



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 2879

Madrid, miércoles 6 de octubre de 2010



TS PENAL

2010/102602

TS Sala 2ª, Sentencia 27 abril 2010. Ponente: D. José Manuel Maza Martín

En delito de asesinato con agravante de parentesco y atenuante de reparación del daño

Aplicación de la actitud autolítica del autor como criterio individualizador de la pena

Se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por delitos de asesinato y maltrato habitual y falta de vejaciones injustas. Formula voto particular el Magistrado Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín. El Alto Tribunal dicta segunda sentencia por la que viene a minorar la pena impuesta al recurrente por el delito de asesinato, ajustándola en el mínimo legal, teniendo en cuenta las graves lesiones sufridas por el propio condenado como resultado del intento de suicidio que llevó a cabo tras causar la muerte de la víctima, pues la aceptación de la referida actitud autolítica del autor del delito y las consecuencias lesivas derivadas de ella deben, en todo caso, operar como un criterio de individualización de la pena, máxime cuando la agravante de parentesco se ha de ver compensada con la atenuante de reparación del daño apreciada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurrente, condenado por el Tribunal de instancia, como autor de sendos delitos de asesinato, con la agravante de parentesco, y de maltrato habitual junto con una falta de vejación injusta, a las penas respectivas de diecisiete años y seis meses de prisión, por el primer delito, un año y nueve meses de privación de libertad, por el segundo, y cuatro días de localización permanente por la falta, formaliza su Recurso de Casación con apoyo en tres diferentes motivos, de los que el Primero de ellos, sobre la base de los artículos 5.4 de la Ley orgánica del Poder Judicial y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el 24 y 120 de nuestra Constitución, denuncia la vulneración de los derechos a un proceso con garantías, a la tutela judicial efectiva, a la presunción de inocencia y a la debida

motivación de las Resoluciones judiciales. En este motivo, tras las alusiones a diversas cuestiones que son abordadas con mayor extensión en otros lugares del Recurso, como la indebida inaplicación de varias circunstancias atenuantes, se centra en la "absoluta inexistencia" (sic) de pruebas para sustentar la condena por el delito de maltrato habitual.

Como en tantas ocasiones anteriores ya hemos dicho, baste, para dar respuesta a tal alegación, recordar cómo la función casacional encomendada a esta Sala, respecto de las posibles vulneraciones del derecho a la presunción de inocencia, consagrado en el artículo 24.2 de nuestra Constitución, ha de limitarse a la comprobación de tres únicos aspectos, a saber:

a) Que el Tribunal juzgador dispuso, en realidad, de material probato-

rio susceptible de ser sometido a valoración.

b) Que ese material probatorio, además de existente, era lícito en su producción y válido, por tanto, a efectos de acreditación de los hechos.

c) Que los razonamientos a través de los cuales alcanza el Juez de instancia su convicción, debidamente expuestos en la Sentencia, son bastantes para ello, desde el punto de vista racional y lógico, y justifican, por tanto, la suficiencia de dichos elementos de prueba.

En consecuencia, si la prueba de cargo existe, no puede ser tachada de ilícita y se muestra bastante para alcanzar la conclusión condenatoria, en la valoración que, de la misma, lleva a cabo el Tribunal "a quo", no le es posible a esta Sala entrar en censura del criterio de dicho Tribunal, sustituyéndole mediante otra valoración alternativa del significado de los elementos de prueba disponibles.

Y, en este caso, nos encontramos con una argumentación, contenida esencialmente en el último párrafo del Fundamento Jurídico Séptimo de la Resolución de instancia, en el que se enuncian una serie de pruebas, especialmente declaraciones testimoniales, válidas en su producción, razonablemente valoradas y plenamente capaces para sustentar el Fallo condenatorio.

Frente a ello, el Recurso se extiende en alegaciones que pretenden combatir esa valoración de prueba llevada a cabo en la Sentencia recurrida, tales como las que, por los vínculos existentes entre las testigos y la fallecida, niegan a las declarantes una credibilidad que, por el contrario, la Audiencia les otorga, alegaciones que, en definitiva, se alejan del contenido que le es propio a un Recurso de Casación como éste.

Por todo ello, este motivo ha de desestimarse.

SEGUNDO.- A su vez, por lo que se refiere a los motivos restantes, Segundo y Tercero, del Recurso, en ellos se denuncian sendas infracciones de Ley (art. 849.1º LECr), relativas a la supuesta indebida aplicación de los artículos 139.1º y 173.2 del Código Penal, que describen tanto el

SUMARIO

TC

CONSTITUCIONAL

Vulneración de los derechos fundamentales de varios diputados por infracción del Rgto. de las Cortes Valencianas **5**

TS

CIVIL

Calificación de contrato atípico que excluye la naturaleza de arrendamiento **7**

Aplicación del Derecho suizo a la responsabilidad civil derivada de accidente de circulación **9**

PENAL

Aplicación de la actitud autolítica del autor como criterio individualizador de la pena **1**

ADMINISTRATIVO

Incorporación de los miembros sin título oficial de la asociación recurrente a la lista de peritos para ejercer en los Juzgados y Tribunales **12**

Desaparición de objeto por derogación sobrevenida del RD 831/2003 **13**

SOCIAL

Suministro empresarial de infraestructura informática para uso sindical **14**

RS RESEÑA DE SENTENCIAS **16**

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

delito de asesinato, mediando alevosía, como el de malos tratos habituales, así como a la incorrecta inaplicación de los artículos 21.3ª, 5ª y 6ª del mismo texto legal, referentes a las circunstancias de atenuación de estado pasional, reparación del perjuicio causado por el delito y analógica.

A tal efecto ha de recordarse que, de acuerdo con numerosos pronunciamientos de esta Sala, la vía casacional común aquí utilizada (art. 849.1º LECr) debe suponer, tan sólo, la comprobación por este Tribunal de Casación de la correcta subsunción de los Hechos declarados probados en los preceptos de orden sustantivo que integran el ordenamiento penal. Labor que, no obstante, ha de partir siempre de un principio esencial, cual es el de la intangibilidad de la narración de Hechos llevada a cabo por el Tribunal de instancia, sobre la convicción que por el mismo se alcanza acerca de la realidad de lo acontecido, como consecuencia de la valoración del material probatorio disponible, que le es propia.

En este sentido, es clara la improcedencia también de estos dos motivos, puesto que la descripción narrativa del relato sobre el que se asienta el pronunciamiento de la Audiencia es de sobra bastante e idónea para alcanzar sus conclusiones, tanto la condenatoria respecto del delito de asesinato, como la excluyente de la concurrencia de las atenuantes interesadas de estado pasional y análoga significación, sin perjuicio de lo que por último se dirá acerca de la reparación del perjuicio causado.

A) Así, por lo que se refiere al delito de asesinato (art. 139.1ª CP) y más en concreto a la presencia de la alevosía en la conducta homicida del recurrente (motivo Segundo), la existencia de dicha circunstancia específica integrante de la figura del asesinato resulta a todas luces evidente a la vista del relato de hechos contenido en la Resolución de instancia que narra cómo el recurrente, tras esperar apostado a la salida de Florencia del despacho de su Letrada, "...apuntó hacia ella la escopeta referida, disparándola por la espalda, a una distancia máxima de 1'5 metros, de forma sorpresiva y sin posibilidad alguna de defensa...", causándole la muerte. Descripción de lo ocurrido, como ya dijimos intangible en este momento, que encaja perfectamente en la previsión del artículo 22.1ª del Código Penal, al que ha de remitirse el precepto aplicado (art. 139.1ª CP), al afirmar "Hay alevosía cuando el culpable comete cualquier

ra de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido", así como en la interpretación que de dicho texto viene efectuando esta Sala en reiteradísima doctrina contenida en numerosas Sentencias, como las de 15 de febrero de 2005, 23 de noviembre de 2006, 24 de enero, 8 de marzo o 27 de abril de 2007, por citar sólo algunas. En concreto, en la STS de 1 de junio de 2006 decíamos:

"Hemos declarado reiteradamente que la alevosía tiene su núcleo esencial en la anulación de las posibilidades de defensa de la víctima. En su explicación hemos distinguido distintas modalidades de alevosía, la proditoria o a traición, la alevosa o sorpresiva y el aprovechamiento de situaciones de desvalimiento que roza el abuso de superioridad y respecto al que la diferenciación clara se perfila poco a poco en los pronunciamientos jurisprudenciales.

En la proditoria o a traición destaca como elemento esencial el abuso de confianza o de una situación confiada en el que actúa el sujeto activo respecto al pasivo que no teme, dada la relación o la situación de confianza existente, una agresión como la efectuada. Así en la STS 210/96, de 11 de marzo, se recuerda que "la alevosía requiere esencialmente más el aprovechamiento de la confianza de la víctima, generadora de la situación de indefensión, que una superioridad física y material del autor". En el mismo sentido la STS 343/2000, de 7 de marzo, que afirma que la modalidad de alevosía proditoria "requiere traición y éste presupone una especial relación de confianza que ha sido defraudada por el autor".

En la modalidad de la alevosía sorpresiva, que participa en gran medida de la caracterización de la proditoria, lo característico es que la víctima no llega a poder reaccionar al ataque realizado por el agresor al verse sorprendido en ese actuar contra su persona." Pues bien, en el presente caso puede afirmarse que concurren todas las vertientes de la alevosía que se acaban de describir, por lo que los argumentos del Recurso, por el hecho de que la víctima estuviera genéricamente prevenida respecto del peligro que para ella representaba la actitud de su esposo, resultan inaceptables, pues lo cierto es que la agresión de éste, en el mo-

mento de realizarse, se produjo de forma totalmente sorpresiva y sin posibilidades reales de defensa por parte de la víctima, como ya hemos visto que se afirma en el relato de hechos de la recurrida.

B) Y otro tanto acontece con la calificación, como delito de malos tratos habituales (art. 173.2 CP), del resto del "factum" de la recurrida, en el que se incluyen prolongadas y continuas humillaciones, menosprecios tales como las expresiones dirigidas por Laureano a la víctima llamándole "puta, pobre y miserable", y con imprecaciones como "no eres nadie" y atemorizándola con frases tales como "en España, si un hombre mata a su mujer, en dos o tres años está en la calle" o "matar a una persona es tan fácil como matar a un jabalí", algunas de cuyas expresiones se realizaron en el interior del domicilio conyugal, causando a Florencia temor y desasosiego continuos, que ésta manifestó a sus hermanas, llegando a rogarles que "pase lo que pase, no dejéis a la niña", habiéndosele apreciado además, por ello, un frecuente estado deprimido, según consta también en la narración de hechos probados.

Lo que evidentemente integra el subtipo especialmente agravado del delito de maltrato habitual, previsto y penado en el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 173 del Código Penal, objeto de condena, pues se trata de actos de violencia psíquica contra el cónyuge, habituales y cometidos, siquiera parcialmente, en el propio domicilio familiar.

C) Mientras que en lo relativo a la ausencia de la circunstancia atenuante de estado pasional (art. 21.3ª CP), alegato contenido en el motivo Tercero del Recurso, no es posible sostener la aplicación de una tal circunstancia pues, aunque se afirme que el hecho de que el recurrente intentase acabar con su vida inmediatamente a la ejecución del asesinato contra su esposa fuese prueba evidente, si no tanto de su arrebató pues los cuidadosos preparativos de la acción delictiva excluyen tal figura atenuatoria que exige una "...pérdida momentánea del dominio sobre sí mismo..." (STS de 22 de octubre de 2001), sí al menos de una ofuscación, lo cierto es que, como ya dijera la STS de 1 de diciembre de 2004 en supuesto muy semejante a éste que nos ocupa, aunque en aquel incluso los resultados fueron menos graves que en éste: "Respecto a la atenuante del art. 21.3 CP de obrar por causas y estímulos tan poderosos que hayan

producido arrebató, obcecación o estado pasional que el recurrente fundamenta en el estado ansioso-depresivo, la ruptura no aceptada de la relación sentimental la necesidad de tener que salir del domicilio en el que residía por exigencia expresa de la denunciante la falta de diálogo y comunicación y el vacío más absoluto por parte de laque había sido su pareja sentimental y por la que lo había dejado y la necesidad de tener que regresar a Barcelona, ya que en Valencia no tenía familiares ni amigos. El motivo se desestima.

La circunstancia aludida que bajo el núm. 3 art.21 contempla el CP. 1995 tiene una doble manifestación - que el recurrente no concreta- una emocional, fulgurante y rápida, que constituye el arrebató, y otra pasional, de aparición más lenta, pero de mayor duración, que integra la obcecación. En ambas modalidades precisa para su estimación que haya en su origen un determinante poderosos de carácter exógeno o exterior y de entidad suficiente para desencadenar un estado anímico de perturbación y oscurecimiento de sus facultades psíquicas con disminución de las cognitivas o volitivas del agente, de modo que sin alcanzar la cualidad propia del trastorno mental transitorio completo o incompleto, exceda del leve aturdimiento que suele acompañar a ciertas infracciones (SSTS 1385/98 de 17.11, 59/2002 de 25.1).

Igualmente si no está contrastada la importancia del disturbio provocador, del disturbio emocional en que el arrebató consiste y que ha de tener influencia menguante sobre la voluntad e inteligencia del autor a partir de una razonable conexión temporal entre la causa o el estímulo y la equivocación o la pasión con la que se ha actuado (STS 267/01 de 23.1), ni deja de exigir una cierta proporcionalidad entre la causa o estímulo y la reacción (STS 1483/2000 de 6.10), calificando la atenuante como "la más subjetivamente matizada", pero "sin desdeñar aspectos objetivos atinentes a la índole y potencialidad de los estímulos, por exigencia de una razonable adecuación reaccional".

Como regla general "el estímulo ha de ser tan importante que permita explicar (que no justificar) la reacción concreta que se produjo. Si esta reacción es algo absolutamente discordante, por exceso notorio, respecto del hecho motivador, no cabe aplicar la atenuación" (STS 256/02 de 13.2). Además, tales estímulos no han de ser reprochados por las nor-

mas socio-culturales que rigen la convivencia social y deben proceder del precedente comportamiento de la víctima, con una relación de causalidad entre los estímulos y el arrebatado u obcecación y una conexión temporal, sino inmediatos si próximos, entre la presencia de los estímulos y el surgimiento de la emoción o pasión (SSTS 1110/96 de 20.12, 1479/99 de 18.10).

Es preciso también que en el entorno social correspondiente no sean tales estímulos repudiados por la norma socio-cultural imperante, lo que significa que la actuación del agente se ha de producir dentro de un cierto sentido ético ya que su conducta y sus estímulos, no pueden ser amparada por el Derecho cuando se apoyan en una actitud antisocial reprobada por la conciencia social imperante. En este sentido la STS 25.07.2000 es esclarecedora en una situación similar, al señalar:

“El desafecto o el deseo de poner fin a una relación conyugal o de pareja no puede considerarse como un estímulo poderoso para la parte contraria y no tiene eficacia para sustentar una posible atenuante de arrebatado u obcecación. La ruptura de una relación constituye una incidencia que debe ser admitida socialmente, si tenemos en cuenta que las relaciones entre los componentes de la pareja se desenvuelven en un plano de igualdad y plenitud de derechos que inicialmente y dejando a salvo algunas variantes posibles, deben prevalecer en toda clase de relaciones personales. Por ello ninguna de las partes afectadas puede pretender que tiene un derecho superior a imponer su voluntad a la contraria, debiendo admitir que la vía para la solución del conflicto no puede pasar por la utilización de métodos agresivos, amenazas o coacciones.

La pretensión de reanudar a ultranza unas relaciones conyugales o de pareja, deterioradas por diferencias o enfrentamientos personales, no pueden llevarse hasta el extremo de utilizar la fuerza como único procedimiento para imponer la voluntad del agresor, quien se sitúa en el plano injustificable de la prepotencia y la superioridad no puede pretender que su conducta se vea beneficiada por un reconocimiento de la disminución de su imputabilidad o culpabilidad.”

