



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 2813

Madrid, lunes 5 de abril de 2010



TC TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2010/9489

TC Sala 3ª, Auto 25 febrero 2010. D. Ponente: Nicolás Maurandi Guillén

Cuestión notoriamente infundada

Constitucionalidad de la Ley 1/1998 de uso y promoción del bable

El TC inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 3 de Oviedo respecto de la Ley 1/1998, de 23 de marzo, de uso y promoción del bable/asturiano. Considera el Tribunal, que las dudas de inconstitucionalidad formuladas están manifiestamente infundadas. La CE afirma que es oficial una lengua, independientemente de su realidad y peso como fenómeno social, cuando es reconocida por los poderes públicos como medio normal de comunicación entre ellos y en su relación con los sujetos privados, con plena validez y efectos jurídicos. La plenitud de validez a todos los efectos predicada por el legislador autonómico sólo vincula al Principado de Asturias, según se precisa en el inciso final del precepto legal cuestionado, quedando por tanto extramuros de ese ámbito de aplicación el resto de poderes públicos existentes en el territorio autonómico. Formula voto particular el Magistrado D. Manuel Aragón Reyes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Según se ha expuesto en los antecedentes de esta resolución, el Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 3 de Oviedo plantea cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 4.2 de la Ley 1/1998, de 23 de marzo, del Principado de Asturias, de uso y promoción del bable por posible contradicción con los arts. 3.2 y 81.1 CE. Sin embargo, esta cuestión de inconstitucionalidad debe ser inadmitida a trámite: en cuanto al art. 81.1 CE, por no haber sido incluido en la providencia que abriendo el trámite de audiencia a las partes, permitía a éstas hacer las alegaciones pertinentes y en cuanto al art. 3.2. CE por concurrir los motivos que seguidamente se exponen.

SEGUNDO.- El art. 37.1 LOTC establece que este Tribunal Constitucional podrá rechazar, en trámite de admisión, mediante Auto y sin otra audiencia que la del Fiscal General del

Estado, la cuestión de inconstitucionalidad cuando fuera notoriamente infundada. A este respecto hemos reiterado que el concepto de "cuestión notoriamente infundada" encierra un cierto grado de indefinición "que se traduce procesalmente en otorgar a este Tribunal un margen de apreciación a la hora de controlar la solidez de la fundamentación de las cuestiones de inconstitucionalidad, de tal modo que existen supuestos en los que un examen preliminar de las cuestiones de inconstitucionalidad permite apreciar la falta de viabilidad de la cuestión suscitada, sin que ello signifique, necesariamente, que carezca de forma total y absoluta de fundamentación o que ésta resulte arbitraria, pudiendo resultar conveniente en tales casos resolver la cuestión en la primera fase procesal, máxime si su admisión pudiera provocar efectos no deseables como la paralización de múltiples procesos en los que resulte aplicable la norma cuestionada" (por todos, AATC 136/2006, de 4 de abril, FJ 2, y 352/2007, de 24 de julio, FJ 2).

En el presente caso es posible concluir que las dudas de inconstitucionalidad formuladas por el órgano judicial promotor de la cuestión de inconstitucionalidad están manifiestamente infundadas.

TERCERO.- Según se aprecia en su preámbulo, la Ley 1/1998, de 23 de marzo, de uso y promoción del bable/asturiano, se dicta en ejercicio de la competencia que el Principado de Asturias ostenta en materia de "fomento y protección del bable en sus diversas variantes que, como modalidades lingüísticas, se utilizan en el territorio del Principado de Asturias". El artículo 4 de dicha Ley se refiere al uso administrativo de la mencionada lengua, estableciéndose en su apartado primero que "todos los ciudadanos tienen derecho a emplear el bable/asturiano y a expresarse en él, de palabra y por escrito", en tanto que su apartado segundo se declara que "se tendrá por válido a todos los efectos el uso del bable/asturiano en las comunicaciones orales o escritas de los ciudadanos con el Principado de Asturias". Para el órgano judicial promotor de la presente cuestión de inconstitucionalidad esta declaración de validez de los actos de comunicación realizados por los ciudadanos en bable/asturiano es contraria a las previsiones de los arts. 3.2 y 81.1 CE.

Como ya hemos reseñado con mayor detalle en los antecedentes de esta resolución, se sostiene en el Auto de planteamiento de esta cuestión de inconstitucionalidad que el art. 4.2 de la Ley autonómica desconoce el sistema de fuentes en materia de derechos lingüísticos, pues no existiendo una declaración estatutaria de cooficialidad del bable/asturiano le estaría impedido al legislador autonómico regular un aspecto primordial de esa cooficialidad. Hasta el punto de que, para el órgano judicial promotor de la cuestión de inconstitucionalidad, con este precepto se estaría estableciendo un régimen de "cooficialidad material" dado que se reconoce al bable/asturiano la condición de medio normal de comunicación entre la Administración y los ciudadanos, con plena validez y efectos jurídicos.

CUARTO.- A fin de exponer las razones que nos llevan a apreciar que la presente cuestión de inconstitucionalidad resulta notoriamente infundada es preciso comenzar recor-

SUMARIO

TC

CONSTITUCIONAL

Constitucionalidad de la Ley 1/1998 de uso y promoción del bable 1

TS

CIVIL

Aplicación del principio de proporcionalidad en la sucesión de título nobiliario 3

PENAL

Delitos relativos a la prostitución y facilitación de la inmigración ilegal 5

ADMINISTRATIVO

Denegación de la suspensión del RD 2033/2009 que determina los puestos tipo adscritos al cuerpo de secretario judicial 10

Rotulación de las señales viarias de la zona mixta en castellano y vasco 12

SOCIAL

Eficacia de pacto de no concurrencia tras extinción de contrato durante el período de prueba 14

Compensación de las horas nocturnas en dinero o en tiempo de descanso 15

RS RESEÑA DE SENTENCIAS

16

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

dando que, según ha tenido ocasión de señalar este Tribunal, “el art. 3.1 y 2 de la Constitución y los artículos correspondientes de los respectivos Estatutos de Autonomía son la base de la regulación del pluralismo lingüístico en cuanto a su incidencia en el plano de la oficialidad en el ordenamiento constitucional español” (STC 82/1986, de 26 de junio, FJ 4), puesto que el art. 3.2 CE “remite la regulación de la oficialidad de las lenguas españolas distintas del castellano a los Estatutos de Autonomía de las respectivas Comunidades Autónomas, y, sobre la base de éstos, a sus correspondientes órganos competentes, con el límite que pueda proceder de reservas constitucionales expresas” (FJ 4, esta misma doctrina ha sido reiterada en la STC 56/1990, de 29 de marzo, FJ 40).

Por otro lado, en la STC 87/1997, de 24 de abril, hemos afirmado que “la Constitución en su art. 3.2 remite a los Estatutos de Autonomía de las Comunidades con lengua propia distinta del castellano la decisión sobre la declaración de la oficialidad de esa lengua y acerca de su régimen jurídico. A su vez los Estatutos concretan esta remisión constitucional mediante preceptos, situados en los títulos preliminares respectivos, en los que, después de efectuar la declaración de la oficialidad de la lengua propia de la Comunidad y reiterar la del castellano, lengua oficial común, incluyen un mandato dirigido a las correspondientes instituciones autonómicas de gobierno para que adopten las medidas necesarias en orden a asegurar el conocimiento de ambos idiomas y garantizar la plena igualdad en lo que se refiere a los derechos y deberes lingüísticos de los ciudadanos, así como el uso normal y oficial de las lenguas oficiales” (FJ 3).

Acerca de la noción de “lengua oficial”, este Tribunal, en la ya citada STC 82/1986, de 26 de junio, indicó que “aunque la Constitución no define, sino que da por supuesto lo que sea una lengua oficial, la regulación que hace de la materia permite afirmar que es oficial una lengua, independientemente de su realidad y peso como fenómeno social, cuando es reconocida por los poderes públicos como medio normal de comunicación en y entre ellos y en su relación con los sujetos privados, con plena validez y efectos jurídicos (sin perjuicio de que, en ámbitos específicos, como el procesal, y a efectos concretos, como evitar la indefensión, las leyes y los tratados internacionales permitan también la utilización de

lenguas no oficiales y por los que desconozcan las oficiales)” (FJ 2).

QUINTO.- La lectura del precepto legal cuestionado a la luz de la doctrina ahora sintetizada conduce inexorablemente a discrepar de la interpretación del sentido y alcance del art. 4.2 de la Ley autonómica 1/1998 propugnado en el Auto de planteamiento de esta cuestión de inconstitucionalidad.

El referido precepto legal no reconoce al bable/asturiano como “medio normal de comunicación” en el seno de la Administración autonómica, como tampoco le atribuye esa condición en las relaciones que ésta entable con los sujetos privados “con plena validez y efectos jurídicos”, notas identificativas de la oficialidad de una lengua determinada. Dicho de otro modo, el precepto legal no atribuye a los ciudadanos el derecho a elegir la lengua del procedimiento, limitándose a imponer a la Administración del Principado de Asturias la obligación de tramitar los escritos que los ciudadanos le dirijan en bable/asturiano.

Contemplada la norma con otra perspectiva, su principal virtualidad consiste en privar de toda discrecionalidad a la Administración autonómica a la hora de aceptar las comunicaciones que reciba en esa lengua.

De la obligación de tramitar tales escritos se deriva la validez de éstos a todos los efectos administrativos, y en particular el reconocimiento de su eficacia para paralizar el cómputo de los plazos de caducidad o prescripción de las acciones en vía administrativa.

Nótese, a este respecto, que el limitado alcance de la norma que nos ocupa, lo dispuesto en el art. 4.2 de la Ley de uso y promoción del bable/asturiano también se refleja en la definición de su ámbito de aplicación, pues la plenitud de validez a todos los efectos predicada por el legislador autonómico sólo vincula al Principado de Asturias, según se precisa en el inciso final de este precepto legal, quedando por tanto extrañados de ese ámbito de aplicación el resto de poderes públicos existentes en el territorio autonómico.

Lo expuesto torna innecesario examinar si el precepto legal cuestionado, tal y como se sostiene en el Auto de planteamiento, contradice la normativa estatal en materia de procedimiento administrativo. Los reproches dirigidos a este respecto contra el art. 4.2 de la Ley de uso y promo-

ción del bable/asturiano se asientan sobre el presupuesto de que en él se configura una suerte de “oficialidad material” de dicha lengua. Siendo ello así, y una vez negada la premisa de ese razonamiento no es preciso detenerse en las diversas consecuencias que de ella extrae el órgano judicial promotor de la cuestión de inconstitucionalidad.

Por lo expuesto, el Pleno

FALLO

Inadmitir a trámite la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Publíquese en el Boletín Oficial del Estado.

Así, por este auto, lo acordamos, mandamos y firmamos. María Emilia Casas Baamonde.- Guillermo Jiménez Sánchez.- Vicente Conde Martín de Hijas.- Javier Delgado Barrio.- Elisa Pérez Vera.- Eugeni Gay Montalvo.- Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.- Ramón Rodríguez Arribas.- Manuel Aragón Reyes.- Pablo Pérez Tremps.

VOTO PARTICULAR

Voto particular que formula el Magistrado D. Manuel Aragón Reyes respecto del Auto dictado por el Pleno de este Tribunal en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 7985-2007.

PRIMERO.- Con el mayor respeto a la opinión de mis compañeros, debo, no obstante, expresar mi criterio discrepante del que ha sostenido la mayoría, que ha considerado que la presente cuestión de inconstitucionalidad ha de ser inadmitida a trámite por estar manifiestamente infundadas las dudas de constitucionalidad formuladas por el órgano judicial promotor de la cuestión.

A mi entender (y en virtud de los argumentos que defendí en la deliberación del Pleno y que, resumidamente, expongo a continuación) la presente cuestión de inconstitucionalidad debió ser, ciertamente, inadmitida a trámite, pero por una razón distinta, esto es, por incumplimiento del requisito referido al juicio de relevancia.

Mas en el caso de que este presupuesto procesal se entendiera cumplido, como ha estimado la mayoría del Pleno, la cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con el art. 4.2 de la Ley del Principado de Asturias 1/1998, de 23 de marzo, de uso y promoción del bable, debie-

ra entonces haberse admitido a trámite para ser resuelta por el Pleno de este Tribunal mediante sentencia, por no ser en modo alguno, a mi juicio, “notoriamente infundada” (art. 37.1 LOTC) la cuestión suscitada (en virtud de los argumentos que igualmente defendí en la deliberación del Pleno y que, resumidamente, expondré más adelante).

SEGUNDO.- En efecto, la presente cuestión de inconstitucionalidad resultaría inadmisibile ya desde el propio juicio de aplicabilidad del precepto legal cuestionado, pues, atendidas las circunstancias del caso, la decisión a adoptar en el proceso a quo no depende de la validez de la norma en cuestión (art. 35.1 LOTC).

Tal como se señala en nuestro Auto, el art. 4.2 de la Ley del Principado de Asturias 1/1998, de 23 de marzo, de uso y promoción del bable, establece que “se tendrá por válido a todos los efectos el uso del bable/asturiano en las comunicaciones orales o escritas de los ciudadanos con el Principado de Asturias”. Por tanto, el precepto cuestionado atañe a las relaciones de los ciudadanos con la Administración del Principado de Asturias, que viene obligada a tramitar los escritos (y las comunicaciones orales) que los ciudadanos le dirijan en bable.

Ahora bien, en el supuesto enjuiciado en el proceso a quo quien se dirige a la Administración del Principado de Asturias en bable lo hace en su condición de funcionario de dicha Administración Pública y en el marco de la relación de servicio que le liga a aquélla como empleado público -para solicitar un permiso conforme a la normativa funcional aplicable-, no en la estricta condición de ciudadano. Esta es justamente la razón por la que la Administración del Principado de Asturias ha rechazado tramitar la petición del funcionario, al entender -acertadamente, a mi juicio- que la previsión contenida en el art. 4.2 de la Ley del Principado de Asturias 1/1998, de 23 de marzo, de uso y promoción del bable, no es de aplicación a los asuntos que, en relación con el servicio, puedan plantear los funcionarios de la Administración del Principado de Asturias. Nótese, por otra parte, que cuando el art. 4 de la Ley del Principado de Asturias 1/1998, de 23 de marzo, de uso y promoción del bable, se refiere a los funcionarios lo hace en el apartado 3, en los términos siguientes:

“El Principado de Asturias propiciará el conocimiento del bable/astu-

ELDERECHO
GRUPO
EDITORIAL

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

DIRECTOR: Evaristo Moliné

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

riano por todos los empleados públicos que desarrollen su labor en Asturias; el conocimiento del bable/asturiano podrá ser valorado en las oposiciones y concursos convocados por el Principado de Asturias, cuando las características del puesto de trabajo y la naturaleza de las funciones que vayan a desarrollarse lo requieran". Es decir, para los empleados públicos, en su condición de tales, la Ley del Principado de Asturias 1/1998, de 23 de marzo, de uso y promoción del bable, sólo contempla el uso del bable desde dos perspectivas: de un lado, desde el deber del Principado de Asturias de fomentar el conocimiento de esta lengua por todos los empleados públicos que desarrollen su labor en el territorio de esta Comunidad Autónoma (no sólo, pues, de los empleados públicos de la Administración del Principado de Asturias, sino también de los empleados públicos de las Entidades locales del Principado de Asturias y de los empleados públicos de la Administración General de Estado que desempeñen sus funciones en dependencias situadas en dicha Comunidad Autónoma); de otro, en cuanto a la posibilidad de valorar el conocimiento del bable como mérito en las oposiciones y concursos convocados por la Administración del Principado de Asturias.

Así pues, que el precepto cuestionado se refiere exclusivamente a las relaciones de los ciudadanos con la Administración del Principado de Asturias, al status de ciudadano, me parece claro, sin que se atisbe razón suficiente que justifique extender su ámbito de aplicación a las relaciones internas de la propia Administración, tanto en lo que se refiere a las comunicaciones entre órganos administrativos, como en lo que se refiere a los actos de comunicación que puedan plantear sus funcionarios en el marco de la relación de servicio, estando, por lo demás, esta distinción entre comunicaciones presentadas por los ciudadanos en su condición de tales y asuntos planteados por los funcionarios de la Administración del Principado de Asturias en su relación interna de servicio, a efectos de lo dispuesto en el art. 4.2 de la Ley del Principado de Asturias 1/1998, de 23 de marzo, de uso y promoción del bable, plenamente justificada por la diferente situación en la que unos y otros se hallan en sus relaciones con la Administración Pública, sin que esté de más recordar que la relación interna de servicios del personal funcionario de las Administraciones Públicas se halla presidida, entre otros principios, por la necesidad de la sujeción jerárquica, como garantía de la eficacia (art. 103.1 CE) de la correspondiente estructura administrativa, sujeción inexistente, como es obvio, cuando es un ciudadano quien, en su condición de tal, se dirige a las Administraciones Públicas.

