por quien era competente, tampoco en la documentación que realizan de la necropsia contiene mendacidad relevante alguna, en los términos anteriormente señalados, pues son conscientes de que su función no es la de colaborar en la identificación, ya realizada por el superior competente en la materia, y sí la de determinar la causa de la muerte como efectivamente realizan con la expresión de la misma. En este sentido los informes documentan un hecho necesitado de incorporación documental al expediente administrativo seguido por el accidente.

Destaca la recurrente que la mendacidad que considera típica radica en la falta de minuciosidad y omisiones en la descripción de las lesiones que presentaban los cuerpos, pero como se expone en la sentencia esas inexactitudes, además de ser generales, no solo de los treinta cadáveres erróneamente identificados, no tienen relevancia en la tipicidad dada la función que cumple las necropsias y a las que nos hemos referido. Sin embargo, esas inexactitudes son consideradas en la sentencia como reveladoras de una participación, a título de cómplice, en el actuar delictivo de la falsedad de la que es autor el general N. y ello porque esas inexactitudes, pactadas con anterioridad a la emisión de los certificados de defunción, permiten asegurar al general N. que su mendacidad en la elaboración de los certificados de defunción, y mas concretamente, en la elaboración de la lista con la identificación de los militares fallecidos, no va a ser descubierta.

Se trata de un favorecimiento para la impunidad que ha sido pactada con anterioridad a la ejecución de la falsedad, por lo tanto subsumible en la participación en el actuar de otro. Esa participación, en la medida en que no era necesaria para la identificación errónea de treinta cadáveres, es una participación a título de cómplice en los términos que se reseñan en la sentencia y respecto a la que no cabe declarar ningún error como el denunciado. En este sentido, la sentencia razona sobre este extremo cuando expresa su convicción sobre la falta de exactitud en la descripción de los cadáveres que los acusados justifican en exigencias del general N., para evitar sufrimientos innecesarios a los familiares, y que el tribunal, de forma racional y lógica deshecha como fundamento de ese actuar y lo explica desde la participación en el actuar de otro para suministrarle una cobertura. La explicación suministrada por el tribunal es, como hemos dicho, razonable y no evidencia ningún error.

Consecuentemente, el motivo se desestima.

CUARTO.- En este fundamento abordamos la impugnación que la acusación recurrente formaliza por error de derecho al inaplicar a los hechos probados la institución de la continuidad delictiva en el delito de falsedad por el que ha sido condenado el acusado general N., calificación que debe extenderse también a los acusados S. y R.

La sentencia objeto de la casación condena por un delito de falsedad excluyendo la tipificación de los hechos en el delito continuado al tratarse de “una sola decisión delictiva, una sola voluntad criminal que se refleja en la inveraz atribución de treinta identidades a otros tantos cadáveres de los militares fallecidos. de manera que existe una mera intensificación cuantitativa del injusto,

pero no un injusto diferente en cada uno de los treinta actos”. La recurrente entiende, por el contrario, que cada uno de los documentos falsificados, los certificados de defunción se refieren a personas distintas y tienen una autonomía diferenciada, con producción de distintos efectos, por lo que la subsunción correcta es la del concurso real, unificado en orden a la penalidad en el delito continuado.

El Ministerio fiscal informa en sentido contrario a la estimación del recurso y reproduce la jurisprudencia de esta Sala que ha declarado una única acción sobre la construcción de la unidad natural y jurídica de acción para aquellos supuestos en los que la pluralidad de emisiones de documentos responde a una operación que se realiza simultáneamente, casos en los que elaboran varios documentos falsos en un mismo acto, esto es con unidad espacial y una estrecha inmediatez temporal. Esa jurisprudencia se ha desarrollado en varios antecedentes de esta Sala entre los que es preciso citar las SSTS 705/1999, de 7-5; 1937/2001, de 26-10; 670/2001, de 19-4; 867/2002, de 29 de julio; 885/2003, de 13-VI; y 1047/2003, de 16-VII; 1024/2004, de 24-9; 521/2006, de 11-5; 1266/2006, de 20-12; y 171/2009, de 24-2.

Como se recoge en la reciente STS 813/2009, de 7 de julio, en esas resoluciones se afirma que concurre una “unidad natural de acción” en las conductas falsarias que, persiguiendo un único designio dirigido a un solo objetivo, (en el supuesto al que se refiere, una finalidad patrimonial), se lleva a cabo en “unidad de acto”. Aunque la acción falsaria se concrete en varios documentos es tan sólo porque se da la circunstancia de la pluralidad. Lo determinante -dice esa jurisprudencia- es discernir si los actos falsarios se realizaron en una sola ocasión o en fechas o momentos diversos. La realización de la conducta delictiva en un momento o fase criminal determinada no interrumpida, constituye un solo delito. Deben entenderse, pues, realizadas materialmente todas las manipulaciones falsarias en un solo acto, comprensivo de una única actuación delictiva evidenciadora de la voluntad del agente, por más que deba después proyectarse la ejecución de ese propósito inicial en distintos actos o fases ulteriores.

El Ministerio fiscal, fiel a su papel procesal de “parte imparcial”, señala que la jurisprudencia no es pacífica en esta materia. Una segunda línea jurisprudencial da prioridad al criterio normativo de acción sobre el naturalístico, según la cual el hecho de que se confeccionen en un mismo contexto espacio-temporal varios documentos falsos obliga a subsumir los hechos en la figura del delito continuado. Para ello se tiene en cuenta fundamentalmente el precepto infringido y al bien jurídico prote-

gido, de modo que la acción se consuma cuando se produce el resultado previsto por la norma, cualquiera que sean los hechos naturales (únicos o plurales) que requiera tal infracción para que se produzca en el mundo real (SSTS 348/2004, de 18-3; 1277/2005, de 1011; 566/2006, de 9-5; 291/2008, de 12-5, y 365/2009, de 16-4). Según esta dirección jurisprudencial "el concepto normativo de acción atiende sustancialmente al precepto infringido y al bien jurídico protegido, de modo que la acción se consuma cuando se produce el resultado previsto en la norma, cualquiera que sean los hechos naturales (únicos o plurales) que requiere tal infracción, para que se produzca en el mundo real. En suma la ley penal no atiende estrictamente a la naturalidad de las acciones sino a sus componentes jurídicos".

Ahora bien, también en la construcción de la unidad natural de acción se argumenta sobre un concepto normativo, pues la acción que se aúna en una única conducta típica siempre se vale de un componente jurídico para unificar en un solo acto lo que naturalísticamente es plural.

En el supuesto que ahora se enjuicia entendemos que ha de operarse con el criterio de la unidad natural de acción. Desde el hecho probado se relata que la falsedad de los treinta certificados de defunción son consecuencia de una previa mendacidad, el listado elaborado por el general N. en el que había señalado una identidad a cada uno de los 62 cadáveres, de los cuales 32 habían sido correctamente identificados, en tanto que los restantes no lo habían sido. Esa mendacidad, recogida en el listado elaborado es el documento del que dimana la confección falsa de los certificados de defunción y en lo que estas no son sino una ejecución de la previa mendacidad documentada en un Acta.