Por otro lado, el hecho de la auto agresión, con fines suicidas, que el propio recurrente se aplicó tras cometer el hecho, tampoco evidenciaría, con la necesaria certeza, su estado de ánimo previo a la acción homicida, toda vez que tal conducta auto lítica también podría no haber sido consecuencia de su estado anímico precedente y sí reactiva a las consecuencias de su gravísimo acto.

Por tanto, como ya se ha dicho, esta alegación ha de rechazarse, sin perjuicio de consignar, a continuación, unas breves consideraciones en

relación con la perspectiva abierta por el Fiscal, en su elaboradísimo y excelentemente fundado escrito de impugnación del Recurso, acerca del sugestivo tema de la “pena natural”, vinculada a las graves lesiones sufridas por Laureano a consecuencia de su auto agresión, como posibilidad dentro de la atenuación analógica interesada por el propio recurrente. D) Ciertamente es que esta Sala, aunque tal previsión no venga expresamente contemplada en nuestra Legislación, ha hecho uso, en algunas ocasiones, de la denominada teoría de la “pena natural” para atenuar la responsabilidad criminal de quien, como consecuencia de los propios hechos delictivos, ha sufrido un daño de cierta relevancia.

El mismo Kant se refería ya esta “poena naturalis”, que vendría a ser “el mal grave que el agente sufre en la comisión del injusto o con motivo de éste” y que es contemplada expresamente en Códigos como el alemán (parágrafo 60) o el austriaco, sobre la base del exceso que una respuesta penal que no tuviera en cuenta este “daño” o “pérdida” sufridos ya por el autor, como consecuencia de su acción delictiva, supondría, desbordando los límites establecidos por el principio de proporcionalidad.

Nuestra Jurisprudencia, como adelantábamos, ya hizo uso expreso de esta doctrina en algún supuesto concreto que se correspondía con hechos tales como el del conductor que con su conducta imprudente causa la muerte de un ser querido y lesiones gravísimas en su propia persona o el autor del robo que al intentar huir sufre una caída que le provoca un estado cercano a la parálisis, y la idea llega a latir, con carácter más general, en la propia construcción de la atenuante analógica de dilaciones indebidas, especialmente si la conectamos con el contenido de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al respecto (“caso Robins”, de 23 de septiembre de 1997, o “caso Jorge”, de 21 de abril de 1998), del Tribunal Constitucional (153/2005, de 6 de junio) o de esta misma Sala (de 27 de diciembre de 2004).

En este sentido, la STS de 9 de octubre de 2002, referida a un supuesto en el que la condenada tuvo que ser intervenida quirúrgicamente con urgencia por la oclusión intestinal sufrida como consecuencia del porte de droga en el interior de su aparato digestivo, vino en la práctica a considerar que debía de apreciarse la teoría de la “pena natural”, afirmando que “...si la culpabilidad debe ser la medida de la pena, en la medida que ésta debe compensar a aquélla, cuando se han derivado perjuicios concretos, o se han asumido riesgos serios para la salud como ocurre en los supuestos de los correos de la droga que utilizan su cuerpo, procede atemperar la pena a la realidad de esa situación”, si bien no otorgó a dicha circunstancia excepcional el ca-

rácter de atenuante sino, tan sólo, de criterio incidente en la individualización de la pena a imponer. Por su parte, la importante STS de 5 de junio de 2008, llegó ya a proclamar.

“La filosofía de la pena estatal que inspira nuestro derecho penal considera que dentro del mal de la pena establecida en las leyes y aplicadas por la autoridad judicial (entendido básicamente como privación de derechos fundamentales) debe ser considerado también el mal representado por la poena naturalis, es decir, aquél mal que sufrido por el delincuente por la propia ejecución del delito o por otras circunstancias concomitantes (confr. STS 1657/2002). Ello es simplemente consecuencia de que el mal, sea tanto estatal como natural, que debe soportar el autor del delito como pena no debe ser superior al mal causado por el mismo.

Este aspecto de la concepción retributiva de la pena, que actualmente es consecuencia de los principios de proporcionalidad y de culpabilidad así como de la idea de justicia del art. 1 CE, no ha sido cuestionado por ninguna teoría basada en la reinserción social y, por lo tanto, no puede estar en contradicción con la filosofía de la pena que inspira la Constitución (art. 25.2 CE). En el derecho penal moderno la idea de la resocialización no conlleva una renuncia al principio de culpabilidad ni a la proporcionalidad de la pena con dicha culpabilidad.

Es de tener en cuenta, además, que en el derecho europeo no faltan códigos penales donde la idea está recogida en forma expresa (ver § 60 del Código Penal (StGB) alemán). Ciertamente en el derecho vigente no existe una norma semejante, pero ello no impide que una interpretación de las atenuantes de análoga significación, reconocidas en el Código Penal, conforme al principio constitucional de culpabilidad (ver STC 150/1991 y recientemente entre otros muchos precedentes anteriores la citada STS 1657/02), es decir, el que determina no sólo que no hay delito sin culpabilidad, sino que la gravedad de la pena debe ser proporcional a la gravedad de la culpabilidad por el hecho.

La jurisprudencia de esta Sala ha superado hace tiempo, sin perjuicio de algún precedente que se aparta de la línea fundamental (STS 806/2002), la antigua concepción que basaba la analogía de la circunstancia atenuante con el aspecto morfológico de las otras atenuantes contenidas en el art. 21 CP. Actualmente predomina como criterio determinante de la analogía el de la idea general en la que se apoya la atenuación; es decir: la menor culpabilidad por el hecho o el efecto compensador de la culpabilidad por el hecho de las que operan después de la comisión del delito. Consecuentemente, el mal fáctico sufrido por el autor en la comisión del delito puede ser

considerado atenuante, porque evidentemente tiene una significación análoga a las demás atenuantes.

El mal naturalmente sufrido por la comisión del delito ya implica una compensación (parcial) de la culpabilidad por el hecho que se debe descontar para que la pena no sea un mal superior al causado por el autor. Como lo destaca la doctrina, esta concepción de la proporcionalidad no impide contemplar en la individualización de la pena otras finalidades de carácter preventivo.

Razonamientos análogos sostienen las decisiones de esta Sala respecto de los efectos de las dilaciones indebidas en la medida de la pena.” Criterios que, sin embargo, no compartiría la ulterior STS de 7 de octubre de 2008, en un caso similar a los anteriores, regresando incluso a antiguos postulados, ya superados en diversas Resoluciones precedentes, acerca de la imposibilidad de construir atenuantes analógicas que no guarden relación directa con los supuestos concretamente expresados en los cinco primeros apartados del artículo 21 del Código Penal, pues: “...para que una atenuante pueda ser estimada como analógica, ha de atenderse a la existencia de una semejanza del sentido intrínseco entre la conducta apreciada y la definida en el texto legal, desdiciendo a tal fin meras similitudes formales y utilizándolo como un instrumento para la individualización de las penas, acercándolas así al nivel de culpabilidad que en los delincuentes se aprecie, pero cuidando también de no abrir un indeseable portillo que permita, cuando falten requisitos básicos de una atenuante reconocida expresamente, la creación de atenuantes incompletas que no han merecido ser recogidas legalmente (sentencias de 20 de marzo y 6 de octubre de 1998).”

Como vemos, el valor atenuatorio de la llamada “pena natural”, que no puede afirmarse que se encuentre completamente aceptado en nuestra doctrina, cuando lo ha sido fue tan sólo en supuestos de producción de un grave daño, consecuente con la comisión del ilícito, ocasionado por causas ajenas a la propia voluntad de quien lo sufre, el autor del ilícito, y tan sólo en una ocasión con plenos efectos atenuatorios.

Pues bien, en el presente caso, las lesiones padecidas por el recurrente respondieron a su propia y exclusiva voluntad, la misma voluntad que le llevó a ejecutar el gravísimo y efectivo atentado contra la vida de su esposa, por lo que no cabe, ante ello, atribuírsele unos efectos de atenuación, con apoyo en la repetida teoría de la “pena natural”, que encontraría su fundamento precisamente en la “naturalidad” del daño sufrido, es decir, en causas ajenas a la intervención intencionada del propio sujeto que las sufre, lo que dejaría a su plena elección la posibilidad de “com-

pensar” el castigo que legalmente merece su conducta con otras consecuencias derivadas de sus propios actos.

De modo que la aceptación de la referida actitud autolítica del autor del delito y las consecuencias lesivas derivadas de ella deben, en todo caso, operar, tan sólo, como un criterio de individualización de la pena, máxime cuando, como seguidamente se comprobará, la agravante de parentesco contemplada por la Audiencia, se ha de ver ya compensada con la estimación de la concurrencia de la atenuante de reparación del daño causado con el delito.

E) Igual sentido desestimatorio, por otra parte, ha de aplicarse a la pretensión, expuesta en el mismo motivo, en cuanto a la concurrencia de la atenuante analógica (art. 21.6°), con base en la supuesta confesión de los hechos efectuada por el recurrente cuando se recuperó de sus heridas, pues lo cierto es que no sólo tal “aceptación” de su autoría resultaba ya del todo irrelevante, puesto que la misma estaba en ese momento perfectamente acreditada, sino que además, inicialmente, no faltaron reservas y evasivas que desvirtuaban la supuesta “sinceridad” de las declaraciones, hasta llegar, por último, al Juicio oral e incluso a este mismo Recurso, en el que se elude de nuevo un reconocimiento pleno de la conducta. Por lo que, ni aún en sentido analógico puede propiamente afirmarse la concurrencia de una “confesión”, con el alcance completo y efectivo en el que se reconoce la misma a efectos atenuatorios en nuestra legislación.

F) Finalmente, algo distinto acontece con la atenuante de reparación del perjuicio causado (art. 21.5° CP), también interesada por quien recurre, que sí que merece estimación, puesto que aún cuando su comportamiento post-delictivo no haya supuesto la reparación íntegra del perjuicio económico ocasionado por el fallecimiento de la víctima, no puede ser calificada de ínfima o prácticamente “irrisoria” o exigua dicha reparación (SsTS de 19 de diciembre de 2003, 10 de febrero y 8 de julio de 2005 o de 7 de diciembre de 2006, por ejemplo) y sí que indica una indudable voluntad de resarcimiento frente a la perjudicada, la hija de aquella, a la que sin duda ha de alcanzar el beneficio de la cancelación de la hipoteca que grababa el domicilio familiar y la directa reparación, siquiera fuere parcial (SsTS de 22 de junio y 22 de julio de 2005, entre otras), de los perjuicios morales ocasionados, máxime cuando tampoco consta una capacidad económica mayor del recurrente, que le permitiera hacerlos frente en su integridad (SsTS de 21 de octubre o de 2 de diciembre de 2003).

El hecho de que, al ser la perjudicada heredera también del condenado, escasa eficacia tendría, en defini-

tiva, la indemnización abonada, de aceptarse, supondría la exclusión generalizada de la aplicación de semejante circunstancia de atenuación contemplada en nuestro ordenamiento, de tan indudables ventajas desde el punto de vista de política criminal y de protección de la víctima, de todos los supuestos semejantes a éste.

Pues como ya se dijera en Sentencias anteriores de esta Sala, como la de 7 de febrero de 2005: “Se observa una tendencia hacia el modelo anglosajón de la denominada “restorative justice” y, en el plano procesal, del principio de oportunidad y de la negociación entre fiscal y la defensa. Sin embargo, la atenuante de reparación del daño, tiene su fundamento en una menor lesividad del delito, que se concreta en una pequeña porción de compensación del daño perpetrado a la víctima, con el comportamiento postdelictivo del culpable. Ese reconocimiento de los derechos de la víctima representa en alguna medida, una potenciación de su dignidad, a pesar de haber sufrido las consecuencias del delito, como resalta la doctrina especializada.

La satisfacción de los intereses y derechos de la víctima forma parte de una nueva línea político-criminal, que aboga por ampliar el campo de tutela de las víctimas del delito. La doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ha mantenido, de forma contundente y rotunda, que la atenuante de reparación del daño, a que hace referencia el art. 21.5 del Código Penal, introducido en el vigente Código Penal de 1995, constituye un claro exponente de una política criminal orientada a la protección de la víctima.

La protección de la víctima constituye, la “ratio” y el fundamento último del contexto social y jurídico, que debe ser tenido en cuenta por el Interprete Jurídico. La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda) de 26-4-1999, y el Auto de la misma Sala del Tribunal Supremo de 28-4-1999, lo expresan en términos nítidos y rotundos, argumentando literalmente: “por un lado esta actitud del culpable supone un reconocimiento, por su parte, del mal causado y supone un claro indicio de un apartamiento en su actividad delictiva, facilitando el pronóstico de una efectiva reintegración social.

De otro lado se facilita la satisfacción a la víctima, la tradicional olvidada de las grandes construcciones doctrinales, del sistema de justicia penal hasta época reciente, con reconocimiento del protagonismo que le corresponde en todo delito, reconocimiento que éste, además de integrar un ataque a bienes jurídicos indispensables para la convivencia en una sociedad democrática, a cuya reparación se atiende con la imposición de la pena, supone, también un ataque a bienes concretos e individuales a los que es preciso dar satisfacción, los

de la víctima, de suerte que esta no se sienta desprotegida ni reducida a la exclusiva condición de testigo de cargo”. La doctrina especializada justifica la atenuación por la menor reprochabilidad de las conductas delictivas en las que medie la reparación del daño, añadiendo que, esta circunstancia, constituye un indicio de que ha concurrido menor culpabilidad, conectándola con la prevención especial, otro sector doctrinal mantiene que responde a criterios preventivos, tanto generales como especiales y al propósito de ayudar a la víctima. La explicación de la atenuante de reparación del daño se fundamenta tanto desde una perspectiva retributiva como preventiva. Desde la primera implicaría una forma inicial de expiación que requiere una compensación al fijarse la pena definitiva; desde la segunda perspectiva, se acude tanto a criterios de prevención general como especial.

Para quienes mantienen que la reparación del daño se puede explicar desde criterios de prevención general, se pone de relieve que la confianza en las normas, no puede resultar completa en tanto no se elimine o atenúe el conflicto social derivado de la infracción de la norma, esto es, de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. En efecto, resulta contradictorio que las normas penales existan para proteger en general los bienes jurídicos y, al mismo tiempo, no prestan atención el titular del bien, que en el caso concreto, se ha lesionado.” En consecuencia, esta última pretensión se estima, debiendo dictarse, a continuación, la correspondiente Segunda Sentencia, que acoja las conclusiones penológicas derivadas de tal estimación.

TERCERO.- Dada la conclusión parcialmente estimatoria del Recurso, procede, a tenor de lo dispuesto en el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la declaración de oficio de las costas causadas en este Recurso. En su consecuencia, vistos los preceptos mencionados y demás de general aplicación al caso,

FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar, de modo parcial, al Recurso de Casación interpuesto por la Representación de Laureano contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Soria, el 15 de octubre de 2009, por delitos de asesinato, malos tratos habituales y una falta de vejaciones injustas, que causamos y anulamos parcialmente, debiéndose dictar, en consecuencia, la correspondiente Segunda Sentencia. Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas en el presente Recurso.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Andrés Martínez Arrieta.- José Manuel Maza Martín.- Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar.- Manuel Marchena Gómez.- Enrique Bacigalupo Zapater.

