



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 2826

Madrid, martes 4 de mayo de 2010



TS PENAL

2009/300003

TS Sala 2ª, Sentencia 4 diciembre 2009. Ponente: D. Joaquín Delgado García

Sin afectar la seguridad colectiva

Delito de conducción temeraria

Se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia dictada en causa seguida al mismo por delitos de secuestro, lesiones, conducción temeraria, daños y otros. El TS dicta segunda sentencia por la que, entre otros pronunciamientos, absuelve al recurrente del delito del art. 384,1 CP 95 y le condena por el del art. 381 CP 95, pues no cabe apreciar que actuara "con consciente desprecio por la vida de los demás", ya que no quedó afectada la seguridad colectiva. Los hechos ocurrieron al final de una carretera sin salida existiendo un césped contiguo por donde huyeron las perjudicadas con dos niños en brazos y por cuyo césped circuló unos metros el acusado con su coche; una conducta que no cabe calificar como de desprecio para la vida de quienes pudieran circular por la carretera.

Formula voto particular el Magistrado D. Alberto Jorge Barreiro, al que se adhiere el Magistrado D. Carlos Granados Pérez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento. La sentencia recurrida condenó por diferentes delitos al joven Luciano, que a la sazón tenía 22 años y se hallaba casado por el rito gitano con María Inmaculada, de cuyas relaciones nació un niño que en aquellas fechas de enero de 2007 tenía unos seis meses. Por una discusión entre dicha pareja María Inmaculada y su hijo se marcharon con su madre y una hermana. Luciano quería que su compañera regresara con él y a la mañana siguiente, la del día 24.1.2007, telefonó a la mencionada hermana, que se llamaba Vicenta, para decirle que quemaría su furgoneta y mataría a ella y a su hermano si su mujer y su hijo no volvían con él. Vicenta, María Inmaculada y su madre Benita fueron en busca del hermano amenazado y del padre en el coche Renault Space propiedad del marido de Vicenta y que conducía esta. Cuando Luciano iba conduciendo un Nissan Terrano sin seguro obligatorio en busca de tales compañera e hijo, vio el coche en el que

aquellas circulaban, y lo embistió repetidamente desplazándolo hasta el final de una subida. Las tres mujeres, cuando pudieron, se bajaron del Renault por las puertas de la izquierda, ya que no pudieron abrir las del lado derecho al haberse producido tales embestidas por esa parte.

Salieron cada una con un niño en brazos, dos de Vicenta y el bebé de María Inmaculada. Estas se separaron, de modo que Vicenta se quedó con uno de sus hijos en el borde de la carretera, mientras las otras dos, cada una con un niño en brazos, ascendieron corriendo por una pequeña pendiente de césped, dirigiéndose entonces Luciano con su coche por ese mismo lugar en persecución de quienes huían, sin poder alcanzarlas porque se refugiaron en un lugar cubierto de unas casas que allí había. Entonces el conductor del Nissan dio marcha atrás para volver hacia la carretera y colisionó contra la puerta delantera izquierda de otro coche Renault que iba conducido por su propietaria Josefina y que por allí circulaba. Tras esta colisión, el pro-

cesado dirigió su vehículo a donde había quedado Vicenta, paró el coche, abrió la puerta, cogió por el cuello a esta, la introdujo en parte en el Nissan, arrancó el vehículo e hizo un corto recorrido de modo que Vicenta fue arrastrada rozando sus extremidades inferiores con el asfalto, de tal modo que esta sufrió unas quemaduras en ambos talones y en la cara lateral de la pierna izquierda, así como otras lesiones menores. Luciano, a continuación, agarrándola por los pelos introdujo a Vicenta en su coche, se la llevó del lugar y la retuvo durante unas diez horas sin dejarla marchar, tiempo durante el cual fue con ella a una gasolinera dos veces a recargar el móvil, la llevó a una caseta o barraca que tenía en Esparraguera e hizo numerosas llamadas telefónicas a miembros de la familia Benita María Inmaculada Vicenta diciéndoles que no dejaría marcharse a Vicenta mientras no volvieran con él su mujer y su hijo. María Inmaculada denunció estos hechos, la policía catalana pidió al Juzgado de Instrucción la intervención del teléfono de Luciano y de otro de la referida Benita, a lo que accedió con urgencia el Juzgado de Instrucción núm. 5 de Manresa.

Por tal intervención conoció la policía el lugar y hora concertados para el intercambio de Vicenta por María Inmaculada y el niño, acudió allí y consiguió detener a Luciano. Pero antes de su detención este quiso escapar, pese a que los agentes que allí se encontraban habían dado por megafonía el alto policial y habían encendido las luces de los dos coches que allí tenían. Luciano, no obstante, quiere escapar en la forma que luego concretaremos, colisionando con varios vehículos hasta que pudo ser detenido. Por tales hechos la sentencia recurrida condenó a Luciano:

a) Por un delito de amenazas condicionales realizadas por teléfono y sin que el culpable hubiera conseguido su propósito (art. 169.1º CP), con la pena de 2 años y 6 meses de prisión y otras de carácter accesorio, por haberse aplicado la circunstancia mixta de parentesco, en calidad de agravante debido a que Vicenta era hermana de María Inmaculada, su compañera sentimental.

b) Por otro delito de conducción temeraria con consciente desprecio

SUMARIO

TS

CIVIL

Validez de compraventa otorgada por mandatario de copropietarios 10

PENAL

Delito de conducción temeraria 1

ADMINISTRATIVO

Baremo relativo a la minusvalía y al daño moral 12

SOCIAL

Exclusión de sindicato en firma de pacto extraestatutario 13

RS RESEÑA DE SENTENCIAS

16

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

por la vida de los demás, del párrafo primero del art. 384 CP (redacción anterior a su modificación por LO 15/2007 de 30 de noviembre) se le impusieron las penas de 3 años de prisión, una multa de 10 meses con cuota diaria de 6 euros y privación del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores por 9 años, aunque no concurren circunstancias modificativas.

c) Por un delito de lesiones cometido con medio concretamente peligroso para la vida o la salud, por las padecidas por Vicenta al haber sido arrastrada por su vehículo, de los arts. 147 y 148.1º, con la mencionada agravante de parentesco, se le sancionó con 4 años de prisión.

d) Por delito de secuestro del art. 164 con la misma agravante se impusieron 9 años de prisión, aparte de la pena accesoria de prohibición de aproximación y de comunicarse con Vicenta durante 10 años.

e) Por otro delito continuado de daños de los arts. 263 y 74 sin circunstancias modificativas se sancionó con multa de 15 meses y cuota diaria de 6 euros.

f) Por el episodio previo a la detención de Luciano, se sancionó con 3 años y 1 día de prisión por delito de atentado contra los agentes que intervinieron en tales hechos, conforme a lo dispuesto en los arts. 550, 551.1 y 552.1º, esto último por haberse considerado medio peligroso el citado automóvil lanzado, se dice, contra los coches que ocupaban los policías y le impedían huir. Además se absolvió por dos delitos de homicidio en grado de tentativa, declarando de oficio dos octavas partes de las costas de la instancia.

Ahora recurre en casación Luciano mediante trece motivos, impugnados todos por el Ministerio Fiscal y la acusación particular que ha actuado en esta alzada en representación de Vicenta. Comenzamos refiriéndonos a los motivos 13º, 9º y 10º, donde se plantean algunas cuestiones de carácter general que hemos de resolver con carácter previo.

SEGUNDO.- El motivo 13º se acoge al art. 849.1º y al 851.1º LECr y también al art. 5.4 LOPJ, todo ello para denunciar infracción de precepto constitucional en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías. Pero en el desarrollo detallado de este motivo deja claro que solo tiene

como objeto la denuncia de vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas del art. 18.3 CE en una doble vertiente; por un lado, que ninguno de los agentes actuantes conocía con anterioridad la voz de Luciano y tampoco la de la Sra. María Inmaculada, pese a lo cual les atribuyen a ambos las afirmaciones que se hacen constar en las transcripciones de las conversaciones escuchadas que remitieron al juzgado; y por otro lado, que el Juez de Instrucción, con posterioridad a la intervención telefónica, nada hizo para determinar si las voces que se oían en las grabaciones pertenecían efectivamente a dichos Luciano y María Inmaculada. Es reiterada la doctrina del Tribunal Constitucional, acogida por esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que en estos casos en que se alega infracción del art. 18.3 CE en relación con el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas hay que distinguir dos fases, como bien dice el Ministerio Fiscal, separadas entre sí por el momento en que cesan las escuchas realizadas por la policía con autorización judicial. En la fase anterior a dicho cese es cuando las infracciones en esta materia pueden tener relevancia a los efectos de considerar vulnerado ese derecho fundamental del art. 18.3 CE.

En la fase posterior las anomalías solo pueden afectar a la eficacia de tales escuchas, transcripciones o audiciones de lo grabado, en cuanto medio de prueba para el juicio oral. Lo que aquí se denuncia, lo relativo a la identificación de lo grabado con las voces del acusado y de su interlocutora, pertenece a esta segunda, por lo que en modo alguno puede tener incidencia en cuanto a si hubo o no infracción de dicho art. 18.3 CE. En cualquier caso, como dice el escrito del Ministerio Fiscal en el último párrafo relativo a su impugnación de este motivo, aquí hay una persona que llama por teléfono a la familia de Vicenta para exigir el cumplimiento de la condición exigida para poner a esta en libertad: no podía ser otra que el citado Luciano, que era quien así actuaba para que le entregaran a su compañera y a su hijo a cambio de dicha Vicenta. Por otro lado, y para finalizar, hacemos constar que el contenido de las conversaciones telefónicas intervenidas en este procedimiento no fue utilizado por la Audiencia Provincial como prueba de cargo.

Desestimamos este motivo 13º.

TERCERO.- El motivo 9º también se plantea de modo genérico, es de-

cir, con alegaciones referidas a los diferentes hechos delictivos, no a cada uno por separado como los ocho primeros. Aquí se pide que toda la sentencia sea declarada nula porque estableció reiteradamente continuas presunciones de culpabilidad; y ello con una base procesal múltiple: art.849.1º LECr, 851.1º LECr y 5.4 LOPJ con mención de los derechos a un proceso con todas las garantías, tutela judicial efectiva y presunción de inocencia. Tal multiplicidad de amparos procesales no es correcta, pues induce a confusión; deben hacerse las correspondientes alegaciones de modo separado y cada una con su propio contenido, como bien nos dice el Ministerio Fiscal.

En realidad, lo que realiza en este motivo el recurrente es repetir de modo genérico argumentos ya utilizados en los motivos anteriores para, en base al conjunto de todos, poner de manifiesto una pluralidad de incorrecciones y así fundamentar esa petición de nulidad de toda la sentencia; algo que por ahora hemos de rechazar de plano. Luego trataremos aparte sobre tales pretendidas incorrecciones.

Desestimamos este motivo 9º.

CUARTO.- El motivo 10º, con esa misma base procesal múltiple e incorrecta con que se planteó el 9º (y otros), se refiere a un tema concreto, la denegación de unos medios de prueba que propuso la parte ya en la fase final del juicio oral. Veamos lo ocurrido.

El Ministerio Fiscal, tras la práctica de la prueba en el plenario, modificó sus conclusiones provisionales mediante un escrito que se encuentra a los folios 764 a 768, al que se adherieron las dos acusaciones particulares. La defensa pidió entonces suspensión de la vista para poder estudiar estas calificaciones definitivas, a lo que accedió el tribunal (folio 763 vto.).

Varios días después la defensa del procesado presenta escrito con varias fotografías de uno de los lugares de los hechos (folios 790 y ss.) en el que, propone las pruebas siguientes:

“1.- Careo entre Dª Vicenta y D. Luciano, a fin de acreditar la falsedad de las declaraciones vertidas por la Sra. Vicenta.

2.- Careo entre Dª María Inmaculada y D. Luciano, fin de acreditar la falsedad de las declaraciones vertidas por la Sra. María Inmaculada.

3.- Careo entre Dª Benita y D. Luciano a fin de acreditar la falsedad de las declaraciones vertidas por la Sra. María Inmaculada.

4.- Reconstrucción de los hechos en el lugar exacto donde se produjeron los mismos, previa identificación de este y su punto kilométrico exacto por parte de los Agentes del Cuerpo de Mossos d'Esquadra actuantes. En dicha reconstrucción de los hechos participarán dos peritos expertos en seguridad vial que aportaremos en el momento oportuno, previa su admisión por esa Ilma. Sala.

5.- Inspección ocular de la isleta que señalan las Sras. María Inmaculada Vicenta Benita como el lugar donde presuntamente se produjeron los hechos denunciados y mediante los cuales las acusaciones han introducido el tipo delictivo de homicidio en grado de tentativa. Dicha inspección se practicará por el miembro del Tribunal que designe el Presidente.

6.- Reportaje fotográfico que aportamos al presente escrito, para acreditar que el supuesto lugar de los hechos no coincide ni remotamente con las descripciones realizadas por las Sras. Benita Vicenta María Inmaculada. Todas estas pruebas son necesarias puesto que suponen el único medio para demostrar la falsedad de las declaraciones de las Sras. María Inmaculada Vicenta Benita. En caso de no poder acceder a ellas, como decimos, ninguna manera tendría el Sr. Luciano de demostrar su inocencia”. La Audiencia Provincial resolvió la cuestión mediante un auto (folios 811 a 814) que consideramos correcto, tanto que basta con remitirnos a lo allí expuesto para dar por zanjado el tema.

No obstante, decimos que el tribunal de instancia se fundó en el carácter extemporáneo de la proposición de prueba, y ciertamente tiene razón.

En efecto, la proposición de prueba ha de hacerse por cada una de las partes en sus respectivos escritos de calificación provisional. La defensa del procesado propuso las seis a las que acabamos de referirnos ya en la fase final del juicio oral y se queja en este motivo 10º de vulneración de los arts. 728 y 729. El 728 prohíbe practicar otras pruebas que las solicitadas por las partes y el 729 hace tres excepciones muy concretas a esa prohibición general, siempre sobre la base de la discrecionalidad del tribunal en cuanto a la valoración de su necesidad, particularmente en cuanto a los careos que ya en el art. 455

LECr aparecen como medios de prueba subsidiarios, esto es, solo practicables cuando no fuere conocido otro modo de comprobar el delito o la culpabilidad de algún procesado. Es claro que únicamente la sala puede conocer cuándo el enfrentamiento verbal entre acusados o testigos le puede servir para aclarar lo ocurrido. Por eso nosotros venimos reiterando esa discrecionalidad de quien preside el juicio para acordar careos, sean o no propuestos por las partes, y siempre con criterios restrictivos al respecto conforme al espíritu de nuestra ley procesal en este punto. Además, en este caso la extemporaneidad de la proposición de los careos queda aún más de manifiesto cuando, como nos dice el mencionado auto, las versiones de los testigos y del procesado siempre fueron discrepantes; por lo que claramente pudieron haberse propuesto antes.

Y lo dicho hasta aquí vale también para las peticiones relativas a la inspección ocular y a la reconstrucción de hechos. Una vez practicadas en el plenario las pruebas propuestas por las partes, nadie mejor que el tribunal puede saber si son o no necesarias estas nuevas pruebas para resolver las dudas fácticas que pudiera tener.

Y por último, respecto del reporte fotográfico, solo decir que quedó admitido en dicha resolución judicial y unido a las actuaciones (folios 794 a 810).

Ciertamente la sala de instancia aplicó al caso de modo correcto esos arts. 728 y 729 LECr. Hemos de añadir aquí que la cita que se hace del art. 851.1º LECr en este motivo 10º (y también en otros) nada tiene que ver con ninguno de los tres incisos de esta norma procesal: falta de claridad, contradicción o predeterminación del fallo en los hechos probados. Sobre esto nada se dice en el desarrollo de estos motivos. Desestimamos este motivo 10º.

QUINTO.- El motivo 1º también se funda en una base procesal múltiple: art. 849.1 con cita del art. 169.1 como infringido y 5.4 LOPJ con mención del derecho a un proceso con todas las garantías, a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia del art. 24 CE; todo ello con referencia al delito de amenazas e impugnando como excesiva la pena impuesta. Se trata de unas amenazas que se dicen cometidas por Luciano mediante una llamada por teléfono a Vicenta diciéndole que le quemaría la furgoneta y la mataría a ella y a su hermano si su mujer y su hijo no volvían con él. Son tres las cuestiones aquí propuestas, por lo que es necesario contestarlas separadamente:

A) Respecto de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, hemos de considerar correcto lo argumentado en la sentencia recurrida en su fundamento de derecho 1º (págs. 7 y 8).

La condena se basó en la única prueba que suele existir en estos casos de llamadas telefónicas cuando el acusado por amenazas las niega. Solo las puede oír ordinariamente quien aparece como el otro interlocutor. Vicenta siempre dijo haber sido amenazada en esa mañana del 24 de enero de 2007 por Luciano en los términos que acabamos de decir y la sala de instancia da total credibilidad a estas manifestaciones apoyándose en lo declarado también por su hermana María Inmaculada y su madre Benita. Así se lo contó a estas cuando se reunieron en esa mañana en que desencadenaron los hechos que ahora nos ocupan. Además, añadimos nosotros que la forma en que después de esa llamada telefónica se desarrollaron los hechos es un dato más en pro del crédito que la Audiencia Provincial concedió a Vicenta. En efecto, fue a raíz de esa llamada cuando las tres mujeres y los tres hijos de ambas hermanas se marchan al lugar donde sabían que estaban el otro hermano, el también amenazado, y su padre, para hablarles de lo sucedido, y en el trayecto, que realizan en una furgoneta Renault Space que conducía Vicenta, son descubiertos por Luciano que iba en su vehículo Nissan Terrano. Es entonces cuando se producen las embestidas del Nissan contra el Renault lo que termina con el secuestro de Vicenta que transcurrió durante unas diez horas y durante el cual Luciano llamó muchas veces a la familia María Inmaculada Vicenta Benita para, también con amenazas más o menos explícitas si no volvían con él su mujer e hijo, conciertan el intercambio de estos últimos por aquella. Entendemos que esta prueba ha de considerarse razonablemente suficiente para justificar la condena de Luciano por esas amenazas. Respecto de estos hechos ciertamente no se vulneró el derecho a la presunción de inocencia.