Por lo tanto, los treinta documentos obedecen a un mismo concepto, la documentación de una previa mendacidad derivada de la necesidad de repatriar, con rapidez, los cadáveres de los militares españoles en un accidente aéreo cuando regresaban de una misión internacional respecto a la que la opinión pública se encontraba profundamente dividida. Son elaborados en una unidad de acto, "sin levantar mano" podría decirse. Desde la perspectiva expuesta el "quantum", el número de documentos falsos no resulta de una voluntad criminal que se reitera sino de una ausencia de posibilidad de identificar. Esto es, podían haber sido, perfectamente, una cantidad distinta a treinta en función de las posibilidades de identificación.

Por lo tanto, el número de actuaciones documentales no es relevador de una perduración y reiteración del dolo por lo que, es procedente aplicar, a este supuesto, la corriente jurisprudencial de la unidad natural,

también jurídica, de acción. También, ha de tenerse en consideración que los documentos falsos no lo son en su integridad, pues reflejan un hecho cierto, el fallecimiento de una persona, su fecha y su causa, elementos esenciales de los que derivan consecuencias jurídicas, aunque es mendaz en orden a la correspondencia de cada cuerpo con su identidad, de la que, como se destaca en la sentencia y analizaremos al abordar la impugnación de uno de los condenados, también surgen efectos jurídicos.

En definitiva, y como dijimos en la STS 813/2009, antes citada, en los casos, como el que nos ocupa, en los que los actos falsarios se realizan con unidad inmediata de acción, responden a un único destino y se documentan en ejecución de una única finalidad, el bien jurídico se halla suficientemente tutelado acudiendo a la apreciación de un único delito. Se considera, en cambio, artificioso hablar de distintas acciones falsarias que deben ser ensambladas mediante la figura del delito continuado del art. 74 del C. Penal que está prevista para supuestos en que los actos falsarios son claramente diferenciables y no presentan una unidad espacio-temporal tan directa e inmediata como sucede en el caso que se juzga.

En la Sentencia transcrita se sitúa en la individualización de la pena el reproche derivado de la pluralidad de acciones sobre varios documentos, individualización que el tribunal ha realizado en la instancia atendiendo a las especiales circunstancias concurrentes en el hecho y a las que nos hemos referidos al conectar la gravedad del accidente con las exigencias derivadas de la urgencia en la realización del duelo.

Recurso de Vicente Carlos N.R.

QUINTO.- Con amparo procesal en el art. 849.2 de la ley de Enjuiciamiento Criminal denuncia el error de hecho en la apreciación de la prueba que resulta de los documentos que designa, los 62 certificados de inscripción de defunción en el Registro civil consular, y pretende que en virtud de esos documentos designados se añada al hecho probado que los cadáveres aparecen inscritos en el Registro consular y se practicaron de oficio sin necesidad de los certificados de defunción que fueron emitidos, desde España, por el recurrente.

Desde esa consideración añade que, de acuerdo a la doctrina de esta Sala, expresada en la STS 490/2006, de 16 de marzo, la falsedad del certificado de defunción es irrelevante. Así, afirma el recurrente, si de acuerdo con la doctrina de la Sala II expresada en la Sentencia que invoca "el certificado de defunción en nada afecta a la responsabilidad criminal si no va acompañado de un asiento registral", como quiera que en el presente supuesto la inscripción del fallecimiento se realizó sin atender al

certificado de defunción, pues se realizó "ex officio" por el encargado consular, el certificado de defunción era irrelevante como generador de derechos, pues los mismos se generaron a partir de la inscripción registral la cual tuvo lugar "ex officio" sin necesidad del certificado que se reputa falso.

El motivo se desestima. La alegación del recurrente parte de un análisis literal de la inscripción registral del fallecimiento. Es cierto que se re-

■

*"...el certificado de defunción, objeto de la presente falsedad es un documento público, y su falsedad se subsume en el art. 390 cuando es realizada por funcionario público (...). En ellas, aunque no de forma expresa, pues no era objeto de debate casacional, se refieren actos de falsificación del certificado de defunción que se subsumen en el delito de falsedad documental y no en el de falsedad de certificados, en una interpretación acorde con la doctrina que expuso la STS de 12 de enero de 2004, STS 1/2004, en atención a la gravedad y trascendencia de la alteración del instrumento documental."*

■

alizo de oficio por el funcionario consular, pero también que en la inscripción figuran datos que solo desde el conocimiento de la existencia del certificado de defunción pueden realizarse, conforme ordena la normativa del Registro civil. En este sentido, la causa de la muerte, el lugar y la fecha son extremos de la inscripción que resultan de un expediente administrativo del que el certificado de defunción, como documento esencial, forma parte.

Así resulta de las declaraciones del Cónsul que realizó las inscripciones en las que declara su desconocimiento de la necesidad de contar con los certificados de defunción, y añade, y esto es relevante, que las inscripciones registrales las realizó desde la documentación que le remitió el Ministerio de Defensa para el que los certificados de defunción eran el documento esencial en la medida en que se declaraba el fallecimiento de una persona, las causas, el lugar y fecha del fallecimiento, hechos que ya eran conocidos por el Ministerio que anticipó su comunicación al Cónsul para realizar la inscripción registral, para lo que era necesario, como presupuesto, el certificado de defunción. (art. 85 LRCivil).

El certificado de defunción es, desde luego, un documento público y el documento hábil y necesario para certificar la muerte de una persona, la fecha y su causa y es esencial para desencadenar los subsiguientes efectos constitutivos de derechos y obligaciones y de su registro, conforme al art. 85 de la Ley de Registro Civil. Se trata de un documento cuya relevancia no aparece supeditada a la posterior inscripción en el Registro civil. El argumento del recurrente con cita de la STS 490/2006, de 16 de marzo, ha de ser valorado en el contexto en el que tal manifestación argumental se expresa.

En la Sentencia que se invoca se utiliza ese argumento referido a una persona que imputada en un delito de tráfico de drogas, falsifica un certificado de defunción que presenta en el registro civil para obtener una inscripción de fallecimiento con el que obtener una declaración de extinción de la responsabilidad penal, precisamente, por el fallecimiento. El tribunal emplea ese argumento en el contexto en el que es discutido, entre otros, el de incluir todas las falsedades producidas, del certificado, del asiento registral, etc., en el concepto de unidad de acción frente a la consideración de delito continuado. Es una argumentación dirigida a una denuncia de subsunción muy distinta al de la presente sentencia y su doctrina se enmarca en el contexto en el que se dicta.

SEXTO.- En el segundo de los motivos denuncia el error de derecho por la indebida aplicación de los arts. 390.1.1 y 4 del Código penal.

El desarrollo argumental del motivo es prolijo. Tras recordar, de acuerdo a nuestra jurisprudencia, las funciones que debe cumplir un documento para que su falsedad sea típica del delito de falsedad documental, expresa que los documentos de defunción de los treinta cadáveres erróneamente identificados, no realizan ninguna de las funciones de garantía, de prueba y de constitución de una relación jurídica, pues en este supuesto, la inscripción registral se realizó de oficio, sin necesidad de pre-

sentación del certificado de defunción, y los derechos que surgen de la declaración de fallecimiento, lo han sido a partir de esa inscripción registral, y no por el certificado de defunción que tampoco sirvió para la inhumación ni fue entregado a los familiares. Por otra parte, las consecuencias a las que alude la sentencia, sobre lesiones al ejercicio de las acciones de paternidad no surgen de los certificados de defunción, sino del hecho material de la errónea identificación, "hecho material", según su expresión, ajeno a la confección de los certificados de defunción que acreditan la realidad de los fallecimientos ocurridos en el accidente aéreo.