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de abril de dos mil diez.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción número 3 de Soria con el número 1/2007 y seguida ante la Audiencia Provincial de dicha capital por delito asesinato, delitos de malos tratos y faltas lesiones e injurias, contra Laureano con DNI número núm.006, nacido el 17 de diciembre de 1957, en Soria, hijo de Manuel y de Desideria, y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 15 de octubre de 2009, que ha sido casada y anulada parcialmente por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín, hace constar lo siguiente:

ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se aceptan y reproducen los antecedentes de Hecho y los fundamentos fácticos de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Soria.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

SEGUNDO.- Como ya se ha dicho en el apartado F) del Fundamento Jurídico Segundo de los de la Resolución que precede, sin necesidad de modificar el relato de Hechos Probados de la Sentencia de instancia, ha de concluirse en la reducción de la pena impuesta a Laureano por la comisión de un delito de asesinato, dada la concurrencia de la circunstancia atenuante de reparación del daño causado por el delito (art. 21. 5° CP).

Atenuante que, compensando la agravante de parentesco (art. 23 CP) también concurrente, lleva a la aplicación de la regla de determinación de la pena contenida en el artículo 66.1 7° del Código Penal, procediendo en definitiva, teniendo en cuenta así mismo, como criterio para la individualización de la pena, las graves lesiones sufridas por el propio condenado como resultado del intento de suicidio que llevó a cabo tras causar la muerte de la víctima, la imposición del mínimo legalmente previsto para el delito de asesinato y

que se cifra, para esta infracción, en quince años de privación de libertad, con inhabilitación absoluta durante ese tiempo, de acuerdo con lo dispuesto como pena accesoria en el artículo 55 del Código Penal, además de la prohibición de acercarse a su hija a menos de quinientos metros de distancia y de comunicarse con ella, por término de diez años, como ya acordó acertadamente, en su día, la Audiencia, con base en lo previsto en los artículos 48 y 57 del Código Penal. En su consecuencia, vistos los preceptos mencionados y demás de general aplicación al caso,

FALLO

Que debemos condenar y condenamos al acusado, Laureano, como autor de un delito de asesinato, con la concurrencia de la circunstancia agravante de parentesco y la atenuante de reparación del daño causado con el delito, a la pena de quince años de prisión, con inhabilitación absoluta durante el tiempo de condena, y la prohibición de acercarse a su hija, Eva María, a menos de quinientos metros de distancia de su persona, domicilio u otro lugar que ésta frecuente, así como de comunicarse con ella, por término de diez años. Manteniendo, por otra parte, íntegramente el resto de pronunciamientos, penales y civiles, de la Sentencia en su día dictada por la Audiencia, incluyendo los comisos allí acordados y la condena en las costas causadas en la instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Andrés Martínez Arrieta.- Enrique Bacigalupo Zapater.- José Manuel Maza Martín.- Manuel Marchena Gómez.- Miguel Colmenero Menéndez De Lúcar.

VOTO PARTICULAR

Voto Particular que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín Con el máximo respeto que me merece, como siempre, la opinión mayoritaria de los miembros de este Tribunal, he de discrepar de la conclusión que por los mismos se alcanza en la presente Resolución respecto de la inaplicabilidad de la atenuante analógica (art. 21.6º CP) derivada de la doctrina de la "pena natural" pues, partiendo de todo lo expuesto al respecto en cuanto al fundamento de esa doctrina y de los contenidos de los precedentes jurisprudenciales en esta materia y en relación con las razones recogidas en la Sentencia de la mayoría acerca del origen voluntario de las graves lesiones sufridas por el autor del delito, como consecuencia de su auto agresión, así como de lo dicho por el Ministerio Público en orden a la posibilidad de concurrencia, en el caso de autos, de la referida causa de atenuación, he de concluir en que, aún cuando en el caso presente el padecimiento que sufre el recurrente fuera

motivado precisamente por una actuación suya, inmediata y consecuente con la ejecución de su acto delictivo, no puede resultar ajeno a nuestra valoración jurídica en orden a la consecuencia punitiva de tal ilícito, el que la razón misma de dicha auto agresión no fue otra, como en el propio relato de hechos de la recurrida se observa, que la de infligirse un castigo como el de acabar con su propia vida, ante la conciencia del terrible delito que acababa de cometer, aunque finalmente el resultado de ese intento autolítico se limitase a unas graves lesiones. Pues quien tan sólo pretende evitar la sanción por su conducta infractora opta, en todo caso, por otros medios menos traumáticos que el suicidio, buscando la huida de las Autoridades y, en definitiva, su propia impunidad.

Esa finalidad de castigarse a sí mismo, hasta el punto de intentar ocasionarse la propia muerte, si, como hemos visto, no encuentra acogida en un estado de alteración psíquica o equivalente al estado pasional o a la ofuscación, sólo puede significar la respuesta personal a la admisión de la grave culpa en la que se ha incurrido.

No parece razonable pensar que quien comete un delito de estas características pensando que con ello satisface un interés egoísta, de venganza o de castigo sobre la agredida inocente, se aplique a continuación el mismo final de su víctima.

Además de todo ello, desde un punto de vista estrictamente objetivo, si se acepta la racionalidad y coherencia del fundamento de la teoría de la "pena natural", que siempre se refiere al padecimiento consecuente a la comisión voluntaria de un delito, cualquier sufrimiento de la importante entidad del que aquí se ha producido debe de ser tenido en cuenta como criterio determinante de la proporcionalidad de las consecuencias legales, de carácter también afflictivo, en el que la pena consiste.

Por último, incluso desde la perspectiva de la finalidad preventiva del Derecho Penal, en modo alguno participo de la idea de que una solución que acepte, por razones de proporcionalidad de las consecuencias integrales de la infracción, como simple circunstancia de atenuación, unos resultados lesivos de importancia derivados del intento serio de suicidio, suponga el incentivo de hechos como los que en las presentes actuaciones se enjuician.

En conclusión y por todas las razones expuestas, considero que el pronunciamiento que esta Sala debería haber alcanzado ante el Recurso que nos ocupa, y en relación con la aplicación de la atenuante analógica interesada, no era el de la introducción de un criterio de individualización punitiva más, sino el de la concurrencia de la atenuante simple, al margen de la escasa trascendencia

penológica que a tal circunstancia pudiera otorgársele, a la vista de la considerable gravedad de los hechos cometidos.

Publicación.- Leídas y publicadas han sido las anteriores senten-

cias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.



TC Sala 1ª, Sentencia 26 julio 2010. Ponente: D. Manuel Aragón Reyes

En cuanto a la participación en condiciones de igualdad Vulneración de los derechos fundamentales de varios diputados por infracción del Rgto. de las Cortes Valencianas

El TC otorga el amparo solicitado por los diputados recurrentes, reconociendo el derecho de estos a la participación política en condiciones de igualdad, según en art. 23,2 CE, y declara la nulidad de las resoluciones impugnadas de la Mesa de las Cortes Valencianas. Consideran los diputados, que la formulación de preguntas al Consejo de Gobierno y la presentación de proposiciones no de ley, suponen el ejercicio de facultades que forman parte del núcleo esencial de la función representativa, que les han sido limitadas de modo arbitrario por la Mesa de las Cortes Valencianas mediante las resoluciones impugnadas, que incurren entre otras, en absoluta falta de motivación. Indica el Tribunal, que el contenido estereotipado de las resoluciones impugnadas, carece de cualquier tipo de justificación argumentada e individualizada, poniendo en evidencia un vicio de falta de motivación que impide conocer las razones por las que la Mesa considera que las iniciativas rechazadas incurren en la causa de inadmisión prevista en el art. 153,2 Rgto. de las Cortes Valencianas, por lo que resulta vulnerado el derecho fundamental de los recurrentes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Como ha quedado expuesto en los antecedentes, la demanda de amparo se dirige, de una parte, contra cuatro resoluciones de la Mesa de las Cortes Valencianas (una de 17 de febrero, dos de 24 de marzo, y una de 31 de marzo, todas ellas de 2009), que rechazaron admitir a trámite las preguntas formuladas por tres diputados del Grupo Parlamentario Compromís, así como contra las resoluciones (una de 24 de marzo, tres de 28 de abril, y la última de 16 de junio, todas ellas de 2009) que, con igual fundamentación, las ratificaron en reposición. De otra parte se dirige también la demanda contra la resolución de la Mesa de las Cortes Valencianas de 19 de mayo de 2009, ratificada en reposición por otra de 16 de junio de 2009, que rechaza la admisión a trámite de una proposición no de ley formulada por otro diputado del mismo Grupo Parlamentario. La unidad argumental de la demanda, al razo-

nar conjuntamente sobre la restricción continuada a los diputados adscritos a un mismo grupo parlamentario de las diversas facultades de control político del Gobierno autonómico mediante el rechazo inmotivado de sus iniciativas de control parlamentario, aconseja resolver conjuntamente las distintas vulneraciones alegadas del derecho fundamental garantizado por el art. 23.2 CE, como ya hicieramos en la STC 74/2009, de 23 de marzo, FJ 2, sin perjuicio de que, como entonces, a la vista de la especial naturaleza de cada una de las iniciativas parlamentarias rechazadas (preguntas parlamentarias y proposiciones no de ley), sea también aconsejable su análisis por separado.

SEGUNDO.- En la demanda de amparo se aduce que las resoluciones impugnadas lesionan el derecho de los recurrentes a ejercer en condiciones de igualdad los cargos públicos (art. 23.2 CE), en conexión con el derecho de los ciudadanos a parti-

cipar en los asuntos públicos a través de sus representantes (art. 23.1 CE), así como el derecho a la igualdad y a no sufrir discriminación (art. 14 CE), argumentando que la formulación de preguntas al Ejecutivo autonómico y la presentación de proposiciones no de ley suponen el ejercicio de facultades que forman parte del núcleo esencial de la función representativa, que les han sido limitadas de modo arbitrario por la Mesa de las Cortes Valencianas mediante las resoluciones impugnadas, que incurrían en absoluta falta de motivación, pues aun cuando se remiten formalmente a motivos de inadmisión previstos en el Reglamento de las Cortes Valencianas (RCV), ocultan, en verdad, un control de oportunidad que está vedado a la Mesa de la Cámara y restringe ilegítimamente las facultades de los recurrentes en cuanto parlamentarios.

El Letrado mayor de las Cortes Valencianas solicita la desestimación del recurso de amparo, entendiendo que la Mesa ejerció legítimamente sus facultades de calificación de las iniciativas parlamentarias y aplicó correctamente las normas del RCV que regulan la tramitación de las preguntas y las proposiciones no de ley, por lo que no cabe imputar a la actuación de la Mesa la pretendida lesión de los derechos fundamentales garantizados por el art. 23 CE.

Por su parte el Ministerio Fiscal considera que las resoluciones impugnadas de la Mesa de las Cortes Valencianas incurrían en falta de motivación expresa, suficiente y adecuada, que impide conocer las razones por las que la Mesa considera que las iniciativas rechazadas incurrían en la causa de inadmisión invocada del RCV, lo que resulta contrario al art. 23.2 CE, por lo que interesa la estimación del recurso de amparo, en los términos que han quedado expresados en los antecedentes de la presente Sentencia.

TERCERO.- Entrando ya en el examen de las quejas que se formulan en la demanda de amparo, hay que señalar, en primer término, que, como señala el Ministerio Fiscal, y vienen a admitir los propios recurrentes, la invocación del derecho a la igualdad y a no sufrir discriminación (art. 14 CE) debe entenderse subsumida en el derecho garantizado por el art. 23.2 CE, pues es doctrina reiterada de este Tribunal que el art. 23.2 CE especifica el derecho a la igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos, siendo éste, por tanto, el precepto que debe ser considerado de modo directo para apreciar si el acto, resolución o norma objeto del proceso constitucional ha quebrantado ese derecho, a no ser que el tratamiento diferenciado controvertido se deba a alguno de los criterios expresamente mencionados en el art. 14 CE (por todas, SSTC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 3; 50/1986, de 23 de abril, FJ 4; 191/2007, de 10 de septiembre, FJ 3; 39/2008, de 10 de

marzo, FJ 4; y 74/2009, FJ 3), lo que no acontece en el presente caso. En cuanto al análisis de las alegadas lesiones de los derechos garantizados por el art. 23 CE, conviene recordar que, como hemos señalado en reiteradas ocasiones, existe una directa conexión entre el derecho de participación política de los cargos públicos representativos (art. 23.2 CE) y el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos (art. 23.1 CE), puesto que “puede decirse que son primordialmente los representantes políticos de los ciudadanos quienes dan efectividad a su derecho a participar en los asuntos públicos.

De suerte que el derecho del art. 23.2 CE, así como, indirectamente, el que el art. 23.1 CE reconoce a los ciudadanos, quedaría vacío de contenido, o sería ineficaz, si el representante político se viese privado del mismo o perturbado en su ejercicio” (SSTC 38/1999, de 22 de marzo, FJ 2; 107/2001, de 23 de abril, FJ 3; 203/2001, de 15 de octubre, FJ 2; 177/2002, de 14 de octubre, FJ 3; y 40/2003, de 27 de febrero, FJ 2). En fin, sentadas las precisiones que anteceden, debe advertirse que para el mejor análisis de las alegadas lesiones del derecho a la participación política (art. 23.2 CE) es preciso diferenciar entre los diversos actos de la Mesa de las Cortes Valencianas impugnados para su examen separado.

En tal sentido conviene abordar de un lado los acuerdos de la Mesa que rechazan preguntas parlamentarias y de otro el acuerdo de la Mesa que rechaza admitir a trámite una proposición no de ley, para lo cual habrá de tenerse presente la doctrina constitucional sentada en esta materia.

CUARTO.- Por lo que se refiere a las resoluciones de la Mesa de las Cortes Valencianas que inadmitieron a trámite diversas preguntas de los diputados recurrentes dirigidas a Cargo000 del Gobierno autonómico valenciano contienen todas similar argumentación, escueta, que justifica la decisión en que el contenido de las preguntas se refería “a persona física o jurídica que no tiene una trascendencia pública dentro del ámbito de la comunidad autónoma” (en tres de las resoluciones), o que el contenido de las mismas “se refiere a consulta de índole estrictamente jurídica” (en una de las resoluciones). De ese modo, la Mesa hacía referencia, citándolo, al art. 153.2 del RCV vigente en el momento de los hechos (el actual RCV entró en vigor el 1 de enero de 2007), que literalmente establece:

“No será admitida la pregunta de exclusivo interés de quien la formula o de cualquier otra persona singularizada, ni la que suponga consulta de índole estrictamente jurídica. Tampoco serán admitidas aquellas preguntas que se refieran a persona física o jurídica que no tenga una trascendencia pública en

el ámbito de la Comunitat Valenciana”.

Este precepto, a su vez, viene a regular el ejercicio del derecho reconocido explícitamente en el art. 152 RCV: “Los diputados y diputadas podrán formular preguntas al Consell y a cada uno de sus miembros”. Los recursos de reposición que pretendían la reconsideración de dichas resoluciones de inadmisión fueron desestimados con idéntico fundamento. Conforme a nuestra doctrina, el derecho fundamental contenido en el art. 23.2 CE es un derecho de configuración legal, en el sentido de que compete a los Reglamentos parlamentarios fijar y ordenar los derechos y atribuciones que a los representantes políticos corresponden.

Una vez creados, quedan integrados en el status propio del cargo, con la consecuencia de que podrán sus titulares, al amparo del art. 23.2 CE, reclamar su protección cuando los consideren ilegítimamente constreñidos o ignorados por actos del poder público, incluidos los provenientes del propio órgano en el que se integran (por todas, STC 208/2003, de 1 de diciembre, FJ 4; 141/2007, de 18 de junio, FJ 3; y 169/2009, de 9 de julio, FJ 3).

Por esta razón, para apreciar la existencia de una vulneración de los derechos fundamentales de los representantes políticos contenidos en el art. 23.2 CE, es necesario que se haya producido una restricción ilegítima de los derechos y facultades que les reconocen las normas que resulten en cada caso de aplicación. Sin embargo, la vulneración del derecho fundamental no se produce con cualquier acto que infrinja el status jurídico aplicable al representante, “pues a estos efectos sólo poseen relevancia constitucional los derechos o facultades atribuidos al representante que pertenezcan al núcleo de su función representativa” (SSTC 38/1999, FJ 2; 107/2001, FJ 3; y 141/2007, FJ 3).