B) Una vez resuelto este tema, pasamos a la segunda parte de este motivo, que entendemos amparada en el núm. 1º del art. 849 LECr, alega infracción de ley al haberse condenado el hecho como delito y no como una mera falta. Ha de rechazarse porque no se sujeta el escrito de recurso a los hechos probados de la sentencia recurrida.

Estos hechos nos dicen el contenido de esas amenazas hechas por teléfono: quemar la furgoneta y matar a Vicenta y al hermano, lo que Vicenta se tomó en serio, de modo que ella, su madre y María Inmaculada fueron a buscar al hermano amenazado y a su padre al bar donde se encontraron para hablarles de lo ocurrido; por otro lado, en pro de esa creencia de seriedad en las amenazas se encuentra el dato de la condición impuesta para no cumplirlas: el regreso de María Inmaculada y su hijo con el procesado, ante la circunstancia cierta de que esta se había marchado del lugar donde convivía con su hijo y su compañero. Nos hallamos ante las amenazas de unos males constitutivos de sendos delitos, por un lado

dos homicidios y por otro el incendio del vehículo (art. 169, párrafo inicial); realizadas bajo condición, la vuelta de María Inmaculada y el hijo con él, condición que no se consiguió (art. 169.1º, párrafo primero); con la agravación específica del párrafo segundo del mismo 169.1º, al haberse realizado por teléfono tales amenazas. Fue aplicado correctamente al caso este art. 169.1º. No cabe considerar falta estos hechos.

C) Asimismo fue bien aplicada la pena:

a) Partimos de la pena de prisión para las amenazas condicionales sin haber logrado su propósito: de 6 meses a 3 años.

b) Ha de imponerse esta pena en su mitad superior al haberse realizado las amenazas por teléfono, con lo cual nos situamos en prisión de 1 año y 9 meses a 3 años.

c) Pero esta última pena ha de imponerse otra vez en su mitad superior (parentesco como agravante), con lo que nos situamos en prisión que alcanza desde 2 años 4 meses y 15 días hasta 3 años.

d) La sentencia recurrida por este delito de amenazas impuso 2 años y 6 meses, muy próximos a ese mínimo de 2 años 4 meses y 15 días, razón por la cual entendemos que tal pena impuesta es, desde luego legalmente correcta; pero además consideramos justificado ese pequeño aumento respecto del mínimo legal, pues, como bien dice la sentencia recurrida (pág. 21, al final), "el mal anunciado alcanzaba no solo a la interlocutora, sino también a otro miembro de su familia y a su patrimonio".

Desestimamos este motivo 1º.

SEXTO.- El motivo 2º también se formula con una base procesal múltiple: art. 849.1º y 851.1º LECr y 5.4 LOPJ con referencia al derecho a un proceso con todas las garantías, a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia. Tal multiplicidad es formalmente incorrecta, como ya hemos dicho. Lo que hace aquí el recurrente es impugnar la denegación de la eximente 2ª del art. 20 y de la atenuante del art. 21.2 CP. Los hechos probados de la sentencia recurrida nos dicen, al final (pág. 6), lo siguiente: "Luciano era consumidor de cocaína. No ha quedado probado que en el momento de ejecución de los hechos antes descritos Luciano tuviera alteradas sus facultades volitivas e intelectivas como consecuencia de la ingesta de aquella sustancia o de la carencia de la misma". Luego, en su fundamento de derecho 9º (págs. 20 y 21), razona en base a las pruebas e informes médicos que se pormenorizan.

Contestamos así:

A) Su adicción a la cocaína quedó probada por los médicos forenses Rafael Romualdo y Secundino, que

emitieron informe por escrito (folios 704 y 706) de 16.10.2008, dictaminando su dependencia al consumo de cocaína por vía nasal al haber detectado en su mucosa de la nariz un enrojecimiento con zonas atróficas, propio de estos consumos cuando son continuados, lo que ratificaron y precisaron en el juicio oral (folios 762 y 763); así como por el resultado del análisis de una muestra de orina obtenida el 26.1.2007, dos días después de los hechos, lo que dio positivo de cocaína y benzos (folio 203).

B) Pero su no afectación de sus facultades intelectivas o volitivas en ese día 24.1.2007 quedó también acreditada, a juicio del tribunal de instancia, por lo siguiente:

- El parte médico de urgencias del folio 200 emitido sobre las 23 horas del mismo día 24.1.2007, el de los hechos, en el cual, tras el correspondiente examen médico, nada se dice que pudiera tener relación con una intoxicación por cocaína u otra sustancia estupefaciente o con algún síndrome de abstinencia.

- Otro parte médico semejante al anterior, de las 16 horas del día siguiente, 25.1.2007, en el que expresamente se hace constar la ausencia de signos o síntomas de intoxicación o abstinencia por tóxicos.

- La declaración de Vicenta, la secuestrada, que permaneció con Luciano, en ese día 24.1.2007, las diez horas que duró su detención ilegal, sin que apreciara que estuviera bebido o drogado, diciendo que estaba bien aunque enfadado, añadiendo que no le vio consumir cocaína en ese tiempo. Hemos de recordar aquí algo que es doctrina reiterada de esta Sala no basta la consumición de una o varias sustancias estupefacientes o psicotrópicas para considerar aplicable una circunstancia atenuante por drogadicción, y con mayor razón una eximente; lo que importa es el efecto concreto en las facultades psíquicas del sujeto activo del delito, algo de lo que habría quedado algún signo o síntoma en esas horas inmediatas o en ese día siguiente a la finalización del largo secuestro de Vicenta y de la detención de Luciano. Ciertamente podemos considerar acreditada la conclusión a la que llegó la Audiencia Provincial cuando denegó la existencia de imputabilidad disminuida en el acusado cuando cometió los seis delitos del 24.1.2007 por los que condenó la sentencia recurrida.

Desestimamos este motivo 2º.

SÉPTIMO.- El motivo 3º se formula también con una múltiple base procesal, arts. 849.1º y 5.4 LOPJ con referencia al art. 384.1 CP, derecho a un proceso con todas las garantías, a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia del art. 24 CE. Todo con referencia a la condena por el delito de conducción temeraria con consciente desprecio por la vida de los demás del art. 384.1 CP (re-

dación original). Contestamos en los términos siguientes:

A) Hemos de rechazar cuantas alegaciones, relativas a las pruebas practicadas mediante un análisis detallado de las manifestaciones de los testigos, tratan de poner de manifiesto la falsedad de las declaraciones de las tres mujeres, madre y dos hijas, de la familia Benita Vicenta María Inmaculada. La sentencia recurrida, tras examinar con minuciosidad las declaraciones de propio acusado, de María Inmaculada, Vicenta y Benita y de Josefina, concede su crédito a lo que dijeron estas cuatro testigos. Entendemos que aparece bien argumentada tal posición de la sala de instancia expresada en el fundamento de derecho 1º de su sentencia (págs. 8 a 10). Parece lógico que construyera su relato de hechos probados en este punto conforme a lo manifestado por dichas mujeres de la familia Benita María Inmaculada Vicenta al existir una coincidencia en lo sustancial en sus manifestaciones, pese a lo expuesto por el recurrente en su escrito; y sobre todo porque estas declaraciones quedan corroboradas, además de por los propios daños sufridos por el Renault Space, por las prestadas en el propio juicio oral por la otra testigo, Josefina, quien vio lo ocurrido y sufrió un golpe contra su coche por parte del Nissan que conducía Luciano marcha atrás. Ciertamente el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, en lo relativo a este episodio, no vulneró el derecho a la presunción de inocencia del ahora recurrente.

B) Sin embargo, tales hechos probados, como alega el recurrente en la última parte del contenido de este motivo 3º, no reúnen los elementos del tipo de delito definido en el art. 384, párrafo primero, en relación con el art. 381, que son los siguientes:

1º. Conducción de un vehículo a motor entre los cuales se encuentran los llamados ciclomotores. Se trata de un delito de los conocidos como de propia mano, esto es, de aquellos de los cuales solo pueden ser autores propiamente dichos quienes realizan una determinada acción corporal o personal, sin perjuicio de que puedan existir partícipes en sentido amplio a título de inductores, cooperadores necesarios o cómplices (no coautores ni autores mediatos), lo mismo que ocurre con los conocidos como delitos especiales propios (por ejemplo, los delitos genuinos de los funcionarios públicos, como la prevaricación). El autor en sentido estricto ha de ser quien conduzca un vehículo a motor o un ciclomotor.

2º. Hay que conducir el vehículo con temeridad manifiesta, es decir, la temeridad ha de estar acreditada. Temeridad significa imprudencia en grado extremo, pero también osadía, atrevimiento, audacia, irreflexión, términos compatibles con el llamado dolo eventual.

Es lo contrario a la prudencia o la sensatez.

3º. Tiene que ponerse en concreto peligro la vida o la integridad de las personas. Se trata de un delito de peligro concreto, esto es, de una infracción en la que ha de acreditarse que existieron personas respecto de las cuales hubo un riesgo para su integridad física, incluso para su vida; personas concretas aunque pudieran no encontrarse identificadas. Existen otros delitos que se denominan de peligro abstracto, en los cuales hay una peligrosidad general no específicamente recogida en la norma penal, pero que ha de concurrir porque constituye el fundamento de la punición que la ley establece (por ejemplo, el delito de conducir embriagado o drogado del art. 379). Esos tres requisitos aparecen en el texto del art. 381 al cual expresamente se remite el 384. Son los tres de carácter objetivo y a ellos ha de abarcar el dolo, ya que este delito de peligro concreto es de carácter doloso.

4º. El último de estos elementos se encuentra en el texto del propio párrafo primero del art. 384, que configura un elemento subjetivo del tipo, además de dolo, cuando nos dice que ha de obrarse “con consciente desprecio por la vida de los demás”. En el preámbulo de la LO 3/1989 de 21 de junio, que introdujo este delito en el art. 340 bis d) CP anterior, se dice que este tipo especial de riesgo, creado para dar respuesta a la alarma social originada por los conductores homicidas (los que iban en una autopista en dirección contraria), “alcanza una posición intermedia entre el delito de riesgo y la tentativa de homicidio”. Se trata de una singular figura penal respecto de la cual solo nos interesa resaltar aquí que con la frase que acabamos de entrecorrer se requiere que el comportamiento del conductor del vehículo haya originado un peligro general, esto es, un peligro que aunque ha de ser concreto en los términos expuestos, ha de afectar a la seguridad colectiva. El art. 384 se halla incluido en el capítulo IV del título XVII del libro II del Código penal que se denomina “De los delitos contra la seguridad del tráfico. Véase el párrafo quinto de la sentencia de esta sala 178/1996 de 17 de febrero.

C) Y decimos que no concurren todos los elementos de este tipo de delito del párrafo primero del art. 384 porque falta aquí este último elemento. En efecto:

a) Ninguna duda hay en cuanto a que Luciano conducía un vehículo de motor en este episodio de los hechos probados, en concreto un Nissan Terrano que pertenece a la clase de los llamados 4x4 porque tiene un sistema de tracción conectado a las cuatro ruedas que le permite marchar con facilidad por el campo; vehículo de tamaño y potencia grandes.

b) Entendemos que embestir con tal vehículo a otro, el Renault Space

que conducía Vicenta y en el que iban varias personas constituye una temeridad manifiesta: Una temeridad, es decir, una conducta caracterizada por su osadía, atrevimiento o audacia, contraria desde luego a la prudencia y a la sensatez; aunque realizada sin intención (dolo directo de primer grado) de causar mal a ninguno de sus ocupantes. Recordamos que Luciano sabía que dentro del Renault se encontraban su compañera y su hijo, de quienes quería que volvieran con él: este fue el móvil de todo su anómalo comportamiento en esa jornada del 24.1.2007. Nos dicen los hechos probados que Luciano iba conduciendo el Nissan en busca de dichos hijo y compañera, descubrió el Renault en el que estos iban y lo golpeó repetidas veces desplazándolo hasta que quedó parado en una subida. Cuando pudieron lo abandonaron sus ocupantes, tres mujeres cada una con un niño en brazos, por las puertas de la izquierda porque las de la derecha no podían abrirse por los importantes daños que había sufrido el Renault Space por efecto de los repetidos golpes; daños que se tasaron en 12.424,77 € que fueron indemnizados por el Consorcio de Seguros. Vicenta y uno de sus hijos se quedaron a un lado de la carretera, mientras que María Inmaculada con el suyo y Benita (la abuela) con el otro de Vicenta subieron corriendo por una pequeña pendiente de césped, dirigiendo entonces Luciano su coche hacia ese lugar en persecución de los cuatro, hasta que estos consiguieron refugiarse en un lugar cubierto, perteneciente a unas casas que allí existían y a donde no podía llegar el Nissan. Entonces Luciano dio marcha atrás para volver a situarse en la carretera y colisionó con otro coche que por allí marchaba conducido por Josefina.

Aunque, como hemos dicho, estuviera fuera de su ánimo lesionar a ninguno de los ocupantes del vehículo agredido, y de hecho tales golpes no produjeron ninguna lesión, probablemente porque no fueron fuertes aunque sí muchos, es lo cierto que tal comportamiento pudo haber causado algún daño corporal, incluso de importancia, pues los movimientos bruscos del coche impactado por efecto de tales múltiples golpes, particularmente del primero de todos producido sin duda por sorpresa, pudieron determinar en alguno de los ocupantes del Renault Space algún desplazamiento en su interior con impactos contra algún objeto duro que siempre existen en los techos o laterales de toda clase de vehículos; un golpe de la cabeza de alguien contra algún lateral pudo ocasionar lesiones importantes, algo posible que como tal hubo de percibir Luciano. Algo que en definitiva quedó patente por la propia forma en que ocurrió este suceso.

Hubo temeridad manifiesta en un comportamiento agresivo y violento. Pudieron existir al menos unas lesiones importantes.

c) Asimismo, por lo que acabamos de decir, hemos de estimar que concurrió también el elemento del peligro para la vida o integridad física, concretado en las personas que ocupaban el vehículo golpeado.

D) Pero entendemos que faltó el mencionado elemento subjetivo del injusto. No cabe apreciar que Luciano actuó “con consciente desprecio por la vida de los demás”, ya que no quedó afectada la seguridad colectiva. No podemos hablar de nada realizado contra la seguridad del tráfico en la perspectiva de generalidad antes expuesta. Los hechos ocurrieron al final de una carretera sin salida existiendo un césped contiguo por donde huyeron María Inmaculada y Benita con dos niños en brazos y por cuyo césped circuló unos metros Luciano con su coche; una conducta en definitiva que no cabe calificar como de desprecio para la vida de quienes pudieran circular por la carretera; algo muy distinto de los casos de los conductores homicidas que motivaron al legislador para crear en nuestro Código penal esta singular figura de delito. Dejamos aparte el tema de la posible existencia de homicidio (o lesiones) en grado de tentativa, pues por esto absolvió la Audiencia Provincial y sobre esto nadie ha recurrido ni directamente ni por vía de adhesión. Cierto es que, inmediatamente después de desistir de la persecución que con el Nissan hizo Luciano contra quienes huían, este fue marcha atrás y colisionó con el otro Renault que manejaba Josefina, pero este hecho ha de reputarse una infracción culposa, claramente diferenciada del anterior comportamiento doloso y desde luego ajeno al mencionado concepto de desprecio por la vida de los demás.

E) Excluido este delito del art. 384.1 CP con el consiguiente pronunciamiento absolutorio, entendemos que procede condenar por el previsto en el art. 381 al que antes nos hemos referido:

a) Porque concurren como hemos explicado, los tres elementos exigidos en su texto:

- Conducción de un vehículo de motor.

- Temeridad manifiesta.

- Peligro concreto para la vida o la integridad de las personas.

b) Porque no hay obstáculo alguno desde el punto de vista del principio acusatorio, ya que se acusó por un delito de la misma naturaleza, más grave y homogéneo, el del art. 384 respecto del 381. Esta última infracción tiene los mismos elementos que la otra salvo el “consciente desprecio por la vida de los demás”, específico de aquel.

F) Aparte de la STS 178/1996 de 19 de febrero ya referida, citamos aquí, en apoyo de las ideas antes expuestas, las siguientes: 1518/1999 de

25 de octubre, 1461/2000 de 27 de septiembre, 615/2001 de 11 de abril, 1039/2001 de 29 de mayo, 561/2002 de 1 de abril, 872/2005 de 1 de julio y 1464/2005 de 17 de noviembre.

G) No queremos terminar con este tema sin precisar que nos hemos referido a la regulación original del Código penal prescindiendo de la modificación producida en estos artículos y en los demás del mismo capítulo IV por LO 15/2007, que sanciona las conductas aquí contempladas con penas más graves (las del art. 384 e iguales las del 381) y entró en vigor después de ocurridos los hechos objeto de este procedimiento.

H) En los términos expuestos estimamos parcialmente este motivo 3º.

OCTAVO.- Pasamos ahora a examinar el motivo 8º que tiene relación con el que acabamos de tratar y se refiere al delito continuado de daños por el que también condenó la sentencia recurrida con pena de multa de 15 meses y una cuota diaria de 6 euros. Aparece también acogido al art. 849.1º LECr y al art. 5.4 LOPJ, denunciando como infringidos los arts. 263 y 74 CP y los derechos a un proceso con todas las garantías, a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia del art. 24 CE. Contestamos las alegaciones aquí formuladas:

A) Se queja en primer lugar el recurrente de la inexistencia de prueba pericial en relación a la tasación de daños; pero tal tasación existe, realizada en los términos habituales en estos casos. Aparece la peritación correspondiente al folio 231 del sumario, salvo con relación a dos vehículos a los que nos referimos a continuación. Añadimos aquí que si se desea pericial para el juicio oral hay que proponerla o impugnar la sumarial.

B) Denuncia el escrito de recurso el hecho de que la sentencia recurrida deje la tasación de los daños producidos en dos de esos vehículos para ejecución de sentencia.

Pero esta posibilidad existe en nuestro Derecho para toda clase de órdenes jurisdiccionales. Véase lo dispuesto en el art. 219 de la Ley de enjuiciamiento civil y sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 22.2.1991, 22.6.1992 y 16.12.1996. Y en cuanto al orden penal, lo dispuesto en el art. 115 del Código penal y en el 788.1, párrafo segundo, de la Ley de enjuiciamiento criminal.