Como expusimos en la anterior fundamentación, aunque sea cierto que las inscripciones en el registro consular de los fallecimientos se realizó sin tener delante el Cónsul los certificados de defunción, también lo es que esa inscripción se realizó tras la incoación de un expediente que se siguió en el Ministerio de Defensa al conocer el hecho luctuoso del fallecimiento de todos los militares que viajaban en el avión siniestrado y el expediente se incoó después de conocer la realidad del hecho.

Por otra parte, y conforme hemos expuesto anteriormente, el certificado de defunción por las funciones que cumple en el orden registral de una persona, exige una absoluta correspondencia entre la persona y la documentación de su fallecimiento, de ahí que deba ser realizado por un médico, que debe identificar al fallecido, y cumplimentar otros requisitos como el de determinar la causa del fallecimiento. El que debido a la magnitud de la tragedia, en este caso, se actuara de otra forma, realizando las inscripciones registrales sin la presencia del certificado de defunción, no quiere decir que ese certificado no fuera necesario para la inscripción del fallecimiento de una persona concreta e identificada, pues el anticipo de una actividad, el registro de la muerte de una persona, no quita relevancia a la necesidad de exigir que el certificado de defunción sea efectuado con observancia de todas las condiciones de su validez y, entre ellas, la identificación de la persona a la que se refiere el certificado de defunción para garantizar los derechos de los familiares, a velar el cadáver de su familiar, a su inhumación y entierro y al hipotético ejercicio de acciones de paternidad, como bien refleja la sentencia impugnada.

El certificado de defunción no es un documento intrascendente, como parece sugerir el recurrente, sino que es documento que da inicio al resto de la documentación que acredita la propia existencia de un cadáver del que surgen múltiples relaciones jurídicas y que requiere que su confección responda a las exigencias de constancia de la identidad, de la data del fallecimiento y de las causas del

mismo. La expresión de correspondencia de un certificado de defunción con un cadáver es esencial y no se cumple cuando esa correspondencia es falsa pues no se realizaron actos que la posibilitaran en los casos en los que externamente no era posible

Afirmar esa identificación, sin realizar actos que posibilitan la identificación del cadáver, es una mendacidad que al documentarse en un instrumento público integra la tipicidad del delito objeto de la condena. En este sentido, el hecho probado refiere lo aleatorio de la identificación.

Así ocurrió en el supuesto que es objeto de esta causa, pues el recurrente no realiza la identificación (resultado) de treinta de los cadáveres, sino que asigna un nombre a una bolsa, haciendo parecer que los había identificado, incluso lo manifiesta a sus superiores y a sus subordinados y, desde esa mendacidad, redacta los certificados de defunción de personas que, efectivamente, habían fallecido, pero sin identificar el cadáver respecto al que había certificado su fallecimiento.

Alude el recurrente que el certificado de fallecimiento no refleja hechos mendaces, sino que la mendacidad surge en un momento anterior, que denomina, hecho material, y que concreta en la errónea identificación. Del relato fáctico resulta que el propio recurrente fue quien elaboró un documento en el que asigno un número, que identificaba cada una de las bolsas que alojaban los cadáveres, a uno de los nombres de los militares fallecidos que todavía no habían podido ser identificados, y esa asignación se realiza sin efectuar la más mínima diligencia de investigación que permita asegurar la correcta identificación.

El recurrente no realiza ninguna diligencia para asegurar la correspondencia de una bolsa con una concreta persona fallecida, por el contrario afirma que ha procedido a su identificación "individual", lo que era falso y mendaz en cuanto al resultado-identificación, y, como consecuencia de esa mendacidad, redacta unos certificados de defunción en los que el apartado correspondiente a la identificación del cadáver, pese a afirmar que ha procedido a su "identificación individual", es falso. Desde esta perspectiva lo que el recurrente denomina "hecho material" consistente en la asignación aleatoria de un nombre a un número de la bolsa que alojaba restos mortales de uno de los fallecidos y en la que el general N. aseguraba la identificación, el examen personal de cada uno de los fallecidos que permitió esa identificación, alcanza su realidad como hecho falso en el momento de la documentación, en la redacción de los certificados de defunción, a través de los que se concreta la falsedad de la identificación personal.

SÉPTIMO.- En el tercero de los motivos denuncia otro error de hecho en la apreciación de la prueba. Refiere que del examen de la documentación de la causa se produce un error en el hecho probado que debe ser completado para afirmar que las "menciones manuscritas por el general N. en los certificados médicos de defunción (se acreditó mediante identificación individual y se realizó autopsia) son veraces, lo que unido al resto de las menciones que contiene el documento despoja a éste de la condición de mendaz que le achaca la sentencia". Propone que se adicione al hecho probado que el equipo médico del general N. identificó en la improvisada morgue como nacionales españoles, mediante el examen individualizado de cada uno de los cadáveres, a los sesenta y dos militares fallecidos y que sobre ellos se realizó la autopsia para determinar la causa de la muerte que era la misma para todos ellos.

Es preciso realizar una precisión. El recurrente trata de jugar con un equívoco. Refiere ser cierto que se realizó una identificación individual, porque así lo ordenó y realizaron sus subordinados, por lo que concluye que esa "identificación" se realizó asignando a este término dos acepciones. Lo que en la sentencia es identificación como resultado, hecho mendaz porque no se alcanzó, para el recurrente identificación significa que es instrumento de identificación, de manera que desde esa acepción del término identificación, no hay mendacidad alguna, pues, efectivamente, se realizó.

La desestimación es procedente. El texto que pretende introducir en el hecho probado además de innecesario, pues su contenido esencial está declarado probado en el hecho probado, es irrelevante porque la subsunción en la falsedad no resulta de la mendacidad en la identificación como nacionales españoles de los sesenta y dos militares españoles fallecidos en el accidente, ni en la descripción de la causa de la muerte, la misma para todos por lesiones traumáticas multiorgánicas, sino en la expresión en el certificado de defunción de la correspondencia de cada certificado con un concreto cadáver, pues como se declara probado esa identificación, pese a que se refiere que se realizó individualizadamente, es mendaz y no responde a criterios ciertos de identificación respecto a los treinta cadáveres que no pudieron ser identificados por el reconocimiento individual de cada uno de ellos, como sí lo fueron los otros treinta y dos.

Es cierto que se realizó un reconocimiento individual y se practicó una necropsia, o autopsia, pero su realización no implica que se realizara una identificación de los cadáveres. Como hemos dicho anteriormente, cuando se realiza la necropsia, y más cuando ésta se documenta, la errónea identificación, la mendacidad sobre

esa identificación, ya se había dispuesto por el acusado N., y es por ello que los otros dos acusados refieren en la documentación de la diligencia que la realizan sobre un cadáver que se nos presenta identificado con el número (X) y con (nombre y apellidos), indicativo de que la identificación ya había sido realizada por lo que la función de la necropsia no se extendía, como es propio de la diligencia, a la identificación del cadáver pues ese extremo ya constaba en el expediente que se tramitaba.