En definitiva, se trata de una cuestión de inconstitucionalidad de carácter abstracto, siendo innecesario

el planteamiento de la cuestión para la decisión del caso, ya que el precepto controvertido, el art. 4.2 de la Ley 1/1998 del Principado de Asturias, no resulta aplicable en el proceso a quo, por lo que hubiera sido procedente acordar la inadmisión a trámite por falta del requisito de la relevancia para el caso.

TERCERO.- Sin perjuicio de lo anterior, y como ya se ha adelantado, estimo que, de entenderse, como así lo ha hecho la mayoría del Pleno, que la decisión del proceso a quo depende de la validez de la norma cuestionada, entonces la presente cuestión hubiera debido ser admitida a trámite, por no resultar notoriamente infundada, frente a lo que se sostiene en nuestro Auto.

El Juzgado promotor de la presente cuestión señala que, en virtud de la reserva estatutaria contenida en el art. 3.2 CE, no puede una Ley ordinaria, sea estatal o autonómica, regular elementos característicos de la oficialidad lingüística, que es justamente lo que sucedería en el caso del precepto legal cuestionado, al reconocer validez "a todos los efectos" a las comunicaciones orales o escritas que los ciudadanos dirijan en bable a la Administración del Principado de Asturias, pese a que el Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias no ha erigido al bable en lengua oficial.

En el Fundamento Jurídico 5 de nuestro Auto se sostiene que el Juzgado proponente de la presente cuestión parte de una interpretación errónea del sentido y alcance del art. 4.2 de la Ley del Principado de Asturias 1/1998, de 23 de marzo, de uso y promoción del bable, lo que determina que sus dudas de constitucionalidad resulten manifiestamente infundadas.

Para llegar a esta conclusión el Auto parte, a mi juicio, de un razonamiento que entraña una cierta petición de principio, pues considera que establecer para la Administración del Principado de Asturias la obligación de tramitar los escritos que los ciudadanos le dirijan en bable (de donde deriva el reconocimiento de la eficacia de los escritos redactados en bable para paralizar el cómputo de plazos de caducidad o prescripción de las acciones en vía administrativa), no equivale a reconocer al bable como "medio normal de comunicación" en las relaciones entre la Administración del Principado de Asturias y los ciudadanos "con plena validez y efectos jurídicos", notas identificativas de la oficialidad de una lengua conforme a nuestra doctrina (por todas, STC 82/1986, de 26 de junio, FJ 2).

A mi juicio, tal conclusión resulta, cuanto menos, discutible. El precepto legal cuestionado otorga plenos efectos jurídicos a todas las comunicaciones escritas (y orales) que pueda dirigir un ciudadano a la Administración del Principado de Asturias, lo que puede suscitar la duda, como se apunta por el Juzgado

promotor de la presente cuestión, de sí con tal decisión el legislador autonómico ha excedido su legítima competencia de protección y promoción del bable (art. 4 del Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias), para adentrarse en terrenos propios de la cooficialidad lingüística, lo que en tal caso resultaría contrario al bloque de la constitucionalidad, pues el art. 3.2 CE reserva a los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas con lengua propia distinta del castellano la declaración como cooficial de esa lengua en el territorio autonómico (SSTC 82/1986, de 26 de junio, FJ 4, 56/1990, de 29 de marzo, FJ 40, y 87/1997, de 24 de abril, FJ 3), y ninguna duda cabe albergar de que el bable/asturiano no es lengua oficial, puesto que el Estatuto de Autonomía del Principado no le reconoce este carácter (SSTC 82/1986, de 26 de junio, FJ 4, y 27/1996, de 15 de febrero, FJ 3).

Pues bien, si la condición de lengua oficial reside, como venimos señalando desde nuestra STC 82/1986, de 26 de junio, FJ 2, en su reconocimiento por los poderes públicos como "medio normal de comunicación" "de", "en" y "entre" los poderes públicos y en la relación de éstos con los sujetos privados, con plena validez y efectos jurídicos, no me parece que pueda descartarse, a priori, que la validez "a todos los efectos" que el precepto legal cuestionado reconoce al uso del bable en las comunicaciones orales o escritas de los ciudadanos con la Administración del Principado de Asturias no pueda suponer, al menos en parte, que se está otorgando por el legislador autonómico a esta lengua algunos elementos propios de la cooficialidad lingüística (pese a no tener el bable carácter de lengua oficial conforme al Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias), como sostiene el Juzgado promotor de la cuestión; pues es innegable que los sujetos privados que pretendan relacionarse con la Administración del Principado de Asturias pueden optar por hacerlo en

bable o en castellano, surtiendo plenos efectos jurídicos los escritos redactados en otra u otra lengua que se presenten por los ciudadanos ante dicha Administración, no solo para la iniciación de un procedimiento administrativo, sino también para todos los trámites posteriores de ese procedimiento. El bable no tendría, así, la condición de lengua de uso "normal" "por" los poderes públicos o "entre" ellos, pero sí de lengua de uso "normal" "en" los poderes públicos, es decir, poseería una de las características propias de la lengua oficial.

El problema planteado suscita, pues, a mi juicio, una duda constitucional de la entidad suficiente para que este Tribunal debiera resolverla por sentencia.

Por ello, no creo que en el presente caso estemos ante de uno de esos supuestos en los que, en un examen preliminar de la cuestión, y sin excesivo esfuerzo argumental, es posible concluir que las dudas de inconstitucionalidad están manifiestamente infundadas, lo que permitiría apreciar a limine la falta de viabilidad de la cuestión suscitada (sin que ello signifique, necesariamente, que carezca de forma total y absoluta de fundamentación o que ésta resulte arbitraria), y resolver la cuestión en la primera fase procesal, inadmitiendo la misma conforme a lo dispuesto en el art. 37.1 LOTC (por todos, AATC 136/2006, de 4 de abril, FJ 2, 352/2007, de 24 de julio, FJ 2, y 30/2009, de 27 de febrero, FJ 4).

En virtud de lo expuesto, me parece indudable que, de no considerar incumplido, en el sentido más atrás señalado, el juicio de relevancia (art. 35.1 LOTC), deberíamos entonces haber acordado la admisión a trámite de la presente cuestión, para resolver en Sentencia la duda de constitucionalidad planteada por el Juzgado promotor.

Y en ese sentido emito mi Voto particular.

Madrid, a veinticinco de febrero de dos mil diez.



2009/321748

TS Sala Iª, Sentencia 15 diciembre 2009. Ponente: D. Francisco Marín Castán

Extinguida la línea descendente

Aplicación del principio de propincuidad en la sucesión de título nobiliario

El TS declara no haber lugar al recurso de casación confirmando la sentencia impugnada que desestimó la demanda de reclamación del título nobiliario litigioso, argumentando que, admitido por ambos litigantes

el hecho de que ni el primer titular del título ni la última habían tenido descendencia, procede aplicar conforme a la jurisprudencia del TS el principio de propinuidad excluyendo el de representación ya que la preferencia lineal establecida en este principio desaparece cuando se ha extinguido la línea descendente como es el caso y se trata de determinar el preferente derecho al título entre colaterales del último poseedor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación, admitido en su momento por interés casacional en su modalidad de oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (art. 477.2-3, inciso primero, LEC de 2000), trae causa de un juicio de mayor cuantía de la LEC de 1881 promovido por D. Doroteo contra su padre, D. Fermín, reclamando el mejor derecho genealógico al título de Marqués DIRECCION000 cuyo tenentario era el segundo demandado, D. Eulalio, en virtud de carta de sucesión expedida a su favor tras renuncia o cesión de su hermano mayor, el primer demandado, quien compareció en las actuaciones para allanarse a la demanda.

La sentencia de primera instancia estimó la demanda razonando que el demandante procedía por línea directa del fundador de la merced y aplicando los principios de primogenitura y representación, al tiempo que rechazaba la prescripción adquisitiva alegada por D. Eulalio, único de los dos demandados opuesto a la demanda.

La sentencia de apelación, en cambio, acogiendo el recurso interpuesto por este último, desestimó la demanda razonando, en síntesis, que admitido por ambos litigantes el hecho que ni el primer titular ni la última habían tenido descendencia, procedía aplicar, conforme a la jurisprudencia de esta Sala, el principio de propinuidad excluyendo el de representación "por cuanto la preferencia lineal establecida en el principio de representación desaparece cuando se ha extinguido aquella línea descendente y se trata de determinar el preferente derecho al título entre colaterales del último poseedor", y habida cuenta de la relatividad de estos conflictos, en los que "la probanza del mejor derecho no es menester que se demuestre frente a todos (poseedor 'óptimo') sino que ha de apreciarse en lo que concierne al reclamante y al actual poseedor".

El recurso de casación contra la sentencia de apelación se interpone por el demandante mediante tres motivos: el primero y el segundo se fundan en infracción de la Partida II, Título 15, Ley II, así como de la Ley 40 de Toro y de la Ley 5ª, Título 17, Libro X de la Novísima Recopila-

ción, por incorrecta aplicación del principio sucesorio de la propinuidad a la luz, según el primer motivo, de la doctrina jurisprudencial al Tribunal Supremo y, según el motivo segundo, de la doctrina del Tribunal Constitucional; y el tercer motivo se funda en infracción de la Ley 40 de Toro interpretada y aclarada por la Real Pragmática de SM el Rey D. Felipe III de abril de 1615, convertida en Ley 9-17-10 de la Novísima Recopilación, al haberse aplicado incorrectamente el principio de propinuidad según la doctrina del Tribunal Supremo que ha interpretado tales normas.

SEGUNDO.- Como quiera que la única parte personada ante esta Sala en calidad de recurrida, el codemandado tío carnal del actor-recurrente que en su momento se opuso a la demanda, ha alegado en su escrito de oposición al recurso, de casación diversas razones en contra de su admisibilidad, debe procederse a su análisis antes de examinar la posible razón de fondo de los motivos del recurso.

El primer óbice de admisibilidad consiste en la introducción ex novo por el recurrente, en su escrito de interposición del recurso, de normas no invocadas en el escrito de preparación, ya que en éste únicamente se citaron la Ley II, Título XV, Partida II y la Pragmática de SM el Rey D. Felipe III de 5 de abril de 1615 y, en cambio, en el escrito de interposición se añaden la Ley 40 de Toro, la Ley 5ª, título 17, Libro X de la Novísima Recopilación y la Ley 9ª, Título 17, Libro X de esta misma recopilación.

Pese a ser cierto lo que alega la parte recurrida, ello no debe determinar la inadmisibilidad del recurso porque, admitido éste en su momento por oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y citándose por el recurrente las sentencias que a su juicio integran la doctrina infringida, las diferencias entre el escrito de preparación y el de interposición en orden a "la infracción legal que se considere cometida", requisito común a las vías de los ordinales 2º y 3º del apdo. 2 del art. 477 LEC según los apdos. 3 y 4 de su art. 479, no alcanzan el mismo grado de relevancia, pues el juicio sobre oposición a la doctrina jurisprudencial se funda especialmente en la jurisprudencia mientras que el juicio sobre infracción de ley se funda ante todo en la norma, complementada en su caso por la jurisprudencia.

El segundo óbice de admisibilidad alegado por la parte recurrida consiste en la mutación por el recurrente de la posición jurídica mantenida por él mismo en la instancia, ya que en su escrito de réplica adujo expresamente que la Ley 40 de Toro no era aplicable y, en cambio, esta Ley 40 se cita ahora como infringida en dos de los motivos del recurso, a lo que se

une que también se invocan ex novo dos Leyes de la Novísima Recopilación que precisamente incorporan esa Ley 40 y una Pragmática de 1615 que, según el propio recurrente, "la interpreta y aclara".

El examen de las actuaciones demuestra que tiene razón la parte recurrida al señalar las contradicciones del recurrente entre lo mantenido en su escrito de réplica y lo aducido ahora en casación, pues efectivamente rechazó en su momento la aplicabilidad de la Ley 40 de Toro, y por tanto del principio de representación, mientras que ahora este principio lo erige en fundamento básico de su recurso de casación conjugándolo con el principio de propinuidad. Sin embargo tampoco esta incoherencia del recurrente impide conocer de los motivos de su recurso, pues lo que se somete a la consideración de esta Sala, como se desprende del auto de admisión del recurso, es si la sentencia impugnada se opone o no a su doctrina jurisprudencial, y de lo alegado en los tres motivos, conjuntamente considerados, resultan elementos bastantes para que la Sala pueda decidir al respecto.

El tercer y último óbice de admisibilidad alegado por la parte recurrida consiste en la inexistencia de interés casacional porque de las varias sentencias citadas en el recurso como exponentes de la doctrina jurisprudencial que se considera infringida, tan sólo una sustentaría la tesis del recurrente, ya que las demás versaron sobre casos diferentes y otra de las citadas es la STC 126/1997, de 3 de julio, que se pronunció sobre la inaplicabilidad del art. 14 de la Constitución a los títulos nobiliarios pero no sobre los principios de propinuidad y representación, limitándose a reproducir la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre todas aquellas cuestiones que consideraba de legalidad ordinaria.

Así planteado, este último óbice de admisibilidad tampoco debe ser estimado porque realmente está incidiendo en el propio juicio de fondo que el recurso solicita de esta Sala, esto es, si la sentencia impugnada se opone o no a la doctrina jurisprudencial integrada por las sentencias que se citan.

TERCERO.- Procede por tanto entrar a conocer de los tres motivos del recurso pero conjuntamente, porque sólo considerándolos de este modo se salvan los óbices de admisibilidad alegados por la parte recurrida y se adecua el recurso al auto de esta Sala que acordó su admisión al amparo del art. 477.2-3 LEC.

Lo aducido en el recurso, así entendido, es que la sentencia impugnada se opone a la doctrina jurisprudencial de esta Sala porque, según sus sentencias de 23 de septiembre de 2002, 20 de junio de 1987, 25 de octubre de 1996, 27 de julio de 1987 y la sentencia del Tribunal Constitu-

cional 126/1997, de 3 de julio (por error el recurso indica 1987 como año de la sentencia), el principio de representación sería también aplicable en los conflictos sobre mejor derecho al título entre colaterales cuando, como en este caso, hubieran fallecido sin descendencia tanto el primer titular como la última poseedora cuya legitimidad aceptan ambas partes.

Pues bien, la respuesta a la cuestión planteada viene dada por la muy reciente sentencia de esta Sala de 22 de octubre de 2009 (rec. 1794/06), que en su fundamento jurídico sexto declara lo siguiente:

"2. Aplicación del principio de propinuidad.

Para resolver la cuestión planteada por el presente motivo ha de partirse de que, con la excepción de la STS 20 de junio de 1987, es doctrina consolidada de esta Sala la de que la sucesión de un título nobiliario entre parientes colaterales del fundador o del último poseedor legítimo (cuando éstos carecen de parientes en línea recta descendente) ha de regirse exclusivamente por el principio de la propinuidad y no por el de la representación. Así, ya la STS 8 de marzo de 1919 reconoce la representación sin límites en la línea descendente y en la colateral siempre que estén en la descendencia del fundador, pero no cuando para llamar a los transversales hay que utilizar otras líneas y representación de ascendentes.

El mismo criterio sustenta la STS de 6 de julio de 1961, según la cual el mejor derecho a los títulos nobiliarios debe discernirse por normas de la sucesión a la Corona de Castilla, según las cuales "sucederá el más propincuo pariente del Rey una vez fallecida su descendencia" (Ley 2.ª del Título XV de la Partida II), criterio ratificado por la Novísima Recopilación al deferir la sucesión a la Corona al "primer y más cercano pariente del último reinante, sea varón o hembra". La STS de 17 de octubre de 1984, después de citar como expresivas de esa misma doctrina las de 8 de marzo de 1919, 5 de julio de 1960, 16 de noviembre de 1961, 5 de octubre de 1962, 4 de junio de 1963, 31 de diciembre de 1965, 29 de noviembre de 1967, 14 de octubre de 1984, declara que "con arreglo a tal principio de propinuidad, tratándose de parientes colaterales que no entronquen con el fundador, no opera la representación sino la proximidad en el grado, tratándose de línea agnaticia o cognaticia, referida al último poseedor, presupuesto que es suficiente para que el título se transporte a línea secundaria cuando se extinguió o no ha existido la descendencia". Según esta STS constituye doctrina legal la de que "inexistente o extinguida la línea descendente del fundador cesa el principio de representación y será deferida la merced al más propincuo pariente del último poseedor". La STS 13 de octubre de

1993, después de recoger la doctrina jurisprudencial anteriormente dicha, dice lo siguiente: "Como última razón puede añadirse que si la representación se diera en línea colateral, carecería de sentido por innecesaria la misma norma que establece la propinuidad en defecto de descendientes, puesto que en nada variaría el régimen de llamamientos que se resolvería por la preferencia de líneas". Esta doctrina es ratificada también por la STS de 16 de noviembre de 1994. Por todo lo anterior, debe mantenerse el criterio jurisprudencial antes expuesto, que no ha sido alterado por la STS 20 de junio de 1987, única que se aparta frontalmente de éste y aplica la representación en la línea colateral como ratio decidendi de la cuestión allí planteada."