C) Antes de continuar hemos de referirnos al fundamento de derecho 7º de la sentencia recurrida (pág. 19), donde se razona sobre la aplicación al caso de los arts. 263 y 74 CP para justificar la condena por un delito continuado de daños, incluyendo en esa continuidad los hechos ocurridos en los tres episodios siguientes:

a) Los causados al Renault Space que conducía Vicenta que se tasaron en 12.424,77 euros. Ya hemos dicho (fundamento de derecho 7º de esta resolución) que por los hechos que produjeron estos daños, los golpes intencionados dados por Luciano con su Nissan Terrano, condenamos por el delito del art. 381. El art. 383 dice que “cuando con los actos sancionados en los artículos 379, 381 y 382 se ocasionara, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo, cualquiera que sea su gravedad, los Jueces y Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada...” “Aquí hubo condena del art. 381 y además existió otro delito de daños dolosos del citado art. 263 castigado con pena inferior a la del art. 381 (una multa). Conforme a tal art. 383 estos hechos han de sancionarse únicamente por tal art. 381, no por el 263. Por tanto, estos daños al Renault Space han de quedar excluidos de ese delito continuado al que se refiere el citado fundamento de derecho 7º de la sentencia recurrida. Repetimos aquí que los daños producidos en este último vehículo fueron renunciados por haberlos pagado el Consorcio de Compensación de Seguros.

b) También se incluyeron en ese delito continuado los daños causados al coche Renault de Josefina, que se ocasionaron cuando, tras ese primer episodio al que acabamos de referirnos, Luciano conducía su Nissan marcha atrás y alcanzó a dicho Renault causándole daños tasados en 1896 € y también renunciados por haber sido indemnizados. El primer requisito que el art. 74.1 CP impone para la aplicación de un delito continuado es el de haber actuado su autor “en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión”. Con relación a estos daños en el coche de Josefina, producido por una conducción del Nissan de modo imprudente, no cabe hablar ni de plan preconcebido ni de idéntica ocasión: este hecho culposo no puede añadirse a otros dolosos para constituir un delito continuado. Además, habrían de sancionarse los hechos con preceptos penales de diferentes naturaleza (también, art. 74.1).

c) El último episodio en que se produjeron daños, incluidos todos en un solo delito continuado, es el que ocurrió cuando a Luciano en el Nissan, al llegar al descampado donde se iba a producir el canje de Vicenta por María Inmaculada y su hijo, le dio el “alto la policía” mediante megafonía y el encendido de luces, algo a lo que Luciano no hizo caso; por el contrario, aceleró su vehículo y trató de huir, causando daños a los dos coches policiales y a otros tres vehículos que estaban allí estacionados en la forma que luego explicaremos. Los daños causados a estos tres se tasaron en 712,86, 1826,78 y 1254,78 euros respectivamente. Los sufridos por los dos coches policiales son los que quedaron sin tasar y res-

pecto de los cuales los perjuicios sufridos quedaron para su valoración en ejecución de sentencia. Entendemos que respecto de todos estos daños solo hubo una acción delictiva dolosa, daños del art. 263, a pesar de ser cinco los vehículos perjudicados en ese episodio de la huida frustrada.

D) Así pues, los tres delitos, incluidos en un solo delito continuado de daños según se razona en el citado fundamento de derecho 7º de la sentencia recurrida, quedaron reducidos a uno solo, el cometido en los momentos inmediatamente anteriores a la detención de Luciano y liberación de Vicenta contra los mencionados cinco vehículos. Por ello, no cabe aplicar al caso el art. 74 CP. Hubo un solo delito simple de daños dolosos por los causados contra dichos cinco vehículos, que exceden con mucho el valor de 400 € exigido en el art. 263. Hay que estimar parcialmente este motivo 8º.

NOVENO.- El motivo 4º, relativo al delito de lesiones, por las sufridas por Vicenta al haber sido arrastrada por el coche que conducía Luciano, también se interpuso mediante el amparo múltiple ya referido: arts. 849.1º LECr y 5.4 LOPJ con referencia al derecho a un proceso con todas las garantías, a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia del art. 24 CE. Contestamos a lo aquí alegado:

A) Rechazamos todo lo expuesto en este motivo en relación con los medios de prueba.

Hemos comprobado la existencia de la prueba de cargo citada en la sentencia recurrida (págs. 10 y 11) en relación con este delito de lesiones:

a) Las declaraciones de Vicenta.

b) Las realizadas por Josefina, que vio lo ocurrido respecto de este extremo concreto.

c) Las prestadas por el policía catalán 5634 quien dijo haber encontrado las botas que perdió Vicenta por estos hechos al inspeccionar el lugar donde ocurrieron, cuya fotografía se halla al folio 59 con daños propios de haberse rozado contra el pavimento.

d) Y particularmente los informes médicos de los folios 177 y 178, ratificados al folio 250 y en el juicio oral, de los cuales interesa destacar aquí que, pese a que el informe se hizo 36 días después de haberse producido estas lesiones, se hacen constar datos objetivos, observados en el momento del examen médico, que revelan que todavía había entonces restos de esas lesiones en los lugares en que el cuerpo de Vicenta rozó contra el asfalto, en ambas extremidades inferiores. Nos remitimos al contenido del citado informe escrito de los folios 177 y 178, en concreto al apartado titulado “exploración fí-

sica actual”. Una condena con esta prueba fue respetuosa con el derecho a la presunción de inocencia.

B) En el encabezamiento de este motivo 4º se expresa que en los hechos probados de la sentencia recurrida no aparecen los requisitos exigidos en los arts. 147 y 148.1º CP, lo que luego no se desarrolla en la exposición posterior que solo se refiere a los temas de prueba ya contestados. Simplemente decimos aquí que fueron correctamente aplicados al caso tales normas penales:

a) Existieron lesiones que necesitaron tratamiento médico posterior a la primera asistencia, consistente en curas tópicas domiciliarias y administración de analgésicos y ansiolíticos (art. 147).

b) Tales lesiones se produjeron mediante arrastre contra el asfalto de la carretera del cuerpo de Vicenta sujetado por Luciano desde dentro del Nissan Terrano al tiempo que conducía dicho vehículo en marcha. Como bien dice la sentencia recurrida, este uso de un vehículo de motor con el mencionado resultado contra Vicenta, obliga a considerar que existió un medio comisivo, como forma concretamente peligrosa para la salud física de la lesionada, que encaja en el texto del citado art. 148.1. Desestimamos este motivo 4º.

DÉCIMO.- 1. El motivo 5º, en su encabezamiento, habla de quebrantamiento de forma del art. 851.1º LECr al adolecer la sentencia de una grave falta de motivación. Esto, que se repite en el escrito de formulación del recurso con referencia a diferentes motivos, ha de desestimarse de plano.

En efecto, tal art. 851.1º LECr recoge en cada uno de los tres incisos de que consta, sendos defectos procesales relativos todos al capítulo de los hechos probados de la sentencia recurrida: falta de claridad, contradicción y predeterminación del fallo; algo que nada tiene que ver con la pretendida falta de motivación. Por otro lado, nada se concreta después, en el desarrollo de este motivo 5º que pudiera tener relación con alguno de esos tres incisos.

2. Hemos de decir una vez más aquí que la utilización de un amparo procesal múltiple en el mismo motivo es una incorrección formal que induce a confusión a las demás partes para contestación y al órgano sentenciador para su resolución. En este caso junto al mencionado art. 851.1º LECr se acoge el recurrente al art. 5.4 LOPJ con denuncia de infracción de precepto constitucional en relación con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE. En este punto sí hay un desarrollo formalmente correcto y coherente con tal amparo procesal, ya que en definitiva lo que se alega es algo así como irracionalidad o falta de lógica

en la argumentación de la sentencia recurrida en cuanto a la indemnización de 4000 € que se conceden a favor de Vicenta que se conceden por secuelas psíquicas conforme se precisa en las páginas 23 y 24 de dicha sentencia. No tiene razón el recurrente:

A) Parte este del párrafo de los hechos probados de la sentencia recurrida que dice así (pág. 6): “Tras los hechos, Vicenta precisó tratamiento con ansiolíticos por la aparición de cuadro depresivo y dificultades en la conciliación del sueño”. Tal frase está tomada del informe médico emitido por escrito (folio 177) por el médico forense D^a Tamara, donde consta la palabra “ansioso” en lugar de “depresivo”, algo irrelevante a los efectos que estamos examinando.

B) Partiendo de tales hechos, todo el posterior razonamiento tiende a convencernos de que no hay prueba alguna respecto de que realmente existiera esa ansiedad (o depresión) como consecuencia de los hechos acaecidos.

C) En primer lugar, hemos de decir que nos parece muy grave la situación padecida por Vicenta, maltratada, lesionada por el arrastre con el coche contra el pavimento y secuestrada durante diez horas oyendo decir repetidamente por teléfono en comunicación con personas de su propia familia que la va a matar si no vuelven con él su compañera María Inmaculada, hermana suya, y el hijo de esta. Se trata de sufrimientos múltiples, físicos y morales, respecto de los cuales la experiencia de otros casos semejantes nos dice que es coherente la producción de las consecuencias psíquicas referidas.

D) Por otro lado, hemos examinado los informes médicos al respecto:

a) El emitido el mismo día de los hechos (folios 53 y 54), el 24.1.2007, donde nada se dice de padecimientos psíquicos por la doctora que la asistió de urgencia a raíz de su liberación; posiblemente esa clase de auxilio médico solo tuviera como objeto en ese momento el examen físico de las lesiones que presentaba Vicenta.

b) El realizado por la mencionada médico forense D^a Tamara que hizo el informe de sanidad de los folios 177 y 178 el 2.3.2007, 36 días después, en el que aparece el párrafo que antes hemos entrecomillado (pág. 6) precedido de la expresión “actualmente precisa tratamiento con ansiolíticos...”; es decir que en esa fecha de este segundo examen médico que aparece en las actuaciones se prescribe un tratamiento médico para esas secuelas psíquicas que aún subsisten.

c) Finalmente, el informe pericial prestado en el juicio oral por la misma médico forense en unión de otra compañera donde se hace constar la

ratificación del dictamen emitido a los mencionados folios 177 y 178. Tal ratificación consta al folio 761 vuelto.

E) Conocida de todos es la doctrina de esta sala en virtud de la cual se reconoce al tribunal de instancia la facultad de fijar las cuantías respecto de toda clase de indemnizaciones, particularmente en cuanto a las lesiones personales sufridas y sus secuelas. Por ello, salvo caso de arbitrariedad manifiesta que aquí no existió (4000 € para esas secuelas psíquicas derivadas de sufrimientos realmente graves), solo cabe en casación impugnar las bases en que tales cuantías se apoyan, que es precisamente lo que hizo el recurrente en este motivo 5^o, aduciendo que no hubo prueba respecto a tal ansiedad, algo que, en conclusión rechazamos, pues, repetimos, dicha ansiedad consta en el informe de la médico forense D^a Tamara (folios 177 y 178), luego ratificado por esta en el juicio oral junto con su compañera D^a Camila en el acto del juicio oral.

F) No hubo vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías ni del relativo a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE. Desestimamos este motivo 5^o.

UNDÉCIMO.- El motivo 6^o se refiere a la condena por delito de secuestro que fue sancionado con la pena de prisión de nueve años, a través de un amparo procesal múltiple similar al aducido en los otros motivos: art. 849.1^o LECr y 5.4 LOPJ con referencia a los arts. 164 y 163.1 CP y derecho a un proceso con todas las garantías, a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia del art. 24 CE. Son dos las cuestiones aquí planteadas:

A) La relativa a la infracción de precepto constitucional que en definitiva podemos reconducir a la denuncia de vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

Contestamos en los términos siguientes:

a) Se dice y repite en el desarrollo de este motivo que Vicenta y demás miembros de la familia María Inmaculada Vicenta Benita mintieron al narrar lo ocurrido, atreviéndose incluso el recurrente a negar el hecho mismo del secuestro; pero si lo que dijeron estas testigos directas se corresponde o no con la realidad, es algo que corresponde valorar a la Audiencia Provincial que presidió el juicio oral y escuchó sus manifestaciones, no a ninguna de las partes del proceso ni al tribunal que conoce del recurso de casación, trámite en el que no se practica prueba alguna.

b) También se refiere el desarrollo de este motivo 6^o a una navaja que se dice no apareció en la investigación que realizó la policía; pero al respecto solo hemos de decir aquí que este dato de la navaja para nada aparecen

en el relato de hechos probados de la sentencia recurrida.

c) Veamos ahora de qué medios de prueba se sirvió la resolución de instancia para condenar a Luciano por el delito de secuestro en la persona de Vicenta. Aparecen expresados en las páginas 12 y 13 de la sentencia recurrida a cuyo contenido nos remitimos:

- En primer lugar, se hallan las declaraciones testificales de la secuestrada Vicenta, de su hermana María Inmaculada, de Benita, (la madre de ambas), y de Federico, esposo de la víctima principal de estos hechos, cuyo contenido evidente de cargo contra Juan aparece reconocido en el propio escrito de recurso cuando les llama a todos mentirosos, según acabamos de decir.

- Y después, lo testificado en el juicio oral por dos agentes de la policía catalana que declararon sobre lo escuchado en las intervenciones de los teléfonos de Luciano y Benita que permitieron saber de la realidad de ese secuestro que terminó cuando llegó Luciano con Vicenta en el coche Nissan Terrano del primero al descampado donde aquel iba a liberar a esta a cambio de la entrega de su compañera María Inmaculada y de su hijo, e intervino la policía para detener al procesado tras el frustrado intento de huida de este último al que nos referiremos luego cuando hablemos del delito de atentado.

d) A la vista de lo expuesto no cabe otra opción para esta sala que entender que la condena de Luciano por el delito de secuestro no lesionó el derecho a la presunción de inocencia: la mencionada prueba de cargo existió, se practicó con todas las garantías propias del acto solemne del juicio oral y ciertamente ha de considerarse razonablemente suficiente para justificar la mencionada condena.

B) Y en cuanto al tema de fondo en relación a este delito de secuestro, contestando a lo alegado al respecto en este motivo 6^o (págs. 34 y 35 del escrito de recurso) hemos de dar la razón al recurrente en cuanto que en los hechos probados no aparece que Vicenta fuera encerrada en la barraca a donde la condujo Luciano en algunas de esas diez horas que duró el secuestro; pero desde luego sí existió una detención de esta por parte del acusado, que es la otra forma de comisión de este delito contra la libertad deambulatoria, según el propio texto del art. 163.1 CP, correctamente aplicada al caso (“encerrar o detener”). Asimismo también fue legalmente adecuada la aplicación del art. 164, que sanciona el secuestro como un delito cualificado respecto del previsto en el art. 163, pues Luciano sometió la liberación de Vicenta a la condición de que volvieran con él su compañera y su hijo que se habían marchado de casa. Tampoco existió la infracción de ley aquí de-

nunciada por el cauce procesal del art. 849.1^o LECr. Rechazamos este motivo 6^o.

DUODÉCIMO.- Con el mismo plural cauce procesal del motivo 6^o que acabamos de examinar de los arts. 849.1^o LECr y 5.4 LOPJ, se plantea el motivo 7^o, referido ahora al delito de atentado.

A) Se alega infracción de precepto constitucional por la vía mencionada del art. 5.4 LOPJ con referencia al derecho a un proceso con todas las garantías, a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia. Nos referimos aquí a este último, en virtud del cual es preciso que los datos de cargo hayan quedado acreditados. Así las cosas, advertimos que hay un error en los hechos probados cuando estos nos dicen que Luciano, tras recibir de la policía la orden de “alto” haciendo caso omiso aceleró su vehículo Nissan Terrano dirigiéndolo contra los coches policiales. No fue así, como queda de manifiesto mediante el croquis elaborado en el atestado inicial (f. 154, explicado al folio 153 y en las declaraciones de dos policías catalanes que constan en el acto del juicio oral -folios 759 y 760-). En tal croquis aparece que Luciano quiso huir pasando por un hueco que había entre un coche policial (a su izquierda) y una furgoneta allí aparcada (a su derecha). Con la potencia propia del coche que conducía Luciano golpeó así a tales dos vehículos que le obstaculizaban para salir, al tiempo que recibió un golpe en su parte de atrás por parte del otro coche policial que perseguía al que trataba de marcharse. Este continuó acelerando y logró pasar hasta golpear por detrás unos metros después a otro coche de un particular que allí se encontraba aparcado en batería, al que lanzó unos metros hacia delante, de modo que el Nissan de Luciano quedó parado en el mismo lugar que instantes antes ocupaba en batería tal coche particular, quedando este último detenido unos metros más allá. Inmediatamente la policía sujetó a Luciano y Vicenta fue liberada. Además, ninguno de los dos coches de la policía llevaba señales luminosas en su parte superior, como se aprecia en las fotografías 6, 7, 8 y 9 (folios 57 a 59), explicadas a los folios 20 y 21.

Por tanto, procede estimar en parte este motivo 6^o en lo relativo a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia haciéndose las modificaciones necesarias en el relato de hechos probados de la sentencia recurrida.