La documentación que el recurrente designa, la que en la sentencia denomina Acta turca en referencia al acta levantada por los forenses turcos, no acredita el error del hecho probado, pues como pone de manifiesto la sentencia impugnada, en un extremo lleno de lógica que el recurrente no discute, de la misma resulta que treinta de los cadáveres que se entregaban a las autoridades militares españolas no habían sido identificados hasta ese momento, siendo necesarias determinadas pruebas de identificación que el general N. no realizó y que, mendazmente, afirmó que los había identificado.

OCTAVO.- En el cuarto de los motivos de la impugnación denuncia el error de derecho por la indebida aplicación del art. 390.1.1 y 4 del Código penal.

La argumentación de este motivo parte de la estimación del anterior y, consecuentemente, la desestimación sería procedente desde una consideración del motivo como subsidiario del anterior. Pero, como señalamos en el anterior motivo, la modificación fáctica que pretende en el anterior motivo era innecesaria en la medida en que lo que se trataba de introducir en el hecho probado ya figuraba en el mismo, al menos en su contenido esencial, esto es, que se había procedido al examen individual de cada cadáver, que se habían identificado como españoles y que se había realizado respecto a cada uno la necropsia. Esos hechos probados aparecen así en el relato fáctico. Ahora bien de esa conformación del relato fáctico no es posible deducir el error que el recurrente pretende, que el certificado de defunción no es mendaz, porque la mendacidad que se subsume en la falsedad documental objeto de la condena en la sentencia impugnada no deviene de esos hechos, sino del principal referido a la falsedad de la identificación de los cadáveres y la atribución del nombre que realmente le corresponde, y ello porque el recurrente no identificó, aunque sí como español y militar, no con sus nombres y apellidos, imposibilitando así establecer sin duda alguna, la correspondencia de treinta de los cadáveres con las identificaciones de las personas fallecidas.

Como señala el Ministerio fiscal al responder a la impugnación, del relato fáctico resulta la falsedad no en el hecho de la muerte, su fecha y su

causa, sino en el extremo relativo a la identificación del cadáver y su correspondencia con la persona que se declara fallecida, pues se realizó una identificación en bloque, no individual, pese a afirmar lo contrario en el certificado de defunción.

NOVENO.- Denuncia en el quinto de los motivos de la oposición la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva. Argumenta que la sentencia adolece de falta de motivación sobre la subsunción del hecho probado en el art. 390.1.1 del Código penal cuya tipicidad exige la alteración del documento en alguno de sus elementos esenciales, en tanto ha sido también condenado por la forma de la falsedad del art. 390.1.4 Cp., esto es, faltar a la verdad en la narración de los hechos. Entiende el recurrente que esta doble subsunción del hecho en dos preceptos, sin que se explique en la motivación le ha producido la lesión a su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, por falta de motivación. Además, porque la falsedad del número 1 del art. 390.1 Cp, supondría una falsedad material, de la que ninguna acusación formula imputación.

La desestimación es procedente. El recurrente ha sido condenado por un único delito de falsedad documental del art. 390.1 del Código penal. En la expresión de la modalidad falsaria parece que el tribunal desliza un error al indicar que la modalidad falsaria es la prevista en los apartados 1 y 4 del art. 390.1, cuando solo sería de aplicación la del apartado cuarto, faltar a la verdad en la narración de los hechos. La modalidad del apartado 1, la alteración del documento, en una modalidad material que no ha sido objeto de acusación, por lo que nunca pudo ser objeto de condena. Se trata de un error material que es irrelevante, pues lo relevante es la subsunción del hecho, de acuerdo a las acusaciones, en el delito de falsedad documental por faltar a la verdad en la narración de los hechos cometidas en un documento público por funcionario público. No cabe argumentar sobre una indefensión, por incluir en la explicación de la subsunción el número 1 del art. 390.1 Cp, pues ni fue objeto de acusación, ni sobre esa subsunción se articuló prueba, ni alegación alguna.

DÉCIMO.- En el último de los motivos de la impugnación de este recurrente se denuncia el error de derecho por la inaplicación de la regla 1 del art. 8 y, consiguientemente, del art. 398 y la aplicación indebida del art. 390.1.1 y 4 del Código penal.

En el motivo argumenta sobre la base de la jurisprudencia que cita y que señala la aplicación preferente del tipo penal del art. 398 sobre el art. 390 cuando el funcionario público falsifica un certificado al que se refiere el tipo del art. 398 del Código penal. El recurrente se apoya en la expresión nominal del documento, certificado de defunción, para, instar

la subsunción en el art. 398 del Código penal, el tipo de la falsedad de certificado, utilizando el criterio de especialidad como criterio de resolución del conflicto de normas que se produciría entre el art. 390 y el 398, ambos del Código penal.

El recurrente no analiza si el documento falseado, la certificación de defunción, es un documento público o un certificado, sino que partiendo del "nomen" con el que es conocido lo reputa, sin discutirlo, certificado y solicita la aplicación preferente, del art. 398 del Código penal. La desestimación es procedente. En primer lugar porque ese concreto apartado de la subsunción no fue objeto de debate en el enjuiciamiento, nadie solicitó esa subsunción del documento en el concepto de certificado y la aplicación del art. 398 del Código penal. También por razones de fondo.

Como dijimos en la STS 1/2004, de 12 de enero, para pronunciarnos sobre el posible fundamento de este motivo, en primer lugar es preciso resolver la naturaleza de los certificados de defunción, esto es, si se trata de un documento público o de un certificado a efectos de la penalidad respectiva en los arts. 390 y 397 y 398 del Código penal. En principio una interpretación armónica con otros preceptos del Código, como el 26 que define el concepto penal de documento, nos lleva a la conclusión de esa naturaleza frente a la de certificado. En la definición auténtica del concepto de documento que proporciona el art. 26 del Código se entiende por tal "todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica".

No existe un precepto que proporcione una definición auténtica de certificado, como tampoco en lo referente a lo que deba entenderse por documento oficial, público o mercantil, lo que no ha dejado de plantear importantes problemas a la jurisprudencia que ha procedido a su concreción. En este sentido, por certificados dijimos en la STS de 27 de diciembre de 2000 se entiende aquellos en los que se hace constar una verdad, que se conoce y aprecia por haber sucedido y existir efectivamente, o por su correspondencia con datos previamente registrados si bien se precisa también que "el criterio diferenciador" entre las falsedades en los certificados y los documentos oficiales no es tajante y sólo la gravedad y trascendencia de la alteración del instrumento documental puede ser un criterio determinante para señalar si se está ante una falsedad documental o de certificados.

En efecto, junto a la falta de una definición auténtica de lo que debe entenderse por certificado a efectos jurídico penales, el vigente Código Penal ha prescindido de la enumeración contenida en el Código derogado:

certificados de enfermedad o lesión, a fin de eximir a una persona de algún servicio público (art. 311), de méritos o servicios, de buena conducta, de pobreza o de otras circunstancias análogas (art. 312), al hablar simplemente de certificado -art. 397- o de certificación -art. 398- falsos, lo que supone un mayor inconcreción. Si a ello unimos la consideración de que, por su menor penalidad, la falsedad de certificados constituye un tipo de falsedad de carácter privilegiado, y de que, sin el cuestionado tipo penal, estas conductas serían inculcables en la falsedad de documentos oficiales, hemos de llegar a la conclusión de que la aplicación del tipo privilegiado ha de hacerse atendiendo -como enseña la jurisprudencia- a la gravedad y trascenden-

■

*"En el caso objeto de la censura casacional, el certificado de defunción, que da lugar a la inscripción del fallecimiento de una persona (art. 85 LRCivil) y su declaración como tal, generador de múltiples efectos jurídicos, resulta patente que por la trascendencia del mismo su falsificación se subsume en el art. 390 y no en la de los certificados, y así ha sido declarado por la jurisprudencia de esta Sala."*

■

cia objetiva de la falsedad de que se trate".