A su vez, la todavía más reciente sentencia de 19 de noviembre de 2009 (rec. 1885/03) recuerda que "Agotada la línea regular de sucesión por no existir descendientes directos del fundador o concesionario, la jurisprudencia viene entiendo que la sucesión de los títulos se rige por el principio de propinuidad, en virtud del cual el título se difiere al pariente del último poseedor más próximo en grado a él, sin tener en cuenta la preferencia de líneas ni el derecho de representación derivado de ella (derecho de suceder por parte de aquél a quien no se ha transmitido el título)".

Por tanto la sentencia recurrida, lejos de oponerse a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo aplicable a casos como el aquí examinado, la aplica atinadamente, y es el recurrente quien se aparta de ella invocando varias sentencias que aparentemente le favorecen pero de las que sólo resulta verdaderamente pertinente al caso la de 20 de junio de 1987, que es precisamente la considerada por la jurisprudencia como excepción al criterio uniforme de decisión de la Sala.

Así, como con acierto puntualiza la parte recurrida, la STS 27-7-87 trata de un caso diferente del aquí examinado, pues no faltaba descendencia directa del primer titular, se había producido una novación por voluntad real y en cualquier caso se limita a reiterar el criterio de la sentencia de 20 de junio anterior no seguido luego por esta Sala. La STS 23-9-02 trata de un caso en que los litigantes, aun no descendiendo del último poseedor legal, sí descendían del fundador o primer titular. La STS 25-10-96 trata de una contienda entre dos hermanos y de la diferencia entre cesión y distribución. Y la STC 126/1997, en fin, se limita a reproducir la jurisprudencia de esta Sala sobre cuestiones que considera de legalidad ordinaria, centrándose en el problema de la posible contradicción de la preferencia del varón sobre la mujer con el art. 14 de la Constitución, problema que a su vez era el más especialmente abordado por las SSTs 20-6-87, 27-7-87 y 23-9-02 in-

vocadas por el recurrente pero que no se plantea en el presente litigio.

Finalmente, además, y como también señala con acierto la parte recurrida, la Pragmática de 5 de abril de 1615 invocada en el tercer motivo del recurso fue considerada derogada por las sentencias de esta Sala de 13 de octubre de 1993 y 7 de mayo de 1996, lo que redundaba en la falta de oposición de la sentencia impugnada a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

CUARTO.- Conforme a los arts. 487.2 y 398.1 en relación con el 394.1, todos de la LEC, procede desestimar el recurso e imponer las costas al recurrente.

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

FALLO

1º.- Desestimar el recurso de casación por interés casacional interpuesto por el demandante D. Doroteo, representado ante esta Sala por la Procuradora Dª María Dolores de la

Plata Corbacho, contra la sentencia dictada con fecha 13 de junio de 2005 por la Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación núm. 368/04.

2º.- E imponer las costas a la parte recurrente.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala.

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

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



2009/276037

TS Sala 2ª, Sentencia 10 noviembre 2009. Ponente: D. Carlos Granados Pérez.

Bien jurídico protegido

Delitos relativos a la prostitución y facilitación de la inmigración ilegal

Se desestiman los recursos de casación interpuestos por los acusados contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delitos relativos a la prostitución y facilitación de la inmigración ilegal. Subraya el TS que por tráfico ilegal ha venido entendiéndose cualquier movimiento de personas extranjeras que trate de burlar la legislación española sobre inmigración, de modo que el tráfico ilegal no es sólo el clandestino, sino también el que siendo en principio y aparentemente lícito se hace pensando en no respetar la legalidad, y por ello merece tal calificación la entrada llevada a cabo en calidad de turista, por ejemplo, pero con la finalidad de permanecer después de forma ilegal en España.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso interpuesto por D. Florentino y Dª María Luisa.

PRIMERO.- En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca vulneración del derecho a la presunción de inocencia que proclama el artículo 24.2 de la Constitución.

Se niega la existencia de prueba de cargo que pueda sustentar la con-

dena por un delito de facilitación de la inmigración ilegal de ciudadanos extranjeros.

Se declara probado, entre otros extremos, que los acusados recurrentes, tanto María Luisa como su marido Florentino, se dedicaron desde el año 2005 a traer chicas de Sudamérica a España, para que ejercieran la prostitución en los clubes de alterne que controlaban, y para lograrlo se ponían en contacto con ellas en sus países, por medio de personas con las que estaban concertados y les organizaban y pagaban el viaje a Espa-

ña, para entrar como turistas, entregándoles aproximadamente 2700 euros que era el coste de los billetes y el viaje más una cantidad entre 500 y 800 euros que llamaban viático, para demostrar en el momento de entrar en España que eran turistas y disponían de medios para su manutención, comprometiéndose a devolver las cantidades recibidas para los que se les ofrecía ejercer la prostitución en los locales antes citados. A continuación se señalan varias de las personas que vinieron en esas circunstancias y las que sirvieron de intermediarias, añadiéndose que Florentino y María Luisa gestionaban los tres locales a los que se hace referencia, en los que las chicas ejercían la prostitución y ambos acusados se quedaban, una vez pagada la deuda, con la mitad de las cantidades que se obtenían por los servicios que prestaban esas mujeres.

Para construir ese relato fáctico el Tribunal de instancia, en el primero de sus fundamentos jurídicos, señala las pruebas de cargo que ha podido valorar, practicadas en el acto del plenario y alguna de ellas como prueba preconstituida. Así se hace referencia a las declaraciones de las jóvenes que vinieron desde países de Sudamérica en esas circunstancias, la prueba documental consistente en las libretas u otros documentos en los que se llevaba la contabilidad de los servicios o coitos realizados, con liquidación semanal lo que evidencia la participación de la empresa del matrimonio citado en el producto de la prostitución, como también se acredita por el cobro de los servicios mediante el empleo de tarjetas de crédito cuyos pagos se efectuaban a sociedades sobre las que María Luisa y Florentino tenían el dominio de hecho. Y el control y dominio que ejercían María Luisa y su marido sobre los contactos y traída a España de esas jóvenes para el ejercicio de la prostitución en sus locales queda igualmente evidenciado por el testimonio de las jóvenes quienes manifiestan que al llegar a España tenían que devolverles el dinero que habían recibido como viático y abonarles con sus servicios las cantidades que tuvieron que pagar para adquirir los billetes y realizar el viaje.

En concreto se ha podido valorar la declaración del ahora recurrente Florentino quién manifestó en el acto del juicio oral que era su mujer la que llevaba la gestión de las habitaciones y el tema económico y reconoce que los pagos efectuados con tarjetas se ingresaban en sociedades que ellos controlaban y declara que aunque sabía que algunas de las mujeres que alquilaban sus habitaciones eran prostitutas a él lo que le interesaba era alquilar las habitaciones; la recurrente María Luisa reconoce, en el acto del juicio oral, que en la "Casa Rosa" se ejerce la prostitución y que ella lo gestionaba todo, si bien el tema de los bancos lo llevaba su marido.

La coacusada Felisa declara que fue Florentino el que le propuso trabajar como encargada de la "Casa Rosa" y que María Luisa le decía lo que tenía que hacer y manifiesta que cada chica se entendía económicamente con María Luisa.

El coacusado Plácido, en el acto del plenario, declara, entre otras cosas, que trabajaba en un chalet sito en la calle Arquitecto Vandelvira para Florentino y María Luisa y que todas las semana recogía el dinero de las chicas y se lo llevaba a Florentino y María Luisa, que el 50% del servicio era para las chicas y el resto para Florentino y María Luisa y que el dinero que se obtenía a través del datáfono al pagarse con tarjetas, iba directamente a la cuenta de Florentino y María Luisa, y asimismo reconoce que en la casa las chicas ejercían la prostitución, que el llevaba el dinero a María Luisa si bien declara que el alguna ocasión fue Florentino a por el dinero, que el anuncio que se puso en el periódico "La Tribuna" para contactar con chicas se pagó con dinero de Florentino y María Luisa.

La acusada Fidela manifiesta que vino a España desde Paraguay para ejercer la prostitución por medio de Florentino y María Luisa, que fueron quienes le pagaron el viaje, siendo intermediaria Inocencia quien le dijo que el dinero para venir a España era de Florentino y María Luisa con los que tenía la deuda que pagaba con los servicios que hacía en la casa - manifiesta que ella trabajaba en el chalet sito en la calle Arquitecto Vandelvira- y que Ana hacía las cuentas con Perversa más que con Florentino.

El inspector Jefe de la Brigada Provincial de Extranjería ratifica, en el acto del juicio oral, el atestado policial y declara sobre las investigaciones realizadas, que se iniciaron por lo declarado por una joven que había venido desde Paraguay para ejercer la prostitución en España en la llamada "La Casa Rosa", habiendo intervenido en el registro realizado en un chalet, precisando la participación de Florentino y María Luisa en los hechos enjuiciados y los ingresos efectuados en determinadas sociedades del dinero procedente del ejercicio de la prostitución.

La testigo protegida núm. 003, manifiesta que le propusieron venir a España de limpiadora, que le dieron dinero para el billete de avión y para aparentar ser una turista y que al llegar a España la llevaron a "La Casa Rosa" y allí le recibió la acusada María Luisa, quien le retiró el pasaporte y los 700 euros del viático y le dijo que tenía que trabajar para ella como prostituta y que lo hizo durante tres meses y medio sin que se quedara con nada del dinero que ganaba con la prostitución y que después de pagar la deuda se quedaba con la mitad de lo que ganaba con sus servicios, que en dicha casa había otras

chicas extranjeras, paraguayas y de otros países, en las mismas condiciones en las que ella estaba y que podía haber unas treinta mujeres ejerciendo la prostitución, y que había una mujer, Felisa, la cual cobraba los pases y vigilaba el tiempo que cada chica estaba con el cliente, que el dinero se entregaba a Felisa que luego hacía cuentas con María Luisa.

Que a Florentino lo vio por allí en alguna ocasión; manifiesta que no hubiera venido a España de haber sabido el trabajo que le tenían preparado y que cuando salió de Paraguay, Doris le dijo que quien había puesto el dinero era María Luisa.

La testigo Inocencia declara, entre otros extremos, que vino a España desde Brasil y que el hombre que actuó de intermediario le dijo que tenía una deuda con Florentino, que tardó dos meses en pagar la deuda ejerciendo la prostitución; que las cuentas las hacía lo lunes, normalmente con Ana y que ésta iba a casa de María Luisa o María Luisa iba al chalet y que a Florentino lo vio alguna vez; tras pagar la deuda la mitad del servicio se lo quedaba ella.

La testigo protegida núm. 001 declara en el acto del plenario, entre otros extremos, que un individuo llamado Carmelo le facilitó los billetes y el dinero en metálico y le dijo que la deuda la tendría con un tal Antonio y un tal Florentino, que le llevaron al Club D. Ángel, y allí habló con Florentino, al que reconoce en la Sala, y le exigió los 500 euros que llevaba encima y le dijo que había contraído con él una deuda de 3.000 euros y que llegó después a "La Casa Rosa" en Albacete, que la encargada era Felisa y también habló con María Luisa que le dijo que era la encargada de cobrarle la deuda a partir de entonces y que Florentino le había dado un número de cuenta para ingresar los 600 euros que le restaban por pagar ese momento, precisando que Florentino y María Luisa eran los dueños del club de San Clemente y de "La Casa Rosa".

La testigo protegida número 4 declara que en su país contactó con una chica que le dijo que se necesitaba una camarera para un club de alterne en España, le comentó los nombre de Florentino y María Luisa, que en su país nunca pensó en ejercer la prostitución, no habiendo venido para eso, le entregaron 800 euros para viajar, que le recogió Felisa en Valencia quien le llevó a "La Casa Rosa", que le recogió los 800 euros y le dijo que la dueña de la casa era María Luisa y que había contraído una deuda con esa señora y con Florentino, después pasó a una casa en San Clemente y posteriormente de nuevo a "La Casa Rosa", donde Felisa era la encargada, que reconoce en el juicio a Felisa, a María Luisa y a Florentino.

La testigo Valle manifiesta que trabajó para Florentino en un club de San Clemente y después en el club

D'Angelo de Albacete para Florentino y María Luisa, donde se ejercía la prostitución y había ocho chicas todas paraguayas, también trabajó en el Copacabana, propiedad de Florentino, en el que Plácido era el encargado, que María Luisa iba por las noches y se llevaba el dinero y le propuso contactar con otras chicas en su país para venir a trabajar a España pero que ella no accedió.

El testigo Rafael declara que era el propietario de la casa chalet de la calle Arquitecto Vandelvira que lo había alquilado a María Luisa y que la renta se la pagaba Florentino, si bien un día le dijo que seguiría pagando la renta una chica llamada Fidela.

Las testigos Carmela e Ruth declaran que trabajaron junto a otras chicas en el chalet de la calle Arquitecto Vandelvira y a quien entregaban el dinero era a Plácido y que no saben lo que éste hacía con el dinero.

El testigo Iván, que era subdirector de la oficina de Caja Madrid, quien declara que conocía a Florentino y que fue Plácido el que le propuso que se pusiera un datáfono en el chalet de la calle Arquitecto Vandelvira, y al desconfiar el declarante le dijo que era amigo de Florentino y que se puso en contacto con Florentino y éste le dijo que se lo pusiera a su nombre y que el ajustaría cuentas con Plácido, añade que Florentino era el apoderado de una cuenta de la que era titular su madre, relativa a la empresa "The Glass, S.L., y que era en esta cuenta a la que iban a pasar los ingresos del datáfono.

La testigo Berta declara que trabajaba para María Luisa en "La Casa Rosa", donde se ejercía la prostitución, los clientes pagaban a las chicas y éstas a María Luisa.

La testigo Evangelina declara que trabajó en el chalet "D'Angelo" en San Clemente (Cuenca), que los dueños eran Florentino y María Luisa.

El testigo Luz declara que es tío de Plácido y ha sido asesor contable de Florentino y María Luisa, que en su asesoría se hizo un borrador de contrato de subarriendo pero que no se firmó.

La testigo Regina declara que trabajó como limpiadora en el chalet de la calle Arquitecto Vandelvira, que se pagaba a María Luisa y que Plácido estaba en el chalet y no sabe si era dueño o encargado, que trabajaba como limpiadora para María Luisa.

El legal representante de Surtel, S.L.U., empresa que se dedica a la instalación de teléfonos, al que se le exhibe un contrato y manifiesta que está incompleto ya que sólo consta la firma del comercial y que no es práctica de su empresa hacer contratos sin que lo firme el cliente.

El testigo Pío manifiesta que es comercial de Surtel y que conoce a

Florentino y Plácido de ser clientes y que fue Florentino el que le solicitó cabinas telefónicas para él o amigos suyos y que Florentino le solicitó una cabina de teléfonos para un chalet en la calle Arquitecto Vandelvira y después le dijo que se pusiera a nombre de Plácido.

En el acto del juicio oral se procedió a la lectura de la declaración de la testigo protegida núm. 000 y a la audición DVD de la testigo protegida núm. 000 (unida la transcripción) y lectura de determinados folios de las actuaciones y se escucha en la Sala y se visiona la cinta relativa al testimonio de Flor.

Por todo lo que se acaba de dejar expresado, el Tribunal de instancia ha podido valorar prueba de cargo, legítimamente obtenida, de la que se infiere la participación de los acusados en los hechos que se les imputan y en concreto, respecto a los ahora recurrentes Florentino y María Luisa queda perfectamente acreditado el dominio que ambos ejercieron, junto a otros acusados, en la facilitación de la inmigración ilegal de ciudadanos extranjeros, especialmente desde Sudamérica, a España, y es oportuno traer a colación, por su carácter clarificador del concepto de "entrada clandestina e ilegal en España", el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de esta Sala 2ª del Tribunal Supremo, de 13 de julio de 2005, que en relación al alcance del art. 313, 1 del Código Penal de 1995 resolvió que:

"El facilitar un billete de ida y vuelta a extranjeros que carecen de permiso de trabajo y residencia en España, para poder entrar en España como turistas cuando no lo eran y ponerlos a trabajar, constituye un delito de inmigración clandestina". Y habrá que convenir que, como en el caso enjuiciado, la entrada se produce por lugares de frontera ordinarios, previa presentación de tales documentos, pero con claro fraude en su misma comisión, Acuerdo que es seguido por la jurisprudencia de esta Sala, como es exponente la Sentencia 284/2006, de 6 de marzo, en la que se declara que por tráfico ilegal ha venido entendiéndose cualquier movimiento de personas extranjeras que trate de burlar la legislación española sobre inmigración, de modo que el tráfico ilegal no es sólo el clandestino, sino también el que siendo en principio y aparentemente lícito se hace pensando en no respetar la legalidad, y por ello merece tal calificación la entrada llevada a cabo en calidad de turista, por ejemplo, pero con la finalidad de permanecer después de forma ilegal en España.