De este modo, para apreciar que existe vulneración de los derechos fundamentales de los parlamentarios contenidos en el art. 23.2 CE, en el sentido al que se refiere la presente demanda de amparo, es necesario que se haya producido una restricción ilegítima de los derechos que les reconocen las normas internas de la Cámara.

A este respecto ya hemos tenido ocasión de señalar que la facultad de formular preguntas al Consejo de Gobierno pertenece al núcleo de la función representativa parlamentaria, pues la participación en el ejercicio de la función de controlar la acción del Consejo de Gobierno y de su Presidente y el desempeño de los derechos y facultades que la acompañan constituyen manifestaciones constitucionalmente relevantes del ius in officium del representante (SSTC 225/1992, de 14 de diciembre, FJ 2;

107/2001, FJ 4; y 74/2009, FJ 3). Así, la inadmisión de las preguntas en cuestión, si bien prevista excepcionalmente en el art. 153.2 RCV, supone una limitación de los derechos y facultades que integran el estatuto constitucionalmente relevante de los representantes políticos cuya primera exigencia constitucional es la de que tal limitación aparezca suficientemente motivada (SSTC 38/1999, FJ 2; y 74/2009, FJ 3), como, por otra parte, exige el propio RCV en su art. 153.5, que establece que: “La Mesa calificará el escrito y admitirá la pregunta, si se ajusta a lo establecido en el presente capítulo. La no admisión de una pregunta tendrá que ser decidida por la Mesa mediante resolución motivada que exponga razonadamente los fundamentos jurídicos en que se base”.

Por ello, en el presente asunto, corresponde a este Tribunal controlar que en los supuestos en que los acuerdos de la Mesa de las Cortes Valencianas sean contrarios a la admisibilidad de las preguntas, tales resoluciones incorporen una motivación expresa, suficiente y adecuada, en aplicación de las normas a las que está sujeta la Mesa en el ejercicio de su función de calificación y admisión de los escritos y documentos de índole parlamentaria, pues en ausencia de motivación alguna no sería posible determinar si el rechazo de la iniciativa de control al Gobierno entraña en sí misma el desconocimiento de la facultad que se ha querido ejercitar, ni si se manifiesta desprovista de razonabilidad en atención al fin institucional propio de la función que quiso ejercerse y los motivos aducidos para impedir su ejercicio (SSTC 161/1988, de 20 de septiembre, FJ 9; 107/2001, FJ 7; 203/2001, FJ 4; 177/2002, FJ 10; y 74/2009, FJ 3).

En el presente caso no cabe duda de que las resoluciones impugnadas, incluidas aquellas que resuelven los recursos de reposición, difícilmente pueden calificarse de motivadas; se limitan a transcribir el enunciado del correspondiente inciso del art. 153.2 RCV sin especificar por qué procede su aplicación al caso concreto, pese a que, como bien señala el Ministerio Fiscal, nada permite deducir que la concurrencia de la citada causa de inadmisibilidad fuese tan evidente que no necesitase explicación ulterior. Efectivamente, del tenor literal de las iniciativas parlamentarias no se desprende a primera vista que traten absolutamente sobre personas jurídicas sin trascendencia pública en el ámbito de la Comunidad Autónoma o sobre cuestiones de índole estrictamente jurídica.

Así, algunas de las preguntas versaban sobre contaminación por unos vertidos con residuos tóxicos en el municipio de Mislata por parte de una determinada fábrica de papel y la actuación de los poderes públicos al respecto; otras pretendían conocer si se habían celebrado contratos públicos entre las Consejerías del Eje-

cutivo valenciano y una serie de empresas relacionadas con la investigación judicial sobre el conocido como "caso Gürtel", así como sobre el posible pago de facturas por la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo a la misma serie de empresas; en fin, otras preguntas versaban sobre las contrataciones y adjudicaciones de licencias de radio y televisión en el territorio valenciano y sobre el plan de emergencia exterior del polígono El Serrallo, de Castellón.

En suma, el contenido lacónico y estereotipado de las resoluciones impugnadas, carente, en estos casos, de cualquier tipo de justificación argumentada e individualizada, pone en evidencia un vicio de falta de motivación que impide conocer las razones por las que la Mesa considera que las iniciativas rechazadas incurrían en la causa de inadmisión prevista en el art. 153.2 RCV, por lo que resulta obligado concluir que se ha vulnerado el derecho fundamental de los recurrentes garantizado por el art. 23.2 CE, lo que conlleva el necesario otorgamiento en este punto del amparo solicitado. En efecto, en el presente caso, como en el enjuiciado en la STC 74/2009, la falta de motivación de las resoluciones impugnadas hace difícil juzgar las razones que llevaron a la Mesa de las Cortes Valencianas a inadmitir las preguntas, pero del tenor literal de éstas se deduce una innegable vinculación con la actividad de control del Gobierno que integra la esencia de la actividad parlamentaria (STC 161/1988, FJ 6).

Así, la obligación de interpretar las normas parlamentarias del modo más favorable al ejercicio de los derechos y facultades de los representantes (STC 141/2007, FJ 5) habría obligado, en principio, a su admisión a trámite si bien la falta de fundamentación de las resoluciones parlamentarias, que no puede ser subsanada mediante las alegaciones realizadas por el Letrado mayor en el presente recurso de amparo, impide ahondar en este momento en el control material de las mismas, por el necesario respeto a las facultades que integran la autonomía parlamentaria (STC 74/2009, FJ 3).

QUINTO.- Resta por analizar la resolución de la Mesa de las Cortes Valencianas de 19 de mayo de 2009, confirmada por la de 16 de junio de 2009 con cita de los arts. 161 y 163 RCV, por la que se acordó no admitir a trámite la proposición no de ley presentada por uno de los diputados recurrentes que proponía el reconocimiento público de D. Francesc, que fuera Cargo000 de cultura del Consejo Provincial de Valencia durante la Segunda República, por considerar que el contenido de la iniciativa no es propio de este instrumento. Conforme a la doctrina de este Tribunal (SSTC 40/2003, FJ 7; y 78/2006, de 13 de marzo, FJ 3), las proposiciones no de ley "se configurarían como un instrumento para poner

en marcha la función de impulso político y control del Gobierno, pero, también, como una vía adecuada para forzar el debate político y obligar a que los distintos Grupos de la Cámara y esta misma tengan que tomar expresa posición sobre un asunto o tema determinado, por lo que, en razón de esta doble naturaleza, las Mesas de las Cámaras, en tanto que órganos de administración y gobierno interior, han de limitar sus facultades de calificación y admisión a trámite al exclusivo examen de los requisitos reglamentariamente establecidos.

De lo contrario, no sólo estarían asumiendo bajo un pretendido juicio técnico una decisión política que sólo al Pleno o a las Comisiones de las Cámaras corresponde, sino, además, y desde la óptica de la representación democrática, estarían obstaculizando la posibilidad de que se celebre un debate público entre las distintas fuerzas políticas con representación parlamentaria, cuyos efectos representativos ante los electores se cumplen con su mera existencia, al margen, claro está, de que la iniciativa, en su caso, prospere". En el caso que nos ocupa resulta que, como ha quedado expuesto, la resolución de inadmisión se limita a indicar como fundamento de la decisión que "el contenido no es propio de una proposición no de ley". Y al resolver el recurso de reposición contra esta resolución la Mesa se limitó a citar los arts. 161 y 163 RCV y a reiterar que el contenido no era propio de una proposición no de ley, por lo que en caso de que prosperara no sería posible articular el control de su cumplimiento conforme al art. 151.4 RCV.

Pues bien, ni la cita del art. 161 RCV, que regula el trámite de admisión de las proposiciones no de ley que pueden presentar por escrito a la Mesa de las Cortes Valencianas "los grupos parlamentarios o un diputado o diputada con la firma de otros cuatro" (art. 160 RCV), ni la del art. 163 RCV (que establece que "el control del cumplimiento de las proposiciones no de ley aprobadas se realizará conforme a lo establecido en el artículo 151.4 de este reglamento, salvo que la propia resolución prevea otro procedimiento de control"), permiten conocer las razones que llevaron a la Mesa de las Cortes Valencianas a entender que el contenido de la proposición no de ley no era propio de este instrumento normativo, por lo que ha de concluirse que la inadmisión, en los términos en los que se ha producido, carece de motivación suficiente conforme a las exigencias de nuestra doctrina, sin que esta deficiencia haya sido subsanada con ocasión de resolver el recurso de reposición presentado contra la decisión de inadmisión.

Con esta forma de actuación la Mesa de las Cortes Valencianas no ha satisfecho, por tanto, la exigencia de motivar expresa, suficiente y ade-

cuadamente la aplicación que ha efectuado en este caso de las normas con las que ha contrastado la iniciativa, que se ha traducido en una limitación del ejercicio de un derecho de que los grupos parlamentarios pueden formular proposiciones no de ley, que, como hemos dicho, se integra en el estatuto constitucionalmente relevante de los representantes políticos, por lo que ha de declararse vulnerado el derecho fundamental de los recurrentes garantizado por el art. 23.2 CE, lo que conlleva el necesario otorgamiento del amparo solicitado también en este punto.

SEXTO.- Las anteriores conclusiones conducen necesariamente, como ha quedado expuesto, al otorgamiento del amparo solicitado contra todas las resoluciones impugnadas de la Mesa de las Cortes Valencianas, si bien es necesario precisar el alcance de nuestro fallo. Como advierte el Ministerio Fiscal, a diferencia de lo sucedido en otras ocasiones, en que la adopción de los acuerdos impugnados tuvo lugar en una legislatura ya finalizada al dictarse nuestra Sentencia, por lo que no cabía adoptar en el fallo de nuestra Sentencia una medida destinada al pleno restablecimiento del derecho vulnerado (por todas, SSTC 107/2001, FJ 10; 203/2001; 177/2002, FJ 11; 40/2003, FJ 9; y 74/2009, FJ 5), en el presente caso las resoluciones impugnadas han sido adoptadas en una legislatura aún no finalizada, lo que permite un pronunciamiento destinado a conseguir el pleno restablecimiento del derecho fundamental a la participación política (art. 23.2 CE) de los diputados recurrentes en amparo, tal como estos interesan

FALLO

Otorgar el amparo solicitado por D^a Mónica, D. Enric Xavier, D. Josep María y D^a Mireia y, en su virtud:

1º. Reconocer su derecho a la participación política en condiciones de igualdad (art. 23.2 CE).

2º. Declarar la nulidad de las resoluciones impugnadas de la Mesa de las Cortes Valencianas, esto es: de la resolución de 17 de febrero de 2009, que inadmite a trámite las preguntas parlamentarias con números de registro RE 30.183 a 30.185 y 30.199 a 30.202, así como de la resolución de 24 de marzo de 2009, que la confirma en reposición; de la resolución de 24 de marzo de 2009, que inadmite a trámite las preguntas con números de registro RE 32.943 a 32.956, así como de la resolución de 28 de abril de 2009, que la confirma en reposición; de la resolución de 31 de marzo de 2009, que inadmite a trámite la pregunta con número de registro RE 33.488, así como de la resolución de 28 de abril de 2009, que la confirma en reposición; de la resolución de 24 de marzo de 2009, que inadmite a trámite las preguntas parlamentarias con números de registro RE 33.164 a 33.169 y 33.180, así como de la resolución de 28 de abril de 2009, que la confirma en reposición; y de la resolución de 19 de mayo de 2009, que inadmite a trámite la proposición no de ley con número de registro RE 38.169, así como de la resolución de 16 de junio de 2009, que la confirma en reposición.

3º. Retrotraer las actuaciones al momento anterior al de dictarse las mencionadas resoluciones de inadmisión de 17 de febrero, 24 de marzo (dos), 31 de marzo y 19 de mayo de 2009, a fin de que la Mesa de las Cortes Valencianas, con respeto al derecho fundamental reconocido, resuelva de nuevo sobre la admisión a trámite de las preguntas parlamentarias y de la proposición no de ley presentadas por los diputados recurrentes. Publíquese esta Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado". Dada en Madrid, a veintiséis de julio de dos mil diez.

María Emilia Casas Baamonde, Presidenta.- Javier Delgado Barrio.- Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.- Manuel Aragón Reyes.- Pablo Pérez Tremps, Magistrados.



TS Sala I^a, Sentencia 31 mayo 2010. Ponente: D. José Antonio Seijas Quintana

Validez de las obras realizadas en el local

Calificación de contrato atípico que excluye la naturaleza de arrendamiento

El TS declara no haber lugar al rec. de casación confirmando la sentencia impugnada que consideró que la sociedad demandante nació

como una sociedad instrumental con la única finalidad de favorecer a los socios de la entidad demandada y que el contrato suscrito con ésta no puede calificarse como de arrendamiento, aunque se le dé tal "nomen iuris", sino como un contrato atípico, admisible conforme al principio de la autonomía de la voluntad, que se regirá por lo específicamente estipulado y, en su defecto, por las normas generales de las obligaciones y contratos, considerando igualmente que la demandada no incumplió sus obligaciones contractuales por la obras realizadas en el local ya que no afectan a la estructura del edificio ni modifican su configuración.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sociedad Auxiliadora del Casino Mahones es propietaria de la finca sita en la Plaza Príncipe números 6, 7 y 8, hoy 10,11 y 12, esquina calle Anunciavay números 33, 34 y 37 accesorio y 39 accesorio, en la ciudad de Mahon. Esta sociedad fue constituida el día 4 de octubre de 1870 y tenía como uno de los objetos la compra de la aludida finca para tenerla constantemente arrendada a la sociedad de recreo Casino Mahones, ahora demandada, que abonaba en concepto de renta la suma de 8,66 euros. Como quiera que la arrendataria realizó en el año 1991 diversas modificaciones sustanciales en el edificio, que afectaban a la estructura, para dedicar parte del local mismo a un negocio de Sala de Fiestas, bar, restaurante y similares, y como quiera también que ha venido realizando contratos de subarriendo o cesiones inconsistentes con terceros, beneficiándose de unas rentas muy actualizadas, formula acción resolutoria del contrato celebrado el día 4 de octubre de 1870.

Dicha acción fue desestimada en ambas instancias. En lo que aquí interesa, la sentencia de la Audiencia Provincial considera que Sociedad Auxiliadora nació como una sociedad instrumental con la única finalidad de favorecer a los socios del Casino Mahonés, y que el contrato suscrito con la demandada no puede calificarse como de arrendamiento, aunque se le dé tal "nomen iuris", sino como un contrato atípico, admisible conforme al principio de la autonomía de la voluntad del artículo 1.255 del Código Civil, que se regirá por lo específicamente estipulado, y, en su defecto, por las normas generales de las obligaciones y contratos.