En otros pronunciamientos jurisprudenciales hemos declarado que el certificado de defunción, objeto de la presente falsedad es un documento público, y su falsedad se subsume en el art. 390 cuando es realizada por funcionario público (SSTS. 27.5.1988, 13.12.1985, 4.12.1988 y la que el propio recurrente ha citado en el segundo y tercer motivo, la 490/2006, de 16 de marzo). En ellas, aunque no de forma expresa, pues no era objeto de debate casacional, se refieren actos de falsificación del certificado de defunción que se subsumen en el delito de falsedad documental y no en el de falsedad de certificados, en una interpretación

acorde con la doctrina que expuso la STS de 12 de enero de 2004, STS 1/2004, en atención a la gravedad y trascendencia de la alteración del instrumento documental.

En el caso objeto de la censura casacional, el certificado de defunción, que da lugar a la inscripción del fallecimiento de una persona (art. 85 LRCivil) y su declaración como tal, generador de múltiples efectos jurídicos, resulta patente que por la trascendencia del mismo su falsificación se subsume en el art. 390 y no en la de los certificados, y así ha sido declarado por la jurisprudencia de esta Sala.

Recurso de José Ramón R.G. y de Miguel S.G.

DÉCIMO PRIMERO.- Denuncia en el primero de los motivos la vulneración de su derecho fundamental a la presunción de inocencia. El desarrollo del motivo es ajeno a la vía de impugnación elegida. Los recurrentes son conscientes de la existencia de la precisa actividad probatoria sobre el hecho probado, y así resulta de las declaraciones de los dos recurrentes y del coimputado N. y las declaraciones del testigo teniente coronel C., de las que resulta acreditada la realidad de la confección por los acusados de las fichas de reconocimiento de los cadáveres y la realización por ambos recurrentes de las hojas de necropsia en las que hicieron figurar que procedían al examen de los cadáveres que habían sido identificados con un número y un nombre y apellidos.

Sobre los hechos objetivos del relato fáctico la prueba es más que suficiente, y los propios acusados reconocen esa conducta que se declara probada. Lo que discuten es la inferencia sobre el conocimiento de la previa falsificación por parte del coimputado N., extremo, el del conocimiento de la ilicitud a la que colaboran en los términos que se declaran probados que, como elemento subjetivo de la complicidad, resulta acreditado a través de inferencias a las que el tribunal llega por vía de razonamiento y de lógica. Estas inferencias, que permiten declarar probado el conocimiento sobre lo que actuaban auxiliando es objeto de impugnación por error de derecho en el motivo cuarto de la impugnación. Esta es la vía procedente para recurrir ese juicio de valor o inferencia judicial y nos remitimos al mismo para dar respuesta a este motivo de impugnación.

En lo que aquí interesa, la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, el tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para conformar el hecho, desde las declaraciones personales de los acusados, la documentación de sus quehaceres en autos y la testifical del Teniente Coronel C. que permite afirmar el hecho en los términos en que han sido declarados.



DÉCIMO SEGUNDO.- En el segundo de los motivos de la oposición denuncia la indebida aplicación de los artículos del Código penal que tipifican el delito de falsedad y la participación de los recurrentes como cómplices en el delito. Arguyen que los documentos que se dicen falsificados no eran idóneos para surtir efectos en el tráfico jurídico, por lo tanto eran irrelevantes para la subsunción en el delito de falsedad. Para llegar a esa conclusión formulan un doble argumento. De una parte que los certificados de defunción acreditan un hecho cierto, el fallecimiento de una persona, por lo que ese extremo del documento que es verdadero no puede ser calificado de mendaz y típico de la falsedad documental. De otra parte, que el Código penal no protege como bien jurídico los cadáveres, a excepción del delito de profanación de cadáveres del art. 526 del Código penal.

El motivo debe ser desestimado. Para la resolución del motivo forzadamente hemos de reproducir cuanto se argumentó al dar respuesta a las pretensiones casacionales del recurrente N. cuando discutía en los motivos segundo, tercero y cuarto, la errónea subsunción del hecho en los preceptos del Código penal que tipifican el delito de falsedad y cuanto se argumentó para señalar las exigencias y requisitos del delito de falsedad y la correcta subsunción de los hechos en el tipo penal de la falsedad.

Con respecto a la alegación, que reproduce en varios apartados del contenido argumental del motivo, relativa a que los cadáveres no gozan de protección en el Código penal, a excepción del delito de profanación de cadáveres, se trata de un sofisma. Ciertamente, a excepción del delito de profanación, no existe otra figura típica en el que se señale al cadáver como específico objeto de protección penal. Ahora bien, eso no quiere decir que el cadáver no goza de protección penal pues en orden a su correspondencia con una concreta persona, el Código penal protege esa situación. Concretamente, en el delito de falsedad, existe un interés jurídico penal en que el certificado médico refleje fielmente la realidad a la que se refiere, esto es, la identificación de la persona a la que se refiere, la fecha de fallecimiento y la causa. Ese es el contenido esencial del certificado y la mendacidad en alguno de esos apartados esenciales se integra en el delito de falsedad en los términos en que se declara en la sentencia, en el que el bien jurídico protegido es la confianza pública en determinados instrumentos documentales e, indirectamente, las relaciones jurídicas que surgen de la consideración del fallecimiento de una persona.

Afirma el recurrente que la tipicidad en el delito de falsedad requiere que la mendacidad documentada suponga "al menos un peligro para de-

terminados bienes jurídicos". El delito de falsedad es un delito formal cuya tipicidad no requiere la creación de un peligro patrimonial, como los recurrentes parecen sugerir en el desarrollo argumental de este apartado de su razonamiento, que se consuma con la mera mendacidad documentada siempre que esta sea relevante y reúna los requisitos que hemos señalado en anteriores fundamentos de esta Sentencia. Ahora bien, el tribunal de instancia razona, con lógica, sobre la concurrencia de un peligro potencial derivado del hecho de un posible ejercicio futuro de acciones de paternidad, cuyos datos se verían forzosamente alterados si quien es examinado en sus restos biológicos para la obtención de elementos de identificación no es la persona que dice ser en el certificado con el que fue inscrito como fallecido. Además, el derecho de los familiares a velar y atender los restos de su familiar, no el de otra persona, que es objeto de respeto y de protección.

En cuanto a la exigencia del dolo típico de la falsedad y de la complicidad, ambos apartados aparecen afirmados en el hecho probado al declararse, en el apartado VIII de los hechos, que los recurrentes eran conscientes de que treinta de los cadáveres no podían haber sido identificados y que, a sugerencia del general N., omitieron conscientemente la descripción de lesiones que pudieran despertar recelos o dudas sobre el proceso de identificación, permitiendo que N. pudiera emitir los certificados de defunción. Es decir, el relato fáctico refiere que los recurrentes eran conscientes del hecho de la mendacidad en la identificación y auxiliaron al autor en un concreto hecho, no expresar el contenido real de las lesiones para no levantar sospechas sobre la mendacidad, aporte que es realizado con anterioridad a la emisión de los certificados y con la finalidad de favorecer la realización del delito.