Ha existido, por consiguiente, prueba de cargo que acredita la existencia de conductas que facilitan la inmigración ilegal de ciudadanos extranjeros, que contrarresta el derecho de presunción de inocencia invocado.

El motivo no puede prosperar.

SEGUNDO.- En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca vulneración del derecho a la presunción de inocencia que proclama el artículo 24.2 de la Constitución.

En este motivo se niega la existencia de prueba de cargo con respecto al delito relacionado con la prostitución.

Los recurrentes han sido, asimismo, condenados por la conducta relativa a la prostitución prevista en el apartado primero del artículo 188 del Código Penal, y en concreto en la modalidad de intervención lucrativa en la explotación de la prostitución de otra persona, modalidad que fue introducida en el Código Penal por Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, y que ha sido objeto de consideración por doctrina de esta Sala, en el sentido y con la idea de que no toda ganancia proveniente de la prostitución, por sí sola, convierte a quien la percibe en autor de un delito castigado con penas de dos a cuatro años de prisión, sino que se requiere una mayor gravedad, en los términos que se mencionan a continuación.

Así en las Sentencias de esta Sala, 450/2009, de 22 de abril, y 445/2008, de 3 de julio, entre otras, se declara que la determinación del ámbito típico de esta modalidad delictiva resulta obligada ante la necesidad de impedir una interpretación que avale la quiebra del principio de proporcionalidad, especialmente cuando se asocia la misma pena a los actos violentos e intimidatorios, frente a aquellos otros que sólo emplean el engaño o, como en este caso, se identifican aquellas conductas violentas o intimidatorias con la acción de lucrarse o vivir a costa de la prostitución ajena. Constatadas esas dificultades, la fijación de tales límites ha de tomar en consideración la idea de que no toda ganancia proveniente de la prostitución, por sí sola, convierte a quien la percibe en autor de un delito castigado con penas de dos a cuatro años de prisión. Para que así acontezca es indispensable que concurren, con carácter general, las siguientes circunstancias:

a) Que los rendimientos económicos se deriven de la explotación sexual de una persona que se halle mantenida en ese ejercicio mediante el empleo de violencia, intimidación, engaño o como víctima del abuso de superioridad o de su situación de necesidad o vulnerabilidad. Así se desprende de una elemental consideración de carácter sistemático. Ese inciso cierra un precepto en el que se castiga, no toda forma de prostitución, sino aquella que degrada la libertad y la dignidad de la persona prostituida, en atención a las circunstancias que precisa el artículo 188.1 del Código Penal. Esta idea es también coherente con el criterio de po-

lítica criminal que late en el compromiso de los países de la Unión Europea, expresado en la Acción Común 97/154/JAI, de 24 de febrero de 1997, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños (Diario Oficial L 63 de 04.03.1997) y, sobre todo, en la Decisión marco 2002/629/JAI, de 19 de julio de 2002 (Diario Oficial L 203 de 01/08/2002), que ha sustituido a la citada Acción Común, en lo que afecta a la trata de personas.

En la primera de ellas, los Estados se comprometen a revisar la legislación nacional con el fin de incluir, entre otras, la siguiente conducta: "... explotación sexual de una persona que no sea un niño, con fines lucrativos en la que: se recurra a la coacción, en particular mediante violencia o amenazas, se recurra al engaño, o haya abuso de autoridad u otras formas de presión, de modo tal que la persona carezca de una opción real y aceptable que no sea la de someterse a la presión o abuso de que es objeto". En la Decisión marco (art. 1.d), los Estados asumen el compromiso de garantizar la punibilidad, entre otros casos, de aquellos supuestos en los que "... se concedan o se reciban pagos o beneficios para conseguir el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona, con el fin de explotar el trabajo o los servicios de dicha persona (...) o con el fin de explotar la prostitución ajena o ejercer otras formas de explotación sexual, incluida la pornografía".

b) Quien obtiene el rendimiento económico a costa de la explotación sexual ajena ha de ser conocedor de las circunstancias que determinan a la persona prostituida a mantenerse en el ejercicio de la prostitución.

c) La ganancia económica puede ser fija, variable o a comisión, pero es preciso, en cualquier caso, que se trate de un beneficio económico directo. Sólo la explotación lucrativa que está íntimamente ligada a la fuente de la prostitución ajena queda abarcada en el tipo.

d) La percepción de esa ganancia ha de ser el fruto de algo más que un acto aislado o episódico. No basta con un mero gesto de liberalidad. Esa reiteración es exigible, tanto en la persona que ejerce la prostitución como en aquella otra que se lucra con su ejercicio.

En el presente caso, en la conducta de los acusados recurrentes Florentino y María Luisa queda acreditado, por las pruebas a las que se ha hecho mención al examinar el anterior motivo, que se cumplen tales exigencias, como se describe en el relato fáctico, ya que como titulares y en posición de dominio sobre la actividad de prostitución que se ejercía en varias casas, se enriquecían del ejercicio de esa prostitución por parte de

las mujeres que trabajaban en los locales sobre los que se extendía su dominio, a lo que se une el requisito típico de lucro obtenido aprovechándose de la explotación de esa persona, aun con su consentimiento, abusando de su situación de necesidad o vulnerabilidad, que indudablemente estaba presente cuando las víctimas se vieron obligadas, al no tener otra opción, a mantener relaciones sexuales, que se les impone exclusivamente para generar dinero a favor de los recurrentes y otros acusados, aprovechándose de la concreta situación en la que se desarrollan los hechos y de todas aquellas circunstancias, de distinto signo, que sirvan para imponer una atmósfera puesta al servicio de la coacción, el engaño o el abuso de superioridad, que queda bien expresado por el temor que exteriorizaron dichas testigos al declarar en el plenario y que sucede especialmente cuando las víctimas se encuentran en situación ilegal, en condiciones bien diferentes a las que les movieron a desplazarse a España, a quienes se les exige, durante meses, una entrega casi total de los beneficios obtenidos con la prostitución a la que se ven condicionadas y posteriormente, cuando han entregado una cantidad que supera con mucho la que tuvieron que entregarle para venir a España, se ven obligadas a entregar la mitad de lo que obtengan con tales servicios, con evidente vulneración de los bienes jurídicos que se protegen en esta conducta delictiva como son la libertad sexual de las víctimas y su dignidad al verse sujetas a esa situación de prostitución.

Ha existido, por consiguiente, prueba de cargo, legítimamente obtenida, y el motivo debe ser desestimado.

TERCERO.- En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 188.1 del Código Penal.

Se argumenta, en apoyo del motivo, que no comete delito quien se lucra de la prostitución ejercida libremente por otra persona sin violencia ni intimidación alguna.

Es de dar por reiterado lo que se ha dejado expresado para rechazar el anterior motivo, éste tampoco puede prosperar ya que en los hechos que se declaran probados concurren, por lo que allí se ha dejado mencionado, cuantos elementos se hacen precisos para apreciar la explotación con ánimo de lucro de la prostitución de otras personas, aun con su consentimiento, abusando de su situación de necesidad o vulnerabilidad.

CUARTO.- En el cuarto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por inaplicación indebida, del artículo 74 del Código Penal.

Se alega que en su caso deberían haber sido condenados por un delito continuado y no por once delitos relativos a la prostitución.

Este motivo tampoco puede prosperar.

Es doctrina de esta Sala, como es exponente la Sentencia 767/2005, de 7 de junio, que el delito continuado, definido en el art. 74.1 del C. Penal, no es aplicable, en principio, a aquellos delitos que lesionen "bienes eminentemente personales", "salvo - según dice el apartado 3 del mismo artículo- las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad sexual: pues en tales casos se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva". En la aplicación de este precepto, tiene declarado este Tribunal que, cuando en este tipo de delitos existen diversos sujetos pasivos, respecto de los cuáles el sujeto activo haya desarrollado su acción típica en más de una ocasión, podrá apreciarse el delito continuado respecto de cada uno de los sujetos pasivos, de modo que si el Tribunal hubiere aplicado la figura jurídica del delito continuado en tales casos, incluyendo en un único delito la conducta del acusado, ello constituye una aplicación indebida del art. 74 del C. Penal. En general, en los delitos contra la libertad sexual, no cabe hablar de delito continuado cuando la conducta típica correspondiente recaiga sobre sujetos pasivos distintos (v. SSTs de 28 de mayo de 1993, 11 de abril de 1997, 9 de septiembre de 1999, 23 de febrero y 31 de octubre de 2001, entre otras). En la línea marcada por esta jurisprudencia, el texto actualmente vigente del art. 74.3 del C. Penal -que entró en vigor el 30 de septiembre de 2004-, exige expresamente, para la apreciación del delito continuado en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, que los hechos enjuiciados "afecten al mismo sujeto pasivo". En cualquier caso, en los delitos relativos a la prostitución, referidos a una única persona como sujeto pasivo del delito, obviamente no cabe hablar de delito continuado, por cuando el tipo penal describe una conducta permanente y no actos aislados.

La aplicación de la anterior doctrina al supuesto que examinamos nos determina a rechazar la continuidad delictiva que se postula, ya que es patente que la conducta de los acusados afectó a víctimas distintas, por lo que nos hallamos ante un concurso real de delitos.

QUINTO.- En el quinto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 116 del Código Penal.

Se niega la producción de daños a las víctimas por lo que no procede indemnización alguna.

En lo que concierne a la determinación del "quantum" del daño moral, tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 89/2003, de 23 enero, que hemos de tener en cuenta que, en estos casos, la responsabilidad civil no lo es por la obligación de reparar el daño por él causado ni por la de indemnizar los daños materiales consecuencia de su acción delictiva (artículo 110. 2 y 3 Código Penal), de ahí la indudable dificultad de fijar unas bases para determinar concretamente la cuantía de la obligación que debe imponerse al condenado respecto del daño moral por la falta de parámetros objetivos sobre el particular. Tres son, según se ha dicho, las exigencias que el Tribunal ha de respetar en esta materia:

- a) Necesidad de explicitar la causa de la indemnización.
- b) Imposibilidad de imponer una indemnización superior a la pedida por la acusación.
- c) Atemperar las facultades discrecionales del Tribunal en esta materia al principio de razonabilidad.

Y en el supuesto que examinamos, el Tribunal de instancia, en el octavo de sus fundamentos jurídicos, tiene en cuenta la vejación que supuso la necesidad de prostituirse en la que se vieron involucradas las víctimas, todo ello buscado por los acusados con el único propósito de lucrarse con esa explotación, existiendo por consiguiente la razón que justifica la indemnización, que el Tribunal de instancia fija en una cantidad que aparece proporcionada y razonable y dentro de los límites de la acusación.

El motivo no puede prosperar.

Recurso interpuesto por Plácido.

PRIMERO.- En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1 del artículo 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca quebrantamiento de forma al haberse denegado diligencia de prueba propuesta en tiempo y forma que se considera pertinente, con vulneración del principio de contradicción y de presunción de inocencia.

Se dice producido tal quebrantamiento de forma y las vulneraciones constitucionales que se indican al no haberse accedido a la suspensión del juicio oral por imposibilidad de practicar la prueba testifical de D^a Flor.

Como bien señala el propio recurrente en defensa de este motivo, resultaba imposible la citación de ese testigo que se encontraba en Paraguay, habiéndose agotado los medios para conseguir su presencia en el plenario, incluida una la solicitud de Cooperación Jurídica Internacional, por lo que la suspensión únicamente podría producir una dilación injustificada que el Tribunal estaba obligado a impedir.

Por otra parte, en orden a la valoración de ese testimonio, que tuvo

lugar como prueba preconstituida, es cierto que constituye una garantía fundamental para el derecho de defensa el que las pruebas se practiquen en el juicio oral, con vigencia de los principios de igualdad, contradicción, intermediación y publicidad. Ahora bien, como expresa la Sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de octubre de 1993, "de esta última doctrina general hay que exceptuar los supuestos de prueba sumarial preconstituida y anticipada que también se manifiestan aptos para fundamentar una Sentencia de condena siempre y cuando se observe el cumplimiento de determinados requisitos materiales (su imposibilidad de reproducción en el momento del juicio oral: art. 730 LECRIM), subjetivos (la necesaria intervención del Juez de Instrucción), objetivos (la posibilidad de contradicción, para lo cual se le debe proveer de Abogado al imputado -cfr.: arts. 448.1 y 333.1-) y formales (la introducción en el juicio oral a través de la lectura de documentos requerida por el art. 730)".

El mismo Tribunal Constitucional, en sentencia 137/88, de 7 de julio, declara que "las diligencias sumariales son actos de investigación encaminados a la averiguación del delito e identificación del delincuente (art. 299 de la LECr) y que, como se advierte en la STC 101/1985, no constituyen en sí mismas pruebas de cargo. Sólo cuando las diligencias o actuaciones sumariales son de imposible o muy difícil reproducción en el juicio oral, es posible traerlas al mismo como prueba anticipada o preconstituida, en los términos señalados en el artículo 730 de la Ley Procesal Penal, utilizando en estos casos la documentación oportuna del acto de investigación, llevado a cabo, en todo caso, con observancia de las garantías necesarias para la defensa".

Con igual criterio se expresa reiterada doctrina de esta Sala y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sentencia de 19 de febrero de 1991, caso ISGRÓ, no consideró violación del Convenio el que sean tenidas en cuenta unas declaraciones sumariales cuando el testigo se encuentra ilocalizable pese a las gestiones realizadas en su busca. El Tribunal tuvo en cuenta que dichas declaraciones habían sido realizadas ante un magistrado cuya imparcialidad no había sido puesta en duda, así como que junto a tales declaraciones existían otros testimonios diferentes. Consecuentemente, la jurisprudencia ha establecido que el Tribunal podrá tomar excepcionalmente en cuenta las declaraciones testificales obrantes en el sumario, previa lectura en el juicio, cuando no sea factible lograr la comparecencia del testigo o sea imposible de localizar por desconocimiento de su paradero. En tales supuestos, deben haberse agotado las gestiones, incluidas las policiales, para averiguar el paradero del testigo incomparecido y que sus declaraciones en el sumario hayan sido presta-

das de manera inobjetable, con resultados concluyentes y con acatamiento de las normas que las regulan y sin merma alguna de los derechos fundamentales, especialmente del derecho de defensa.

En el presente caso, el Tribunal de instancia agotó las posibilidades de citación de dicha testigo, incluida la solicitud de Cooperación Jurídica Internacional, ya que se encontraba en Paraguay y dicha testigo había prestado declaración, con los requisitos de la prueba preconstituida, incluida la intervención de la defensa del ahora recurrente.

Así las cosas, no se ha producido indefensión, ni vulneración de ningún otro derecho fundamental y en modo alguno el quebrantamiento de forma que se postula.

El motivo debe ser desestimado.

SEGUNDO.- En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, derecho de defensa, a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia que proclaman los artículos 17.3 y 24. 1 y 2 de la Constitución.

Se alega que no puede ser valorada la declaración de la testigo Flor ya que esa prueba preconstituida fue practicada sin la presencia del letrado del recurrente que fue posteriormente designado.

No lleva razón el recurrente ya que su letrado estuvo presente en el interrogatorio de esa testigo, letrado que en ese momento era el que había designado e intervino activamente en su declaración, como consta al folio 310 de las actuaciones y dicha declaración fue introducida en el acto del plenario, donde fue visionada y escuchada.

El motivo carece de todo fundamento y debe ser desestimado.

TERCERO.- En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca vulneración del derecho a la presunción de inocencia que proclama el artículo 24.2 de la Constitución.

Se reitera la improcedencia de valorar la declaración de esa testigo.

En la práctica de ese testimonio se han dado cumplimiento a todas las garantías de defensa y contradicción, en cuanto estuvo presente el propio recurrente Plácido y su letrado, como consta al folio 310 de las actuaciones, letrado que intervino en el interrogatorio, y dicha declaración fue introducida en el plenario, con

visionado del D.V.D, en el que se recogió tal declaración, testimonio se ha que viene corroborado a través de datos objetivos periféricos como ha sido el hallazgo en el chalet de la calle Arquitecto Vandelvira de justificantes de envío de dinero a esa testigo, como puso de manifiesto el inspector número 16.166 y consta a los folios 234 y 236 de las actuaciones.