B) Pasamos a referirnos a la denuncia aquí efectuada en cuanto a la infracción de ley por aplicación indebida de los arts. 550, 551 y 559.1 CP, que son los utilizados por la Audiencia Provincial para imponer las penas correspondientes al delito de atentado. En base a los hechos probados de la resolución de instancia con las correcciones derivadas de lo que hemos expuesto en el anterior

apartado A), hay que estimar que existió ciertamente la mencionada infracción de ley:

a) Ante todo hemos de afirmar que Luciano conoció que eran fuerzas policiales quienes con la megafonía le daban el alto, sin necesidad de entrar en el significado posible de lo que dijo Vicenta a Luciano en tal ocasión: "mira son ellos" y partiendo de que no había luces en la parte superior de los coches policiales. Es suficiente el uso de la megafonía dando el "alto policial" para que quede acreditado que Luciano tuvo que conocer que recibía una orden de detenerse dada por los agentes que allí se encontraban.

b) El conductor del Nissan Terrano no hizo caso de tal orden y trató de escapar acelerando su vehículo y dirigiéndolo al hueco que quedaba entre el coche policial (a la izquierda) y una furgoneta particular (a la derecha), sin poder pasar quedándose parado momento en el cual recibió un golpe del otro coche oficial que acababa de iniciar su persecución y alcanzó al Nissan en la parte trasera. Tras esa parada forzada Luciano vuelve a acelerar el vehículo como ya se ha dicho, sale hacia delante, da por detrás al coche aparcado en batería unos metros más adelante y queda allí de nuevo parado sin poder ya continuar siendo entonces detenido por la policía.

c) Entendemos que no hubo acción de acometer a los agentes que estuvieron dentro de los coches policiales ni, menos aún, fuerza, intimidación grave o resistencia grave contra los mismos, que pudiera encajar en los términos de la definición que del atentado nos ofrece el precepto básico en esta materia, el art. 550, sino un acto de desobediencia grave del art. 556. Repetimos: Luciano no hizo caso de una orden tratando de huir de las fuerzas policiales que le estaban esperando para poner fin al secuestro de Vicenta. No hacer caso al mandato policial en esas circunstancias cualifica de grave el hecho de desobedecer.

d) Tal calificación de estos hechos conforme al art. 556 es respetuosa con el principio acusatorio, ya que en definitiva esa desobediencia grave a agentes de la autoridad en el ejercicio de sus funciones es un delito homogéneo y más leve que el de atentado de los arts. 550 y siguientes.

C) En los términos expuestos hemos de estimar este motivo 7º del presente recurso.

DECIMOTERCERO.- 1. Examinamos aquí el motivo 12º en el cual también aparece el doble amparo procesal a que nos venimos refiriendo:

a) El del art. 849.1º LECr, con denuncia de infracción de ley por aplicación indebida del art. 23 CP que

regula la llamada circunstancia mixta de parentesco.

b) El del art. 5.4 LOPJ en relación con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE. En el desarrollo de este motivo solo se aduce un argumento: no ha de aplicarse esta circunstancia mixta del art. 23, porque no debió considerarse probada la existencia de una relación de convivencia entre María Inmaculada y Luciano análoga a la del matrimonio, en base a que no debió creerse lo manifestado por la Sra. María Inmaculada, dada la facilidad con la que tal señora falta a la verdad.

2. Los hechos probados de la sentencia recurrida comienzan diciendo que desde fecha no determinada que podría situarse en el año 2003 Luciano y María Inmaculada mantenían una relación sentimental con convivencia derivada de una boda por el rito gitano; algo que Juan siempre reconoció desde su primera declaración en el presente procedimiento, la prestada con todas las garantías ante el Juzgado de Instrucción núm. 5 de Manresa (folio 128), e incluso en el mismo acto del juicio oral (folio 752 vto.); donde testificaron en los mismos términos María Inmaculada (f. 753), su hermano Luciano (f. 754 vto) y la madre de ambas Benita (f. 756 vto.); dato que, por otro lado, ha sido la razón de ser de los diferentes hechos objeto de este proceso penal, amenazas, secuestro, etc., todo ello motivado porque María Inmaculada y su hijo, tenido con su pareja Luciano, se habían marchado de su casa y el luego procesado y condenado exigía su vuelta a la convivencia de varios años de duración. Ninguna duda, pues, puede plantearse sobre la realidad de esa convivencia cuasi-matrimonial que justifica la aplicación al caso de la circunstancia prevista como mixta en el art. 23 CP y que viene apreciándose en general como agravante en los delitos de contenido personal y como atenuante en los de carácter patrimonial; razón por la cual hemos de considerar correcto que la sentencia recurrida la valorase como agravante con relación a los delitos de amenazas, lesiones y secuestro, cometidos por Luciano contra Vicenta, hermana de María Inmaculada, conviviente de Luciano, como venimos diciendo. Desestimamos este motivo 12º.

DECIMOCUARTO.- Hemos dejado para el final el examen del motivo 11º por referirse al tema de las costas. Se impugna la inclusión de las devengadas por la actuación de las dos acusaciones particulares entre aquellas a cuyo pago se condenó al procesado Luciano. Dijimos en el fundamento de derecho 7º de nuestra sentencia 938/2006, de 6 de octubre:

"A) Si la ley (art. 123 CP) ordena la condena en costas del responsable criminal, habrá que entender que en tal concepto están incluidas las devengadas por la actuación de quien,

perjudicado por el delito, haciendo uso de las facultades que las leyes le confieren, decide actuar en el proceso por medio de abogado y procurador. Esto aparece impuesto para todos los casos cuando se trata de delitos sólo perseguibles a instancia de parte: "siempre" nos dice el art. 124 CP. Cuando se trata de las demás infracciones penales, esto es, las perseguibles de oficio, tal inclusión aparece no como obligada para todos los casos, pero sí como regla general. Véase la sentencia de esta sala 879/2005, citada por la acusación particular, casi al final de su fundamento de derecho 11º y las que en esta se citan.

B) El criterio fundamental es el de incluir las costas devengadas por la acusación particular entre aquellas a cuyo pago se condena al responsable penal, siendo la excepción el caso en que la actuación de tal parte haya sido notoriamente superflua, inútil o gravemente perturbadora, o cuando fueren sus peticiones absolutamente heterogéneas respecto de las del Ministerio Fiscal y con las aceptadas en la sentencia. Es en estos últimos casos cuando es preceptivo exponer las razones justificadoras de la exclusión. Véase la misma sentencia 879/2005 y también las que en ella se citan en el mismo fundamento de derecho 11º, de modo que el tradicional criterio de la relevancia en la actuación de tal acusación particular ha quedado relegado a un segundo plano". Entendemos que en el presente caso, a pesar de las coincidencias entre las tres acusaciones que aquí han actuado, el Ministerio Fiscal y las dos acusaciones particulares, en defensa de Vicenta y de su madre Benita respectivamente, ambas perjudicadas en el presente procedimiento y debidamente personadas en el mismo con abogado y procurador, no cabe hablar de superfluidad en las actuaciones procesales de estas dos últimas. Estuvieron presentes en las actuaciones, ejercitaron sus derechos particularmente en el juicio oral y su presencia en tal concepto no fue otra cosa que la repuesta al ofrecimiento de acciones que les había sido realizado en su momento conforme a lo dispuesto en el art. 109 LECr. Como consecuencia de todo ello realizaron unos gastos, todos en definitiva originados por la actuación criminal del autor de unos hechos delictivos, por lo que ha de entenderse conforme a derecho que sea este quien haya de abonarlos. También desestimamos este motivo 11º, único que nos quedaba por examinar.

DECIMOQUINTO.- Al ser en definitiva la presente resolución estimatoria de algunos de los motivos formulados en el presente recurso, por lo ordenado en el art. 901 LECr, hay que declarar de oficio las costas de esta alzada.

FALLO

Ha lugar al recurso de casación formulado por Luciano, por estima-

ción parcial de tres de sus trece motivos, los tres referidos a infracción de ley y uno de ellos también a infracción de precepto constitucional, y por ello anulamos la sentencia que le condenó por los delitos de secuestro, lesiones y otros, dictada por la Sección Vigésima de la Audiencia Provincial de Barcelona con fecha ocho de enero de dos mil nueve, declarando de oficio las costas de este recurso y procediendo a continuación a dictar otra sentencia en sustitución de la anulada. Comuníquese esta resolución y la que a continuación se dicta a la mencionada Audiencia Provincial a los efectos legales oportunos con devolución de la causa que en su día remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Carlos Granados Pérez.- Julián Sánchez Melgar.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.- Alberto Jorge Barreiro.- Joaquín Delgado García.

VOTO PARTICULAR

Voto particular que formula el Excmo. Sr. Magistrado D. Alberto Jorge Barreiro a la sentencia núm. 1209/2009, de 4 de diciembre, que resuelve el recurso de casación 10335/2009; voto al que se adhiere el Magistrado D. Carlos Granados Pérez. Tal como anticipé en el debate de la deliberación, mantengo una respetuosa discrepancia con los criterios que se siguen en la sentencia de la mayoría, discrepancia que, una vez redactada la sentencia de casación, expongo en los razonamientos de este voto particular. La decisión de la mayoría estima parcialmente el recurso de casación y modifica la sentencia de la Audiencia en tres puntos concretos:

a) Sustitución de la condena dictada por el delito previsto en el art. 384.1 (conducción con consciente desprecio por la vida de los demás) por la condena de un delito de conducción temeraria del art. 381 del C. Penal (anterior a la reforma de LO 15/2007).

b) Anulación de la condena de un delito doloso continuado de daños, que se sustituye por la de un delito doloso de daños sin continuidad delictiva.

c) Modificación de los hechos relativos al delito de atentado contra los Mossos d'Esquadra y anulación de la condena por un delito de atentado, aplicándose en su lugar el tipo penal de desobediencia del art. 556 del C. Penal. Las discrepancias con el criterio jurídico de la mayoría conciernen a esos tres aspectos, por lo que las expondré siguiendo el mismo orden que se sigue en la sentencia.

PRIMERO.- 1. La primera discordancia se refiere a la sustitución de

la condena de instancia por un delito de conducción temeraria del art. 384.1 del C. Penal por una condena por el delito del art. 381. En la sentencia mayoritaria se asumen -y ello es importante remarcarlo- los hechos declarados probados relativos a la colisión del vehículo todo-terreno que pilotaba el acusado con el Renault Espace, en el que viajaban la compañera de aquél (María Inmaculada), la hermana de ésta (Vicenta), que iba al volante, la madre de ambas (Benita), y tres menores de edad: el hijo del acusado y María Inmaculada, de seis meses, y los dos hijos de Vicenta, de cinco y un año de edad.

Se considera imprescindible para ubicar la fundamentación de las discrepancias recoger literalmente los hechos probados relativos a la colisión: "Cuando Luciano vio el vehículo en que viajaban su mujer e hijo, presidiendo su ánimo por el deseo de que volvieran con él embistió repetidamente al vehículo con plena consciencia de que estaba generando peligro para la vida de todos los ocupantes del coche, dirigiendo voluntariamente en varias ocasiones el Nissan Terrano que conducía contra el Renault conducido por Vicenta al que golpeó repetidamente desplazándolo hasta una subida sin salida, bajando precipitadamente las tres mujeres y los tres niños por las puertas de la izquierda dado que las de la derecha no podían abrirse debido a los importantes daños sufridos por el impacto o impactos en todo el lateral derecho. Como consecuencia de los referidos golpes el vehículo Renault Espace matrícula...HHH resultó con daños valorados pericialmente en la cantidad de 12.424 euros... " En la sentencia recurrida, a partir de esta descripción fáctica, se estima que el acusado actuó con consciente desprecio por la vida de los ocupantes del coche. En la sentencia mayoritaria de casación se considera, en cambio, que el acusado actuó sin ese consciente desprecio para la vida de los ocupantes del vehículo, en vista de lo cual se descarta el elemento subjetivo del delito del art. 384.1 del C. Penal y se subsume la conducta del acusado en el tipo penal de inferior gravedad del art. 381. Debe advertirse que todas las citas normativas que se hacen corresponden a la versión del C. Penal anterior a la reforma de la LO 15/2007, pues ésta entró en vigor el 2 de diciembre de 2007 y los hechos enjuiciados se desarrollaron el 24 de enero de ese mismo año.

2. Los argumentos de la mayoría para excluir el elemento subjetivo del tipo penal se exponen en el fundamento de derecho séptimo de la sentencia. En él se dice, en primer lugar, que embestir con un vehículo de gran tamaño y volumen, y con tracción en las cuatro ruedas, al automóvil Renault Espace que conducía Vicenta constituye una temeridad manifiesta. A continuación se hace una interpretación de lo que es una

temeridad manifiesta que considero insuficiente. Se afirma que "esa temeridad se caracteriza por la osadía, atrevimiento o audacia, contraria desde luego a la prudencia o sensatez". Entiendo que la temeridad, en el ámbito en que nos movemos y dada la dicción del precepto, es mucho más que eso. Por temeridad se ha de entender aquella conducta que consiste en pilotar un vehículo vulnerando las normas más elementales de la circulación. En palabras de la STS 561/2002, de 1 de abril, conduce temerariamente aquel que "incurre en la más grave infracción de las normas de tráfico formalizadas en la Ley...". Por lo tanto ha de entenderse que se pilota un coche infringiendo el más elemental deber de cuidado y generando un riesgo muy grave para las personas y los bienes, dada la alta probabilidad de menoscabar bienes fundamentales de las personas, atendiendo a las circunstancias del caso concreto.

Por lo demás, el adjetivo "manifiesta" viene a recalcar la intensidad de la temeridad, en el sentido de que ha de ser patente, notoria y palmaria para el criterio de cualquier ciudadano medio, a tenor de la peligrosidad que genera el conductor para los bienes jurídicos que tutela la norma penal. En la sentencia de la mayoría no se cuestiona el elemento objetivo del delito del art. 384.1 del C. Penal: la conducción con temeridad manifiesta, pues lo cierto es que se acaba aplicando el delito del art. 381 del C. Penal, que contiene la misma base objetiva que aquél, según se comprueba en la redacción de ambos preceptos. Por otra parte, resulta inquestionable que una persona que embiste voluntariamente con un vehículo de gran tamaño a un Renault Espace que circula por una vía pública con el fin de desviarlo de la carretera y que termina arrinconándolo contra un terreno en cuesta, ocasionándole con sus colisiones unos desperfectos de 12.400 euros, especialmente en el lateral derecho, es claro que pilota su automóvil de forma temeraria. Tampoco cuestiona la resolución mayoritaria el resultado de peligro concreto, puesto que no se modificaron en este particular los hechos de la sentencia de instancia, en la que se expresa que el acusado "embistió repetidamente al vehículo con plena consciencia de que estaba generando peligro para la vida de todos los ocupantes del coche".

Me ratifico, pues, en el criterio que mantuve en la deliberación de que para que no se aplicara el art. 384.1 y sí el 381 resultaba imprescindible modificar el "factum" de la resolución impugnada, en el sentido de no dar por probado que se generó un grave riesgo para la vida de las personas que iban dentro del coche. En la sentencia de que discrepo se argumenta que "concurrió el elemento del peligro para la vida o integridad física, concretado en las personas que ocupaban el vehículo golpeado". Pero a continuación se

añade, para justificar que no procede la aplicación del art. 384.1 del C. Penal y sí el art. 381, que faltó el "elemento subjetivo del injusto", pues no cabe apreciar -se dice- que el acusado actuara con "consciente desprecio por la vida de los demás". A la hora de fundamentar la inexistencia del elemento subjetivo del delito se vierten dos argumentos, diseminados en el fundamento de derecho séptimo, que no cabe asumir. El primer argumento resulta sustancialmente contradictorio en el contexto de la sentencia y sobre todo con respecto a la decisión final que se adopta. En efecto, se afirma que, al ponderar la frase "consciente desprecio por la vida de los demás" y ponerla en relación con el capítulo en que se incardina el precepto ("De los delitos contra la seguridad del tráfico"), ha de entenderse que "requiere para su aplicación que el comportamiento del conductor del vehículo haya originado un peligro general, esto es, un peligro que aunque ha de ser concreto en los términos expuestos, ha de afectar a la seguridad colectiva" (folio 27 de la sentencia de casación). Y más adelante, cuando se fundamenta la exclusión del elemento subjetivo (último párrafo del folio 29), se vuelve a incidir en que "no cabe apreciar que el acusado actuó con consciente desprecio por la vida de los demás, ya que no quedó afectada la seguridad colectiva".

Pues bien, este argumento -como ya se anunció- no se comparte por dos razones: porque en realidad se refiere al elemento objetivo del delito y sólo de forma indirecta al subjetivo. Y, en segundo, lugar porque se contradice sustancialmente con el contenido y la decisión de la sentencia. Se trata de un argumento que atañe al elemento objetivo del tipo penal porque lo que se afirma realmente con él es que, tal como señala un sector importante de la doctrina, el art. 384.1 regula un tipo penal que implica la creación de un peligro para la vida o integridad de una colectividad indeterminada de personas y de un peligro indeterminado en cuanto a los resultados lesivos. Exige, pues, tal como sucede con todos los delitos de peligro colectivo, un modelo de tipificación autónomo respecto a la tentativa porque el delito se configura en función de víctimas potenciales indiferenciadas. De modo que si la conducción temeraria del autor no pone en peligro ex ante un número indeterminado de víctimas sino que la acción peligrosa se dirige contra personas o sujetos determinados se debe operar con las normas relativas a las tentativas de delito doloso. Así las cosas, es claro que la sentencia mayoritaria incurre en contradicción, dado que el argumento que ha empleado para descartar la aplicación del tipo penal del art. 384 del C. Penal tendría que haberlo extendido también por las mismas razones al tipo penal del art. 381, pues, tal como se razonó ut supra, el elemento objetivo de ambos tipos penales es el mismo, a tenor de

la dicción de ambas normas. En los dos preceptos se está penando una peligrosidad para víctimas potenciales indiferenciadas. Por lo cual, la propia argumentación de la mayoría se contradice con la decisión que adopta finalmente: absolver por el delito del art. 384.1 (conducción con consciente peligro por la vida de los demás) y condenar por la del delito del art. 381 del C. Penal (conducción temeraria sin ese elemento subjetivo). El segundo argumento de la sentencia de la mayoría para excluir la concurrencia del elemento subjetivo del tipo penal del art. 384.1 sí se refiere realmente al aspecto subjetivo del delito.

Sin embargo, lo cierto es que atañe únicamente al dolo directo. En efecto, en la sentencia de casación se afirma que el acusado realizó una conducta caracterizada por su osadía, atrevimiento o audacia, aunque "sin intención (dolo directo de primer grado) de causar mal a ninguno de sus ocupantes" (folio 28 de la sentencia). No se entra a examinar, en cambio, en la sentencia mayoritaria el dolo eventual, que es el que se corresponde con la frase "desprecio por la vida de los demás" y que constituye el auténtico nudo gordiano del problema, puesto que aquí no se cuestiona la inexistencia del dolo directo. Y es que si se acreditara esta clase de dolo el precepto a aplicar no sería el art. 384.1, sino los correspondientes a los delitos de lesiones o al homicidio doloso. La cuestión a dilucidar es, por tanto, si se está o no ante un supuesto de dolo eventual, que fue el apreciado en la resolución recurrida, y sobre este extremo la resolución mayoritaria guarda un significativo silencio.