DÉCIMO TERCERO.- En los tres motivos siguientes de la impugnación, el tercer, cuarto y quinto, denuncia sendos errores de derecho por la aplicación indebida del art. 390.1.1 y 4 y 29 del Código penal.

En el primero denuncia la imposibilidad de que puedan ser subsumidos los hechos, falsedad por faltar a la verdad en la narración de los hechos, en la complicidad "lo que sometemos al mejor criterio del tribunal". Afirma que no ha encontrado en la jurisprudencia antecedentes de una condena por complicidad en el delito de falsedad.

Así planteada la cuestión, un análisis rápido de nuestra jurisprudencia permite comprobar que son varias las Sentencias que abordan, de manera indirecta, la cuestión que los recurrentes someten a nuestra consideración. En varios pronunciamientos hemos declarado la posibilidad de

formas de participación en el delito de falsedad, como coautor, y como participe, necesario o no. Es cierto que existen muchos pronunciamientos en los que se resuelve la participación desde su consideración de necesaria, pero admitida la forma de participación en el delito, la consideración de necesaria, o no, en una cuestión que deriva en un examen particularizado de la aportación realizada.

El ejemplo al que los recurrentes acuden, el delito contra la salud pública respecto al que la jurisprudencia ha sido reacia a admitir formas de participación, no es oportuno, pues en la mas moderna jurisprudencia la ha admitido si bien con muchas cautelas dada la redacción típica del delito en el que es difícil la concurrencia formas de participación que consistan en facilitar la facilitación o favorecer al favorecedor, pero esa dificultad derivada de la tipicidad del delito no concurre en el delito de falsedad. Como muestra de esa posibilidad, reseñamos las SSTS de 16 de julio y 12 de febrero, de 2009, 26 de diciembre, 4 de noviembre y 17 de julio de 2008, en las que se argumenta sobre esa posibilidad de formas de participación en el delito de falsedad.

El hecho probado de la sentencia refiere un supuesto que subsume en la complicidad el delito de falsedad documental y lo realiza desde un hecho probado en el que se afirma que los dos recurrentes conocían, o racionalmente pudieron prever, que los treinta cadáveres no habían sido identificados, pese a que el general N. así lo había comunicado, y a su sugerencia rebajan el contenido descriptivo de las lesiones que presentaban los cadáveres, concretamente no hicieron reseñar el estado carbonizado que alguno presentaba en los informes de necropsia que debían emitir y lo hacen para que terceras personas no repararan en la mendacidad de las identificaciones que se decía se habían realizado por examen personal, lo que se compaginaba mal con esa identificación. Ese es el aporte que realizan y es un aporte comprometido previamente a la falsedad, a la emisión de los certificados de defunción. La sentencia califica ese aporte como no necesario, pues desde la subsunción que realiza entendiéndose que el autor de la falsedad la hubiera realizado sin el concurso de los recurrentes, si bien su aportación le facilitó la realización del delito en la medida en que se dificultaba que su conducta típica de la falsedad fuera descubierta. La complicidad consiste en aportar un hecho que dificulta el descubrimiento de la conducta falsaria, lo que favorece la realización del hecho por el autor, al menos desde su perspectiva.

En el segundo de los motivos formalizados por error de derecho referido a la complicidad en el delito de falsedad denuncia el error en la aplicación del art. 29 del Código penal,

porque su conducta no es coetánea a la del autor, sino posterior y por lo tanto de encubrimiento del art. 451 del Código penal que, al no haber mediado acusación por este delito no podría ser objeto de una condena. Además, cuestiona el elemento subjetivo de la complicidad al entender que no es lógica la inferencia del tribunal del hecho de omitir la descripción de los cadáveres y de ahí deducir que lo hicieran para auxiliar a N. en la emisión de los certificados.

La desestimación es procedente. Ya señalamos al analizar el anterior motivo que el aporte de los recurrentes al hecho de la falsedad es un aporte dirigido a dificultar el descubrimiento del delito y ese aporte se compromete antes de la realización de la falsedad. La conducta de los dos recurrentes, omitiendo datos sobre el estado de los cadáveres, permite al autor del hecho reflejar en los certificados de defunción que realiza que la identificación se ha alcanzado de manera personal y tras la realización de la autopsia y necropsia que realizaron los dos recurrentes. Ese aporte facilita la comisión del delito al autor principal y el tribunal de instancia lo ha calificado como un aporte de auxilio no necesario. El que el general N., antes de la aportación de los recurrentes ya hubiera decidido la mendacidad, afirmando la realización de la identificación de los cadáveres, no altera lo anteriormente referenciado, pues la decisión de delinquir se concreta posteriormente con la confección de los certificados y de ahí una de las bases fácticas para considerar no necesaria la aportación de los recurrentes al hecho de la falsedad, pues el autor ya había exteriorizado su idea de cometer el delito, de documentar la mendacidad, y en ese plan de actuación entra en juego la participación de los recurrentes para dificultar el descubrimiento de la mendacidad que se documenta.

Respecto al elemento subjetivo de la participación resultan del relato fáctico los datos precisos para su inferencia. De acuerdo a nuestra jurisprudencia, los partícipes en un delito ajeno, han de responder, desde el plano subjetivo, a lo que en algunas Sentencias hemos denominado doble dolo que ha de concurrir en estos supuestos de participación en el delito cometido por otro. El partícipe ha de actuar con un doble elemento subjetivo: ha de conocer los elementos objetivos del hecho constitutivo del delito que va a cometer o que se encuentra cometiendo el autor principal y ha de conocer también que con su acción auxilia o favorece o hace posible el delito cometido por el autor principal (SSTS 988/2006, de 10 de octubre, 1264/2003, de 8 de septiembre).

Del relato fáctico, que debe ser respetado en la impugnación, resultan estos conocimientos del cómplice. En primer lugar, el conocimiento sobre la ausencia de una correcta

identificación es patente desde el propio comportamiento de los recurrentes que en su informe de necropsia refieren que la realizan respecto a cadáveres que les vienen identificados, "se realiza la necropsia de cadáver de varón, al que se nos presente identificado con el número (X) y como /nombre (nombre y apellidos)". Los propios recurrentes infieren del empleo de esa fórmula que era una advertencia significativa del hecho de que las identificaciones estaban mal realizadas y que ellos no aceptaban. La expresión en el mismo recurso de esa inferencia, da idea del conocimiento de los hechos que tenían los condenados que ahora recurrentes.

En segundo lugar, los recurrentes, que conocen esa situación de antijuridicidad aceptan la sugerencia de coimputado N. para que "dulcifican" las lesiones que presentaban los militares fallecidos en el accidente aéreo. En justificación de ese actuar, cuya realización objetiva, esto es, la falta de correspondencia en la mayoría de los casos de las lesiones existentes y las reflejadas en el informe de necrosis, no es discutida, los acusados reseñaron la intención de no agravar el dolor de los familiares con descripciones de mutilaciones, etc., que podrían aumentar el dolor por la pérdida en condiciones dolorosas.