Ha quedado perfectamente acreditado el dominio que ejerció, junto a otros acusados, en la facilitación de la inmigración ilegal de ciudadanos extranjeros, especialmente desde Sudamérica, a España y, como se dejó expresado con anterioridad, es de recordar el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de esta Sala 2^a del Tribunal Supremo, de 13 de julio de 2005, que en relación al alcance del art. 313, 1 del Código Penal de 1995 resolvió que: "El facilitar un billete de ida y vuelta a extranjeros que carecen de permiso de trabajo y residencia en España, para poder entrar en España como turistas cuando no lo eran y ponerlos a trabajar, constituye un delito de inmigración clandestina". Y habrá que convenir que, como en el caso enjuiciado, la entrada se produce por lugares de frontera ordinarios, previa presentación de tales documentos, pero con claro fraude en su misma comisión, Acuerdo que es seguido por la jurisprudencia de esta Sala, como es exponente la Sentencia de esta Sala 284/2006, de 6 de marzo, declara que por tráfico ilegal ha venido entendiéndose cualquier movimiento de personas extranjeras que trate de burlar la legislación española sobre inmigración. De modo que el tráfico ilegal no es sólo el clandestino, sino también el que siendo en principio y aparentemente lícito se hace pensando en no respetar la legalidad, y por ello merece tal calificación la entrada llevada a cabo en calidad de turista, por ejemplo, pero con la finalidad de permanecer después de forma ilegal en España sin regularizar la situación.

En el presente caso el recurrente facilitó la entrada ilegal de Plácido en España, proporcionándole dinero para que fuera exhibido ante las autoridades aduaneras y de ese modo aparentar solvencia para poder entrar y residir en Albacete como turista.

Ha existido, por consiguiente, prueba de cargo que acredita la existencia de conductas que facilitan la inmigración ilegal de ciudadanos extranjeros, que contrarresta el derecho de presunción de inocencia invocado.

Este recurrente ha sido, asimismo, condenado por la conducta relativa a la prostitución prevista en el apartado primero del artículo 188 del Código Penal, y en concreto en la modalidad de intervención lucrativa en la explotación de la prostitución de otra persona, modalidad que fue introducida en el Código Penal por

Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre.

Al examinar el recurso interpuesto por los anteriores acusados se ha hecho expresa mención de la doctrina de esta Sala sobre esta figura delictiva, lo que se da por reproducido.

En el supuesto que examinamos con relación al ahora recurrente Plácido queda acreditado, por las pruebas a las que se ha hecho mención al examinar el primer motivo de los anteriores recurrentes, que concurren cuantos elementos se precisan para apreciar esta figura delictiva, como se describe en el relato fáctico, ya que integrado en la organización de la formaban parte los cuatro recurrentes, y en concreto como encargado en el chalé sito en la calle Arquitecto Vandelvira de Albacete, estaba en posición de dominio sobre la actividad de prostitución que se ejercía en esa casa, enriqueciéndose del ejercicio de esa prostitución por parte de las mujeres que trabajaban en el local sobre los que se extendía su dominio, a lo que se une el requisito típico de lucro obtenido aprovechándose de la explotación de esas personas, aun con su consentimiento, abusando de su situación de necesidad o vulnerabilidad, que indudablemente estaba presente cuando las víctimas se vieron obligadas, al no tener otra opción, a mantener relaciones sexuales, que se les impone exclusivamente para generar dinero a favor de los recurrentes, aprovechándose de la concreta situación en la que se desarrollan los hechos y de todas aquellas circunstancias, de distinto signo, que sirvan para imponer una atmósfera puesta al servicio de la coacción, el engaño o el abuso de superioridad, que queda bien expresado por el temor que exteriorizaron dichas testigos al declarar en el plenario y que sucede especialmente cuando las víctimas se encuentran en situación ilegal, en condiciones bien diferentes a las que les movieron a desplazarse a España, a quienes se les exige, durante meses, una entrega casi total de los beneficios obtenidos con la prostitución a la que se ven condicionadas y posteriormente, cuando han entregado una cantidad que supera con mucho la que tuvieron que entregarle para venir a España, se ven obligadas a entregar la mitad de lo que obtengan con tales servicios, con evidente vulneración de los bienes jurídicos que se protegen en esta conducta delictiva como son la libertad sexual de las víctimas y su dignidad al verse sujetas a esa situación de prostitución.

En relación a este acusado son especialmente de tener en consideración, además de las declaraciones de los acusados, las depuestas por el Inspector Jefe de la Brigada de Extranjería y el funcionario de policía con carné profesional núm. 84117 quien en el acto del juicio oral declara sobre la autonomía que el ahora recurrente ejercía sobre la actividad de prostitución que se desarrollaba

en el chalé sito en la calle Arquitecto Vandelvira de Albacete.

En igual sentido se pronuncia el funcionario con número 51.534, quien expresivamente declara que el ahora recurrente no era un simple "machaca" sino que gozaba de cierta autonomía.

La testigo Inocencia declara que el ahora recurrente sustituyó a Ana en el control de los pases de los servicios de prostitución y que era el que llevaba la casa, y con quien hacía las cuentas tras marcharse Ana.

La testigo Valle declara que el ahora recurrente fue asimismo encargado del club Copacabana donde ejerció también la prostitución, e igualmente presto algún servicio de prostitución en la casa sita en la calle Arquitecto Vandelvira y pensaba que el ahora recurrente Plácido era el dueño de esta casa.

La declaración de la testigo Carmela, quien ejerció la prostitución en el chalé de la calle Arquitecto Vandelvira y que era Plácido el que contrataba los pases de los servicios a los clientes y que Plácido le daba un tique de un talonario por cada pase y con él hacía las cuentas.

La declaración de Isabelina Ruth, quien también ejerció la prostitución en la casa de la que era encargado el ahora recurrente.

Ha existido, por consiguiente, prueba de cargo, legítimamente obtenida, y el motivo debe ser desestimado.

CUARTO.- En el cuarto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 318 bis, 1 y 6 del Código Penal.

El cauce procesal por el que se formaliza el motivo exige el más riguroso respeto a los hechos que se declaran probados y en ellos constan cuantos elementos caracterizan el delito de facilitación de la inmigración clandestina en cuanto se declara que el ahora recurrente envió a Flor, conocida como "Baronesa" o "Tigresa", el dinero que necesitaba para entrar en España como turista y que cuando llegó a España Plácido fue a recogerla y la trasladó directamente al chalé de la calle Arquitecto Vandelvira de Albacete, donde le recogió el dinero que le había enviado y le dijo que tenía que trabajar como prostituta para pagar la deuda contraída.

Se reitera, en este motivo, la inexistencia de prueba en relación a dicho delito, siendo de dar por reproducido, para evitar repeticiones, lo que se ha dejado expresado para rechazar igual invocación realizada en anteriores motivos.

Este motivo tampoco puede ser desestimado.

QUINTO.- En el quinto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 318 bis, 1 y 6 del Código Penal.

Se niega la concurrencia de los elementos que caracterizan esa figura delictiva lo que fundamenta en la inexistencia de prueba por ilicitud de la testifical practicada.

Una vez más es de rechazar esa invocación que es reiteración de lo que se ha esgrimido en defensa de los anteriores motivos.

SEXTO.- En el sexto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por inaplicación indebida, del artículo 21.6 en relación al artículo 21.4 del Código Penal.

Se alega que debió apreciarse una circunstancia atenuante muy calificada de colaboración.

No se desprende de los hechos que se declaran probados que el ahora recurrente hubiese colaborado o confesado la infracción antes de que el procedimiento se dirigiera contra él, ni siquiera se recogen los elementos que permitieran sustentar la atenuante analógica que se postula. El Tribunal de instancia, en el cuarto de sus fundamentos jurídicos, rechaza tal atenuante señalando que el ahora recurrente no puede solicitarla por el mero hecho de prestar declaración inculpatoria para otro coimputado, después de conocer la incoación del procedimiento y cuando concurren otros medios de prueba que inculpan al otro acusado, aunque se pueda tener en cuenta en la cuantificación de la pena como así ha sucedido en el delito de facilitación de la inmigración ilegal en el que se le ha impuesto la pena mínima inferior en un grado, con aplicación del apartado sexto del artículo 318 bis del Código Penal, pena inferior a la impuesta a los dos recurrentes anteriores.

Por las razones expresadas, el motivo debe ser desestimado.

SÉPTIMO.- En el séptimo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 21.2 y 21.6, en relación al artículo 21.2 del Código Penal.

Se solicita la aplicación de una atenuante por su drogodependencia.

El Tribunal de instancia rechaza, con correctos argumentos, tal solicitud señalando que los delitos cometidos no lo han sido como consecuencia de su adicción a bebidas alcohólicas o drogas tóxicas. Tampoco se infiere del relato fáctico su capacidad de culpabilidad estuviera afectada por esas causas cuando co-

metió las conductas delictivas.

El motivo no puede prosperar.

SÉPTIMO BIS.- En el séptimo bis motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 66 del Código Penal.

Su viabilidad está supeditada a la estimación de los dos motivos anteriores y como eso no se ha producido éste motivo debe correr la misma suerte y debe ser igualmente desestimado.

OCTAVO.- En el octavo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 109 y siguientes del Código Penal.

Se dice no acreditado el daño moral.

Es de dar por reproducido lo que se ha dejado expresado para rechazar igual invocación realizada por los dos recurrentes anteriores.

Ciertamente, como antes se dejó expuesto, el Tribunal de instancia, en el octavo de sus fundamentos jurídicos, tiene en cuenta la vejación que supuso la necesidad de prostituirse en la que se vieron involucradas las víctimas, todo ello buscado por los acusados con el único propósito de lucrarse con esa explotación, existiendo por consiguiente la razón que justifica la indemnización, que el Tribunal de instancia fija en una cantidad que aparece proporcionada y razonable y dentro de los límites de la acusación.

El motivo no puede prosperar.

Recurso interpuesto por D^a Felisa

PRIMERO.- En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca vulneración del derecho a la presunción de inocencia que proclama el artículo 24.2 de la Constitución.

Se niega la existencia de prueba de cargo en relación al delito de facilitación de la inmigración ilegal

El Tribunal de instancia señala la intervención que la ahora recurrente desarrolló para facilitar la inmigración ilegal de la testigo protegida núm. 002, testigo que en el acto del juicio oral declaró que fue Felisa la que le recogió en Valencia y fue con ella hasta "La Casa Rosa" y la que le recogió la parte de los 800 euros que no había gastado en comer, y asimismo le dijo que había contraído una deuda con Florentino y María Luisa, ratificando las declaraciones anteriores sobre la intervención que tuvo la ahora recurrente que contactó con

ella cuando se encontraba en Paraguay, enviándole el dinero que necesitaba para venir a España.

El Tribunal de instancia ha podido valorar, por consiguiente, pruebas de cargo que contrarrestan el derecho de presunción de inocencia en lo que concierne al delito de facilitación de la inmigración clandestina, siendo de dar por reproducido lo que sobre esta modalidad de inmigración ha declarado la jurisprudencia de esta Sala, a lo que se ha hecho mención al examinar los anteriores recursos.

El motivo debe ser desestimado.

SEGUNDO.- En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 188.1 del Código Penal.

Se alega, en defensa del motivo, que ningún lucro ha obtenido de la explotación de las mujeres que se citan en la sentencia ya que era una trabajadora que se encargaba de la casa donde se ejercía la prostitución.

Una de las teorías más aceptadas para conformar la autoría es la que la identifica con el dominio funcional del hecho. Serán, pues, coautores los que co-dominan funcionalmente el hecho que se subsume en la conducta típica. Y ese dominio funcional del hecho que ejerce cada uno de los coautores se manifiesta en el papel que le corresponde en la división del trabajo, integrado en la decisión conjunta al hecho. En esa decisión conjunta o común aparecen conectadas los distintos aportes o tareas en que se divide la realización del hecho.

En el supuesto que examinamos con relación a la ahora recurrente Felisa queda acreditado, acorde con lo que se declara probado, que concurren cuantos elementos se precisan para apreciar esta figura delictiva, ya que aparece integrada en la organización de la formaban parte junto a los otros tres recurrentes, y en concreto como encargada de "La Casa Rosa", estaba en posición de dominio sobre la actividad de prostitución que se ejercía en esa casa, enriqueciéndose del ejercicio de esa prostitución por parte de las mujeres que trabajaban en el local sobre los que se extendía su dominio, a lo que se une el requisito típico de lucro obtenido aprovechándose de la explotación de esas personas, aun con su consentimiento, abusando de su situación de necesidad o vulnerabilidad, que indudablemente estaba presente cuando las víctimas se vieron obligadas, al no tener otra opción, a mantener relaciones sexuales, que se les impone exclusivamente para generar dinero a favor de los recurrentes, aprovechándose de la concreta situación en la que se desarrollan los hechos y de todas aquellas circunstancias, de distinto signo, que sirvan para imponer una atmósfera puesta al servicio de

la coacción, el engaño o el abuso de superioridad, que queda bien expresado por el temor que exteriorizaron dichas testigos al declarar en el plenario y que sucede especialmente cuando las víctimas se encuentran en situación ilegal, en condiciones bien diferentes a las que les movieron a desplazarse a España, a quienes se les exige, durante meses, una entrega casi total de los beneficios obtenidos con la prostitución a la que se ven condicionadas y posteriormente, cuando han entregado una cantidad que supera con mucho la que tuvieron que entregarle para venir a España, se ven obligadas a entregar la mitad de lo que obtengan con tales servicios, con evidente vulneración de los bienes jurídicos que se protegen en esta conducta delictiva como son la libertad sexual de las víctimas y su dignidad al verse sujetas a esa situación de prostitución.

El motivo no puede prosperar.

TERCERO.- En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 74 del Código Penal.

Se alega, en defensa del motivo, que de haber cometido las conductas relacionadas con la prostitución, éstas integrarían un delito continuado y no cinco delitos relacionados con la prostitución.

Es de dar por reproducido lo que ya se ha dejado expresado para rechazar igual invocación realizada por los dos primeros recurrentes.

Ciertamente, como se ha dejado antes expuesto, es doctrina de esta Sala, como es exponente la Sentencia 767/2005, de 7 de junio, que el delito continuado, definido en el art. 74.1 del C. Penal, no es aplicable, en principio, a aquellos delitos que lesionen "bienes eminentemente personales", "salvo -según dice el apartado 3 del mismo artículo- las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad sexual: pues en tales casos se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva". En la aplicación de este precepto, tiene declarado este Tribunal que, cuando en este tipo de delitos existen diversos sujetos pasivos, respecto de los cuáles el sujeto activo haya desarrollado su acción típica en más de una ocasión, podrá apreciarse el delito continuado respecto de cada uno de los sujetos pasivos, de modo que si el Tribunal hubiere aplicado la figura jurídica del delito continuado en tales casos, incluyendo en un único delito la conducta del acusado, ello constituye una aplicación indebida del art. 74 del C. Penal. En general, en los delitos contra la libertad sexual, no cabe hablar de delito continuado cuando la conducta típica correspondiente recaiga sobre sujetos pasivos distintos (v.

SSTS de 28 de mayo de 1993, 11 de abril de 1997, 9 de septiembre de 1999, 23 de febrero y 31 de octubre de 2001, entre otras). En la línea marcada por esta jurisprudencia, el texto actualmente vigente del art. 74.3 del C. Penal -que entró en vigor el 30 de septiembre de 2004-, exige expresamente, para la apreciación del delito continuado en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, que los hechos enjuiciados "afecten al mismo sujeto pasivo". En cualquier caso, en los delitos relativos a la prostitución, referidos a una única persona como sujeto pasivo del delito, obviamente no cabe hablar de delito continuado, por cuando el tipo penal describe una conducta permanente y no actos aislados.

La aplicación de la anterior doctrina al supuesto que examinamos nos determina a rechazar la continuidad delictiva que se postula, ya que es patente que la conducta de la ahora recurrente afectó a víctimas distintas, por lo que nos hallamos ante un concurso real de delitos.

El motivo debe ser desestimado.

CUARTO.- En el cuarto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 116 del Código Penal.

Se niega la producción de daño a las mujeres que ejercieron la prostitución y que no procede indemnización alguna.

Es de dar por reproducido lo que se ha dejado expresado para rechazar igual invocación realizada por los anteriores recurrentes.

Ciertamente, como antes se ha dejado expresado, el Tribunal de instancia, en el octavo de sus funda-

mentos jurídicos, tiene en cuenta la vejación que supuso la necesidad de prostituirse en la que se vieron involucradas las víctimas, todo ello buscado por los acusados con el único propósito de lucrarse con esa explotación, existiendo por consiguiente la razón que justifica la indemnización, que el Tribunal de instancia fija en una cantidad que aparece proporcionada y razonable y dentro de los límites de la acusación.

El motivo no puede prosperar.

FALLO

Debemos desestimar y desestimamos los recursos de casación por infracción de precepto constitucional, quebrantamiento de forma e infracción de Ley interpuestos por D. Florentino, D^a María Luisa, D. Plácido y D^a Felisa contra sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Albacete, de fecha 23 de enero de 2009, en causa seguida por delitos relativos a la prostitución y facilitación de la inmigración ilegal. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso. Comuníquese esta Sentencia a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Carlos Granados Pérez.- Andrés Martínez Arrieta.- José Manuel Maza Martín.- Manuel Marchena Gómez.- José Antonio Martín Pallín.