Son varias las razones que permiten a la Audiencia alcanzar dicha calificación, todas ellas extraídas tanto del contrato de constitución de la sociedad actora, como de la certificación registral de la finca y del propio contrato:

A) La sociedad tiene por objeto la compra de una casa para tenerla

constantemente arrendada a la sociedad de recreo que lleva el nombre de Casino Mahonés;

B) La sociedad. durará tanto tiempo cuanto subsista el Casino Mahonés, a no ser que, por cualquier otro motivo, antes del arriendo se le otorgue la finca que ha de adquirirse, cesando dicho arriendo, se liquidará desde luego la Sociedad Auxiliadora;

C) El capital social es de 8.200 escudos y se divide en 48 acciones nominativas. Se establece un derecho preferente de adquisición de acciones a favor de los socios del Casino Mahonés;

D) Una vez transcurridos doce años, se establece un régimen de adquisición forzosa por la sociedad demandada de las acciones de la Sociedad Auxiliadora a un ritmo de una año;

E) La sociedad Auxiliadora adquirirá la casa por un precio de 17.000 escudos, y se pagará, además, los gastos de transmisión y de instalación de la sociedad mediante el importe del capital social y de un contrato de préstamo;

F) Existe un préstamo suscrito como prestataria por la Sociedad Auxiliadora por un importe de 8.200 escudos más 2.276 escudos de intereses a abonar en doce años (en total 10.476 escudos) y a amortizar en doce años a razón de 873 escudos al año;

G) La estipulación sobre su duración indica que "el arrendamiento durará todo el tiempo que subsista el Casino Mahonés, no pudiendo antes de la disolución de la misma ser rescindido, anulado, ni modificado, a no ser que medie el consentimiento expreso y unánime de ambas partes";

H) El precio del arriendo queda fijado en los doce primeros años en 873 escudos, y 576 euros hasta su terminación. La arrendataria pagará las contribuciones y toda clase de gabelas que se impongan a la casa, y los gastos de la Sociedad Auxiliadora con un máximo de diez escudos al año, "para que el importe de la renta pueda repartirse íntegramente entre los socios";

I) La sociedad arrendataria deberá realizar todas las obras de conservación, y "podrá, a su costa, hacer en la finca todas las obras de mejora o transformación que crea convenientes, siempre que con ellas no se perjudique el valor intrínseco de la casa";

J) "La Sociedad Auxiliadora se ha fundado con el único objeto de impedir que el Casino Mahonés haya de trasladarse a otro local distinto del que actualmente ocupa";

K) Se fija un meticuloso procedimiento de adquisición preferente de acciones en casos de enajenación onerosa de acciones de la sociedad,y

L) Se establece un sistema de adquisición forzosa de una acción al año, a instancias del Casino Mahonés, para que ésta (y no sus socios personalmente) las adquiera, de modo que cuando el Casino Mahonés llegue a poseer las 48 acciones, quedará disuelta la Sociedad Auxiliadora y el Casino único dueño de la finca de que se trata.

La sentencia niega que las obras realizadas, aun numerosas, y alguna de ellas con la finalidad de posibilitar la explotación separada de negocios instalados en los locales arrendados, hayan alterado la estructura del inmueble, que sean ilegales y que se hayan efectuado destrozos en el mismo. Las obras, dice la sentencia, "no alteran la esencia del inmueble, ni su estructura, ni su configuración; todo ello teniendo en cuenta además la amplitud de la cláusula octava, que permite al Casino Mahonés la realización de obras de cualquier tipo, no limitadas a conservación y mantenimiento, sin someterla a autorización previa alguna, con el único límite de que no altere la esencia del inmueble... siendo las modificaciones habidas muy puntuales, de escasa entidad, y autorizadas por la autoridad administrativa competente".

La sentencia niega, también, que no se permitieran los subarriendos y que los mismos no han desnaturalizado la finalidad de la sociedad demandada.

La Sociedad Auxiliadora del Casino Mahones formula recurso de casación.

SEGUNDO.- La Sala ha admitido los seis motivos del recurso de casación formulados (aunque se articulen únicamente cinco). No obstante lo cual en trámite de resolución de todos ellos, no va a entrarse en el análisis de la argumentación que sustenta los motivos 1ª, 2ª y 4ª. El primero, incurre en el defecto, tan largamente denunciado por esta Sala, de fundar la casación en preceptos genéricos, como es el art. 1255 Código Civil sobre la autonomía de la voluntad y sus límites, y como tal no apto para articular la casación pues se convertiría a este extraordinario recurso en una tercera instancia del pleito en la que pudiese examinarse todo el a modo de revisión general (SSTS 5 de diciembre 2008; 10 de febrero y 18 de marzo 2009, entre otras). Lo mismo sucede con el segundo, por no aplicación del artículo 1256 del Código Civil, sobre la imposibilidad de que la validez y el cumplimiento de los contratos se dejen al arbitrio de uno de los contratantes, al margen de que no es posible fundar un motivo de casación en la infracción de dicho precepto para eludir el conocido rigor de la jurisprudencia de esta Sala sobre la revisión de la interpretación contractual en casación, a la que se extiende el contenido y eficacia de las distintas cláusulas del contrato, como la octava, sobre el alcance de las obras. Finalmente, el cuarto, al amparo del

artículo 1261, en relación con el artículo 1274, ambos del Código Civil, puesto que dichos preceptos que no han sido tenidos en cuenta en la sentencia, ni han sido invocados en la demanda para instar la nulidad del contrato por falta de la causa original y por ende uno de los requisitos esenciales por los que se convino el venerable contrato en el año 1870. Se introduce no solo una cuestión nueva, inaceptable en casación, al no haber sido objeto de debate y prueba en las instancias anteriores, sino que resulta además contradictoria con los términos de la propia demanda en la que se parte de la validez del convenio para pedir su resolución, siendo evidente la diferente naturaleza jurídica de una y otra institución, diferenciadas fundamentalmente en que la primera supone la inexistencia del contrato y la otra la existencia de un contrato válido que posteriormente es resuelto por incumplimiento de una de las partes.

TERCERO.- El motivo tercero denuncia infracción del artículo 1281 del Código Civil, en relación con lo dispuesto en los artículos 1282 y 1283 del mismo Texto. En el se ataca la interpretación que hace la sentencia del contrato, así como su calificación como atípico para mezclar en su argumentación cuestiones que nada tienen que ver con la interpretación demandada, como es la indefensión que le origina una calificación de esta naturaleza sobre la certeza de los derechos y obligaciones que corresponden a las partes intervinientes en el mismo, cuando es lo cierto:

a) que la calificación contractual forma parte de la función soberana del juzgador de instancia, y únicamente es susceptible de ser modificada en sede de casación cuando se aprecie que es ilegal, arbitraria, o equivocada por contraria a las reglas del buen sentido o del raciocinio lógico, lo que en el caso no ha sido puesto de manifiesto, y

b) que ninguna indefensión ha podido producir esta calificación a la recurrente cuando la pretensión formulada no ha sido desestimada en razón a la atipicidad del contrato sino a la falta de prueba de los hechos determinantes de la misma, singularmente la realización de obras en el inmueble y el subarriendo de diversos locales por la demandada, en cuanto no comporta un incumplimiento relevante de sus obligaciones contractuales con respecto a la actora, que implique la resolución contractual.

CUARTO.- Tampoco se infringen los artículos 1124 y 1556, ambos del Código Civil, preceptos de los que resulta la facultad de cualquiera de los recíprocamente obligados de resolver el contrato para el caso de que el otro no cumpliera lo que le incumbiera, puesto que ningún incumplimiento contractual se ha producido por parte de la demandada, y lo que realmente se pretende en el motivo es una nueva valoración de la prueba,

sobre el contenido, alcance y ejecución de las obras y el uso y disfrute del edificio, lo que resulta inaceptable en casación.

QUINTO.- Finalmente, el sexto motivo denuncia infracción por no aplicación de lo dispuesto en el artículo 1569, al existir causa de resolución del contrato prevista en el artículo 1555, ambos del Código Civil, que establece las obligaciones del arrendatario. Se desestima como los anteriores puesto que no resulta de los hechos de la sentencia que haya habido algún desmerecimiento de la cosa ni que el inmueble entregado en arrendamiento no se emplee para las actividades propias del casino y de sus socios, habiendo perdido el contrato su equilibrio económico y contractual, ya que no se ha puesto en duda la supervivencia de la actividad recreativa y de esparcimiento de la sociedad, que ocupa una parte relevante del local para sus fines propios, destinando los ingresos obtenidos por el importe de las rentas a la finalidad de conservación y gastos generales del inmueble y disminución de las cuotas que de otro modo abonarían los socios.

SEXTO.- Consecuencia de lo expuesto es la desestimación del recurso formulado, y la expresa imposición de las costas a la parte recurrente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 398, en relación con el artículo 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

FALLO

Declarar no haber lugar al recurso de casación formulado por el Procurador D. Gabriel Buades Salo, en la representación procesal que acredita de la Sociedad Auxiliadora del casino Mahones, contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, de fecha 11 de enero de 2006, con expresa condena a la recurrente de las costas causadas.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y Rollo de apelación en su día remitidos.

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

2010/133403

TS Sala Iª, Sentencia 23 marzo 2010. Ponente: D. José Antonio Seijas Quintana

Indemnización limitada a los daños propios de los menores Aplicación del Derecho Suizo a la responsabilidad civil derivada de accidente de circulación

Acuerda el TS que no ha lugar a los recursos extraordinarios de infracción procesal y de casación interpuestos contra la sentencia que, aplicando el Derecho Suizo, con motivo de la demanda frente a las compañías aseguradoras de Suiza y España - en reclamación tanto de los daños personales propios de los hijos, como por los derivados del fallecimiento de los padres, más daños materiales de traslado de los cadáveres y valor venal del vehículo- acordó la falta de legitimación "ad causam" de la aseguradora Zurich España y condenó a la aseguradora suiza a pagar únicamente los daños personales sufridos por los menores -lesiones y secuelas-, más el valor venal del vehículo y la secuela de alteración cerebral -si así resulta de la ejecución-, rechazando las demás pretensiones indemnizatorias por entender que estaban comprendidas en la pensión de orfandad y en los gastos de traslado y sepelio.

Señala la Sala que lo que se está planteando no es la infracción de la norma de conflicto aplicable a la relación controvertida, sino a aquellos aspectos atinentes a la prueba del derecho extranjero los cuales se encuadran dentro de la actividad procesal, cuya corrección debe examinarse en el marco del recurso extraordinario por infracción procesal. Confirma la Sala que en el caso de autos, el derecho aplicable al accidente y a la responsabilidad civil derivada del mismo, es el Derecho Suizo, es así que a tenor de lo dispuesto en el art. 10, regla 5ª CC, es posible considerar acertada la decisión de la Audiencia de aplicar el Derecho Suizo por ser el de la residencia habitual común. Añade que sólo concede indemnización a los menores por sus propios daños personales -lesiones y secuelas-, descartando principalmente el daño moral derivado del fallecimiento de los progenitores, que nuestro derecho no permite respecto del conductor, en atención a que se trata de pretensiones cubiertas o compati-

bles con las pensiones de orfandad o sufragio de gastos de traslado de cadáveres y sepelio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El día 18 de agosto de 1995, en la carretera A-68 (Bilbao-Zaragoza), término municipal de Corella (Navarra), ocurrió un accidente de circulación en el que fallecieron D. José y Dª Remedios, padres de los menores Mariola y Primitivo. El vehículo era conducido por Dª Remedios, siendo titular D. José el cual lo tenía asegurado en la Compañía Zurich Versicherungen/Be de Suiza y el accidente se produjo por culpa exclusiva de la conductora, sin concurrir terceros en la causación del mismo. A resultas del cual D. Gonzalo, en su calidad de defensor judicial de los menores Mariola y Primitivo, formuló demanda frente a las entidades aseguradoras Zurich Versicherungen/Be y Zurich España Compañía de Seguros. S.A en reclamación tanto de los daños personales propios de los hijos, como por los derivados del fallecimiento de los padres, más daños materiales de traslado de los cadáveres y valor venal del vehículo, intereses y costas.

Personada en autos la aseguradora Zurich España Compañía de Seguros, S.A., contestó a la demanda, oponiéndose a la pretensión actora, solicitando la desestimación de la demanda. No lo hizo la otra entidad aseguradora a la que se declaró en rebeldía, haciéndolo para interponer y formalizar recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado en la que se estima parcialmente la demanda y condena a las demandadas, solidariamente y hasta el límite de los respectivos seguros, al pago de la cantidad de 73.846.492 ptas. (443.826,35 euros), así como al pago del valor venal del vehículo siniestrado; e igualmente a la cantidad de 6.000.000 ptas. (36.060,73 euros) en el supuesto de que en ejecución de sentencia se acredite pericialmente que el menor José Daniel padece alteración cerebral como consecuencia del accidente.

A dichas cantidades aplica el interés legal del artículo 20 LCS, desde la fecha del accidente hasta el completo pago al actor, no haciendo especial pronunciamiento sobre costas. Notificada la citada sentencia, se interpuso recurso de apelación por ambas entidades aseguradoras condenadas, solicitando cada una de ellas la desestimación de la demanda, y subsidiariamente Zurich España, la rebaja de las indemnizaciones conforme se interesa en su escrito de recurso.

La sentencia de apelación entra a analizar el derecho de aplicación al supuesto litigioso y resuelve que es el Derecho Suizo, de lo que resulta la falta de legitimación ad causam de la aseguradora Zurich España Com-

pañía de Seguros, S.A., "desde el momento en que el vehículo siniestrado carecía de póliza de seguro que cubriera la responsabilidad civil, derivada de la circulación de vehículos de motor, suscrita con dicha entidad aseguradora, siendo por otra parte que dicha póliza estaba suscrita con otra aseguradora Zurich Versicherungen/Be, dotadas cada una con personalidad jurídica distinta y diferenciada, tal como se acredita en autos, sin que la entidad radicada en España sea sucursal de la entidad radicada en Suiza". Asimismo condena a la aseguradora suiza a pagar únicamente los daños personales sufridos por los menores (lesiones y secuelas), más el valor venal del vehículo y la secuela de alteración cerebral si así resulta de la ejecución, rechazando las demás pretensiones indemnizatorias por entender que estaban comprendidas en la pensión de orfandad y en los gastos de traslado y sepelio. La sentencia tiene en cuenta que la Póliza de seguro concertada cubre dos clases de prestaciones o indemnizaciones (artículo 101 AVB (AllgEemeine Versicherungsbedingungen), a partir de lo cual sienta las siguientes conclusiones:

1ª.- El vehículo siniestrado tenía concertada con la aseguradora recurrente una póliza de seguros para vehículos.

2ª.- El alcance o cobertura de dicha póliza es ilimitado, lo que es perfectamente válido en el Derecho suizo.

3ª.- Se contemplan en dicha póliza dos tipos de coberturas: la que cubre la responsabilidad civil contra el titular del vehículo por daños a personas y daños materiales (seguro de responsabilidad civil) y que cubriría los daños personales sufridos por los menores. Y una segunda cobertura que cubriría el pago de indemnizaciones por muerte o invalidez a los perjudicados o a sus descendientes (seguro de accidente para acompañantes). Ahora bien dichas coberturas no son acumulables, por lo que las indemnizaciones solicitadas deberán imputarse al primero de los seguros, esto es el de responsabilidad civil.

4ª.- No se deriva de la prueba practicada limitación a la concurrencia y compatibilidad de las indemnizaciones que puedan recibirse por las pensiones de orfandad, que perciban los menores del Estado Suizo o de quien debe satisfacerlas, al igual que el resarcimiento o prestación por traslado de los cadáveres y gastos de sepelio, y las indemnizaciones que, con cargo a la póliza de seguro para vehículos suscrita, deba satisfacer la aseguradora suiza.

De todo lo cual entiende que no procederá ninguna compensación al respecto ni podrá tener las indemnizaciones que debe satisfacer la aseguradora el carácter o naturaleza de enriquecimiento injusto.

Recurso de casación:

Primero.- Una solución coherente a los recursos planteados exige comenzar por el análisis del recurso de casación, y en particular, por el motivo tercero en el que se cita el artículo 12.6 del Código Civil, referido a la aplicación al caso de las normas de conflicto del derecho español, en la redacción vigente al tiempo del accidente, de la demanda y del recurso de apelación, puesto que su determinación va a condicionar lo que es objeto del recurso extraordinario por infracción procesal, sobre la prueba del derecho suizo. En particular su párrafo 2º que reproduce casi literalmente el actual artículo 261 del Código Civil, sobre la prueba del contenido y vigencia del derecho extranjero, y que desapareció de la norma por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (Disposición Derogatoria Única 2º.1º). Y aunque cumple con la exigencia formal de invocar como infringido un precepto sustantivo aplicable a la controversia, es evidente que lo que se está planteando a través del motivo no es la infracción de la norma de conflicto aplicable a la relación controvertida, sino a aquellos aspectos atinentes a la prueba del derecho extranjero los cuales se encuadran dentro de la actividad procesal, cuya corrección debe examinarse en el marco del recurso extraordinario por infracción procesal, vigente en el momento de formularse, y no en el de casación.