Sin embargo esa justificación es razonablemente rechazada en la sentencia por las explicaciones que se proporcionan, páginas 37 y siguientes de la sentencia, relativas a que en los mismos se hace referencia a datos descriptivos de lesiones, particularmente escabrosos, y lo que se "dulcifica" nada tiene que ver con elementos de identificación. Por último se afirma que los informes de necropsia no tenían que ser entregados a los familiares de los fallecidos, sino que forman parte del expediente administrativo sanitario.

Descartada esa finalidad que fue la proporcionada por los acusados en descargo de su actuar, el tribunal entendiendo que la explicación razonable de ese actuar es la de auxiliar al autor de la falsedad, quien ya tenía pensado su realización, proporcionando unos elementos de ayuda a la realización y dificultando su descubrimiento en el supuesto de que se cuestionara la identificación realizada, pues la misma obedecía, como se indica en los certificados de defunción, a una identificación personal y a la realización de la autopsia.

Conforme hemos señalado, los recurrentes conocían la defectuosa identificación de los cadáveres y la falta de correspondencia de las identificaciones de treinta cadáveres con las realizadas por el general N.; además realizan unas afirmaciones que, objetivamente, son incompletas en la descripción de las lesiones que percibieron en los cuerpos de los fallecidos; deducir que la finalidad perse-

guida por los recurrentes al describir unas lesiones que no se ajustaban a la realidad percibida era la de auxiliar a quien iba a realizar materialmente la falsedad sobre la identificación de los fallecidos, es lógico y razonable, una vez descartada, por ilógica, la coartada justificativa de su actuar.

Los recurrentes expresan en la impugnación una serie de hechos con los que tratan de restar lógica a la inferencia del tribunal sobre el ánimo de ayudar o de auxiliar al autor de la falsedad, es decir, el dolo del cómplice referido a la ayuda. Así manifiestan que los acusados no intervinieron ni en la confección del listado de identificaciones, anterior a las necropsias, ni intervinieron en la conversación entre N. y el general Beltrán D. sobre la realización de la identificación, y que nada apunta a que los acusados intervinieran en el proceso de identificación que la sentencia declara es realizado, en exclusiva, por el coimputado N.

Esa alegación es cierta y es la que el tribunal tiene en cuenta para afirmar que estos recurrentes son cómplices, no autores, en el delito. Invocan también que cuando llegan a Madrid, son llamados para que confeccionen los informes de necropsia y los realizan haciendo constar la frase de su realización "al que se nos presenta identificado", que indica, según afirman que quisieron llamar la atención sobre la irregularidad. La sentencia analiza esa frase para inferir el conocimiento de la situación antijurídica, pero no como advertencia, pues el destino de los informes de necropsia no era el de ser divulgados sino el de incorporarse al expediente incoado por el accidente.

Los recurrentes se extienden en consideraciones sobre el empleo del término "sugerencia" con el que se declara que el general N. se dirige a los dos recurrentes para que "con la excusa de dulcificar la descripción de las lesiones, omitieran aquéllas que fácilmente pudieran despertar recelos o dudas sobre el proceso de identificación". En la motivación de la sentencia se explica que esa frase encierra un "sobrentendido entre N. y los otros dos acusados para que no hicieran un trabajo meticuloso" que permitiera la realización de la falsedad en los términos que se declaran probados. Sin embargo, los recurrentes insisten que esa apreciación por la sala es ilógica y que en realidad esa frase no permite inferir la existencia de un acuerdo de voluntades entre el coimputado N. y los recurrentes.

La complicidad no exige ese acuerdo de voluntades que los recurrentes parecen reclamar, sino una actuación dirigida a auxiliar al autor. En el caso de autos se constata un actuar, la ausencia de una descripción de aspectos del examen personal de los fallecidos que objetivamente ayudan al autor porque

impiden el descubrimiento de la mendacidad en un aporte comprometido con anterioridad a la realización material de la falsedad.

Como señala la sentencia impugnada, siendo necesaria una aportación al hecho cometido por otro realizada desde una adhesión, incluso omisiva, el acto del autor. La omisión de las descripciones sobre el estado de los cadáveres realizado por quienes tienen encomendada la función de la realización de la autopsia, especialmente preperadas técnicamente para su realización, supone una ayuda al actuar del autor para dificultar su descubrimiento.

Las afirmaciones de los recurrentes sobre la existencia de una auténtica orden dirigida a los recurrentes como subordinados quienes actuaron en cumplimiento de un deber será analizada en el siguiente fundamento con ese concreto objeto casacional.

**DÉCIMO CUARTO.-** Denuncia en el quinto de los motivos el error de derecho por la aplicación indebida del art. 29 y la inaplicación de la exigencia de obrar en cumplimiento de un deber del art. 20.7 del Código penal.

Los recurrentes se extienden en consideraciones sobre la existencia de una orden, no una simple sugerencia como se expresa en el hecho probado, que no era manifiestamente ilegal y si lo fuera no tenían capacidad de reacción en contra, de acuerdo a los principios de jerarquía que rigen la actuación profesional que desarrollaban.

El motivo se desestima. En primer lugar, porque la cuestión no fue deducida en la instancia y, consecuentemente, ni fue discutida en el relato fáctico ni la fundamentación dan respuesta a esa posibilidad de subsunción. Lo cierto es que el hecho probado no refiere ningún error de derecho, ni una situación fáctica que permite considerar que nos encontramos ante una orden emitida legítimamente por el superior jerárquico. El hecho probado refiere una sugerencia por parte del general N. que fue seguida por los recurrentes sin discusión ni oposición, sino adhesión.

La omisión de las lesiones que presentaban los fallecidos fue una conducta que los recurrentes realizaron asumiendo una sugerencia que les fue realizada y que, objetivamente, contribuyó a la conducta del autor de la falsedad al haber sido realizadas para dificultar las posibilidades de descubrir la mendacidad documentada sobre la identificación de los fallecidos.

**DÉCIMO QUINTO.-** En el sexto de los motivos denuncian, al amparo del art. 852 de la Ley procesal, la atenuante de análoga significación por las dilaciones indebidas que entienden han de ser enjuiciadas como muy calificadas.

Señala que ante los hechos y su enjuiciamiento han transcurrido casi seis años.

Forzosamente han de reproducirse los argumentos que la sentencia impugnada mantiene para su denegación cuando le fue planteada por la defensa del general N. que le instó con el carácter de atenuante simple. En el recurso ni siquiera se discute esa argumentación y tampoco se señalan plazos relevantes de dilación y, mucho menos, de indebida. La causa es compleja, de proyección mediática, con varios imputados y perjudicados personados, en la que se han adoptado resoluciones, en ocasiones, de archivo que han retrasado el enjuiciamiento. En todo caso, no concurrían elementos que permitieran considerarlo como muy calificada y la hipotética estimación como simple no supondría una reducción significativa en la penalidad que ha sido impuesta en su tramo mínimo.

**DÉCIMO SEXTO.-** En el último motivo denuncia el error de derecho del art. 849.1 de la Ley procesal por infracción del art. 123 del Código penal y 240 de la Ley procesal. Argumentan los recurrentes el error del tribunal en orden a la imposición de la condena en costas de la acusación particular que entiende no procede pues estas acusaciones formularon su escrito solicitando la condena por delito de falsedad continuada y han sido condenados como cómplices de un delito de falsedad. Esa alteración del título de condena respecto al de la acusación hace que no deba incluirse esa condena en costas.