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



TS Sala 3^a, Sección: 7, Sentencia 22 febrero 2010. Ponente: D. Nicolás Maurandi Guillén

Denegación de la suspensión del RD 2033/2009 que determina los puestos tipo adscritos al cuerpo de secretario judicial

El TS desestima la pretensión de la asociación sindical de secretarios de la Administración de Justicia y el colegio nacional de secretarios judiciales, de suspensión cautelar del RD 2033/2009, por el que se

determinan los puestos tipo *adscritos al Cuerpo de Secretarios Judiciales a efectos del complemento general de puesto, la asignación inicial del complemento específico y las retribuciones por sustituciones que impliquen el desempeño conjunto de otra función. La Sala considera que no se produce un perjuicio irreparable en el supuesto de que no se acceda a la suspensión, pues los perjuicios causados serían únicamente económicos, y la reparación de los mismos sería posible mediante el abono de las diferencias económicas que pudieran resultar de la norma definitiva.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Para apoyar la medida cautelar que se solicita los recurrentes desarrollan dos clases de argumentos.

El primero es que, de no adoptarse esa medida, perdería su finalidad el actual recurso jurisdiccional, al producirse perjuicios irreversibles o de muy difícil reparación, concretados estos en la pérdida o restricción de derechos profesionales.

Esos perjuicios, en el criterio de los recurrentes, los sufrirían los Secretarios Judiciales y también el interés general, encarnado ahora mismo en el proceso de modernización de la Administración de Justicia y en la implantación de la Nueva Oficina Judicial.

Y la explicación que se ofrece para justificar este alegato es que del Real Decreto recurrido han de partir otras disposiciones generales, constituidas estas principalmente por las Relaciones de Puestos de Trabajo y las Ordenes de creación, dotación y funcionamiento de servicios comunes, cuya suerte quedará sin remedio anudada a la posible declaración de nulidad de este Real Decreto.

El segundo argumento consiste en sostener que, en la ponderación de los intereses en conflicto, no es de apreciar que la suspensión cautelar cause ningún perjuicio para la eficacia administrativa, y esto porque la medida sólo produciría el retraso de unos meses en el despliegue de la nueva Oficina Judicial y, además, su alcance quedaría limitado al reducido número de ciudades piloto para las que está previsto ese despliegue en el mes de mayo del presente año.

SEGUNDO.- El análisis de esos argumentos, para decidir si merecen o no ser compartidos, aconseja recordar cual es la estructura de la nueva Oficina judicial (NOJ) que aparece regulada en los artículos 435 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial -LOPJ- (en la redacción dada por la L.O. 19/2003, de 23

de diciembre), como también tener en cuenta lo que establecen algunas normas del Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales aprobado por Real Decreto 1608/2005, de 30 de diciembre (ROCSJ), y subrayar cual es el contenido principal que tiene el aquí recurrido Real Decreto 2033/2009.

Y lo que así debe destacado es lo siguiente:

1.- La estructura de la nueva Oficina judicial que figura en esos preceptos de la LOPJ que se han mencionado consiste en considerar como elemento organizativo básico de la misma a la unidad, y en incluir dentro de ella a una pluralidad de puestos de trabajo.

Además, se distingue, dentro de este esencial componente organizativo, entre Unidades Procesales de Apoyo Directo y Servicios Comunes Procesales, y se permite, a su vez, una última diversificación consistente en la posibilidad de estructurar los Servicios Comunes en Secciones (con sus correspondientes puestos de trabajo) y estas últimas en Equipos.

2.- El ROCSJ regula, por un lado (artículo 13), los órganos superiores del Cuerpo de Secretarios Judiciales, en los que incluye a los Secretarios de Gobierno y a los Secretarios Coordinadores Provinciales.

Por otro (artículo 100), incluye una directa regulación de las relaciones de puestos de trabajo, para las que establece que una de sus especificaciones será el "Centro de destino" y, asimismo, que como tales "Centros de destino" se entenderán, entre otros, los Servicios Comunes Procesales, las Unidades Procesales de Apoyo a los órganos judiciales y las Secretarías de Gobierno.

3.- El contenido principal del aquí impugnado Real Decreto 2033/2009 está representado por una clasificación de puestos tipo que se establece a efectos del complemento general del puesto, y por una diferenciación de puestos que también se establece para la asignación inicial de los complementos específicos.

4.- Esa clasificación de puestos tipo se configura, esencialmente, sobre la base de diferenciar también varios grupos de población (en función de su mayor o menor dimensión); y a cada uno de los cinco puestos tipos se les asigna un diferente coeficiente de valoración (todos ellos forman una escala de valoración) para aplicarlo a la cuantificación del complemento general de puesto que establezca la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

5.- Por lo que hace a la diferenciación de puestos que es establecida para la asignación inicial de los com-

plementos específicos, hay una primera enumeración cuyos primeros puestos son los de Secretario de Gobierno y Secretario Coordinador Provincial, y los restantes están referidos al diferente elemento organizativo cuya responsabilidad es asumida como Secretario Judicial: Director de un Servicio Común Procesal, y Jefe de Sección, Jefe de Equipo o Secretario sin Jefatura de esos mismos Servicios Comunes; Secretario de Unidad Procesal de Apoyo; y Secretarios destinados en los servicios no jurisdiccionales que representan el Registro Civil Central, los Registros Civiles Excluyivos y el Ministerio de Justicia.

Y la anterior diferenciación inicial se completa con una segunda diversificación que, dentro de alguna de las modalidades de puestos anteriores, los distingue en función del número de Secretarios dependientes o del número de unidades atendidas.

TERCERO.- Lo que acaba de exponerse descarta ese hecho principal que ha sido aducido para intentar justificar la posibilidad de que se produzca un perjuicio irreparable en el caso de que no se acceda a la suspensión cautelar.

El Real Decreto 2033/2009 ciertamente establece a efectos retributivos unas clasificaciones de puestos de Secretarios Judiciales a las que se tendrán que reconducir las posteriores relaciones de puestos de trabajo que sean aprobadas para dicho Cuerpo.

Pero la eventual nulidad que pudiera declararse de dicho Real Decreto no llevaría consigo necesariamente la misma invalidez para esas relaciones de puestos de trabajo, por todo lo que se explica continuación.

En el caso de los puestos tipo, porque el catálogo de los mismos se limita (en lo esencial) a diferenciar los grupos de población en que quedarán encuadrados los distintos puestos de trabajo de los Secretarios Judiciales y a cuantificar el complemento general de puesto que corresponderá en función de ese encuadramiento.

Lo cual significa que, de anularse esos grupos y los puestos tipos paralelos, no necesariamente tendría que anularse el contenido típico de la RPT (consistente en definir el cometido funcional de cada concreto puesto de trabajo y su sistema de provisión), sino tan sólo aquel encuadramiento y sus consecuencias económicas, que habrían de ser sustituidos por lo que se dispusiera en la nueva norma que necesariamente habría de dictarse.

Por tanto, los perjuicios causados serían únicamente económicos, y la reparación de los mismos sería posible mediante el abono de las diferencias económicas que pudieran resultar de la norma definitiva.

En el caso del complemento específico, porque la clasificación de puestos que el Real Decreto 2033/2009 establece a estos efectos no es más que una reiteración de la necesaria estructura de la nueva Oficina Judicial que figura en la LOPJ y de los ineludibles puestos de jerarquía (Secretarios de Gobierno y Secretario Coordinador Provincial) que obligatoriamente han de existir en el Cuerpo de Secretarios Judiciales en virtud de lo dispuesto en el ROCSJ; esto es, esa estructura y esos puestos jerárquicos son un marco organizativo mínimo al que forzosamente han de ajustarse las posteriores relaciones de puestos de trabajo, pero se trata de un marco mínimo que ha sido configurado por la LOPJ y el ROCSJ y no por el RD 2033/2009 (que se limita a reproducirlo).

Y lo que deriva de esto último es que la eventual nulidad del Real Decreto 2033/2009, en lo que dispone sobre el complemento específico, no llevaría consigo la nulidad de la inicial clasificación de puestos que dispone para la asignación inicial de ese concepto retributivo, sino tan sólo la de los importes establecidos; y, al igual que se ha dicho antes, las consecuencias de esa nulidad serían sustituir tales importes por los que dispusiera la nueva norma, y los posibles perjuicios, por ser igualmente económicos, serían así mismo reparables.

CUARTO.- A esa falta de motivos para apreciar perjuicios irreversibles que acaba de ser apuntada, debe sumarse la importancia de la finalidad perseguida por el Decreto 2033/2009, que no es sino facilitar la puesta en marcha de la Oficina Judicial.

Y la consecuencia final de todo ello es que, en esa ponderación de los intereses en conflicto que resulta obligada en materia de medidas cautelares (artículo 130 de la Ley jurisdiccional), los intereses generales concernidos en el actual caso resultan más prevalentes que los que han sido invocados por los recurrentes.

FALLO

La Sala Acuerda: No ha lugar a la suspensión cautelar del Real Decreto 2033/2009, de 30 de diciembre, solicitada en el actual recurso contencioso-administrativo núm. 62/2010 interpuesto por la Asociación Sindical de Secretarios de la Administración de Justicia, el Colegio Nacional de Secretarios Judiciales y D. José Luis; y ello sin perjuicio de lo que en su día se resuelva en la sentencia que ponga fin al proceso.

Lo acordó la Sala y firman los Magistrados Excmos. Sres. al inicio designados. Juan José González Rivas.- Nicolás Maurandi Guillén.- Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

2009/321812

TS Sala 3ª, Sección: 3, Sentencia 23 diciembre 2009. Ponente: D. Eduardo Espín Templado

Rotulación de las señales viarias de la zona mixta en castellano y vascoence

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la Comunidad Foral de Navarra contra la sentencia dictada por el TSJ de Navarra, que estimó el recurso contencioso administrativo entablado con objeto de que se modificasen las señales de tráfico en el tramo de la autovía N-111 entre Pamplona y Puente la Reina que discurre por el término municipal de Zizur mayor, para que recogiesen la denominación oficial de la población tanto en castellano como en vasco (Zizur mayor-Zizur Nagusia). Admitida la legitimación del concejal ahora recurrido, la Sala considera que la sentencia impugnada se encuentra suficientemente motivada, pues según espone, la Ley 18/1986, en las zonas mixtas en las que exista un topónimo originario y tradicional en vascoence se han de utilizar ambas denominaciones, y de acuerdo con el Decreto Foral 368/1992, existe tal denominación tradicional de Cizur mayor, reconocida oficialmente, lo que condujo a la estimación del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto y planteamiento del recurso de casación. El Gobierno de Navarra recurre en casación contra la Sentencia de 10 de abril de 2.007, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, que estimó el recurso contencioso administrativo entablado por D. Saturnino con objeto de que se modificasen las señales de tráfico en el tramo de la autovía N-111 entre Pamplona y Puente la Reina que discurre por el término municipal de Zizur mayor, para que recogiesen la denominación oficial de la población tanto en castellano como en vasco (Zizur mayor-Zizur Nagusia). La Sentencia de instancia que se recurre funda la estimación de la pretensión de fondo del recurso contencioso administrativo en las siguientes consideraciones:

“Tercero.- La Sala no puede estar sino conforme con todas aquellas manifestaciones y exposiciones más o menos apoloéticas que en la contestación a la demanda se realizan sobre la Ley Orgánica de Reintegra-

ción y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra en relación con el artículo 3 y demás de la Constitución Española y sentencias en la materia del Tribunal Constitucional; conformes, de acuerdo; pero el tema es más concreto y consideramos que sobran en este específico asunto esas consideraciones.

Cuarto.- Así, el tema está en las consecuencias que se derivan en este uso de ambas denominaciones, castellana y euskaldun, en las señales indicativas de la localidad de Zizur mayor (Zizur Nagusia), de la Ley Reguladora del Uso del Vascoence 18/1986 de 15 de diciembre y Decretos posteriores en vigor que la desarrollan, descartando radicalmente todos aquellos acuerdos y reglamentos anteriores que se apuntan y están anulados en vía judicial de forma definitiva y firme. De esta forma nos encontramos con que en el artículo 8 de la citada Ley del Vascoence se nos dice: “Los topónimos de la Comunidad Foral tendrán denominación en castellano y en vascoence, de conformidad con las siguientes normas:

a) En las zonas mixtas y no vascófonas, la denominación oficial será la actualmente existente, salvo que, para las expresadas en castellano, exista una denominación distinta, originaria y tradicional en vascoence, en cuyo caso se utilizarán ambas “En tal tenor nos encontramos con el Decreto Foral 368/1992 de 9 de noviembre en cuyo artículo único se dispone: “Las denominaciones oficiales del nombre tradicional de Cizur mayor son Zizur mayor y Zizur Nagusia. Dichas denominaciones serán legales a todos los efectos”. Con este dictado y el anterior, pocas salidas le caben a la Administración para denegar la solicitud cursada en esta acción y menos aún cuando como única, última y estéril defensa se acude al artículo 16.1 del Decreto Foral 29/2003 de 10 de octubre (Uso del Vascoence) que hace referencia a la redacción en castellano de “rótulos de oficina, despachos... y cualesquiera otros elementos de identificación y señalización”, por cuanto ese precepto se contrae a dependencias de las Administraciones Públicas y se encuentra ubicado en la Sección 5ª relativa a “Imágenes, Avisos y Comunicaciones”. (fundamentos de derecho tercero y cuarto) El recurso de casación se formula mediante siete motivos.

El primer motivo se acoge al apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción, y en él se alega la infracción del artículo 19.1 de la propia Ley jurisdiccional, por haber reconocido indebidamente la legitimación del actor. Los motivos segundo y tercero se amparan en el apartado 1.a) del citado precepto procesal y se basan en el supuesto abuso o exceso en el ejercicio de la jurisdicción por haber creado una norma jurídica (motivo segundo) y por haberse fundado en un criterio

no jurídico (motivo tercero). Los motivos cuarto y quinto se acogen ambos al apartado 1.c) del citado artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción, aduciendo en ellos que la Sentencia está insuficientemente motivada y basada en razonamientos arbitrarios y patentemente erróneos. El motivo sexto, formulado al amparo del apartado 1.d) del referido artículo 88 de la Ley jurisdiccional, se basa en la infracción de los artículos 3 de la Constitución y 9.1 y 2 de la Ley de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra (Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto) por crear la obligación de utilizar ambas lenguas en la zona lingüística mixta en la que pueden utilizarse ambas indistintamente. Finalmente, el motivo séptimo, también acogido al apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley jurisdiccional, se invoca la infracción de los artículos 117.1 de la Constitución y 1 y 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por haber prescindido supuestamente la Sala de instancia de la regulación existente sobre la materia en la Constitución, la antes citada Ley de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral y la Ley Reguladora del Uso del Vascoence (Ley foral 18/1986, de 15 de diciembre).

SEGUNDO.- Sobre la legitimación del actor en la instancia. El Gobierno navarro impugna en primer lugar la Sentencia porque a su juicio se habría infringido el artículo 19.1 de la Ley de la Jurisdicción al haber reconocido indebidamente legitimación al actor, que no habría acreditado un interés legítimo sino que habría actuado simplemente en interés de la legalidad. Sobre esta cuestión relativa a la legitimación la Sala de instancia se pronunció en los siguientes términos:

“Primero.- Solicita la parte actora en su escrito de demanda y concretamente en el suplico que: “se proceda a la modificación de la señalización existente en el tramo de la N-111 (actualmente A-12, Autovía del Camino de Santiago) que transcurre por el término municipal de Zizur mayor/Zizur Nagusia por otra en la que la información relativa a esa localidad aparezca tanto en castellano como en vascoence, en atención a la denominación oficial de la misma, y se actúe de igual manera en los nuevos tramos de dicha carretera”. Por tanto la solicitud, por aclarar, es la de que junto a la denominación en castellano de la señal de tráfico indicativa de la localidad de Zizur mayor, figure asimismo y a continuación la vascoence Zizur Nagusia.

Segundo.- No podemos por menos que entrar en las consideraciones iniciales que la administración demandada realiza sobre la falta de legitimación de la parte actora para ser parte en este pleito (“legitimatío ad processum”). Se indica que el actor se presenta en este pleito como concejal del Ayuntamiento citado siendo que en tal postura y condición no estaría

legitimado para ejercer esta acción ya que no corresponde a actuaciones, cuestiones o resoluciones emanadas dentro del ámbito municipal. Pero no podemos olvidar dos cosas:

a) La primera es que en vía administrativa nada se le dijo sobre su legitimación para actuar reclamar y recurrir, sino que lejos de todo ello (y no cabe duda que para evitar un silencio positivo por resolución originaria tardía) en la resolución de alzada se le dijo expresamente: “Con carácter previo al examen de la pretensión principal que formula D. Saturnino debe considerarse que ésta se produce en el ejercicio del derecho de petición regulado en el artículo 12 de la LFACFN, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución. Por consiguiente, los efectos del acto presunto en este supuesto, tal y como la excepciona el artículo 43.2 LRJPAC, frente a lo argumentado por el recurrente, son desestimatorios”. Por consiguiente que se admitió (bien o mal, más lo segundo) su legitimación por vía del derecho de petición y ahora contra *propium* “factum” la administración se resuelve y niega esta legitimación *ad processum*. Impropio, indebido e inaceptable.

b) La segunda es que, con independencia de su condición de concejal, el tema del uso del euskera es de carácter general para todos los habitantes de la Comunidad Foral de Navarra, y tratándose de usos en señales de tráfico en la zona mixta, este habitante de la misma, como cualquier otro de ella está legitimado para ejercitar las acciones oportunas relacionadas con este uso del euskera en su zona y plantear ante la Administración Foral responsable (carreteras) las reclamaciones precisas en ese ámbito.