Una cosa es la alegación y prueba del Derecho que entiende aplicable, y otra distinta la aplicación de la norma de conflicto. El derecho extranjero porque viene designado en la norma de conflicto y se aplica no porque lo haya alegado una parte, sino "porque lo exige la norma de conflicto", como precisa la STS 4 de julio 2006, con independencia de la prueba posterior de su contenido a instancia de parte. La norma jurídica extranjera viene designada por la de conflicto del foro, que pertenece al ordenamiento que el Tribunal debe aplicar de oficio (artículo 12.6 del Código Civil). Como consecuencia el derecho extranjero no tiene que ser alegado en el proceso por las partes para que el Juez deba tener en cuenta la designación que de él efectúa la norma de conflicto, por más que ello sea para darle el tratamiento procesal que corresponda.

Lo que han de alegar las partes son hechos que, por la concurrencia de elementos extranjeros, se subsuman bajo la previsión de esta norma. Basta con tal alegación para que, como efecto de dicha norma, se considere que el litigio debe resolverse según el derecho extranjero en la misma designado (STS 10 de junio de 2005). En el caso, el derecho aplicable al accidente y a la responsabilidad civil derivada del mismo, es el derecho suizo. Así resulta del artículo 4 del Convenio de la Haya de 4 de mayo de 1971, del que son parte Es-

paña y Suiza, teniendo en cuenta que en el accidente interviene un único vehículo, matriculado en un Estado distinto de España, en donde tiene lugar, como es Suiza, país en el que también reside el tomador. Igualmente, la responsabilidad del asegurador bajo el contrato de seguro se rige por el derecho suizo, conforme a los artículos 107 a 109, se apliquen en la redacción vigente en el momento del siniestro o tras la entrada en vigor de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados; artículos que fueron introducidos por Ley 21/90 de 19 de diciembre para adaptación del derecho español a la Directiva 88/357/CEE sobre libertad de servicios en seguros distintos del de vida y de actualización de la legislación de seguros privados, según redacción vigente a fecha del siniestro.

El art. 107 (en redacción vigente a fecha del siniestro) no determina la aplicabilidad de la ley española porque el tomador no reside en España -107.1 a) el contrato no es consecuencia de obligación impuesta por ley española 107.1 b)-, y tampoco las partes eligieron la ley española -107.2-, ni cabe estar a lo dispuesto en el 107.4 que se decanta por la ley del estado con el que exista relación más estrecha -que podía ser España por ser donde se sitúa el riesgo-, ya que la norma parece regir para conflictos entre Estados miembros de la Comunidad Económica Europea y Suiza no lo es.

Por tanto, se debe estar al art. 109 LCS, norma supletoria que se remite a las reglas generales de Derecho Internacional Privado en materia de obligaciones y contratos que se contienen en el Código Civil. Por lo demás, el art. 10, regla 5ª del Código Civil, permite considerar acertada la decisión de la Audiencia de aplicar el derecho suizo por ser el de la residencia habitual común (ya que los dos fueros preferentes establecidos en dicha regla 5ª -ley elegida, ley nacional común- no son aplicables).

Tercero.- La desestimación de los otros dos motivos resulta asimismo evidente. En primer lugar, porque no es el recurso de casación el cauce adecuado para enjuiciar la posible vulneración de los derechos que emanan del artículo 24 de la Constitución (art.447 apartado 2º del número 2). En segundo lugar, como señala la sentencia de 28 de febrero 2006, "no es admisible acudir indiscriminadamente en casación al art. 24 de la Constitución a modo de cláusula de estilo o "cajón de sastre" que permita plantear cualesquiera cuestiones eludiendo el rigor formal propio del recurso de casación (sentencias de 10 de mayo de 1993, 18 de febrero y 27 de marzo de 1995 y 9 de marzo de 2000), ni la carga de citar con precisión las normas de legalidad ordinaria más directamente infringidas (sentencias de 10 de mayo de 1993 y 18 de febrero y 28 de mayo de

2001)", máxime para limitarse a reproducir lo ya expuesto en el recurso extraordinario por infracción procesal sobre violación del principio de congruencia y el de tutela judicial efectiva que prohíbe la indefensión, y que se analizará en este.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

Cuarto.- Se articula en tres motivos. El primero de ellos se formula al amparo del artículo 469, al haber infringido la sentencia recurrida las normas procesales reguladoras de la Sentencia arts. 216, 217 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por cuanto, aún entendiendo que pudiera ser de aplicación el derecho extranjero, el fallo de la sentencia que se recurre es incongruente con las pretensiones de las partes y con la fundamentación jurídica invocada en la misma. La sentencia recurrida -argumenta- motiva la aplicación del derecho extranjero en la aplicación retroactiva de normativa que no estaba en vigor al tiempo del accidente, ignorando además las reglas de la carga de la prueba al premiar a la compañía suiza en rebeldía voluntaria en primera instancia que, teniendo fácil acceso al derecho cuya aplicación invoca, manipuló la prueba del derecho extranjero a su conveniencia, introduciendo la máxima dificultad en un asunto ya de por sí complejo, al extremo de que la fundamentación jurídica invocada por la misma fue desbaratada por la prueba practicada a su instancia.

Este motivo se analiza con el tercero en el que, con invocación del artículo 24 CE, como derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta a las pretensiones planteadas fundada en Derecho que no pueda ser calificada de arbitraria o irrazonable, vuelve a plantear la incongruencia de la sentencia. Ambos se desestiman. Sin duda la Ley de Enjuiciamiento Civil en los preceptos que se invocan como infringidos, contempla dos de los principios informadores del proceso civil, principio dispositivo y principio de aportación, desde la perspectiva de su efecto, esto es, de la vinculación del Tribunal a la pretensión procesal delimitada por las partes, teniendo el Tribunal que respetar el objeto del proceso, delimitado por la pretensión y la oposición del demandado a la misma, en la sentencia que lo decida, y basar su decisión en los hechos alegados por la partes y en las pruebas practicadas a instancia de las mismas.

La primera consecuencia es la correlación entre el principio de justicia rogada y la congruencia de la sentencia (art. 218 LEC), teniendo en cuenta que el principio dispositivo consagrado en el art. 216 de la LEC supone únicamente que los tribunales están limitados por las aportaciones de hechos, pruebas y alegaciones de las partes, sin que ello determine que la resolución judicial

no pueda ignorar unos hechos en beneficio de otros, ya porque no los considere probados, ya porque entienda que carecen de trascendencia jurídica para el fallo del litigio (ATS 31 de octubre 2006). El artículo se limita a establecer el principio de justicia rogada y no se refiere a la apreciación o valoración de la prueba o a la necesidad de la misma, de tal forma que no se contradice si la sentencia decide el asunto dentro del ámbito fáctico y jurídico con que fue planteado y debatido en el litigio con independencia de cuál de las partes litigantes hubiera propuesto la prueba o pruebas determinantes.

La segunda aparece vinculada al principio de aportación de prueba, cuya desatención puede dar lugar a la emisión de una sentencia adversa para la parte, y consecuentemente con este principio de aportación, la aplicación del art. 217 de la LEC cuando no se acredite suficientemente el derecho extranjero, dictando una resolución que atienda a la actividad de las partes en el ámbito probatorio conforme a los requisitos internos que impone la sentencia de exhaustividad, la congruencia y la motivación. Pues bien, ninguno de estos requisitos están ausentes en la sentencia que se recurre: exhaustiva, congruente y con la motivación necesaria, y ninguno de los preceptos invocados ha sido infringidos.

Lo que se cuestiona realmente a partir de una serie de alegaciones, en las que se mezclan cuestiones de diversa naturaleza, como es la aplicación retroactiva de normas que no estaban en vigor al tiempo del accidente, el Convenio multilateral de garantías, suscrito entre España y Suiza, el Convenio de Londres de 7 de junio de 1968, sobre información del derecho extranjero, así como diversas Directivas, que nada o casi nada tienen que ver con los preceptos invocados en el motivo, es una cuestión fáctica, como es la prueba del derecho extranjero, cuya revisión, aun en el recurso extraordinario, está muy limitada.

No se infringe el artículo 216 sobre justicia rogada puesto que la sentencia resuelve conforme al derecho suizo una vez determinada la norma de conflicto, de carácter imperativo, conforme a nuestro derecho. Tampoco el artículo 217, sobre la carga de la prueba, de aplicación cuando no se ha logrado certeza sobre los hechos controvertidos y relevantes en cada proceso. Para que el derecho extranjero pueda ser aplicado en el proceso, su vigencia y contenido han de quedar probados (SSTS de 11 de mayo de 1989, 7 de septiembre de 1990, 23 de marzo de 1994 91, 25 de enero de 1999, 27 diciembre 2006, 4 julio 2007, entre otras muchas). Los hechos están regidos por la regla de aportación de parte (quod non est in actis non est in mundo), mientras que, en nuestro ordenamiento, el Tribunal está facultado para valerse de cuantos medios de averiguación esti-

me necesarios para la aplicación del derecho extranjero (artículo 12.6.2 del Código Civil, redacción anterior a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que era la vigente al interponerse la demanda, y artículo 281.2 de esta última Ley) - STS 10 de junio de 2005-.

Dado que se trata de aplicar en un proceso civil español este derecho, de conformidad con el art. 281.2 LEC, se practicó prueba en segunda instancia dirigida a su acreditación, a través de los mecanismos convencionales, como es el Convenio Europeo acerca de la información sobre el Derecho extranjero, hecho en Londres el 7 de junio de 1968 (BOE 7.10.1974), suscrito por los países miembros del Consejo de Europa, entre los que se encuentra Suiza, y ratificado por España el 1 de junio de 1982 (BOE 28 de agosto), sobre supresión de la legalización de documentos expedidos por agentes diplomáticos o consulares. La prueba se obtuvo a instancia exclusivamente de la parte demandada, mediante la formulación de distintas preguntas a las que dieron respuesta la Oficina Federal de Seguridad Social y el Departamento Federal de Justicia y Policía, a través de la Oficina Federal del Seguros, conforme a las cuales la sentencia considera acreditado el derecho suizo en la medida que resulta preciso para resolver el conflicto.

Como resultado de dicha prueba, concluye la Audiencia lo siguiente:

1º.- Todo trabajador en Suiza está asegurado de accidentes de manera obligatoria, lo que obliga a la aseguradora a satisfacer su prestación al asegurado o sus sucesores.

2º.- En cuanto al aseguramiento para cubrir responsabilidad civil derivada de un hecho de la circulación, el derecho suizo prevé también la obligatoriedad del seguro de responsabilidad civil para todos los vehículos de motor, y otorga acción directa a los perjudicados.

En este último caso se encuentra la póliza suscrita con Zurich suiza, que cubre:

a) De forma ilimitada la responsabilidad civil del titular del vehículo asegurado, tanto respecto a los daños a personas como a los materiales causados por aquel.

b) La muerte o invalidez de los perjudicados o sus descendientes a través de un seguro de acompañantes (accidentes), que, sin embargo, tiene carácter secundario porque no cabe acumular ambas coberturas, y porque las indemnizaciones derivadas del seguro de accidente, en particular las derivadas del fallecimiento, deben imputarse a las acciones contra el titular del vehículo que se basen en el seguro de responsabilidad civil.

3º.- Intereses de demora que no pueden exceder del 5% según Cód-

go suizo, siendo preciso para la mora el vencimiento del crédito y un requerimiento formal al deudor.

Es cierto que la sentencia recurrida realiza, en algún fundamento, referencias al derecho español de forma complementaria pero ello no es óbice para afirmar que está aplicando el derecho suizo a la relación jurídica controvertida. Sin duda -STS 4 de julio 2006 -, "la ley aplicable puede ser infringida, inaplicada, etc. y no debe hacerse diferencia entre derecho extranjero y derecho nacional una vez que se ha demostrado que el primero es el aplicable al caso sometido al juzgador, porque otra consecuencia sería tanto como impedir el acceso a los recursos establecidos por la ley (artículo 24 CE), además de infringir la norma conflictual española.

Sin embargo, la doctrina formulada en un recurso de casación por infracción del derecho extranjero no deba ser tenida como doctrina legal a los efectos del artículo 6.1 del Código civil, sin perjuicio de que pueda servir de pauta en posteriores conflictos ante los Tribunales españoles producidos en problemas semejantes en los que deban aplicarse las mismas normas jurídicas". Ahora bien, nada de esto tiene que ver con las reglas sobre la carga de la prueba, sino con la aplicación e interpretación que el Tribunal hizo del derecho suizo.

La parte actora no ha fundado su demanda en este derecho, ni tampoco se ha esforzado en señalar que perjuicio tiene la aplicación de su normativa, esto es, si con el derecho español las pretensiones formuladas hubiesen sido satisfechas, tratando exclusivamente de excluir su aplicación a favor del Derecho nacional, mediante la imputación a la entidad de seguros de haber manipulado el derecho en su propio interés cuando estuvo a su alcance evitarlo mediante una participación más activa en la alegación y prueba del mismo.

La sentencia declara probado que existe póliza de seguro de responsabilidad civil que ampara la acción directa de los perjudicados (hijos) para el resarcimiento de los daños sufridos por los menores, y aunque no aclara si se incluyen también con cargo a dicho seguro los morales, como daños indirectos o reflejos por el fallecimiento de ambos padres, que también reclaman en la demanda, en el derecho español la jurisprudencia de esta Sala excluye de la cobertura del Seguro de Responsabilidad Civil cuando se trata del fallecimiento del conductor (SSTS 3 de noviembre de 2008 y 1 de abril de 2009), y también el art. 3 de la Directiva 84/5/CEE que atribuye a los familiares, entre otros de conductor, un derecho a la cobertura de los "daños corporales por ellos sufridos", expresión que alude indiscutiblemente al concepto de víctima, y no de simple perjudicado reflejo; y

el artículo 1 de la Directiva 90/232/CEE que contempla igualmente la cobertura de la responsabilidad sobre los "daños corporales de todos los ocupantes", centrandose una vez más la cobertura en las "víctimas" (no aparece el concepto de perjudicado) del siniestro por haber sufrido "daños corporales", a las cuales no se pueden equiparar las personas que sufren daños o perjuicios derivados del fallecimiento del conductor, que no son daños corporales, sino daños o perjuicios derivados del daño corporal (SSTS de 3 de noviembre 2008). Por tanto la Audiencia no se pronuncia sobre esta cuestión, a pesar de que en su contestación la aseguradora suiza afirmó que de conformidad con el derecho suizo, la Compañía de seguros quedaba liberada cuando los perjudicados son parientes en línea recta, ascendente, descendiente o cónyuge.

Lo cierto es que sólo concede indemnización a las menores por sus propios daños personales (lesiones y secuelas), descartando las demás -principalmente el daño moral derivado del fallecimiento de los progenitores, que, nuestro derecho no permite respecto del conductor- en atención a que se trata de pretensiones cubiertas o compatibles con las pensiones de orfandad o sufragio de gastos de traslado de cadáveres y sepelio. En este sentido, no se toma en cuenta la existencia de un seguro de accidentes que podría cubrir esos riesgos, pero que, según la propia póliza no tiene carácter autónomo cuando el hecho causante da lugar a una reclamación de responsabilidad civil.