El motivo se desestima. De acuerdo a nuestros precedentes jurisprudenciales, el criterio en orden a la condena en costas es el de incluir las costas causadas por la acusación particular y sólo se excluye en su condena cuando su actuación haya sido notoriamente inútil o superflua o haya formulado pretensiones absolutamente heterogéneas respecto a las de la condena, debiendo ser especialmente motivado la declaración contraria a la inclusión en las costas de las causadas por la acusación particular (SSTS. 464/2007, de 30 de mayo, 717/2007, de 19 de septiembre).

A la vista de lo anteriormente señalado ningún error procede declarar y el motivo se desestima.

#### FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley, precepto constitucional y quebrantamiento de forma interpuesto por las representaciones de la acusación particular de la Asociación de Familias afectadas por la catástrofe del accidente aéreo Yak 42 y Ángeles C.C. y otros; Vicente Carlos N.R.; Miguel Ángel S.G. y José Ramón R.G., contra la sentencia dictada el día 16 de mayo de 2009 por la Audiencia Nacional, en la causa se-



# EL DERECHO

Año XVII. Número 2851

Madrid, 30 de junio de 2010

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

guida contra Vicente Carlos N.R., José Ramón R.G. y Miguel Ángel S.G. y (en concepto de responsables civiles, con carácter subsidiario) El Estado, Mapfre Empresas, Cía. de Seguros y Reaseguros S.A., Zurich España, Cía. de Seguros y Reaseguros S.A., Houston Casualty Europe

Seguros y Reaseguros, por delito de falsedad en documento oficial. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas causadas correspondientes a su recurso. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan Saavedra Ruíz.- Andrés Martínez Arrieta.- Julián Sánchez Melgar.- Perfecto Andrés Ibáñez.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

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



2010/45216

TS Sala 1ª, Sentencia 5 abril 2010.  
Ponente: D. Jesús Corbal Fernández

### Revisión de sentencia por falta de diligencia en la averiguación del domicilio de los demandados

El TS estima la demanda de revisión civil y acuerda rescindir la sentencia dictada por el juzgado de primera instancia, por la que se estimó la acción reivindicatoria ejercitada por la actora, ordenando devolver los autos al tribunal que proceda para que las partes usen de su derecho en el juicio correspondiente. Considera la Sala que ha sido evidente la existencia en el proceso de una actuación fraudulenta de la parte actora consistente en la omisión de diligencia exigible para la averiguación del domicilio de los demandados, que determinó el desconocimiento de éstos de la existencia del proceso y la imposibilidad de defenderse, ya que la actora pudo intentar la localización del demandado mediante algo tan sencillo como consultar el padrón municipal de habitantes u obtener una lista telefónica de la ciudad en la que figuran los teléfonos de los hijos de los codemandados y de otros parientes.

2010/45218

TS Sala 1ª, Sentencia 30 marzo 2010.  
Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos

### Inaplicación del principio de facilidad probatoria al no haberse impuesto las consecuencias de la falta de prueba

El TS desestima el rec. extraordinario por infracción procesal interpuesto contra la sentencia de la AP que, con-

firmado la de primera instancia, declaró que no había quedado acreditado que el tratamiento de quimioterapia aplicado a la paciente se realizara en el contexto de un ensayo clínico y que dicho tratamiento había sido el adecuado, y estimó la demanda del marido e hijos de la fallecida únicamente por el incumplimiento de la obligación de advertir a la paciente de los riesgos del tratamiento. Los recurrentes solicitan la aplicación del principio de facilidad probatoria afirmando que se les ha exigido a ellos acreditar que se trató de un ensayo clínico, cuando le es más fácil a la demandada acreditar que tenía concedido permiso para la utilización del tratamiento, pero el TS concluye que dicho principio no es aplicable al caso pues la AP no ha impuesto a los actores las consecuencias de la falta de prueba de unos hechos, sino que ha considerado acreditado a través de la prueba pericial y documental que el tratamiento prescrito se ajustaba a la práctica clínica sin que quepa calificarlo de ensayo.



2010/18985

TS Sala 2ª, Sentencia 18 febrero 2010.  
Ponente: D. Joaquín Delgado García

### Prueba suficiente en delitos de robo con violencia, lesiones, homicidio y detención ilegal

No ha lugar a los recursos de casación interpuestos por los acusados contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delitos de robo con violencia, lesiones, homicidio y detención ilegal. El TS sostiene que no cabe hablar de inexistencia de prueba, pues quedó demostrado que fueron tres los que atacaron a las dos señoras ocupantes de la casa, porque así lo dijo la hermana que quedó le-

sionada y no acudió al juicio oral al tratarse de una señora con cierto retraso mental, constando en las actuaciones la existencia de una sentencia de incapacitación por tal motivo. Quizá fuera esta la razón de que nadie la propusiera como testigo; pero ante tal circunstancia pueden valer los testimonios de referencias de dos policías locales y al menos otro guardia civil que declararon en el juicio oral.

Formula voto particular el Magistrado D. Luciano Varela Castro.



2010/37640

TS Sala 3ª, Sección 2ª, Sentencia 24 febrero 2010.  
Ponente: D. Oscar González González

### Cumplimiento de las identidades para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina

No ha lugar al recurso de casación para unificación de doctrina formulado contra la sentencia en virtud de la cual se desestimó el recurso interpuesto contra la resolución del TEAR desestimatoria de la reclamación formulada contra el Acta de la Inspección de Hacienda practicada por el concepto de IVA, al no cumplirse las identidades para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina, pues es preciso que los casos confrontados se refieran a los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación y, en méritos a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos.



2010/37675

TS Sala 4ª, Sentencia 15 marzo 2010.  
Ponente: D. Luis de Castro Fernández

### Inaplicable doctrina del paréntesis en base reguladora de incapacidad permanente

Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el demandado INSS contra sentencia que acogió la pretensión del beneficiario accionante sobre base reguladora de prestación por IPT derivada de enfermedad común. Explica la Sala que el art. 222,1 LGSS sólo contempla la cotización de la entidad gestora de las prestaciones por desempleo para quien accede de la IT al desempleo, pero no la de quien pasa directamente a la IP, en cuyo caso la cotización es inexistente, por lo que siendo inaplicable la técnica del paréntesis, la consecuencia natural es que para el cálculo de la base reguladora se computen las bases mínimas conforme al art. 140,4 LGSS.

2010/31755

TS Sala 4ª, Sentencia 9 marzo 2010.  
Ponente: D. José Luis Gilolmo López

### Abono de intereses procesales en ejecución de sentencia sobre mejora voluntaria

Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por los trabajadores accionantes contra sentencia que rechazó su pretensión sobre intereses procesales en ejecución de sentencia sobre prestación social. Explica la Sala que no procediendo equipararse la mercantil demandada con una mutua, lo cierto es que, desde el momento en que, a requerimiento del juzgado, dicha empresa cuantificó el importe de la condena, aunque fuera a los efectos de prestar el aval necesario para recurrir, también pudo consignar ese mismo importe, porque la cantidad adeudada se concretaba con una simple operación aritmética, es decir, aquella suma era determinada y líquida, como exige el art. 576 LEC para el devengo de intereses procesales.