La causa de inadmisibilidad debe ser rechazada.” (fundamentos de derecho primero y segundo) El actor en la instancia es un ciudadano residente y concejal del Ayuntamiento de Zizur mayor y la pretensión deducida en el presente litigio es que en determinadas indicaciones de tráfico conste la doble denominación oficial en castellano y euskera de la localidad. Entiende la Administración Navarra que carece de legitimación por no estar afectado ningún interés legítimo propio del actor, por lo que su pretensión ha de ser calificada como de interés por la mera legalidad de la actuación administrativa.

Por su parte, la Sala de instancia considera que la Administración actúa en contra de sus actos propios al objetar la legitimación del actor, dado que en vía administrativa había tramitado su pretensión como ejercicio del derecho de petición, actitud de la Administración que califica como algo “impropio, indebido e inaceptable”.

Debe señalarse que, frente a lo que afirma la Sala de instancia, en forma

alguna puede considerarse contradictorio el aceptar una solicitud bajo el amparo del derecho de petición, cuya amplitud supera con mucho la de la legitimación procesal en un recurso contencioso administrativo, con posteriormente objetar tal legitimación ante la jurisdicción. Huelgan, por tanto, tales calificativos frente a una actuación procesal legítima aunque, en definitiva, equivoca-da.

Dicho lo anterior acierta la Sala de instancia al rechazar la objeción de admisibilidad formulada por la Administración Navarra, razón por la cual procede igualmente desestimar el presente motivo. En efecto, el recurrente tiene sin duda un interés legítimo particular, como ciudadano cuya residencia en la localidad de Zizur mayor, en que la legalidad se cumpla en este punto, puesto que es un presumible usuario frecuente de las vías de tráfico del municipio, por lo que se ve directa y personalmente afectado por la circunstancia de que la denominación de la localidad no se encuentre adecuadamente reflejada en ambas lenguas en los rótulos de tráfico. Otra cosa podría suceder en el supuesto de un ciudadano no residente en la localidad, cuya afectación por el uso adecuado o no del vascuence en las carreteras del término municipal por parte de la Administración autonómica fuese más o menos esporádico, pues entonces un recurso semejante podría efectivamente considerarse expresión de un mero interés de legalidad.

Debe añadirse, además, que la circunstancia de que el actor fuese concejal refuerza hasta la evidencia su legitimación para entablar la acción procesal que ejerció. Se confunde la Administración cuando entiende que su legitimación procesal como tal cargo público estaría limitada a las decisiones municipales. Antes al contrario, su condición de concejal sin duda supone que ostenta un legítimo interés, superior y más directo que cualquier otro ciudadano en que determinados aspectos de la acción pública de cualquier Administración que se refieran al municipio en el que ejerce su cargo se acomoden al ordenamiento jurídico, pues el velar por ello afecta en todo caso al cumplimiento de su función y a su responsabilidad con los ciudadanos que le eligieron. No sería procedente extender esta afirmación de forma mecánica y con carácter general a toda actuación pública, pero desde luego sí procede aplicarla a competencias tan próximas a los intereses municipales como lo es la titulación de las indicaciones de la localidad en las vías públicas que transcurren por el término municipal.

TERCERO.- Sobre los motivos referidos al exceso en el ejercicio de la jurisdicción. En los motivos segundo y tercero se aducen quejas sobre un supuesto exceso en el ejercicio de la jurisdicción por haber creado una norma inexistente (segundo motivo)

y haber fundado la Sentencia recurrida en un criterio no jurídico (tercero motivo).

La alegación del primer motivo sería que la Sala de instancia ha creado una norma inexistente consistente en reconocer el derecho a que las señales viarias de la zona lingüística mixta hayan de estar obligatoriamente en ambas lenguas, aun cuando el vascuence no sea oficial para el órgano que instaló la señal controvertida. La queja del segundo motivo sería que la Sala ha substituido la discrecionalidad del Gobierno de Navarra como titular de la potestad reglamentaria, determinando con un criterio no jurídico la manera en que ha de utilizarse el vascuence en la actuación sobre las carreteras que se discute.

Ambos motivos son manifiestamente infundados y deben ser rechazados. En primer lugar, se recurre a una actuación administrativa, por lo que difícilmente podría haber exceso en la jurisdicción al resolver sobre la legalidad o no de la misma. Por otra parte, frente a lo que afirma el Gobierno recurrente, es claro que la decisión de la Sentencia impugnada se basa en la interpretación que se realiza en el fundamento de derecho cuarto de las normas que entiende aplicables y que allí se mencionan. Dicha interpretación podrá ser equivocada o no, pero ni constituye una creación arbitraria de una norma jurídica (fuera de la consideración teórica de que toda decisión judicial implica la formulación de subnormas interpretativas de las disposiciones aplicadas -la ratio decidendi- que conducen a una norma decisoria concreta -el fallo-, que vincula a las partes) ni se basa en criterios no jurídicos. Por el contrario, en dicho fundamento se explican en términos motivados y no arbitrarios las razones interpretativas que conducen al fallo, esto es, la ratio decidendi.

CUARTO.- Sobre los motivos relativos a la motivación de la Sentencia. En los motivos cuarto y quinto, ambos acogidos al apartado 1.c) del artículo 88 de la Ley jurisdiccional, la entidad recurrente afirma que la motivación de la Sentencia es inexistente o deficiente. En el cuarto, se afirma que no contiene razonamiento alguno por el que se alcance la conclusión de que la Administración se vea obligada a usar los topónimos en ambas lenguas, y se sostiene que la resolución judicial es confusa, contradictoria y sin motivación que lleve a entender el fallo. En el quinto se insiste en que la Sentencia carece de motivación por arbitraria, irrazonable y patentemente errónea al inaplicar el Decreto Foral 270/1991. De nuevo ambos motivos son manifiestamente infundados y han de ser rechazados de plano. Comparta o no la Administración actora la interpretación que la Sala de instancia ha efectuado de las normas aplicadas en el fundamento de derecho cuarto (la Ley Reguladora del Uso del Vascuence -Ley 18/1986, de 15 de di-

ciembre -, y los Decretos Forales 368/1992, de 9 de noviembre y 29/2003, de 10 de octubre, la simple lectura de dicho fundamento permite comprender con facilidad el razonamiento que explica el fallo: que, según la mencionada Ley, en las zonas mixtas en las que exista un topónimo originario y tradicional en vascuence se han de utilizar ambas denominaciones y que, de acuerdo con el citado Decreto Foral 368/1992, existe tal denominación tradicional de Cizur mayor, reconocida oficialmente, lo que conduce a la estimación del recurso.

Así las cosas, no procede entrar a considerar si dicha interpretación es acertada o no. Lo que resulta evidente es que todas las afirmaciones de la recurrente sobre la arbitrariedad y

■

"...su condición de concejal sin duda supone que ostenta un legítimo interés, superior y más directo que cualquier otro ciudadano en que determinados aspectos de la acción pública de cualquier Administración que se refieran al municipio en el que ejerce su cargo se acomoden al ordenamiento jurídico, pues el velar por ello afecta en todo caso al cumplimiento de su función..."

■

falta de motivación de la Sentencia son por completo carentes de todo fundamento, ya que la Sentencia está justificada con una argumentación meridianamente clara para quien desee entenderla y en modo alguno calificable como irrazonable o patentemente errónea.

QUINTO.- Sobre los motivos sexto y séptimo, relativos al fondo del asunto. En los motivos sexto y séptimo la actora entra en el fondo del asunto y propugna una interpretación distinta de las normas involucradas. Ahora bien, las normas aplicadas por la Sala de instancia son todas normas de origen autonómico (Ley y Decretos Forales), por lo que procede inadmitir estos dos motivos. Es verdad que la actora invoca formalmente normas estatales, en concreto la

Constitución y la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra (LO 13/1982, de 10 de agosto) en el motivo sexto, y la Constitución y la Ley Orgánica del Poder Judicial en el séptimo.

Pero no es menos cierto que en definitiva, la propia argumentación de la parte evidencia en el motivo sexto -único en el que realmente razona sobre la cuestión a decidir- que las normas a aplicar para la resolución del asunto son la referida Ley foral 18/1986 y los Decretos de desarrollo, siendo la invocación de la Constitución y la Ley Orgánica 13/1982 puramente retórica, puesto que su regulación es, a los efectos que importan en el caso de autos, por completo genérica y no alcanza para resolverlo. En cuanto a las alegaciones del motivo séptimo son por completo ociosas y carentes de todo sentido, pues resulta evidente que la Sala de instancia no ha omitido aplicar las leyes que se citan, sino que las ha interpretado en forma que a la parte no le satisface, lo que es tan legítimo como irrelevante.

SEXTO.- Conclusión y costas. Lo expuesto en los fundamentos precedentes conducen a la desestimación de los cinco primeros motivos y, según lo dispuesto en los artículos 95.1, en relación con el 93.2 y el 86.4, todos ellos de la Ley jurisdiccional, a la inadmisión de los dos restantes, por tratar éstos, en definitiva, sobre la aplicación supuestamente errónea o la inaplicación de normas autonómicas. Por todo ello procede la desestimación del recurso, con la condena en costas a la parte actora, según lo dispuesto en el artículo 139.2 de la propia Ley de la Jurisdicción. En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución,

FALLO

Que no ha lugar y por lo tanto desestimamos el recurso de casación interpuesto por la Comunidad Foral de Navarra contra la sentencia de 10 de abril de 2.007 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra en el recurso contencioso-administrativo 308/2006. Se imponen las costas de la casación a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Ramón Trillo Torres.- Manuel Campos Sánchez-Bordona.- Eduardo Espin Templado.- José Manuel Bandres Sánchez-Cruzat.- María Isabel Pello Domenech.- Firmado.

(...)



2009/307236

TS Sala 4ª, Sentencia 23 noviembre 2009. Ponente: D. Luis Ramón Martínez Garrido

Derecho a indemnización pactada

Eficacia de pacto de no concurrencia tras extinción de contrato durante el período de prueba

Recurre en casación para unificación de doctrina el laboratorio demandado contra sentencia que declaró la validez del pacto de no competencia post contractual.

Entiende la Sala que la extinción del contrato durante el período de prueba no afecta a la eficacia de los pactos, como el de autos, establecidos para surtir efectos después de extinguido aquél, pues durante ese período el contrato surte sus plenos efectos como si se hubiese celebrado sin condicionamiento resolutorio alguno, de forma que si se activa la condición resolutoria, cesarán sus efectos, salvo aquellos pactados precisamente para después de extinguido, tanto más cuando en este supuesto, se pactó la indemnización para el caso de terminación del contrato "cualquiera que sea su causa". Por tanto, concluye la Sala, la recurrente debe indemnizar al trabajador despedido con la cantidad pactada en compensación por el compromiso de no concurrencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El único tema a decidir en la presente resolución es acerca de la subsistencia del pacto de no competencia y su consiguiente remuneración por el empresario, después de que el contrato de trabajo se haya extinguido por no superación del período de prueba.

En el presente supuesto el trabajador, que había prestado servicios para la empresa demandada entre el 8 de mayo y el 4 de octubre de 2006, había incluido en su contrato de trabajo pacto de no competencia después de que la relación se hubiera extinguido. Cuando finalizó su contrato por no superación del período de prueba, presentó demanda en reclamación de la cantidad pactada en compensación del compromiso de no concurrencia, obteniendo sentencia favorable en la instancia y en la de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 23 de junio de 2008 que, desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la empresa, confirmó el pronunciamiento de instancia.

Contra esta sentencia interpone recurso de casación para unificación de doctrina la empresa, atacando precisamente la validez del acuerdo cuando la extinción acontece durante el período de prueba, y aportando de contraste la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comuni-

dad Valenciana de 3 de diciembre de 2003 (Rec. 2222/2003). En este caso el actor, director de planta de una empresa dedicada a la actividad de lavandería-tintorería, pacta entre otras cosas un período de prueba de seis meses, y un acuerdo de no competencia de dos años una vez finalizada la relación. La empresa despidió al trabajador durante el período de prueba -habiéndose extendido la prestación de servicios del 9-4-2002 al 15-6-2002-, siendo lo que reclama éste en el pleito que resuelve la sentencia de referencia, entre otras cuestiones, 3.005,06 € en concepto de exclusividad. Pretensión que la Sala desestima. La literalidad de la cláusula era la que sigue: "Durante la vigencia de este contrato, el trabajador se obliga a prestar trabajos exclusivos para la empresa, precisando autorización de ésta para poder concertar con otros contratos de trabajo no estando vinculado con ninguna otra empresa al formalizar el presente contrato. Se fija un plazo de dos años una vez finalice la relación laboral de no concurrencia del trabajador con otras empresas de los mismos sectores de las actividades de las que opera Eurosec Lavanderías Industriales S.L. y de cualquiera de las empresas del Grupo Ingolba, S.A., percibiendo una cantidad de 3.005,06 euros. En caso de incumplimiento del presente pacto por el trabajador, éste deberá indemnizar a la empresa la cantidad de 3.005,06 euros". Sostiene la Sala que la cantidad

que solicita el demandante no deriva de la exclusividad concertada en la primera parte de la cláusula, sino del pacto de no concurrencia una vez extinguida la relación laboral, que entran de lleno en la excepción que contempla el art. 14.2 ET -"Durante el período de prueba el trabajador tendrá los derechos y obligaciones correspondientes al puesto de trabajo que desempeñe como si fuera de plantilla, excepto los derivados de la resolución de la relación laboral, que podrá producirse a instancias de cualquiera de las partes durante su transcurso"-.

SEGUNDO.- Aunque los términos de las cláusulas litigiosas no resultan plenamente coincidentes -en el caso de autos se advierte expresamente en el contrato que el pacto se mantiene cualquiera que sea la causa de extinción del vínculo-, y las circunstancias temporales en las que se extinguen los contratos no coincidentes tampoco del todo -en el asunto de autos se extingue el contrato tras más de cinco meses de servicios y en el de referencias tras algo más de dos-, debe apreciarse la contradicción respecto de la concreta cuestión de si extinguido el contrato durante el período de prueba mantiene validez el pacto de no concurrencia post-contractual, cuya eficacia se sostiene en la recurrida y se descarta en la de referencia procediendo por tanto entrar a examinar la infracción jurídica planteada en el recurso sobre la cuestión de fondo.

TERCERO.- La empresa recurrente denuncia la infracción, por interpretación errónea, del art. 14.2 del ET, puesto en relación con la doctrina mantenida en la sentencia de contraste.

Como señalábamos en nuestras recientes sentencias de 6 de febrero y 14 de mayo del presente año (recursos 665 y 1097/2008), "el período de prueba es una institución que permite a cualquiera de las partes que intervienen en el contrato de trabajo rescindir unilateralmente el mismo, por su sola y exclusiva voluntad, sin necesidad de cumplir ninguna exigencia especial al respecto, bastando con que el período de prueba este todavía vigente y que el empresario o el empleado extinga la relación laboral, sin que sea preciso para ello llevar a cabo ninguna clase especial de comunicación, ni especificar la causa que ha determinado tal decisión finalizadora, pues su motivación es meramente subjetiva de quien la adoptó, salvo que la decisión este motivada por razón discriminatoria que viole el art. 14 C.E. o vulnere cualquier otro derecho fundamental," (entre otras, sentencia de esta Sala de 2 de abril de 2007 (Rec. 5013/05)).

Por su parte, nuestra sentencia de 5 de abril de 2004 (Rec. 2468/03), reiterando doctrina establecida en la de 24/9/90, señala: "el pacto de no competencia para después de extin-

guido el contrato de trabajo, en cuanto supone una restricción de la libertad en el trabajo consagrado en el art. 35 C.E. y del que es reflejo el art. 4-1 E.T., recogido en el art. 21-2 E.T., y en el art. 8-3 del Decreto regulador de esta relación especial, preceptos similares, requieren para su validez y licitud aparte de su limitación en el tiempo, la concurrencia de dos requisitos, por un lado, que se justifique un interés comercial o industrial por el empresario, por otro que se establezca una compensación económica; existe por tanto un doble interés: para el empleador la no utilización de los conocimientos adquiridos en otras empresas; para el trabajador asegurarse una estabilidad económica extinguido el contrato, evitando la necesidad urgente de encontrar un nuevo puesto de trabajo; estamos, pues, ante obligaciones bilaterales, recíprocas, cuyo cumplimiento por imperativo del art. 1256 del C. Civil no puede quedar al arbitrio de sólo una de las partes...".