3. A mi entender, una vez que se declara como hecho probado que el acusado embistió repetidamente al vehículo con plena consciencia de que estaba generando peligro para la vida de todos los ocupantes del coche, lo coherente es colegir que concurre el dolo eventual y que por tanto ha de ratificarse la aplicación del tipo penal del art. 384.1. En primer lugar, porque la conducta realizada por el acusado no se limitó a una conducción extremadamente peligrosa para terceras personas indiferenciadas que pudieran circular por una vía pública, sino que incurrió en una conducta extremadamente peligrosa contra unas personas determinadas que ocupaban un vehículo concreto que pretendía paralizar bruscamente. Desde esta perspectiva, parece claro que se da el elemento objetivo de un tipo doloso cuando menos de lesiones en fase de tentativa, pues proyecta su vehículo contra el coche de sus familiares directos de forma consciente y a sabiendas -según se recoge en los hechos probados no modificados- de que se está generando un peligro concreto para su vida. En la sentencia de la Audiencia se descarta una tentativa por delito doloso de lesiones o de homicidio, que se imputaba en la instancia, y se descende

hasta el peldaño inferior en orden de gravedad, que se corresponde con el delito del art. 384.1 del C. Penal. Con lo cual, se introduce como elemento distorsionador la aplicación de un tipo penal que regula el peligro generado dolosamente para sujetos indiferenciados, cuando en realidad se estaba ante un supuesto en el que la acción peligrosa va dirigida directamente contra unas personas concretas a las que conoce el acusado y que sabe que viajan en el interior del coche. Muy probablemente el Tribunal de instancia consideró excesivo aplicar el tipo doloso de lesiones y el de homicidio, pero, por otra parte, tampoco quería dejar de castigar una conducta de no poca gravedad. De modo que, al final, vino a estimar que si cabía incluso la posibilidad de que concurriera el tipo penal más grave, la tentativa dolosa de un delito de resultado lesivo, era preciso aplicar cuando menos el tipo de peligro de mayor severidad, aunque con ello se generara cierta perturbación, dado que no se daba el supuesto de sujeto pasivo indiferenciado y sí determinado e individualizado. Y lo mismo ha hecho la sentencia mayoritaria con el fin de no dejar sin sancionar la conducción temeraria del acusado. Ahora bien, una vez admitido por razones de justicia material el elemento objetivo del art. 384.1 del C. Penal, tal como se hace en la sentencia de la mayoría, no resulta factible, visto el relato fáctico, excluir el elemento subjetivo.

En este sentido, conviene destacar que el dolo que concurre en el presente caso sobre la peligrosidad de la conducta y su resultado ostenta unas connotaciones muy especiales. En primer lugar, porque la conducta del acusado es dolosa no sólo en relación con el resultado de peligro concreto para la vida o la integridad física de los familiares que viajaban en el vehículo, sino también para el delito instrumental de daños del art. 263 del C. Penal, toda vez que, sin duda, el acusado actuó con un dolo directo de dañar el vehículo en el que viajaban sus familiares. En virtud de ello, ha de admitirse también que el dolo de peligro concreto no sólo es un dolo eventual, sino que se trata de un dolo directo para el resultado de peligro concreto, de modo que el acusado generó el peligro para la vida y la integridad física de sus familiares a sabiendas de que lo generaba y con la intención de generar ese peligro concreto. Acogidos los dos presupuestos precedentes, sobre los que entiendo que no concurren dudas, se entra ya en el terreno correspondiente al espinoso tema de dirimir si, una vez constatado el dolo directo sobre el peligro concreto, es factible inferir, a tenor del peligro generado por la conducta, un dolo eventual aunque sea de grado liviano o débil con respecto al resultado lesivo. Y digo "liviano" porque parece ser que es el que se contempla en el art. 384 del C. Penal, dado que en la exposición de motivos de la Ley que en su día introdujo esta modalidad

de delito de peligro se argumenta que este tipo penal "alcanza una posición intermedia entre el delito de riesgo y la tentativa de homicidio". Por lo cual, puede hablarse de una figura dolosa atenuada con respecto al resultado lesivo, figura que entendemos se adapta en su proporcionalidad y descripción a lo que ha sucedido en el caso enjuiciado. Sin obviar, por supuesto, las contradicciones e incoherencias que alberga, tanto es su perspectiva dogmática como en la de política criminal, una figura penal híbrida como la que se tipifica en el art. 384.1 del C. Penal. Pues bien, ha de admitirse que en la práctica procesal se hace difícil deslindar empíricamente la concurrencia de un dolo de peligro concreto sin que al mismo tiempo se dé un dolo eventual de lesión. Dificultad que se incrementa cuando el dolo de peligro concreto presenta una especial intensidad por tratarse de un dolo directo con respecto al resultado de peligro.

De modo que es difícil afirmar que concurre un dolo de peligro concreto directo de especial intensidad sin que al mismo tiempo el autor prevea la probabilidad de una lesión en la que resulte materializado ese peligro. Además, el elemento objetivo del tipo penal del art. 384.1 juega un importante papel en la inferencia del dolo, ya que cuanto mayor es la peligrosidad que genera la conducta del autor para el bien jurídico más se justifica la inferencia de un dolo eventual. No puede tampoco olvidarse que, a partir de la sentencia de 23 de abril de 1992, este Tribunal ha venido dictando numerosas resoluciones en las que aprecia el dolo eventual cuando se realiza la acción agresiva con conocimiento de un peligro concreto para la integridad física o la vida de una persona o personas determinadas (SSTS 716/2001, de 24-4; 1531/2001, de 31-7; 1573/2002, de 2-10; 1866/2002, de 7-11; 1423/2004, de 2-12I; y 70/2005, de 26-1, entre otras). En este caso el acusado causó importantes desperfectos en el automóvil, pues fueron tasados en 12.400 euros, a lo que ha de sumarse que una importante parte de ellos fueron producidos en un lateral. A esto ha de añadirse que en el vehículo viajaban seis personas, tres de ellas niños de muy corta edad. La probabilidad de un resultado lesivo era, pues, elevada. La única duda que nos queda es si esa probabilidad afectaba no sólo a la integridad física de los viajeros sino también a su vida. Sin embargo, este extremo fáctico, que plantea no pocas sutilezas argumentales de carácter probatorio, aparece resuelto en el "factum" de la sentencia de instancia, sin que en la resolución mayoritaria -aspecto también muy discutible- haya sido cuestionado. Visto lo cual, y al no modificarse la premisa fáctica, lo coherente era ratificar la constatación también del elemento subjetivo del dolo acogido por la sentencia impugnada. Dolo que la norma plasma con unos términos quizás poco ortodoxos y acertados,

puesto que la expresión "consciente desprecio" tiene unas connotaciones mucho más emotivas que asertivas. 4. Por último, considero conveniente formular dos matizaciones sobre la argumentación de la sentencia mayoritaria también en relación con el elemento subjetivo del tipo penal del art. 384.

La primera pretende dar respuesta a la referencia que se hace al móvil con que actuó el acusado. Se afirma a este respecto por la mayoría que el móvil del ahora recurrente fue el de conseguir que volvieran con él su compañera y el hijo de ambos, de seis meses de edad. Sin embargo, el razonamiento no parece acertado, toda vez que en la argumentación se integran "de facto" los móviles o fines últimos personales que motivan la conducta del autor en el dolo de la acción delictiva, otorgando así al objetivo final del sujeto una relevancia jurídica de la que carece en la configuración del elemento subjetivo del tipo penal. A este respecto, es preciso incidir en que la jurisprudencia de la Sala tiene declarado que "desde antiguo la doctrina y la jurisprudencia distinguen con claridad entre deseo y dolo, considerando que éste no se debe excluir por el deseo de no producir el resultado" (STS 474/2005, de 17 de marzo). En el supuesto que se enjuicia debe sopesarse que la persona que iba conduciendo el vehículo era Vicenta, la hermana de la compañera del acusado, contra la que éste albergaba cierto encono, tal como se acreditó en la secuencia posterior de los hechos.

El acusado, a continuación de las embestidas, y cuando los ocupantes descendieron del vehículo, agarró a Vicenta por el cuello y la arrastró varios metros con el automóvil en marcha, causándole las lesiones que figuran en la causa. Esta acción agresiva puede explicar las anteriores embestidas contra el vehículo pilotado por Vicenta, y en el que viajaba también la madre de su compañera, Benita, con la que tampoco mantenía, al parecer, buenas relaciones. Por último, y en lo que atañe a la jurisprudencia que se cita en la sentencia mayoritaria sobre la aplicación de los tipos penales que nos ocupan, debe resaltarse que en ninguna de ellas se aplica el tipo penal del art. 381 a supuestos en que el autor embiste de forma voluntaria y por lo tanto claramente dolosa a otro vehículo. Se trata de casos en los que la base fáctica la integra un peligro indeterminado o general desencadenado por conductas manifiestamente temerarias, pero en las que no se arremete voluntariamente con un automóvil contra un vehículo concreto que circula por una vía pública.

SEGUNDO.- El segundo punto de discrepancia con la sentencia mayoritaria se refiere a la inaplicación del delito doloso continuado de daños, previsto en los arts. 263 y 74 del C. Penal. La mayoría excluye para el cómputo de la acción continuada el

episodio relativo a los daños causados al Renault Espace que se acaba de examinar en el apartado anterior. Para ello se aplica la cláusula concursal del art. 383 del C. Penal: "cuando con los actos sancionados en los arts. 379, 381 y 382 se ocasionara, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo, cualquiera que sea su gravedad, los Jueces o Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada...". Según la sentencia de la mayoría, la aplicación de esa norma determina que se castiguen los hechos de ese episodio fáctico sólo por el precepto penal que contempla el delito más grave, es decir, la del delito contra la seguridad del tráfico del art. 381, no penándose por tanto la conducta dañosa y el correspondiente resultado. Mi discrepancia en este caso se sustenta en que los resultados lesivos que contempla la norma concursal y que por tanto han de subsumirse en su aplicación son aquéllos que se derivan de una conducta culposa y no de una conducta dolosa. Por lo tanto, al haberse ocasionado los desperfectos en el vehículo mediante dolo directo el delito de daños no puede quedar sin ser penado merced a una norma concursal prevista para los delitos de resultado culposo. La tesis de la mayoría sólo sería sostenible si se diera un resultado lesivo para la integridad física de alguno de los ocupantes del vehículo, pues aquí sí que sus razonamientos excluyentes del dolo eventual operarían con respecto al delito contra las personas, que sería culposo según el criterio de la sentencia mayoritaria.

Si bien, sinceramente, mantengo serias dudas de que en el caso de que hubiera resultados lesivos se prosiguiera considerando la conducta como culposa. Se está por tanto ante un concurso de delitos y no de normas (tipos penales del art. 384.1 y 263 del C. Penal). Y al tratarse de una sola acción ha de aplicarse el art. 77 del C. Penal, si bien en este caso le favorece la punición separada y la inserción del delito de daños en la modalidad continuada. Por consiguiente, a mi entender, debe ratificarse la aplicación del art. 74 del C. Penal.

TERCERO.- La última discordancia concierne a la aplicación del tipo penal de desobediencia. No tengo nada que oponer a la modificación de los hechos relativos al delito de atentado y a la consiguiente exclusión de este tipo penal, pero sí discrepo de que se sustituya la condena de la Audiencia con respecto a ese delito (arts. 550, 551 y 559.1 del C. Penal) por otra en la que se aprecie el delito de desobediencia grave del art. 556 del C. Penal. El argumento de la sentencia de casación es que concurre el delito de desobediencia porque el acusado hizo caso omiso a la orden dada por la policía para que parara, tratando de huir de las fuerzas policiales que le estaban esperando para poner fin al secuestro de Vicenta. La subsunción de tal conducta

en el tipo penal de desobediencia contradice, sin embargo, una reiterada jurisprudencia de esta Sala, en la que se argumenta que en los casos de huida o elusión de la acción policial de descubrimiento de la participación en hechos punibles se viene admitiendo limitadamente el principio del autoencubrimiento impune, como manifestación del más genérico de inexigibilidad de otra conducta, pero constriéndolo a los casos de mera huida (delitos de desobediencia) con exclusión de las conductas que en la fuga pongan en peligro o lesionen otros bienes jurídicos (SSTS 2681/1992, de 12 de diciembre; 1461/2000, de 27 de septiembre; 1161/2002, de 17 de junio; y 670/2007, de 17 de julio, entre otras). La doctrina precedente ha de ser aplicada al caso que ahora se dirime, habida cuenta que el acusado desobedeció al mandato de los agentes con el fin de huir y de no ser detenido por los hechos delictivos que se le imputaban. Debió, pues, ser absuelto del delito de desobediencia

por el que se le condena en la sentencia de la mayoría. A modo de conclusión, considero que, sobre la base de los razonamientos expuestos, debió ser ratificada la condena del acusado por el delito del art. 384.1 del C. Penal, una vez que se mantuvieron como ciertos los hechos probados de la sentencia de la Audiencia en lo referente al peligro para la vida de los ocupantes del vehículo Renault Espace. Asimismo, debió aplicarse la modalidad del delito continuado con respecto a los daños. Y, por último, estimo que debió ser absuelto el acusado del delito de desobediencia grave a agentes de la autoridad. Alberto Jorge Barreiro Carlos Granados Pérez.

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

chos del menor de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 166 CC. No obstante no haber recaído dicha autorización, y sin perjuicio de ello, los interesados desean prestar su consentimiento a la venta de los derechos que, respectivamente le corresponden en la citada finca, lo que llevan a cabo en el presente documento privado". En la parte dispositiva del contrato se acordó que el consentimiento prestado era irrevocable, independientemente de que en el futuro recayera o no la autorización judicial sobre la disposición de los derechos pertenecientes al menor Demetrio. Se fijó un precio de 180.303€, recibiendo una parte del mismo los vendedores y pactando que el resto se pagaría en el momento del otorgamiento de la escritura pública. Los vendedores se comprometieron a otorgarla en el plazo de los dos meses siguientes a la autorización judicial. Se añadía la siguiente cláusula: "CUARTO. Con la suscripción del presente documento privado se transmite la posesión en concepto de dueño respecto de lo adquirido a la parte compradora a la que, además, se le entrega en este acto un ejemplar de las llaves del inmueble, debiéndosele tener, a partir de ahora en tal consideración, tanto en las relaciones entre partes como con respecto a terceros".

3º El inmueble se hallaba arrendado y un mes después del otorgamiento del anterior contrato, D. Luis Antonio vendió a los arrendatarios el mismo inmueble por un precio superior al pactado en el primer contrato. Al mismo tiempo, solicitó la oportuna autorización judicial. En la solicitud se dice lo que se reproduce a continuación: que "se conceda al solicitante la autorización para la venta de la cuota inscrita en el Registro de la Propiedad de Zamora finca núm. NUM001, por considerar la necesidad y utilidad de su enajenación, así como para adquirir, mediante retracto de coherederos, la totalidad de los derechos sobre el inmueble y proceder a su posterior venta; también que se deniegue autorización judicial para la venta a favor de Salamanca Zamora Mercados SL. Y por medio de otrosí digo que, habida cuenta de que el derecho de retracto de coherederos está sometido a plazo de caducidad, y que el mismo no se podrá ejercitar hasta que se dicte autorización judicial, deberá declararse, en la misma, que el citado plazo queda suspendido en tanto se resuelve la presente petición, con reanudación a partir de su dictado". El auto de 9 junio 2003, del juzgado de 1ª Instancia núm. 1 de Sueca, acuerda "(...)autorizar a D. Luis Antonio, en calidad de padre del menor, a la enajenación que el menor ostenta respecto de la finca inscrita en el Registro de la Propiedad de Zamora, finca núm. NUM001, igualmente se autoriza a ejercer el derecho de retracto de coherederos sobre la totalidad de sus derechos sobre el citado inmueble y se le autoriza a la enajenación del total de la finca mencionada por la

cantidad de 330.556,65€, sin necesidad de venderla en pública subasta".

4º Los otros copropietarios otorgaron la escritura de venta. D. Luis Antonio envió por burofax una carta al comprador diciendo que de acuerdo con el auto dictado por el juzgado de Sueca, se había autorizado la venta por 330.556,65€ "por ser más beneficiosa para el menor" y no otorgó la escritura.

5º D. Luis Antonio demandó a SALAMANCA ZAMORA MERCADOS 21, S.L., pidiendo que se declarara ejercido el retracto y consecuentemente, que el demandante, en la representación que ostentaba del menor Demetrio, se debía subrogar en el lugar de la compradora en los derechos adquiridos por ésta. Al mismo tiempo, la compradora SALAMANCA promovió demanda contra D. Luis Antonio y su hijo menor Demetrio pidiendo que se declarara la validez y eficacia del contrato de compraventa y que se condenara a los demandados a otorgar la correspondiente escritura pública. Las demandas se acumularon.

6º El Juzgado de 1ª Instancia núm. 2 de Zamora, en fecha 19 julio 2004, estimó la demanda de D. Luis Antonio y desestimó la de SALAMANCA ZAMORA MERCADOS 21, S.L. Examinó si concurrían todos los requisitos exigidos para el ejercicio del retracto, considerando que concurrían todos, excepto el relativo al plazo de nueve días para el ejercicio. Respecto a la autorización judicial señaló que "(...)si bien es cierto que para la adquisición favorable al menor no resulta imprescindible la autorización, sí lo es para la enajenación de bienes, que es claro que en este caso es un paso previo a la propia adquisición, por el especial mecanismo de una acción como es la que conlleva el derecho de retracto". Por ello, "(...)lo que no cabe es interpretar los requisitos que la regulan de forma tan estricta que aun cumpliéndose la finalidad de su regulación trata de preservar se haga ineficaz el derecho que la norma (...) regula: en el caso que se resuelve, la adquirente conocía la condición de menor de uno de los comuneros, y la existencia de un procedimiento judicial para la autorización a favor del padre del mismo para enajenar dicha cuota, quedando la compraventa que se perfeccionó en su momento, en relación al resto de las cuotas, pendiente de dicha autorización judicial para poder considerarse no ya consumada, sino incluso productora de los efectos finales que se pretendía con respecto a esa cuota en particular".