Finalmente, la falta de congruencia se sostiene en el motivo porque la sentencia razona de forma equivocada sobre la compatibilidad de las indemnizaciones percibidas por los menores y asimismo cuando señala que las indemnizaciones deben imputarse al seguro de responsabilidad civil, sin que el Tribunal haya dado motivación jurídica alguna para excluir del cálculo de daños el importe por el fallecimiento de sus padres; afirmaciones que no comportan la infracción del artículo 218, puesto que la sentencia está suficientemente motivada conforme al derecho que aplica.

El hecho de que no se haya pronunciado en sentido favorable a los intereses de quien recurre, no significa que no haya dado respuesta a las cuestiones planteadas o que sea esta inmotivada o incongruente. La decisión judicial adoptada expresa de forma suficientemente motivada las razones de hecho y de Derecho que integran el proceso lógico-jurídico que conduce a la decisión (SSTS 16 de abril y 28 de febrero de 2007; 15 de junio de 2009) y responde a una concreta interpretación y aplicación del derecho suizo, que nada tiene que ver con los preceptos citados en el motivo, por lo que no puede deri-

varse una vulneración del artículo 24 CE.

Quinto.- El motivo segundo denuncia infracción de los artículos 225.3º, sobre nulidad de actuaciones judiciales o cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión, en relación con los artículos 281 y 282 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, preceptos que hacen referencia a cuál debe ser el objeto de la prueba y que regula también la prueba de la costumbre, del derecho extranjero y la no necesidad de prueba en los hechos conformes y en los notorios, y que regulan la atribución a la parte de la iniciativa de la actividad probatoria. El motivo tiene que ver con la prueba del derecho suizo y la posición en rebeldía de la aseguradora, que invoca sesgadamente.

Se desestima. Al regular el artículo 461 de la LEC el contenido del escrito de interposición a la parte apelada, la oposición al recurso e impugnación de la sentencia, en su número 3 ofrece al apelado la posibilidad de acompañar a su escrito los documentos y solicitar las pruebas que considere necesarias, así como formular las alegaciones que estime oportunas sobre la admisibilidad de los documentos aportados y de las pruebas propuestas por el apelante. Nada de eso hizo quien recurre que estaba obligado a probar el Derecho Suizo y que no alegó indefensión con origen en la postura procesal de la recurrente, limitándose a negar su pertinencia, por no ser la interesada suficiente para hacer prueba del derecho extranjero, sin que tampoco tuviera nada que decir a la solicitud de información jurídica que hizo la Audiencia Provincial de Navarra a la Oficina Federal de Justicia Suiza en fecha 20 de julio de 2002, a la que como anexo se unía la demanda, la póliza de seguro y la petición de prueba.

Del mismo modo resultó firme la providencia de fecha 26 de marzo de 2003 por la que quedaba unida al rollo de apelación la documentación jurídica recibida y era puesta de manifiesto a las partes y solo reacciona cuando el Tribunal dispone de los dictámenes y documentación jurídica solicitados y funda sus conclusiones en los mismos; todo ello con independencia de que el art. 12, 6º del Código Civil no es una norma de prueba rígida, antes al contrario, faculta al Juzgador para valerse de cuantos medios considere oportunos.

Sexto.- La desestimación de ambos recursos conlleva la imposición de las costas a la parte recurrente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 398, en relación con el artículo 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

FALLO

Declarar no haber lugar a los recursos extraordinario por infracción procesal y el de casación formulados por el Procurador D. Eduardo de Pablo Murillo, en la representación que acredita de D. Gonzalo, contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra en fecha 29 de diciembre de 2004; con expresa imposición de las costas causadas por ambos recursos. Remítase testimonio de esta resolución a la citada Audiencia, con devolución de autos y rollo a su origen, interesando acuse de recibo.

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

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana, 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.

desestimatorio con unos argumentos cuyas ideas esenciales se pueden resumir en lo siguiente:

1.- Afirma que la pretensión de GRAPECA es ser considerada como entidad análoga a un Colegio Profesional, con la subsiguiente admisión de la lista de peritos por ella propuesta para ejercer en los Juzgados y Tribunales radicados en Islas Baleares, y ello a efectos de lo prevenido en el artículo 341.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC).

2.- Declara que lo solicitado sólo puede ser considerado por el Consejo desde una perspectiva gubernativa y, tras esa puntualización, señala que ha de estarse a lo establecido en la "Instrucción 5/2001, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, sobre remisión anual a los órganos jurisdiccionales de listas de profesionales para designación judicial como peritos". También subraya continuación que no es función de los Presidentes incluir o excluir a profesionales concretos de las indicadas listas, sino garantizar que todos los órganos judiciales localizados en el territorio correspondiente cuenten con las mismas.

3.- Dice, así mismo, que la Instrucción concreta las fuentes a las que ha de acudir para recabar los listados en su Apartado Segundo, cuyo contenido es éste:

"Los Presidentes se servirán preferentemente de las relaciones que hayan sido ya elaboradas por las administraciones competentes en materia de medios personales y materiales al servicio de la Administración de Justicia, así como de las relaciones de que dispongan las Audiencias Provinciales y los Decanatos y servicios comunes de su ámbito territorial".

4.- Con el punto de partida anterior concluye su razonamiento con estas declaraciones:

"No se prevé, en consecuencia, que los Presidentes deban acudir a Asociaciones Profesionales para desarrollar tal cometido ni que necesariamente hayan de tener en cuenta los listados que aquéllas, de modo unilateral, puedan eventualmente suministrarles. Solo se contempla la posibilidad de acudir a los Consejos Generales autonómicos o a los Colegios Profesionales comprendido en la demarcación territorial del correspondiente Tribunal Superior de Justicia.

Así las cosas, lo demandado por la Asociación actuante carece de apoyatura jurídica en la Instrucción examinada, única norma que, en la esfera gubernativa judicial -se insiste, la que exclusivamente puede ser analizada por el Pleno-, delimita las obligaciones de los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia en relación con la materia suscitada. El

recurso, en consecuencia, debe ser desestimado".

SEGUNDO.- El actual recurso contencioso-administrativo de GRAPECA, como ya se ha dicho, se dirige contra ese acuerdo de 27 de enero de 2008 del Pleno del Consejo General del Poder Judicial que antes ha sido mencionado.

La pretensión deducida en la demanda es la anulación de dicho acuerdo y también del acuerdo del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares que lo precedió, y ello a fin de que sea estimada su solicitud de que se proceda a incluir a los miembros de GRAPECA en los listados oficiales de peritos confeccionados anualmente para ejercer en los Juzgados y Tribunales radicados en el ámbito del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares.

La primera razón esgrimida por la demanda para apoyar su pretensión consiste en tomar en consideración lo que en la vía administrativa fue argumentado por el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, y en sostener sobre esa base que GRAPECA cumple con las exigencias que dicha argumentación consideraba necesarias para que su pretensión pudiera ser atendida.

Se dice al respecto que la argumentación presidencial señalaba que la inexistencia de Colegio Profesional no implicaba que cualquier entidad pudiera ser considerada análoga a tales corporaciones oficiales siempre que se cumplieran estas exigencias: (a) que el acceso a la entidad pretendidamente análoga incluyera la necesidad de un título o, en su defecto, la justificación del conocimiento o la experiencia sobre la materia; (b) que el acceso fuese igualitario o no discriminatorio; y (c), que la entidad pretendidamente análoga al Colegio profesional se encuentre sujeta a previa autorización y/o control por parte de la Administración.

Como también se afirma que esa misma argumentación decía que la inexistencia de Colegio profesional tampoco implicaba que la materia sobre la que deban pronunciarse los expertos carezca de titulación académica u oficial y, por ello, en tal caso la elaboración de las listas debía limitarse a incorporar a quienes justificasen dicha titulación oficial (sea académica o no), con exclusión de los restantes y a reserva de quienes hubiesen obtenido sus conocimientos o su experiencia con anterioridad a la existencia de dicha titulación.

Las otras razones invocadas se refieren a la especial virtualidad que ha de reconocerse al derecho de asociación reconocido en el artículo 22 de la Constitución y al mandato que sobre la promoción eficaz y real de la igualdad para todos los grupos se contiene en el artículo 9.2 del propio texto constitucional; y a que la Ins-



TS Sala 3ª, Sección: 8, Sentencia 3 marzo 2010. Ponente: D. Nicolás Maurandi Guillén

Incorporación de los miembros sin título oficial de la asociación recurrente a la lista de peritos para ejercer en los Juzgados y Tribunales

Estima el TS el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la asociación nacional de grafólogos, peritos caligráficos y documentólogos y anula el acuerdo del CGPJ por no considerarla conforme a derecho, declarando el derecho a que los miembros de la asociación sean incluidos en las listas de peritos sin titulación oficial, para la actuación en juzgados y tribunales del territorio del TSJ de las Islas Baleares. Indica la Sala, como argumento estimatorio, entre otros, que la motivación del Consejo no resulta convincente, puesto que cuando se trata de peritos sin título oficial, a falta de las relaciones que se mencionan en el punto segundo de la Instrucción, y a falta también de la posibilidad de acudir a las Corporaciones profesionales oficiales que se enumeran en su punto tercero, parece que la solución lógica debe ser la que prevé el art. 341, 2 LEC de permitir que "sindicatos, asociaciones y entidades apropiadas" puedan también facilitar la lista de peritos de que se viene hablando.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La ASOCIACIÓN NACIONAL DE GRAFÓLOGOS, PERITOS CALÍGRAFOS Y DOCUMENTÓLOGOS (GRAPECA), recurrente en el actual proceso contencioso-administrativo, el 15 de diciembre de 2006 formalizó un escrito ante el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares y le aportó un listado de peritos calígrafos y grafólogos, miembros de dicha Asociación, interesando su inclusión en la lista correspondiente que se elabore por los Juzgados para una eventual designación.

El acuerdo de 26 de enero de 2007 del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares resolvió denegarle legitimación para lo que

solicitaba, porque la mencionada Asociación no estaba constituida como Colegio Oficial ni constaba que sus reglas de funcionamiento permitieran su equiparación a un Colegio Oficial, pero hizo la declaración expresa de que esa legitimación sí correspondía a cada uno de sus integrantes.

El acuerdo anterior fue impugnado y el acuerdo de 27 de enero de 2008 del Pleno del Consejo General del Poder Judicial valoró tal impugnación como recurso de alzada (que registró con el número 56/07) y lo desestimó.

Este último acuerdo plenario, en su fundamento de derecho tercero, delimitó el problema de fondo planteado y justificó su pronunciamiento

trucción 5/2001 del CGPJ es compatible con lo que establece el artículo 341 de la LEC.

Por otra parte, en el período de prueba se ha acreditado mediante certificación del Ministerio de Educación que la actuación de Perito-Calígrafo no es objeto de ningún título universitario oficial.

TERCERO.- A la hora de resolver esa pretensión deducida en la demanda, debe comenzarse afirmando que, en esta materia (la relativa a la designación judicial de peritos en los procesos jurisdiccionales), es correcto el planteamiento inicial que hace el Consejo de diferenciar en ella una perspectiva gubernativa y afirmar que su competencia se limita a dicha perspectiva.

Y así ha de ser considerado porque la lectura del artículo 341 de la LEC (y la de los restantes de la misma sección) efectivamente permite diferenciar en esta materia un aspecto jurisdiccional, que concierne a la designación de la persona concreta que habrá de actuar como perito en un proceso determinado (acto procesal de indudable trascendencia, por estar implicado el esencial valor de la imparcialidad), y un aspecto meramente gubernativo, cuyo alcance o contenido no es sino el puramente instrumental de establecer el elenco de personas al que habrá de acudir para realizar aquella designación.

CUARTO.- Tras esa diferenciación, también debe ya decirse que la motivación ofrecida por el acuerdo del Consejo para justificar su desestimación de la solicitud de GRAPECA no resulta convincente.

No lo es porque ese artículo 341 de la LEC, en lo que dispone sobre las organizaciones a las que se puede acudir para confeccionar la lista de peritos, no regula esa primera actuación estrictamente jurisdiccional a la que antes se ha hecho referencia sino la segunda puramente gubernativa que también ha sido mencionada, y esto porque los requerimientos o llamadas que se hagan a dichas organizaciones tienen únicamente ese carácter instrumental que también antes ha sido apuntado (elaborar la lista o elenco de personas que podrán ser designadas).

Porque dicho precepto, en cuanto a las organizaciones a las que puede acudir, ciertamente establece en su apartado 1 una inicial llamada a los Colegios profesionales, "entidades análogas" y Academias e instituciones culturales y científicas; pero en su apartado 2, tratándose de peritos sin título oficial, permite acudir a la lista que faciliten organizaciones diferentes de las anteriores y, como tales, menciona genéricamente a "sindicatos, asociaciones y entidades apropiadas".

Y por último, porque este apartado 2 no parece impedir que para formar

la correspondiente lista de los peritos sin titulación oficial pueda acudir a varias de esas entidades que genéricamente se mencionan (si existen más de una de ellas) e, incluso, que se incluya a expertos que por no formar parte de ninguna de esas entidades lo hayan solicitado a título individual.

Lo que antecede significa que esa Instrucción 5/2001 que antes se mencionó, a esos efectos que aquí interesan de la actuación instrumental que ha de seguirse para formar la lista de peritos, debe ser considerada como un desarrollo o complemento de lo establecido en el tan repetido artículo 341 de la LEC que, por lo mismo, no puede dejar sin efecto lo que en este precepto legal se establece.

Y lo que de ello se deriva es que, cuando se trata, como aquí acontece, de peritos sin título oficial, a falta de las relaciones que se mencionan en el punto segundo de la Instrucción, y a falta también de la posibilidad de acudir a las Corporaciones profesionales oficiales que se enumeran en su punto tercero, parece que la solución lógica debe ser la que prevé el apartado 2 de dicho artículo 341 LEC de permitir que "sindicatos, asociaciones y entidades apropiadas" puedan también facilitar la lista de peritos de que se viene hablando.

La consecuencia final debe ser, pues, acceder a la pretensión de GRAPECA, pero con la matización de que está referida a la lista de peritos sin título oficial; por no ser de compartir esa única razón de denegación que fue utilizada por el Consejo, como tampoco el obstáculo de la carencia de título oficial que especialmente especialmente ha sido invocada en el escrito de contestación a la demanda como fundamento principal de la oposición a la acción del recurrente que en dicho escrito se desarrolla.

QUINTO.- Procede, de conformidad con lo antes razonado, estimar el recurso contencioso-administrativo y acceder a la pretensión ejercitada en la demanda.

Y no hay circunstancias que justifiquen una especial imposición de costas.

FALLO

1.- Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por ASOCIACIÓN NACIONAL DE GRAFÓLOGOS, PERITOS CALÍGRAFOS Y DOCUMENTÓLOGOS (GRAPECA frente al Acuerdo de 27 de febrero de 2008 del Pleno del Consejo General del Poder Judicial (dictado en el recuso de alzada núm. 56/07), y anular dicha actuación, por no ser conforme a Derecho, a fin de que se reconozca a dicha asociación recurrente el derecho a que sus miembros sean incluidos en las listas de peritos sin titulación oficial que anualmente sean confeccionadas

para actuar en juzgados y tribunales del territorio del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares.

2.- No efectuar especial imposición de costas.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal, el mismo día de su fecha, lo que certifico.

2010/84308

TS Sala 3ª, Sección: 4, Sentencia 18 mayo 2010. Ponente: D. Antonio Martí García

Desaparición de objeto por derogación sobrevenida del RD 831/2003

El TS declara sin contenido, por carencia de objeto, el recurso contencioso planteado contra el RD 831/2003, de 27 junio, por el que se establecen la ordenación general y las enseñanzas comunes de la Educación Secundaria Obligatoria, habida cuenta que la derogación sobrevenida del RD priva a la controversia de cualquier interés o utilidad real, al haber desaparecido su objeto. El recurso entablado en instancia contra una disposición general, tiene por finalidad eliminar del Ordenamiento jurídico preceptos contrarios a derecho y no resolver acerca de pretensiones individualizadas que pudieran derivarse de una determinada relación jurídica singular entre un recurrente y la administración.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación legal de la "Federación de Enseñanza de CC.OO.", interpuso ante esta Sala el recurso contencioso-administrativo 99/2003, con el objeto de conseguir la anulación de la disposición adicional primera del Real Decreto 831/2003, de 27 de junio, por el que se establecen la ordenación general y las enseñanzas comunes de la Educación Secundaria Obligatoria.