Fácil es colegir que la buena doctrina, que esta Sala debe unificar, se contiene en la sentencia recurrida y no en la de contraste, porque la condición resolutoria implícita en el período de prueba hace referencia únicamente a la posibilidad de resolverlo mientras transcurre dicho período por voluntad unilateral de cualquiera de las partes, pero no afecta a la eficacia jurídica de los pactos establecidos para surtir efectos después de extinguido el contrato, como ocurre con el de no competencia postcontractual.

Durante el período de prueba el contrato surte sus plenos efectos como si se hubiese celebrado sin condicionamiento resolutorio alguno, y, si se activa esta condición resolutoria, cesarán sus efectos, salvo aquellos pactados precisamente para después de extinguido, del mismo modo que si la extinción hubiese tenido lugar después del transcurso de dicho período de prueba, tanto más cuanto que en este supuesto se pactó la indemnización para el caso de terminación del contrato "cualquiera que sea su causa".

El pacto de no competencia post-contractual genera expectativas tanto para el trabajador (indemnización para compensarle del perjuicio que pueda suponer, tener que dedicarse, después de extinguido el contrato y durante el tiempo pactado, a otra actividad distinta, para la que quizá no esté preparado), como para el empresario (evitar el perjuicio que pueda suponer la utilización por el trabajador de los conocimientos adquiridos en la empresa en una actividad que entra en competencia con aquélla), expectativas que quedarían frustradas si la eficacia del referido pacto dependiese del árbitro de cualquiera de las partes.

Precisamente, en nuestra citada sentencia de 5/4/04 se declara nula la

cláusula por la que el empresario queda autorizado a rescindir de forma unilateral el pacto de no competencia postcontractual, y el mismo resultado se produciría si admitiésemos el mismo efecto extintivo del pacto de no competencia por la libre resolución del contrato de trabajo por el empresario durante el período de prueba.

En definitiva, se trata de un pacto asumido libremente por los contratantes y que responde a la finalidad prevista en el art. 21 del ET, sin que se haya puesto de relieve por ninguna de las partes que resulte abusivo o contrario a la buena fe.

CUARTO.- Lo anteriormente razonado conduce, de acuerdo con lo informado por el Ministerio Fiscal, a desestimar el recurso de la empresa, a la que deben imponerse las costas del recurso, decretándose la pérdida del depósito constituido para recurrir.

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

FALLO

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado Sr. De la Cruz y Bazo, en la representación que ostenta de Laboratorios Lucas Nicolás, contra sentencia de 23 de junio de 2008 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Madrid, por la que se resuelve el recurso de suplicación interpuesto por la misma parte contra la sentencia de 26 de octubre de 2007 dictada por el Juzgado de lo Social Número Treinta y uno de los de Madrid en autos seguidos por D. Miguel Ángel contra Laboratorios Lucas Nicolás, sobre cantidad. Se imponen las costas a la recurrente, y se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Aurelio Desdentado Bonete.- Jesús Gullón Rodríguez.- María Milagros Calvo Ibarlucea.- Luis Fernando de Castro Fernández.- Luis Ramón Martínez Garrido.

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

2009/300355

TS Sala 4ª, Sentencia 9 diciembre 2009. Ponente: D. José Luis Gilolmo López

La opción corresponde al trabajador Compensación de las horas nocturnas en dinero o en tiempo de descanso

El TS desestima el recurso de casación formulado por la empresa demandada frente a sentencia que, en materia de conflicto colectivo, declaró el derecho de los trabajadores que realizan horas nocturnas a elegir que las mismas fueran compensadas con una retribución dineraria o con tiempo de descanso, conforme establece el art. 33 del vigente convenio de empresa.

La Sala señala que la elección entre la compensación económica o la compensación en descanso incumbe a cada trabajador con jornada nocturna; es un derecho que los negociadores colectivos han atribuido al ámbito de decisión individual de los trabajadores, según cabe deducir con nitidez del sentido propio de las palabras que emplea la norma convencional y el hecho de que el convenio establece una jornada anual máxima de 1750 horas y, en su caso, la distribución irregular de la misma, al contrario de lo que sostiene la recurrente, carece de relevancia en orden al presente debate jurídico, que se acota y limita al análisis del régimen de compensación del trabajo nocturno y, en concreto, al derecho del trabajador a optar por la forma de compensación de dichas horas nocturnas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. El proceso de conflicto colectivo que ha dado lugar al presente recurso de casación común u ordinaria versa sobre la interpretación del artículo 33 del Convenio colectivo para 2008/2010 de la empresa Aldeasa, SA, publicado en el Boletín Oficial del Estado del 5 de enero de 2008, cuyo tenor literal dice así: "Artículo 33. Compensación por trabajos nocturnos. Se considerará nocturno el trabajo realizado entre las diez de la noche y las seis de la mañana. Específicamente ambas partes convienen en computar la hora nocturna a razón de una hora y quince minutos hasta que el cómputo anual de horas de trabajo efectivas alcance 1.750 horas establecidas para cada uno de los años de vigencia del Convenio, considerándose como extraordinarias el exceso. El cómputo de las horas nocturnas realizadas podrá ser compensado me-

dante su retribución dineraria a razón de 1,25 horas a elección del trabajador con carácter anual. Si se opta por la retribución, ésta será satisfecha en el mes siguiente a la comunicación de la realización. El cómputo de tiempo horario de la nocturnidad no afecta al personal contratado expresamente para realizar trabajos en horas nocturnas".

2. Los tres sindicatos actores (los dos que interpusieron inicialmente sus demandas acumuladas (CC.OO. y USO) y el que después se personó en el procedimiento en calidad de parte demandante (CGT)), una vez desistida parte de la pretensión original, solicitaban se reconociera "el derecho de todos los trabajadores que realizan horas nocturnas a elegir que las mismas sean compensadas con una retribución dineraria o con tiempo de descanso conforme establece el artículo 33 del vigente convenio".

3. La sentencia de instancia, dictada el 27 de octubre de 2008 (Proc. 115/2008) por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, ha dado la razón a los sindicatos demandantes en los términos literales de su solicitud. La resolución impugnada, tras expresar su coincidencia con el parecer de todas las partes personadas en el procedimiento cuando, según declara expresamente la Sala, "reconocieron que el texto (el art. 33 del Convenio) era manifiestamente mejorable", se inclina por la interpretación propuesta por los demandantes (esto es, que sean los trabajadores quienes elijan el modo de compensación, en dinero o en descanso, de las horas nocturnas) en razón, en esencia, según dice, a que el precepto en discusión establece con claridad "un derecho de liquidación (retributiva) mensual no anual ("si se opta por la retribución, ésta será satisfecha en el mes siguiente a la comunicación de la realización": párrafo 2º "in fine" del art. 33 del Convenio). "Es indiferente (concluye) que la consecuencia obligue a la demandada a modificar los horarios, circunstancia que debía haber previsto en el momento de la negociación. Además, si no se entendiera así, el derecho de opción carecería de contenido si únicamente se pudiera ejercitar una vez cumplida la jornada obligatoria, habida cuenta de que la empresa ha elaborado el calendario en función de la jornada establecida".

SEGUNDO.- 1. El recurso de la empresa articula un motivo único que se ampara en el apartado e) del art. 205 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) y denuncia la infracción, por interpretación errónea según asegura, del artículo 33 del Convenio Colectivo empresarial, en relación con el art. 39 de la misma disposición convencional, y artículo 1281 del Código Civil. En síntesis, sostiene la empresa que "el horario vigente en el ámbito donde se promueve el conflicto es el de turnos rotatorios de mañana y tarde/noche (...)" de forma que "a principio de año, se realiza la distribución de la

jornada prevista en Convenio, 1750 horas, en función de la prestación de trabajo durante la mañana, tarde y parcialmente de noche...", deduciendo de ello, y de alguna otra afirmación fáctica que, como la anterior, no consta en el relato de hechos probados ni se ha pretendido añadirla por la vía del art. 205. d) LPL, que "en la distribución de la jornada ya se toma en cuenta para cada trabajador, el exceso de valor de la hora nocturna...". Lo que interpreta la empresa, pues, como ella misma afirma literalmente, "es que hasta tanto no se sobrepase la jornada prevista en Convenio Colectivo, esto es, 1750 horas, no hay lugar al pago de la nocturnidad ni de hora extraordinaria, pues ésta ya está retribuida con la menor jornada realizada".

2. De conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal y con las alegaciones de los tres sindicatos que lo impugnan, el recurso debe ser desestimado, en primer lugar, porque es doctrina reiterada de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo que, en materia de interpretación de los convenios colectivos, los órganos de instancia gozan de un amplio margen de apreciación por haberse desarrollado ante ellos la actividad probatoria relativa a la voluntad de las partes y a los hechos concomitantes. Así lo han declarado, entre otras, nuestras sentencias de 20-3-1997 (R. 3588/96), 27-9-2002 (R. 3741/01), 16-12-2002 (R. 1208/01), 25-3-2003 (R. 39/02), 30-4-2004 (R. 156/03) y 25-3-2009 (R. 85/08). Partiendo de esta premisa, como hemos afirmado en ocasiones similares, los argumentos esgrimidos en el recurso de la empresa carecen de fuerza suficiente para desvirtuar, al menos en los términos fácticos que se desprenden de la incombata declaración de hechos probados (en los que, como ya adelantábamos, y como bien pone de relieve uno de los sindicatos impugnantes (USO) del recurso, ni consta ni se ha intentado incorporar cualquier de las aseveraciones de tal naturaleza que la empleadora esgrime en su escrito de formalización), la interpretación "lógica" y "razonable" llevada a cabo en la sentencia recurrida.

Pero es que, además, aquí no se discute, como parece entender la mercantil demandada, a quién corresponde la competencia para establecer el calendario de turnos y horarios, ni la eventual conveniencia de que los mismos se adapten a los cambios que puedan experimentar las programaciones de vuelos o incluso las modificaciones de las puertas de embarque, en decisiones (ambas) posiblemente ajenas también a la propia entidad demandada. El objeto del presente proceso de conflicto colectivo es por completo distinto y sin duda mucho más limitado, pese a que tal vez su resolución pueda incidir en la organización del trabajo, aunque éste sea un problema que la empresa habrá de solucionar una vez que conozca el sentido de la opción (retribución o descanso compensatorio) que "con carácter anual" (art. 33



EL DERECHO

Año XVII. Número 2371

Madrid, 5 de abril de 2010

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

del Convenio) la disposición convencional atribuye con claridad a cada trabajador afectado ("a elección del trabajador", dice el precepto). Lo que aquí está en cuestión es, precisamente, si la elección entre la compensación económica o la compensación en descanso incumbe o no a cada trabajador con jornada nocturna; y esto, como ya hemos adelantado, es un derecho que los negociadores colectivos han atribuido al ámbito de decisión individual de los trabajadores, según cabe deducir con nitidez del sentido propio de las palabras (art. 3.1 del Código Civil) -o

de su literalidad (art. 1281 del mismo Código)- que emplea la norma convencional. Como acertadamente destaca, en fin, uno de los sindicatos demandantes (CC.OO.) en su escrito de impugnación, "el hecho de que el art. 39 del convenio establezca una jornada anual máxima de 1.750 horas y, en su caso, la distribución irregular de la misma, al contrario de lo que sostiene la recurrente, carece de relevancia en orden al presente debate jurídico, que se acota y limita al análisis del régimen de compensación del trabajo nocturno previsto en la norma convencional -art. 33 - y,

en concreto, al derecho del trabajador a optar por la forma de compensación de dichas horas nocturnas". Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO

Desestimamos el recurso de casación, formulado por la Letrada D^a Ana Godino Reyes en nombre y representación de la empresa Aldeasa, S.A., contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de fecha 27 de octubre de

2008, en actuaciones seguidas a instancia de Federación de Comercio, Hostelería y Turismo de CC.OO (FECOHT-CC.OO), Unión Sindical Obrera (USO) y Confederación General del Trabajo (C.G.T.) contra dicho recurrente, sobre conflicto colectivo. Decretamos la pérdida del depósito constituido para recurrir al que la Sala dará el destino legal. Sin costas. Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisdiccional de procedencia, 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

2009/299946

TS Sala 1^a, Sentencia 21 diciembre 2009.
Ponente: D. José Ramón Ferrándiz Gabriel

Indefensión causada por el órgano de apelación por incumplimiento de su función revisora

El TS declara haber lugar al rec. extraordinario por infracción procesal interpuesto contra la sentencia de la AP, la cual anula ordenando que se repongan las actuaciones al trámite procesal inmediatamente anterior a la votación por los miembros del tribunal sobre la decisión del rec. de apelación. Declara la Sala que dicho tribunal no cumplió con su función revisora ya que no llevó a cabo un nuevo exámen de las actuaciones volviendo a valorar con plenitud la prueba practicada, generando indefensión al apelante, hoy recurrente.

2009/307260

TS Sala 1^a, Sentencia 11 diciembre 2009.
Ponente: D. Xavier O'Callaghan Muñoz

Indemnización conforme a la cláusula penal por incumplimiento en compraventa de plaza de parking

El TS declara haber lugar al rec. de casación anulando la sentencia impugnada y condena a la entidad vendedora

demandada al pago a los actores de la indemnización por demora en el cumplimiento de su obligación de entrega de la cosa vendida conforme a la cláusula penal pactada y al pago de la indemnización por el daño producido por la ubicación de las plazas de parking y trastero en lugar distinto del pactado.

TS PENAL

2009/265739

TS Sala 2^a, Sentencia 13 octubre 2009.
Ponente: D. Perfecto Andrés Ibáñez

Absolución de los delitos de apropiación indebida, falsedad en documento mercantil, estafa y societarios

Desestimando los recursos de casación interpuestos por los acusados y las responsables civiles, la Sala acoge parcialmente los formulados por los otros imputados contra sentencia dictada en causa seguida por delitos de apropiación indebida, falsedad en documento mercantil, estafa y societarios. El TS dicta segunda sentencia por la que, entre otros pronunciamientos, absuelve al recurrente, pues la hipótesis de que se limitó a dar traslado de lo recibido de esta entidad no es en absoluto implausible, máxime cuando consta la existencia de una pericial que niega que la autoría material de los documentos falsos pudiera atribuirse a este acusado, de la que se hace eco la sentencia; en la que, por lo demás, no

hay constancia de precisos presupuestos probatorios de cargo aptos para prestar apoyo a lo afirmado en los hechos, que, así, carece ciertamente de sustento.

TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2009/321799

TS Sala 3^a, Sección 2^a, Sentencia 14 diciembre 2009. Ponente: D. Juan Gonzalo Martínez Micó

Obligación de satisfacer intereses en la devolución de la liquidación de la tarifa portuaria T-3 anulada por el Ministerio de Fomento

El TS declara no haber lugar al recurso de casación en interés de la Ley formulado por el Abogado del Estado contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional que estimó el recurso contencioso administrativo formulado por la entidad mercantil, anulando parcialmente la resolución recurrida y declarando el derecho de la actora a que le sean abonados los intereses legales correspondientes, reclamados por dicha empresa en este recurso, que han de ser calculados desde que se produjo el pago de la liquidación anulada de la tarifa T33 hasta la fecha en que la Administración ponga a disposición de la entidad recurrente para su abono el importe de dichos intereses. La doctrina del enriquecimiento injusto que invoca el Abogado del Estado para excluir los intereses no resulta aplicable ya que

los intereses correspondientes compensatorios están destinados a compensar el uso o disponibilidad del dinero ajeno. La anulación de las liquidaciones obliga, "ex lege", a la Administración a devolver los ingresos indebidos con sus intereses por el tiempo que indebidamente ha dispuesto del dinero ajeno.

TS SOCIAL

2009/283351

TS Sala 4^a, Sentencia 6 octubre 2009.
Ponente: D. Benigno Varela Autrán

Cómputo de antigüedad de trabajadora de notaría independientemente de los cambios de titularidad

El TS estima el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por la trabajadora demandante frente a sentencia dictada sobre determinación de antigüedad en un proceso por despido reconocido como improcedente por la empleadora demandada -oficina notarial-.

La Sala indica que las especiales características de este tipo de despachos impiden que, en los supuestos de cambio de titular, se pueda hablar de una sucesión de empresa regulada en el art. 44 ET; por otra parte, ha sido el Convenio Colectivo regulador de la relación laboral existente entre los Notarios y los Empleados de Notarías de toda la Andalucía Occidental el que ha establecido una particular sucesión en la titularidad de las relaciones laborales existentes en cada una de las oficinas notariales, y es esta especial normativa, y no la admisión de un fenómeno de sucesión empresarial, inexistente en todo caso, la que legitima el reconocimiento de la antigüedad laboral postulada por la trabajadora -esto es, desde el comienzo de la prestación de servicios independientemente de los cambios de titularidad en la misma Notaría-.