7º Ambos litigantes recurrieron en apelación. La sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora, de 30 diciembre 2004, estimó en parte la demanda formulada por SALAMANCA. La sentencia considera que el plazo para el ejercicio del retracto establecido en el art. 1254 CC "es un plazo de caducidad", lo que



2010/11499

TS Sala 1ª, Sentencia 16 febrero 2010. Ponente: D. Encarnación Roca Trías

Validez de compraventa otorgada por mandatario de copropietarios

El TS desestima el recurso extraordinario por infracción procesal y declara haber lugar al rec. de casación anulando la sentencia impugnada y, en su lugar, dicta otra por la que, con estimación de la demanda presentada por la entidad compradora, declara la plena validez del contrato de compraventa otorgado por el mandatario de todos los copropietarios de la casa, teniendo por objeto el litigio los derechos que corresponden a dos de los vendedores -padre e hijo-, que se niegan a otorgar escritura pública de dicho contrato, sobre las cuotas que les correspondían de la casa. El TS considera que el padre había vendido válidamente no sólo su cuota sino también la de su hijo menor, adquirida por herencia de la madre. Asimismo, el TS desestima en su totalidad la demanda presentada por el padre pidiendo que se declarara ejercitado el retracto, pretendiendo, en representación de su hijo, subrogarse en los derechos adquiridos por la compradora, al entender la Sala que ya estaba extinguido el condominio por la venta de la cuota de su hijo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de los hechos probados.

1º Por herencia de su madre, el menor Demetrio había adquirido la propiedad de una cuota en una casa situada en Zamora. Su padre, D. Luis Antonio era copropietario de otra cuota de la misma entidad, juntamente con otras personas.

2º El 12 de junio de 2002, los copropietarios, representados por D.

Rosendo, a quien habían nombrado mandatario, otorgaron un contrato privado de compraventa con SALAMANCA ZAMORA MERCADOS 21, S.L. (SALAMANCA) de la casa situada en Zamora. En el expositivo de dicho contrato figura lo siguiente: "que entre los citados interesados y el representante legal del menor D. Luis Antonio, tienen convenida la venta de la finca (...) a la entidad representada «SALAMANCA ZAMORA MERCADOS 21, S.L.», si bien se está tramitando la autorización judicial para la disposición de los dere-

“implica la imposibilidad de interrupción”, por lo que “para evitar la desnaturalización del plazo, no es posible hacer interpretaciones extensivas en cuanto a la posibilidad de suspensión del plazo”. A continuación, examina si se requería autorización judicial para el ejercicio del derecho de retracto y concluye negativamente, porque “para el ejercicio por parte del padre, en representación de su hijo menor, de la acción de retracto y del derecho a retraer, no se exige autorización judicial previa”, por lo que “(...)no podemos declarar que exista justificación alguna para no estimar caducada la acción de retracto al no haberse ejercitado la misma en el plazo de 9 días desde aquel en que el demandante tuvo cabal conocimiento de la venta”, “sin que para ello sea óbice el que el auto en el que se resuelve sobre la solicitud de autorización judicial instada por el padre del menor se recoja expresamente que se autoriza al mismo al ejercicio del retracto, puesto que esta declaración efectuada en un procedimiento como el de autorización de venta de bienes de menores, carece de trascendencia alguna por ser innecesaria y superflua”. En consecuencia, condena al litigante D. Luis Antonio a otorgar escritura pública en relación a su parte, pero no a la de su hijo.

8º Ambas partes pidieron el complemento de la sentencia, por considerar que no se trataba en el fallo de las peticiones aducidas por SALAMANCA en la demanda acumulada. Con fecha 26 julio 2005, la Sala dictó un auto de complemento en el que se dice que “no es posible estimar la demanda interpuesta por la representación procesal de Zamora Salamanca Mercados 21, S.L., porque la misma se dirigió contra D. Luis Antonio y su hijo D. Demetrio y en ella se solicitaba la validez del contrato haciendo referencia expresamente a los derechos del segundo de ellos, pretensión que debe ser desestimada y con ello el recurso de apelación impuesto” por SALAMANCA. SALAMANCA ZAMORA MERCADOS 21, S.L. volvió a pedir la aclaración de este auto; el de la Audiencia Provincial de Zamora, de 21 octubre 2005, decidió que debía aclararse la parte dispositiva del auto de complemento en el sentido que “(...) lo que procede es la estimación parcial de la demanda formulada por SALAMANCA ZAMORA MERCADOS S.L. en cuanto a la declaración de validez del contrato de compraventa suscrito en documento privado por D. Rosendo en fecha 12 de junio de 2002, amparado en el poder otorgado por D. Luis Antonio a favor del mismo y en relación a sus propios bienes y derechos sobre la casa (...) de su hijo, procediendo la condena del mismo a la elevación a público del documento privado en cuanto exclusivamente a su participación o derechos en dicho inmueble(...)”.

9º Recurren ambas partes litigantes. SALAMANCA ZAMORA

MERCADOS 21, S.L. presenta recurso extraordinario por infracción procesal, del que el auto de esta Sala de 3 marzo 2009 solo admitió los motivos primero y quinto. El propio auto admitió los recursos de casación presentados por la recurrente SALAMANCA ZAMORA MERCADOS 21, S.L. y D. Luis Antonio.

A) RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL DE SALAMANCA ZAMORA MERCADOS 21, S.L.

SEGUNDO. El primer motivo denuncia infracción del art. 218 LEC, que establece que las sentencias deben efectuar las declaraciones que exijan las pretensiones de las partes oportunamente deducidas en el pleito. Dice que la sentencia recurrida se pronuncia sobre puntos no planteados en el recurso de apelación, porque condenó a D. Luis Antonio a otorgar la escritura pública por entender que en el poder de disposición otorgado por el recurrente a favor de Rosendo no estaba incluida la facultad de administración y disposición de los bienes del menor. La sentencia recurrida recoge como hecho cierto que el apoderado estaba facultado por el recurrente para vender tanto los derechos que le correspondían, como los que correspondían al menor, hecho no controvertido; por ello “la sentencia de Instancia (...) se limita a estudiar la cuestión de la compraventa de los derechos del menor concluyendo que no se ha perfeccionado y consumado al no haberse producido con anterioridad la autorización judicial, no porque el apoderado careciera de facultades”.

El motivo no se estima.

La recurrente está denunciando incongruencia cuando en realidad lo que pretende en este motivo del recurso extraordinario por infracción procesal es que se examine el documento en el que se otorgó un mandato a uno de los vendedores, que luego fue revocado. Y ello sin perjuicio de lo que se afirma en el Fundamento Cuarto de esta sentencia.

TERCERO. El Quinto motivo señala la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, porque existe falta de motivación.

El motivo se desestima.

La sentencia ahora recurrida cumple los requisitos de motivación exigidos tanto por esta Sala como por el Tribunal Constitucional a los efectos de cumplir la obligación establecida en el art. 120.3 CE. Además, aparte de la cita de diversas sentencias del Tribunal Constitucional en apoyo de su denuncia, la recurrente no concreta dónde se encuentra dicha falta de motivación, lo que convierte en imposible el análisis.

B) RECURSO DE CASACIÓN DE SALAMANCA ZAMORA MERCADOS 21, S.L.

CUARTO. El Primer motivo denuncia la infracción de los arts 1259 y 1727, 1 y 2 CC, en relación con los arts 162, 1710 y 1713 CC y el principio general de que nadie puede ir contra sus propios actos. Señala que a pesar de que no consta explícitamente en la escritura que al otorgar el poder, D. Luis Antonio actuara no solo en nombre propio, sino también en el de su hijo menor, ello debe considerarse implícito teniendo en cuenta la finalidad para la que otorgó dicho poder, ya que su intención era vender todos los derechos de su hijo menor de edad. Supone que se produjo una ratificación tácita del mandato, en el caso en que se considere que no se había otorgado expresamente. Finalmente argumenta que no se valoraron los actos posteriores.

El motivo se estima.

El artículo 166 CC exige que para la disposición de los actos del menor concurra la autorización judicial, pero nada impide otorgar un contrato que la exija antes de obtenerla, o bien mientras se están efectuando las gestiones para conseguirla. Cuando ello ocurra, el contrato se entenderá sometido a una condición suspensiva consistente en la obtención de la autorización, aunque, como en el caso que nos ocupa, dicha condición se configurara por las partes como resolutoria, lo que nada les impedía hacer.

Por ello el problema que se presenta en el auto de complemento de la sentencia dictado por la Audiencia Provincial de Zamora, de 26 julio 2005 es si debe interpretarse que el padre del menor había otorgado el poder a D. Rosendo exclusivamente en nombre suyo o debía considerarse incluido también al menor de edad, lo que llevaría a la interpretación de los documentos otorgados. Sin embargo, por una parte D. Rosendo, como mandatario, actuó en nombre y representación de D. Luis Antonio e hizo constar expresamente que si bien la venta era definitiva, el otorgamiento de la escritura pública quedaba suspendido hasta que se concediera la autorización judicial al padre titular de la potestad para la venta de los derechos de uno de los comuneros, el menor Demetrio. Ello obliga a concluir que el mandato otorgado a D. Rosendo incluía el derecho de este comunero, lo que además queda confirmado con la petición de autorización judicial con relación a esta concreta venta efectuada por el padre.

De este examen, debe entenderse que el mandato incluía tanto el derecho del padre como el del hijo menor de edad, por lo que debe revocarse la sentencia en el sentido de que obtenida la autorización judicial, debe otorgarse la escritura también en lo relativo a la cuota del menor, de acuerdo con la autorización judicial otorgada.

QUINTO. El segundo motivo denuncia la infracción del art. 166 en relación con los arts 1254, 1265,

1275, 1258, 1281 y 1540 CC. Este motivo se formula para el caso de que “se estimase el anterior motivo”. En él pretende la recurrente que se interprete de nuevo el contrato en relación a la concurrencia o no de una condición suspensiva de la venta a la autorización judicial.

El presente motivo resulta inútil como consecuencia de la admisión del primero de los de casación, en el que se analiza también la naturaleza y efectos de la condición implícita pactada en lo referente al otorgamiento de la escritura pública.

C) RECURSO DE CASACIÓN DE D. Luis Antonio

SEXTO. El recurrente, presenta un recurso de casación con un único motivo, dividido en tres apartados: a) Infracción de la doctrina jurisprudencial sobre los artículos 1522 y 1524 CC y sobre el retracto. Dice que el menor ejerció el retracto “una vez considerado propietario por el auto dictado en el expediente de jurisdicción voluntaria que consideraba que el menor no había vendido por no haber obtenido la previa autorización judicial”. Entiende que hasta que no se dictó la resolución no pudo surgir el derecho al retracto. Coincide con la sentencia recurrida en el sentido de que para comprar bienes en nombre de un menor no se requiere autorización judicial, pero para comprar hay que ser dueño, de modo que “hasta que no se desautorice la venta efectuada en su nombre no vuelve a ostentar la condición de dueño y por ello con facultad para vender, de modo que hasta que no se declare la ineficacia de la venta a SALAMANCA no se reconocerá al menor como dueño y, por ello, con facultad de ejercer el retracto”; b) Infracción del art. 1969 CC sobre plazo para ejercitar el retracto y su suspensión o interrupción. Sostiene que hay una suspensión del plazo mientras se tramita la autorización y la sentencia que autoriza el retracto reanuda el plazo para su ejercicio y la demanda se interpone a los nueve días de la firmeza de la misma. Aunque no se admite la interrupción del plazo de caducidad, sí se ha admitido la suspensión, y c) Infracción del art. 166 en relación con los arts 1254 y 1522 CC. El contrato realizado sin autorización judicial en nombre del menor es nulo. Por ello, el contrato celebrado por todos los comuneros con SALAMANCA fue sometido a la condición suspensiva de la obtención de dicha autorización. Según el recurrente, el primer contrato no obtuvo autorización judicial y el segundo, autorización para vender todo previo retracto. Si no hay tal autorización no puede vender su cuota y tampoco podría adquirir por medio de retracto el resto de cuotas.

El motivo y sus submotivos se desestiman.

La principal cuestión que ha sido objeto repetidamente de discusión en

el litigio, hasta el punto de que el ahora recurrente la incluyó en la petición efectuada al Juzgado pidiendo la autorización para ejercer el retracto, consiste en el plazo para el ejercicio del mismo. Dejando aparte que deben compartirse los argumentos de la sentencia recurrida en lo relativo a que el padre representante del menor no tiene necesidad de autorización judicial para la compra de un bien mediante el ejercicio del retracto, varias son las evidencias que deben ahora ponerse de relieve para rechazar este motivo con sus submotivos:

1º Que el menor no podía ejercitar el retracto porque ya se había conseguido la autorización judicial para la venta firme, que la convalidaba, con efectos al momento del otorgamiento del documento privado. Por tanto, habiendo vendido ya D. Luis Antonio su parte y la de su hijo en el contrato privado, mal podían ejercitar el derecho de retracto, puesto que ya no eran comuneros. D. Luis Antonio hubiera podido ejercitarlo por sí mismo, en su cualidad de copropietario antes de la venta de la finca en documento privado, sin necesidad de tener que acudir al complicado procedimiento que ahora pretende hacer valer.

2º Que aun en el hipotético caso que se entendiera que seguía vivo el derecho de retracto, cuya admisión es muy difícil después de la venta efectuada a favor de SALAMANCA, no hay que olvidar que el art. 1932 CC establece que "los derechos y acciones se extinguen por la prescripción en perjuicio de toda clase de personas", dejando a salvo los derechos de reclamación entre quien ha dejado prescribir el derecho y el perjudicado. Pero este argumento debe considerarse a mayor abundamiento, porque lo esencial es lo que se ha dicho en el anterior apartado y esto dejando sentado que el plazo para el ejercicio del retracto es de caducidad, por lo que no admite interrupción ni suspensión.

3º Finalmente, el actual recurrente insiste en su pretensión de que se le había autorizado el ejercicio del retracto y la venta posterior de la finca una vez adquirida por dicho ejercicio. Esto ha sido negado por la sentencia recurrida e incurrir el recurrente en hacer supuesto de la cuestión, puesto que pretende imponer sus propias conclusiones, sin impugnar la interpretación efectuada puesto que no puede considerarse tal, por estar también mal planteado a nivel casacional, la alegación de haberse infringido el art. 1281 CC, efectuada sin señalar el párrafo vulnerado, como resulta obligatorio de acuerdo con reiterada jurisprudencia de esta Sala, cuya reiteración excusa de su cita.

SÉPTIMO. La estimación del recurso de casación presentado por la recurrente SALAMANCA ZAMORA MERCADOS 21, S.L. determina la casación de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Za-

mora, de 30 diciembre 2004, que revocó la de 1ª Instancia del Juzgado núm. 2 de Zamora. Ello determina que deba entrarse en el fondo del asunto y dictarse sentencia, y en consecuencia:

1º Se estima la demanda presentada por SALAMANCA ZAMORA MERCADOS, S.L., declarando: a) la plena validez del contrato de compraventa otorgado el 12 junio 2002, teniendo por objeto los derechos que corresponden a D. Luis Antonio y su hijo D. Demetrio, y b) condenar a D. Luis Antonio y a su hijo menor de edad a otorgar escritura, elevando a público el documento privado de compraventa de 12 junio 2002. No se imponen las costas en virtud de lo dispuesto en el art. 394.1 a contrario LEC

2º Se desestima en su totalidad la demanda presentada por D. Luis Antonio. Se imponen las costas a este litigante, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 394.1 LEC.

OCTAVO. Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal presentado por SALAMANCA ZAMORA MERCADOS 21, S.L. y se estima el recurso de casación. Al haberse estimado su recurso de casación, no se imponen las costas de estos recursos.

Se desestima el recurso de casación presentado por la representación procesal de D. Luis Antonio, imponiéndole las costas, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 398.1 LEC, que se remite al art. 394 LEC.

No se hace especial imposición de las costas del recurso de apelación.

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

FALLO

1º Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal presentado por la representación procesal de SALAMANCA ZAMORA MERCADOS 21, S.L. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora de 30 diciembre 2004, dictada en el rollo de apelación núm. 343/2004.

2º Se estima el recurso de casación presentado por la representación procesal de SALAMANCA ZAMORA MERCADOS 21, S.L. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora de 30 diciembre 2004, dictada en el rollo de apelación núm. 343/2004.

3º Se casa y anula la sentencia recurrida y en su lugar se dicta sentencia en los siguientes términos:

a) Se estima la demanda presentada por SALAMANCA ZAMORA MERCADOS, S.L., declarando: i) la plena validez del contrato de compraventa otorgado el 12 junio 2002, teniendo por objeto los derechos que corresponden a D. Luis Antonio y su

hijo D. Demetrio, y ii) condenar a D. Luis Antonio y a su hijo menor de edad a otorgar escritura pública elevando a público el documento privado de compraventa de 12 junio 2002. No se imponen las costas en virtud de lo dispuesto en el art. 394.1 a contrario LEC.

b) Se desestima en su totalidad la demanda presentada por D. Luis Antonio. Se imponen las costas a este litigante, de acuerdo con lo dispuesto en el art.394.1 LEC.

4º Se desestima el recurso de casación presentado por la representación procesal de D. Luis Antonio contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora de 30 de diciembre de 2004, dictada en el rollo de apelación núm. 343/2004.

5º No se imponen las costas del recurso extraordinario por infracción procesal y de casación a la recurrente SALAMANCA ZAMORA MERCADOS 21, S.L.

6º Se imponen al recurrente D. Luis Antonio las costas del recurso de casación.

7º Se imponen a D. Luis Antonio las costas de la 1ª Instancia. 8º No se imponen a SALAMANCA ZAMORA MERCADOS 21, S.L. las costas de la primera instancia.

9º No se hace expresa imposición de costas de la apelación.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Juan Antonio Xiol Rios.- Roman Garcia Varela.- Francisco Marin Castan.- José Antonio Seijas Quintana.- Encarnacion Roca Trias.- Firmado y rubricado. Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMA. SRA. Dª Encarnacion Roca Trias, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.



TS Sala 3ª, Sección: 6, Sentencia 9 febrero 2010. Ponente: D. Luis María Díez-Picazo Giménez

Cuantía de indemnización

Baremo relativo a la minusvalía y al daño moral

Desestima el TS el recurso de casación interpuesto por la Comunidad de Madrid frente a sentencia que estimando en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto declaró el derecho de la actora al abono de cantidad en concepto de indemnización por Responsabilidad Patrimonial de la Administración. Se alega infracción del art. 141 LRJ-PAC. Recuerda la recurrente que, aun cuando la determinación de la cuantía de la indemnización es una cuestión de hecho y, en cuanto tal, no es susceptible de ser revisada en casación, la jurisprudencia introduce una excepción cuando la cifra es desproporcionada o arbitraria. Sostiene que éste es el caso, pues la sentencia impugnada, que para calcular la cuantía de la indemnización acude al baremo recogido en la resolución de la Dirección General de Seguros y Planes de Pensiones de 24 de enero de 2006, no se atiene a los criterios de aplicación del propio baremo en lo relativo a la minusvalía y al daño moral. Este único motivo no puede prosperar, ya que el baremo recogido en la resolución de la Dirección General de Seguros y Planes de Pensiones de 24 de enero de 2006, que rige para el sector de los seguros privados, no era vinculante para el tribunal "a quo".

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación es interpuesto por la Lezada de la Comunidad de Madrid contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sec-

ción 9ª) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de noviembre de 2006.

La sentencia ahora impugnada declara probados los siguientes hechos: "1º) el niño Camilo padece esclero-

sis tuberosa; 2º) Dicha enfermedad le fue diagnosticada a los ocho meses en el Hospital 12 de octubre, donde fue tratado hasta los cuatro años con medicamentos sin que eliminasen las constantes y agresivas crisis; 3º) Se le traslada al Hospital San Carlos, donde se le trata con medicamentos antiepilépticos, con vistas semanales y análisis, sin mejoría persistente ni erradicar las crisis epilépticas, y ello durante tres años y medio; 4º) A los cinco años y medio se le practicó una T.M craneal, prueba que no se le había practicado desde los ocho meses; 5º) Por el Servicio Médico del Hospital San Carlos se manifiesta que la epilepsia del niño no está mal controlada, desaconsejándose la cirugía y negándose a remitirle a centro alguno; 6º) Recogida la R.M del niño, la actora acude a la clínica Teknon de Barcelona, donde realizadas las pruebas correspondientes, es operado a los siete años y medio, no volviendo a padecer ningún tipo de crisis; tiene una minusvalía del 67%.”

Con base en estos hechos, Dª María Inés, madre del niño, formuló, en nombre de aquél y en el suyo propio, reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración por defectuosa asistencia sanitaria. Producida la desestimación presunta por silencio administrativo, acudió a la vía jurisdiccional. La sentencia impugnada le reconoce el derecho a indemnización y, para calcular la cuantía de la indemnización, utiliza el baremo recogido en la resolución de la Dirección General de Seguros y Planes de Pensiones de 24 de enero de 2006, llegando así a la cifra de 418.553,66 euros ya actualizados.

SEGUNDO.- La sentencia fue recurrida no sólo por la Letrada de la Comunidad de Madrid, sino también por Zurich España Compañía de Seguros y Reaseguros, que había sido codemandada en la instancia. El recurso de casación de ésta última fue inadmitido, por no haber satisfecho el juicio de relevancia del derecho estatal invocado tal como exigen los arts. 86.4 y 89.2 LJCA. No obstante, Zurich España Compañía de Seguros y Reaseguros se personó como parte recurrida y, en el trámite de oposición, presentó escrito por el que se adhirió al recurso de casación de la Letrada de la Comunidad de Madrid.

Este extremo no puede ser pasado por alto, ya que quien se persona en el recurso de casación como parte recurrida debe hacerlo para oponerse a dicho recurso. La jurisprudencia es clara a este respecto, como lo muestran, entre otras, las sentencias de esta Sala de 25 de marzo de 1995, 4 de junio de 1997 y 14 de abril de 2003. La posibilidad de ser parte recurrida en un recurso de casación tiene como finalidad evitar que alguien con interés en el mantenimiento de la sentencia impugnada pueda verse perjudicado por la anulación de ésta sin haber sido oído. Por ello, utilizar la personación como parte

recurrida para adherirse al recurso de casación constituye una desnaturalización de dicha posibilidad procesal, que no puede ser amparada por esta Sala. Esto implica que las alegaciones contenidas en el escrito presentado por Zurich España Compañía de Seguros y Reaseguros en el trámite de oposición no deben ser ahora tenidas en cuenta.

TERCERO.- El recurso de casación de la Letrada de la Comunidad de Madrid se basa en un único motivo, formulado al amparo del art. 88.1.d) LJCA. Se alega infracción del art. 141 LRJ-PAC. Recuerda la recurrente que, aun cuando la determinación de la cuantía de la indemnización es una cuestión de hecho y, en cuanto tal, no es susceptible de ser revisada en casación, la jurisprudencia introduce una excepción cuando la cifra es desproporcionada o arbitraria. Sostiene que éste es el caso, pues la sentencia impugnada, que para calcular la cuantía de la indemnización acude al baremo recogido en la resolución de la Dirección General de Seguros y Planes de Pensiones de 24 de enero de 2006, no se atiene a los criterios de aplicación del propio baremo en lo relativo a la minusvalía y al daño moral.

CUARTO.- Este único motivo no puede prosperar, ya que el baremo recogido en la resolución de la Dirección General de Seguros y Planes de Pensiones de 24 de enero de 2006, que rige para el sector de los seguros privados, no era vinculante para el tribunal a quo. Este acudió a dicho documento para orientarse a la hora de calcular la cuantía de la indemnización, del mismo modo que habría podido inspirarse en algún otro documento similar o en el criterio jurisprudencial predominante en casos análogos. En todo caso, la aplicación incorrecta de un baremo no vinculante -suponiendo que efectivamente tuviera lugar- no constituye una infracción de la legalidad y, por consiguiente, no sirve de fundamento para casar la sentencia impugnada. Por lo demás, teniendo en cuenta la experiencia de esta Sala en materia de indemnizaciones, la cifra finalmente establecida por el tribunal a quo no resulta desproporcionada ni arbitraria.

QUINTO.- Con arreglo al art. 139 LJCA, la desestimación del recurso de casación trae consigo la imposición de las costas a la recurrente. Debe condenarse, así, a la Comunidad de Madrid al pago de las costas de Dª María Inés. Ajustándose al criterio usualmente seguido por esta Sección 6ª, quedan las costas fijadas en un máximo de tres mil euros en cuanto a los honorarios de abogado.

Por lo que hace a Zurich España Compañía de Seguros y Reaseguros, que formalmente también ha sido parte recurrida en este recurso de casación, no procede que se beneficie de la condena en costas a la Comunidad de Madrid, porque haciendo un

uso indebido del trámite de oposición se adhirió al recurso de aquélla.

FALLO

PRIMERO.- No ha lugar al recurso de casación interpuesto por la Letrada de la Comunidad de Madrid contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 9ª) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de noviembre de 2006.

SEGUNDO.- Condenamos a la Comunidad de Madrid al pago de las

costas de Dª María Inés, hasta un máximo de tres mil euros en cuanto a honorarios de abogado.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Luis María Díez-Picazo Gimenez, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Secretario, certifico.



2009/332714

TS Sala 4ª, Sentencia 16 diciembre 2009. Ponente: D. Mª Luisa Segoviano Astaburuaga

No vulnera su libertad sindical

Exclusión de sindicato en firma de pacto extraestatutario

El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la caja de ahorros codemandada frente a sentencia que declaró que la exclusión del sindicato accionante de la firma del pacto extraestatutario vulnera su derecho de libertad sindical y condena a la empresa al abono de una indemnización por daños.

La Sala señala que el derecho a la negociación colectiva que el art. 28 CE reconoce a todo sindicato no implica su derecho a participar en negociaciones extraestatutarias porque tal pacto no se rige por los arts. 82 y siguientes ET -reguladores de la negociación colectiva estatutaria-, sino por los correspondientes preceptos del CC, por lo que rige la autonomía de la voluntad y, en consecuencia, la exclusión del pacto de un determinado sindicato no vulnera dichos preceptos ni, por ende, el derecho de libertad sindical.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Social núm. 2 de los de Sabadell dictó sentencia el 7 de diciembre de 2007, autos 311/07, desestimando la demanda formulada por D. Luis Carlos contra D. Ángel Jesús y Caixa d'Estalvis de Sabadell, absolviendo a las demandadas de las pretensiones contenidas en la demanda en su contra formulada. Tal y como resulta de dicha sentencia, tras la revisión de hechos efectuada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, al resolver el recurso de suplicación 5250/08, el Sindicat d'Estalvis de Catalunya -en adelante SEC- miembro del comité de empresa y Sindicato más representativo en su ámbito, convocó el 26 de octubre de 2006 una reunión para el día 8 de noviembre para tratar, entre otros temas, un posible pacto en relación con la conciliación de la vida laboral y familiar, realizando varias aportaciones en esta materia que fueron

unas recibidos por recursos humanos el 26 de enero de 2007 y otras por D. Ángel Jesús el 7 de febrero de 2006. La empresa y los sindicatos UGT y CCOO firmaron un pacto el 20 de abril de 2007 para la conciliación de la vida familiar, laboral y personal y la igualdad entre mujeres y hombres, pacto que apareció en la prensa local. El SEC fue excluido de la firma del citado pacto.

Recurrida en suplicación por la parte actora, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya dictó sentencia el 21 de octubre de 2008, recurso 5250/08, estimando en parte el recurso interpuesto por D. Luis Carlos, en nombre y representación del Sindicat d'Estalvis de Catalunya (SIC), contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de los de Sabadell, en fecha 7 de diciembre de 2007, procedimiento de tutela de derechos fundamentales núm. 311/07, seguido a instancia del citado recurrente con-

tra Caixa d'Estalvis de Sabadell, Ángel Jesús y el Ministerio Fiscal, declarando el derecho del Sindicato demandante a que se le ofrezca firmar el pacto de 20 de abril de 2007, condenando a la demandada a abonar al actor al cantidad de 10.000 euros, en concepto de indemnización por lesión de la libertad sindical. La sentencia entendió que el derecho a la negociación colectiva es un derecho sindical básico, reconocido en el artículo 28 de la Constitución Española aplicado por el Tribunal Constitucional (S 164/93, de 18 de mayo y 225/01) por lo que al ostentar el recurrente la calidad de miembro del Comité de empresa y de Sindicato más representativo en su ámbito, tiene derecho a participar en la negociación colectiva, cuando ésta afecta a la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en el convenio colectivo, como concreción del artículo 28 de la Constitución, lo que sucede en el caso examinado -afecta a parte del convenio colectivo por lo que respecta a la esfera de la interpretación de las normas relativas a la conciliación de la vida laboral y familiar, flexibilidad horaria, licencias y permisos, excedencia- pudiendo calificarse de fraudulenta dicha práctica y de haber vulnerado el derecho del demandante a participar en la negociación colectiva, a la que debe ser convocado y debe poder concurrir con buena fe y con vistas a conseguir un acuerdo, al igual que el resto de las centrales sindicales, cuando se pretende la modificación de condiciones de trabajo que afectan de forma sustancial a un colectivo de trabajadores de la empresa.

Contra la citada sentencia se interpuso por la demandada Caixa d'Estalvis de Sabadell recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia contradictoria la dictada por esta Sala de lo Social el 18 de septiembre de 2007, recurso 52/2006.

La parte actora ha impugnado el recurso habiendo informado el Ministerio Fiscal que procede la desestimación del recurso por falta de contradicción y, subsidiariamente, en cuanto al fondo, estima procedente el recurso.

SEGUNDO.- Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el presupuesto de la contradicción, tal como lo enuncia el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente idénticas, las sentencias comparadas han emitido pronunciamientos diferentes.

La sentencia de contraste, la dictada por esta Sala de lo Social el 18 de septiembre de 2007, recurso 52/2006, desestimó el recurso de casación interpuesto por el Sindicato Independiente de Baleares (SIB) contra la sentencia de fecha 28 de marzo de 2006, dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en proce-

dimiento núm. 105/05, seguido a instancia de Sindicato Independiente de Baleares contra Unión General de Trabajadores (UGT), Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona "La Caixa Comisiones Obreras (CCOO), Sindicat d'Empleats de la Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona (SECPB), FRC, ASI y Ministerio Fiscal, sobre derechos. Consta en dicha sentencia que el Sindicato SIB tiene un ámbito territorial circunscrito al territorio de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares. En el periodo comprendido entre 2002 y 2005 de los 21 representantes elegidos en el territorio de las Islas Baleares, 10 lo fueron en la lista del sindicato SIB lo que supone un 47'619%, habiendo sido nombrados Presidente y Secretario del Comité de empresa los miembros de dicho Sindicato.

Del total de representantes elegidos el número de elegidos del SIB, supone un 2'370%. La empresa no permitió al sindicato accionante participar en varios Acuerdos adoptados con otros Sindicatos, en concreto los siguientes: "Acuerdo laboral de 23-12-03, suscrito por dicha entidad con CCOO, UGT y SECPB"; "Acuerdo de ampliación y mejora del Convenio colectivo del Sector (2003-2006) en la Caixa"; "Acuerdo laboral 21-1-2005 sobre ratificación de la composición y régimen de acuerdos de la comisión de Control del Plan de pensiones y modificación del sistema de designación de los vocales en representación de partícipes y beneficiarios"; "Acuerdo de 24-1-2005 de designación de miembros de la comisión de Control del Plan de Pensiones de Empleados de la Caixa" y en el "Acuerdo Laboral de modificaciones en el sistema de previsión Social de La Caixa y aprobación de nuevas especificaciones del plan de pensiones de 7 de marzo de 2005".

La sentencia entendió que no se había vulnerado el derecho de libertad sindical del demandante, dado que los acuerdos en los que no se le permitió participar tienen el carácter de pactos impropios o extraestatutarios y el derecho de negociación colectiva extraestatutaria de los Sindicatos ha de compaginarse con el principio de autonomía de la voluntad que los demás negociadores tienen igualmente reconocido por las leyes -Código Civil- gozando la empresa en este modelo de negociación de absoluta libertad a la hora de proceder a la selección de su interlocutor tal como ha señalado el Tribunal Constitucional en sentencia 121/01, de 4 de junio.

Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral. En efecto, en ambas sentencias el accionante es un sindicato, alguno de cuyos miembros forman parte del Comité de empresa -fundamento jurídico cuarto con valor de hecho probado de la sentencia recurrida; hecho probado tercero, apartado 3 de la sentencia de contraste-. En ambos su-

puestos el Sindicato accionante tiene carácter de más representativo en su ámbito de actuación -fundamento jurídico cuarto, con valor de hecho probado en la sentencia recurrida; hecho probado tercero, apartado 3 en la Sentencia de contraste-. En ambos supuestos se ha excluido al sindicato de la negociación de un pacto extraestatutario que la empresa ha suscrito con otros sindicatos, pacto que incide en la regulación de las condiciones de trabajo -en la recurrida interpretación de las normas relativas a la conciliación de la vida laboral y familiar, flexibilidad horaria, licencias y permisos, excedencias-. En la de contraste, entre otros, "Acuerdo de ampliación y mejora del Convenio Colectivo del Sector", habiendo llegado las sentencias comparadas a soluciones contradictorias.

En efecto, mientras la sentencia recurrida entiende que la exclusión del Sindicato accionante, del pacto extraestatutario efectuada por la empresa vulnera el derecho de libertad sindical, la de contraste resuelve que tal exclusión no vulnera el citado derecho. Es irrelevante que en la sentencia recurrida la empresa no diera explicación alguna de la exclusión del sindicato y en la de contraste intentara justificarlo y que en la de contraste el pacto extraestatutario se aplicara a todos los trabajadores, pues lo decisivo es la naturaleza del pacto y la exclusión de la negociación del mismo.

Cumplidos los requisitos de los artículos 217 y 222 de la Ley de Procedimiento Laboral, procede entrar a conocer del fondo del asunto.

TERCERO. - El recurrente alega infracción de los artículos 28 de la Constitución, en relación con el artículo 2.2 d) de la LOLS y 179.2 y 180 de la LPL.

En esencia el recurrente aduce que no estamos en presencia de un "derecho prestacional" del Sindicato que exija a la empresa una contraprestación por el mismo sino de un "derecho de libertad" que ha de compaginarse con el principio de la autonomía de la voluntad que rige la negociación de pactos extraestatutarios, de modo que el derecho a la negociación colectiva del Sindicato demandante topa con el derecho de las demás partes a no negociar con él, sin que obste a esta afirmación la posible proyección general a toda la plantilla del pacto colectivo extraestatutario.

La cuestión que se plantea es la de decidir si es atentatoria de la libertad sindical una negociación colectiva, llevada acabo al margen de las previsiones que sobre la negociación colectiva se contienen en los artículos 82 y siguientes del Estatuto de los Trabajadores, en la que la empresa, tras recibir determinadas propuestas en relación con la conciliación de la vida familiar y laboral formuladas en enero y febrero de 2007 por SEC, suscribió un pacto el 20 de abril de

2007 con UGT y C.OO, excluyendo al SEC de dicho pacto. En definitiva, se trata de decidir si el derecho a la negociación colectiva que el artículo 28 de la Constitución reconoce a todo sindicato, implica su derecho a participar en negociaciones extraestatutarias y, por ende, su exclusión de tales negociaciones constituiría un atentado a la libertad sindical.

En relación con el contenido del derecho de Libertad Sindical, el Tribunal Constitucional ha señalado en la sentencia 107/2000, de 5 de mayo, lo siguiente: "nuestra doctrina tiene también reiteradamente declarado que no toda limitación a la capacidad de actuación de un Sindicato determina necesariamente una vulneración de la libertad sindical sino que la lesión sólo se producirá cuando la reducción incida realmente en el derecho a la actividad sindical y tenga lugar de modo arbitrario, antijurídico y carente de justificación, como sucede en el supuesto de las exclusiones o minoraciones de presencia sindical en las comisiones creadas por convenios colectivos con facultades negociadoras (SSTC 73/1984, de 27 de junio; 9/1986, de 21 de enero, 39/1986, de 31 de marzo...), o en el caso de la utilización de las mayorías legales para alcanzar un convenio estatutario con exclusión del Sindicato legitimado (SSTC 187/1987, de 24 de noviembre, y 137/1991, de 20 de junio), o cuando...la actuación unilateral del empresario, amparada en principio por las facultades directivas implícitamente reconocidas por la libertad de empresa (art. 38 CE), afecte a la posición negociadora del Sindicato vaciando sustancialmente de contenido la libertad sindical (SSTC 58/1985, de 30 de abril)."

Respeto al cauce, regulación y efectos de los pactos extraestatutarios, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

Sentencia 121/2001, de 4 de junio: " Tales pactos, que se encuentran amparados por el art. 37 CE, en cuanto garantiza el derecho a la negociación colectiva entre los representantes de los trabajadores y los empresarios, carecen de eficacia personal «erga omnes», y poseen una obligatoriedad personal limitada, relativa o reducida, en el sentido en que aquéllos circunscriben su fuerza vinculante a los trabajadores y empresarios representados por las partes signatarias. Se rigen, por tanto, por la regla general del Derecho común de la contratación, a tenor de la cual los contratos producen efectos sólo entre las partes que los otorgan (art. 1257 del Código Civil). La lógica contractual comporta aquí que el acuerdo resulte tan sólo vinculante respecto de aquellos sujetos que han conferido un poder de representación para fijar colectiva y concretamente las condiciones laborales ".

Continua la Sentencia " La singularidad más relevante de este modelo de negociación de eficacia limitada se cifra en la absoluta libertad de que

goza la empresa a la hora de proceder a la selección de su interlocutor. Relevante y significativa diferencia si la comparamos con las severas exigencias que impone el paradigmático modelo legal, pero que se encuentra condicionada, precisamente, por el limitado alcance personal de sus efectos, que quedan reducidos al estricto ámbito de representación que las partes posean, pues, como este Tribunal tuvo oportunidad de señalar en su STC 108/1989, de 8 de junio (F. 2), “la extensión de los convenios de eficacia limitada más allá del círculo personal de quienes lo suscribieron no puede hacerse, ciertamente, por procedimientos o vías que no cuenten con la libertad de quienes en él no participaron”. De este modo, cuando se celebra un acuerdo colectivo fuera de la disciplina estatutaria, pero que, en alguna de sus disposiciones, persigue generalidad, de manera tal que su aplicación sólo fuera posible desde su eficacia «erga omnes», habría que convenir que tales disposiciones no serían válidas, en tanto que eficacia de tal clase sólo es predicable de los convenios colectivos que regula el Estatuto de los Trabajadores.”.

Por su parte esta Sala examinando los convenios colectivos extraestatutarios en sentencia de 30 de marzo de 1999, recurso 2947/98, ha establecido lo siguiente: “ Por ello, este último pacto queda totalmente al margen de la regulación que de la negociación colectiva hacen el ET y la LOLS, toda vez que el art. 82.3 del ET limita la normativa de su Título III a “los convenios colectivos regulados por esta Ley” y el art. 90.1 a los convenios “a que se refiere esta Ley “, por lo que los convenios extra- estatutarios carecen de una regulación legal propia y se rigen directamente por el art. 37.1 de la CE y por las normas que el Código Civil dedica a los contratos (STS-4ª de 2 de febrero y 21 de junio de 1994), en concreto sus artículos 1.091 y 1.254 a 1.258 (STS-4ª de 14 de diciembre de 1996), sin perjuicio de aplicar, en su dimensión básica, las reglas generales del propio Estatuto, dada su calidad de “concertos” plurales.

De ahí que la principal característica de estos pactos extra-estatutarios estriba en que su ámbito personal de aplicación se limite a la empresa y a los trabajadores que (bien por sí mismos o bien a través del Sindicato al que vienen afiliados) los concertaran inicialmente, así como a aquéllos otros que en lo sucesivo se adhieran al concierto por cualquiera de los medios previstos en el ordenamiento jurídico, en este caso, como se ha dicho, fundamentalmente el Código Civil “.

En la sentencia de 12 de diciembre de 2006, recurso 21/2006, se contiene el siguiente razonamiento: “ ya esta Sala ha sostenido que la firma de un pacto extraestatutario suscrito ante el fracaso de la negociación estatutaria no supone en principio vul-

neración de la libertad sindical, siempre, naturalmente, que las funciones atribuidas a aquélla sean acordes con la eficacia limitada que es propia de este tipo de pactos. Y ello es así, porque «la existencia de un pacto colectivo extraestatutario, cuando la eficacia que se pretende para el mismo es la limitada que le corresponde, no perjudica la libertad sindical de sindicato no interviniente en dicho pacto, pues no merma sus posibilidades de negociación, en tanto que no obstaculiza un ulterior convenio colectivo de eficacia «erga omnes», ni le impide propiciar la negociación de otro pacto colectivo, también extraestatutario, con afectación limitada a sus afiliados» (STS 30/05/91 -cas. 1356/90-) (SSTS 11/09/03 -cas. 144/02-; y 22/05/06 -cas. 79/05). De otra parte, también hemos afirmado que la posible vulneración del deber de negociar (inexistente en el caso de autos) no lleva consigo, en principio, la nulidad de los acuerdos alternativos que puedan lograrse al margen de la negociación estatutaria, pues si ello fuera así el ámbito del convenio extraestatutario, como solución ante el fracaso de las negociaciones, quedaría notablemente reducido (en tales términos, la precitada STS 22/05/06 -cas. 79/05 -).”.

Concluye la Sentencia “ Finalmente, en lo que corresponde a la obligación de negociar cuya tutela se demanda, la Sala considera suficiente recordar su doctrina relativa a que después de intentada y fracasada la negociación de un Convenio Colectivo estatutario con la presencia de todos los legitimados para dicha negociación (éste es el supuesto examinado), la obligación de negociar de buena fe establecida en el art. 89 ET no implica el deber de reanudar las negociaciones del convenio fallido, salvo cuando el promotor de la negociación plantea una plataforma negociadora novedosa en el contenido o en el tiempo (SSTS 17/11/98 -cas. 1760/98-; 30/09/99 -rec. 3652/98-; y 01/03/01 -cas. 2019/00 -); y que el deber de negociar no se confunde con la obligación de convenir, ni con la de mantener indefinidamente una negociación que no produce acuerdos (SSTS 03/02/98 -cas. 121/97-; 01/03/01 -cas. 2019/00-; 07/10/04 -cas. 189/03-; y la ya citada de 22/05/06 -cas. 79/05 -). “.

En la sentencia de 18 de septiembre de 2007, recurso 52/2006 -invocada como contradictoria- se contiene el siguiente razonamiento: “ Quiere ello decir que en la negociación colectiva extraestatutaria el derecho de negociación colectiva que todo Sindicato tiene, ha de compaginarse con el principio de autonomía de la voluntad que los demás negociadores tienen igualmente reconocido por las leyes - art. 38 CE en el caso de la libertad de la empresa para negociar con quien considere oportuno, y arts. 1069 y sgs y 1254 y sgs del Código Civil en relación con todos los negociadores de tales pactos privados -. En esta situación,

como dijo de forma expresa el TC en su sentencia 121/2001, de 4 de junio, contemplando también una denuncia de atentado a la libertad sindical en un pacto de esta naturaleza (FJ 5, párrafo quinto) “la singularidad más relevante de este modelo de negociación de eficacia limitada se cifra en la absoluta libertad de que goza la empresa a la hora de proceder a la selección de su interlocutor”; criterio que ha sido reconocido y reiterado también por esta Sala entre otras en las sentencias antes citadas.”

La sentencia de 28 de mayo de 2009, recurso 71/2008 ha establecido lo siguiente: “ Cuando se trata de la negociación colectiva de pactos con eficacia personal “erga omnes” la ley establece unas normas reguladoras de la negociación que limitan la autonomía de la voluntad y que son especialmente rigurosas a la hora de determinar quienes son los sujetos negociadores.

Las normas de los artículos 87 y 88 del Estatuto de los Trabajadores velan porque los negociadores tengan la mayor representatividad de las personas a quienes va a afectar el Convenio Colectivo porque se piensa que quienes reúnen esos requisitos son más representativos de la mayoría de los afectados. Por ello, cuando se va a negociar un Convenio Colectivo, los requisitos de legitimación negocial, como señala la sentencia del Tribunal Constitucional 73/84, tienen un doble significado: por un lado manifiestan la mayor representatividad de los negociadores y por otro el derecho de los más representativos a participar en la negociación.

No ocurre eso cuando se trata de la negociación extraestatutaria, cuando se negocian acuerdos que no tienen eficacia “erga omnes”, sino sólo para los que los firman o aceptan. En estos casos, como el acuerdo tiene eficacia personal limitada, no existe un derecho a negociar que deban respetar los demás sindicatos, ni tampoco las empresas o asociaciones empresariales.

No sería lógico estimar que la negociación extraestatutaria se encuentra sometida a reglas de legitimación negocial más rigurosas que las que regulan la estatutaria, ya que, dado el carácter de esta última y su eficacia “erga omnes”, lo lógico es exigir la máxima representatividad a quienes negocian y reconocerle el derecho a negociar sólo a quienes representan a un colectivo importante y no al contrario, cual pretende la parte recurrente que, incluso, parece insinuar que en estos casos la representación sindical es paritaria y no viene fijada en función de la mayor o menor representatividad de cada sindicato, ni del número de miembros que tiene en el comité de empresa, cual se deriva de lo dispuesto en los artículos 8-2 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, y 87-1 y 88-1 del Estatuto de los Trabajadores.

La negociación extraestatutaria es más flexible e informal y no requiere la intervención de todos los sindicatos interesados, precisamente porque lo acordado en la misma sólo vincula a quienes han firmado los pactos o se adhieren a ellos.

Con este tipo de negociación se hace más fácil llegar a acuerdos, al no estar los firmantes vinculados por las reivindicaciones que puedan tener otros sindicatos “.

CUARTO. - Aplicando la doctrina anteriormente consignada al supuesto ahora sometido a la consideración de la Sala, procede estimar el recurso formulado. En efecto, si bien es cierto que el sindicato accionante -SEC- fue excluido por la empresa de la negociación de un pacto sobre conciliación de la vida laboral, familiar y personal, suscrito el 20 de abril de 2007, con las centrales sindicales UGT y CC.OO, a pesar de que SEC había formulado a la empresa propuestas concretas en relación con dicha materia, no es menos cierto que tal pacto tiene naturaleza extraestatutaria, por lo que no se rige por los artículos 82 y siguientes del Estatuto de los Trabajadores, reguladores de la negociación colectiva estatutaria, sino por los correspondientes preceptos del Código Civil que regulan los contratos, por lo que la autonomía de la voluntad es la que rige los mismos y, en consecuencia, la exclusión del Pacto de un determinado sindicato no vulnera dichos preceptos ni, por ende, el derecho de libertad sindical.

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. Marc Carretera Domenech, en representación de la Caixa d'Estalvis de Sabadell, contra la sentencia dictada el 21 de octubre de 2008 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, en recurso de suplicación núm. 5250/08, interpuesto frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Sabadell el 7 de diciembre de 2007, en los autos 311/07, seguidos a instancia de D. Luis Carlos contra D. Ángel Jesús y CAIXA D'ESTALVIS DE CATALUNYA, en reclamación de tutela del derecho de libertad sindical. Casamos y anulamos la sentencia recurrida anulando sus pronunciamientos y resolviendo el debate planteado en suplicación, desestimamos el recurso de esta clase interpuesto por la parte actora y desestimamos la demanda formulada, manteniendo los pronunciamientos de instancia. Sin costas.

Devuélvase las actuaciones al órgano jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

(...)



RESEÑA

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

TS CIVIL

2010/12420

TS Sala 1ª, Sentencia 19 febrero 2010.
Ponente: D. Antonio Salas Carceller

Imposibilidad de división de finca al estar físicamente delimitada

El TS declara haber lugar al recurso de casación anulando la sentencia impugnada que declaró extinguido el condominio y, al resultar indivisible la totalidad de la finca, ordenó la venta en pública subasta y, en su lugar, confirma la de primera instancia que desestimó la demanda en ejercicio de la acción de división de cosa común sobre el total de la finca, considerando que el derecho de los actores sólo cabe proyectarlo sobre la parte comprada de la finca en las porciones indivisas acordadas y que fue físicamente delimitada.

TS PENAL

2009/150970

TS Sala 2ª, Sentencia 16 junio 2009.
Ponente: D. Luis Román Puerta Luis

Delito contra los recursos naturales y el medio ambiente por ruido

El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el condenado como autor de un delito contra los recursos naturales y el medio ambiente. Señala el Alto Tribunal que debe confirmarse la condena impuesta pues ha quedado probado que el equipo de música del bar que regentaba el acusado causaba un ruido muy superior al permitido. Además, resulta correctamente aplicado el correspondiente tipo agravado por el insomnio ocasionado a los vecinos así como por los graves perjuicios ocasionados a los mismos como consecuencia del ruido tales como fatiga, depresión y reducción del rendimiento.

2009/288555

TS Sala 2ª, Sentencia 27 noviembre 2009.
Ponente: D. José Manuel Maza Martín

Delitos de robo con intimidación en concurso medial con detenciones ilegales

Se estima en parte el recurso de casación interpuesto por los acusados contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delitos de robo con intimidación y detención ilegal. El TS dicta segunda sentencia por la que viene a alterar la calificación de los hechos, sustituyendo la realizada por la Audiencia por otra que parta de considerar, al tratarse de un claro supuesto de unidad de acción, la existencia de un solo delito de robo, que integra la pluralidad de acciones depredatorias dirigidas contra cada una de las víctimas, que entrará en relación de concurso medial con las tres autónomas detenciones ilegales. De modo que habrán de castigarse dos de esas detenciones por separado, y la tercera conjuntamente con el único robo, aplicando en este caso la regla del art.77 CP 95.

2009/287664

TS Sala 2ª, Sentencia 12 noviembre 2009.
Ponente: D. Francisco Monterde Ferrer

Delitos de asesinato y daños dolosos cometidos con incendio

No ha lugar a la admisión del recurso de casación interpuesto por los acusados contra sentencia que les condenó por delitos de asesinato y daños dolosos cometidos con incendio. Señala el TS que la actitud de los acusados, mostrada en el visionado de la cámara de seguridad de la entidad bancaria, pone de relieve su aire jocoso y su conciencia de que arrojaban a la perjudicada una sustancia que podía ser inflamable. Su carácter como tal lo pone de manifiesto el que el menor abriese en presencia de sus compañeros el bidón y apreciase el fuerte olor característico de un disolvente. Por otro lado, se crea una situación de riesgo exacerbado, al lanzar conscientemente un cigarrillo hacia el líquido derramado, del que se sabe su cáustico olor y se sabe que no es una sustancia inane.

TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2010/9961

TS Sala 3ª, Sección 2ª, Sentencia 4 febrero 2010.
Ponente: D. José Antonio Montero Fernández

Extinción de deudas por compensación tras la comprobación del crédito del interesado

El TS desestima el recurso de casación interpuesto contra sentencia que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra acuerdo dictado por el TEAC. Declara la Sala, entre otros pronunciamientos, que puesto que no puede entenderse que la extinción de las deudas por compensación quede al arbitrio de la Administración Tributaria, hay que sostener que, si bien no puede haber compensación en tanto la administración no compruebe su deuda, o hasta que haya transcurrido el plazo legal previsto, la administración tampoco puede denegar una solicitud de compensación recibida en periodo voluntario, sino que deberá resolver sobre la procedencia de la compensación, una vez que haya realizado la comprobación del crédito del interesado - liquidación para la devolución de oficio- o que hayan transcurrido los plazos legales, para hacer efectiva la devolución.

TS SOCIAL

2009/300351

TS Sala 4ª, Sentencia 24 noviembre 2009.
Ponente: D. Fernando Salinas Molina

Promoción sin incluir la parte fija del complemento de especial dedicación

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por el sindicato demandante contra sentencia que, en

proceso de conflicto colectivo, rechazó que se estuviese aplicando incorrectamente, por parte de las demandadas, el art. 19,3, párr. 2º in fine XVI Convenio Colectivo de la Empresa Nacional de Electricidad en relación con el art. 24,5 III Convenio Colectivo Marco del Grupo Endesa, pues para la categoría 2º nivel 0, la promoción económica no abarca la totalidad del salario fijo del Superior 1º Subjefe de Sección. La Sala señala que no cabe incluir la parte fija del complemento de especial dedicación que perciben todos los trabajadores de la categoría Superior 1º Subjefe de Sección a los trabajadores afectados y solo cabe el incremento económico establecido en las tablas salariales para el nivel salarial de dicha categoría, pues solo se ha establecido la facultad de optar entre la promoción horizontal regulada en los convenios de origen o en la nueva regulación, y de optarse por el convenio de origen se dispone que se mantendrán vigentes las tablas salariales de éstos actualizadas con los crecimientos económicos previstos, sin inclusión, para esta categoría, del plus de especial dedicación.

2009/307425

TS Sala 4ª, Sentencia 27 octubre 2009.
Ponente: D. Jesús Gullón Rodríguez

Exclusión de los días-cuota del cómputo de la prorrata a abonar por la SS española

El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSS demandado frente a sentencia que incluyó los días-cuota de las pagas extraordinarias para el cálculo del importe de la prorrata temporis que corresponde abonar a la Seguridad Social Española en una pensión de IP para cuya concesión y cálculo se han tenido que computar cotizaciones hechas en Suiza y en España. La Sala declara que han de excluirse del cálculo de la prorrata temporis que corresponde abonar a la Seguridad Social Española los "días cuota" correspondientes a las pagas extraordinarias y ello porque, para la pensión de IP, sigue teniendo plena virtualidad la doctrina jurisprudencial del "día-cuota", pero con el alcance y la naturaleza que la propia jurisprudencia le atribuye, esto es, en tanto en cuanto se precise acudir a su cómputo para completar la carencia; en este caso, la trabajadora en Suiza tenía reconocidos 8.425 días, razón por la que no es necesario acudir al cómputo de esos días cuota para el cálculo del periodo mínimo de cotización, por tenerlo suficientemente cubierto; en consecuencia, si con arreglo al derecho interno esos días discutidos a efectos del cálculo de la prorrata no pueden tener eficacia, por no resultar necesarios para completar el periodo mínimo de cotización, la consecuencia es que sólo habrán de computarse los días reales cotizados en España.