SEGUNDO.- Al haberse acreditado en las actuaciones que el Real Decreto 831/2003 de 27 de junio, ha sido derogado por el Real Decreto 806/2006, de 30 de junio, se hace necesario precisar los efectos que sobre la relación procesal ha de tener la derogación del Real Decreto 831/2003, objeto directo del recurso contencioso-administrativo formulado ante esta Sala.

Como recordaban las SSTs de 28 de noviembre de 2008 y de 12 de septiembre de 2006, recursos de casación 565/2006 y 2012/2005, respectivamente, con cita de la de 16 de mayo de 2008, recurso 64/2005, constituye doctrina reiterada de esta Sala (SSTs de 18 de mayo de 2006, recurso directo 45/2004, 31 de enero de 2008, recurso directo 42/2005, 1 de febrero de 2008, recurso directo 49/2005, 4 de febrero de 2008, recurso directo 50/2005) que el recurso directo pierde su objeto cuando, al tiempo de dictar sentencia, la norma reglamentaria ha sido ya eliminada por cualquier otro medio del ordenamiento jurídico.

No debe olvidarse que el recurso entablado en instancia contra una disposición general tiene por finalidad eliminar del ordenamiento jurídico preceptos contrarios a derecho y no resolver acerca de pretensiones individualizadas que pudieran derivarse de una determinación relación jurídica singular entre un recurrente y la administración.

Por ello debe reproducirse lo vertido en la STS de 14 de octubre de 1999, recurso directo 182/1996, que transcribe lo manifestado en la STS de 29 de abril de 1998, dictada en el recurso núm. 445/1995, acerca de lo que acontece cuando un Real Decreto impugnado es derogado por otro posterior. Partiendo de tal hecho, razón así:

"Tratándose el presente de un recurso directo contra aquel Real Decreto, y no contra actos de aplicación singular del mismo, y pretendiéndose la expulsión del ordenamiento jurídico de normas que a juicio del recurrente son ilegales, la derogación sobrevenida priva a la controversia de cualquier interés o utilidad real al haber desaparecido su objeto; debiendo traerse a colación, a este respecto, la doctrina del TC, en relación con los recursos de inconstitucionalidad, pero que es perfectamente aplicable a los recursos directos contra Reglamentos, como es el del caso presente, según la cual (SSTC 111/1983, 199/1987 y 385/1993) "cuando a lo largo de la tramitación de un recurso de inconstitucionalidad -recurso abstracto y orientado a la depuración objetiva del ordenamiento- pierda su vigencia el precepto legal controvertido, tal circunstancia sobrevenida habrá de ser tenida en cuenta por este Tribunal para apreciar si la misma conlleva la exclusión de toda aplicabilidad de la Ley", y añade, "si así fuera no habrá sino reconocer que desapareció, al acabar su vigencia, el objeto de este proceso constitucional que, por sus notas de abstracción y objetividad, no puede hallar su exclusivo sentido en la eventual remoción de las situaciones jurídicas creadas en aplicación de la Ley, acaso inconstitucional". Lo anterior es asimismo mantenido en la STS 18 de mayo de 2006, recurso directo 45/2004, con cita de otras muchas sentencias del

mismo tenor. Si bien añade un nuevo razonamiento que debemos también reproducir. Dice en su FJ 4º que “La pérdida de la finalidad del recurso queda más patente aún si se tiene en cuenta que, conforme al artículo 72.2 de la nueva Ley de esta Jurisdicción, “las sentencias firmes que anulen una disposición general tendrán efectos generales desde el día en que sea publicado su fallo y preceptos anulados en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición anulada”.

Norma ésta que corrobora la innecesariedad de un pronunciamiento judicial que elimine del ordenamiento jurídico, con eficacia general “*ex nunc*”, a una disposición que, por haber sido ya derogada, ha resultado excluida del propio ordenamiento jurídico antes del hipotético fallo judicial anulatorio, aunque es cierto, sin embargo, que dicha doctrina y sus consecuencias procesales deben ceder en los casos en que las normas reglamentarias objeto de recurso directo, pese a su derogación, mantienen una cierta ultraactividad posterior que se extienda hasta el momento de la sentencia. En tales supuestos -esto es, en aquellos en que se mantiene la aplicación de la norma derogada a hechos acaecidos con posterioridad a su pérdida de vigencia- un hipotético fallo anulatorio del reglamento impugnado responde a su finalidad y no puede entenderse que el recurso, sea en la instancia o en casación, haya sido privado de contenido.”

A la vista de la anterior doctrina y tratándose cual se trata en el caso de autos de la impugnación de una disposición general, es obligado acordar la terminación del procedimiento y su archivo a la vista de que el Real Decreto originariamente impugnado ha sido derogado por otro posterior a su dictado pero anterior a la fecha en que se debía haber dictado sentencia.

Ello es en definitiva conforme con lo dispuesto en el art. 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de aplicación supletoria en sede contencioso-administrativa ex disposición final primera LJCA, que prevé se declare concluido el procedimiento cuando por circunstancias sobrevenidas a la demanda deje de haber interés legítimo en obtener la tutela judicial pretendida al haberse satisfecho, fuera del proceso, las pretensiones del actor.

TERCERO.- Al concluir de este modo el recurso no procede hacer expresa condena en costas a la Administración recurrente al no concurrir la circunstancia prevista en el art. 139.2 de la Ley de la Jurisdicción.

FALLO

Declaramos sin contenido por carencia de objeto, el recurso contencioso-administrativo interpuesto a instancia la “Federación de Enseñanza de CC.OO.” contra Real Decreto

831/2003, de 27 de junio, por el que se establecen la ordenación general y las enseñanzas comunes de la Educación Secundaria Obligatoria. Sin que proceda hacer imposición de las costas causadas en la presente instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Antonio Marti García.-

Enrique Lecumberri Marti.- Ricardo Enríquez Sancho.- Santiago Martínez-Vares García.- Segundo Menéndez Pérez.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente de la misma, Excmo. Sr. D. Antonio Marti García, hallándose celebrando audiencia pública, ante mí, el Secretario. Certifico.

281/2005 (7/noviembre), argumentando:

a) El derecho a local “adecuado” ha de ser “acorde a los medios tecnológicos existentes en el presente y que son de uso común: equipo informático, impresora, scanner, teléfono, conexión a internet y correo electrónico”.

b) Los citados medios tecnológicos suponen una ventaja para la actividad de representación de los intereses de los trabajadores en relación con los medios de comunicación tradicionales.

c) “Es evidente” que la redacción del art. 8.2 LOLS “ha quedado vetusta tras los avances tecnológicos y de los sistemas de comunicación en los últimos veintitrés años”.

d) No se trata de solicitar “el establecimiento de un sistema informático ex novo, sino de negarse de forma injustificada a la utilización de unos medios preexistentes en la empresa”, que muy contrariamente tolera su utilización a CCOO y UGT (extremo que no solamente no figura en el relato de hechos ni pretende incorporarse a ellos, sino que ni tan siquiera se aduce en demanda).

SEGUNDO.- 1.- El punto de partida para la desestimación del recurso por necesidad ha de ser la naturaleza -adicional- que corresponde al derecho cuyo ejercicio se pretende materializar en los términos arriba expresados. Para el Tribunal Constitucional (STC 281/2005, de 7 /noviembre), “la imposición de cargas a la empresa derivada de la actuación sindical implica la promoción de la actividad del sindicato en la empresa o en el centro de trabajo, que parece así como un instrumento adicional que el legislador puede lícitamente establecer, ordenar y delimitar sin incurrir en inconstitucionalidad puesto que no está incluido en el contenido esencial de la libertad sindical... Estas ventajas y prerrogativas dirigidas a promocionar la actividad sindical en los lugares de trabajo, no integran el contenido esencial de la libertad sindical” (FJ 5).

2.- Sobre este presupuesto, el máximo intérprete de la Constitución sostiene en la misma sentencia que “el contenido adicional del derecho fundamental... puede añadir prerrogativas y poderes sindicales distintos a los comprendidos en el contenido esencial del art. 28.1 CE, pero puede también quedar referido a los derechos y facultades que integran ese núcleo mínimo e indisponible del derecho fundamental, articulando, más que nuevos derechos sindicales, ventajas y posibilidades complementarias... Lo que significa que la libertad (sindical)... podrá venir acompañada y favorecida por cargas y obligaciones de terceros, como el empresario... En definitiva, las organizaciones sindicales tienen derecho a que

TS SOCIAL

2010/140228

TS Sala 4ª, Sentencia 17 junio 2010. Ponente: D. Luis de Castro Fernández

Su falta no supone vulneración de libertad sindical

Suministro empresarial de infraestructura informática para uso sindical

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la organización sindical codemandante contra sentencia que no apreció vulneración de su libertad sindical.

Según la Sala, las empresas no están obligadas a dotarse de una infraestructura informática para uso sindical, como reclama el recurrente, pues el flujo de la información puede transcurrir por otros cauces, no dependiendo la posibilidad de su existencia y efectividad de la utilización de esos instrumentos, de forma que la interpretación extensiva del art. 8,2 LOLS propuesta, no representa la única que salvaguarda el derecho fundamental, resultando posible otra distinta.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Por demanda formulada en procedimiento de Conflicto Colectivo por los Sindicatos “Unión Sindical Obrera” (“USO”) y “Federación de Trabajadores Independientes de Comercio” (“FETICO”), se interesó se declarase el derecho de sus respectivas Secciones Sindicales a la utilización de un local adecuado -subsidiariamente compartido-, “con la dotación suficiente y necesaria en cuanto a mobiliario y material de oficina para su normal funcionamiento, así como los medios técnicos propios y adecuados a tal fin: equipo informático, impresora, scanner, teléfono, incluyendo conexión a internet y correo electrónico”.

2.- La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional desestimó la pretensión por sentencia de 25/03/09 (autos 189/08), declarando probado:

a) Que por Pacto de empresa de 26/02/02, se acordó que los Comités de Empresa “dispondrían de un local lo suficientemente espacioso para celebrar sus reuniones, y que este local estará equipado con una mesa, si-

llas en número suficiente, teléfono, armario-archivo para uso del mismo, máquina de escribir y material de escritorio”.

b) Que “en tales condiciones se encuentran las oportunas instalaciones en los Centros de Makro que cuentan con más de 250 trabajadores”. Y para rechazar la pretensión se argumenta:

a) La literalidad del pacto de empresa de 26/02/02 sobre el local de los Comités de Empresa.

b) La inaplicación -pretendida por los Sindicatos accionantes- de la alteración sobrevenida de las circunstancias.

c) El contenido propio del procedimiento de Conflicto Colectivo, en el que no se puede ir más allá de la aplicación e interpretación de la norma (legal o convencional) o práctica de empresa.

3.- En su recurso frente a tal decisión, el Sindicato “USO” denuncia la infracción del art. 8.2 LOLS y el apartado 8 del Pacto de Empresa de 26/02/02, en relación con la STC

el empresario asuma las obligaciones y cargas que las normas legales o pactadas o sus previos actos le impongan para promocionar la eficacia del derecho de libertad sindical en la empresa (contenido adicional) aunque, conforme a lo dicho, al mismo tiempo, no pueden demandar actos positivos de esa naturaleza promocional si no existe una fuente generadora de tal obligación” (FJ 3).

3.- Ya en directa referencia a la norma que se denuncia en el presente recurso, el TC argumenta que si “el tenor literal del art. 8.2 LOLS permitiera una interpretación más beneficiosa para el sindicato y más gravosa para el empresario a la vista de las nuevas realidades de la comunicación... una lectura semejante del precepto legal para definir las obligaciones empresariales no se traduciría tanto en el derecho de uso sindical de un sistema de correo electrónico preexistente cuanto implicaría, antes aún, un derecho incondicionado de las organizaciones sindicales citadas en el art. 8.2 LOLS a la creación de la herramienta de comunicación a cargo de la empresa para una finalidad sindical. Frente a ello,... siendo patente que el flujo de la información puede transcurrir por otros cauces, no dependiendo la posibilidad de su existencia y efectividad de la utilización de esos instrumentos, la interpretación extensiva del precepto que se propone no representa la única que salvaguarda el derecho fundamental, resultando posible otra distinta... No cabe entender, consecuentemente, que exista una obligación legal de facilitar la transmisión de información sindical a los trabajadores, afiliados o no, a través de un sistema de correo electrónico con cargo al empleador. Las empresas, dicho en otras palabras, no están obligadas a dotarse de esa infraestructura informática para uso sindical” (FJ 5).

TERCERO.- 1.- Excluida la pretensión de vulneración del derecho de libertad sindical (art. 8.2 LOLS, con o sin relación con el Pacto de 26/02/02), no resta sino examinar individualmente considerada la posible infracción del apartado 8 del referido Pacto de Empresa y por virtud del cual -lo señalamos en el apartado 2 del fundamento jurídico primer- el local estaría equipado con “una mesa, sillas en número suficiente, teléfono, armario-archivo para uso del mismo, máquina de escribir y material de escritorio”; contenido que a juicio del recurrente ha de adaptarse a las posibilidades tecnológicas actuales.

2.- La denuncia -aisladamente considerada- no puede prosperar, porque tanto para el recurso de casación ordinario como para el de unificación de doctrina, la Sala mantiene con absoluta unanimidad que como se trata de un recurso extraordinario, como tal tiene que estar fundado en un motivo por infracción de Ley (arts. 205 y 222 LPL; y art. 477.1 LECiv), por lo que necesariamente

tiene que invocar como causa de impugnación la infracción de una norma del ordenamiento jurídico -sea ésta un precepto constitucional, una disposición legal o reglamentaria, un convenio colectivo estatutario- o una doctrina jurisprudencial, “por lo que ninguna efectividad puede otorgarse a la alegación relativa a las cláusulas” de pactos o acuerdos entre partes” (STS 08/05/06 -rco 179/04 -) o a un Acuerdo Marco (STS 10/05/04 -rcud 4686/03 -), o a un Acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores (STS 05/04/06 -rco 73/05 -), o un Acuerdo empresa-sindicatos (STS 10/04/06 -rco 198/04 -), o un pacto que no tiene naturaleza de convenio colectivo (STS 19/02/01 -rco 2964/00 -), o una resolución administrativa (STS 13/12/01 -rcud 4255/00 -) o las normas internas de los Sindicatos (SSTS -recientes- de 15/02/07 -rco 54/06-; 14/03/07 -rco 34/06-; 25/06/07 -rco 58/06-; y 08/02/10 -rco 107/09-), e incluso un convenio colectivo extra-estatutario, aunque con la posible salvedad de que hubieran sido publicados en un periódico oficial (STS 14/01/08 -rco 91/06-). Y ello “no es más que una manifestación de la finalidad de protección del ordenamiento jurídico que corresponde a la casación como recurso extraordinario y que tradicionalmente se ha asociado a la denominada “función nomofiláctica” de este recurso, que persigue salvaguardar el texto de la Ley contra cualquier alteración o modificación que pueda surgir en el proceso de su aplicación judicial, y, aunque esta función ha de completarse con la uniformadora, hoy predominante en la nueva casación de unificación de doctrina, lo cierto es que ambas se complementan en el establecimiento de una interpretación de la Ley que se ajuste a su verdadero sentido, adquiriendo al mismo tiempo esa interpretación la generalidad que es propia de la función uniformadora. Es en este sentido en el que el ius constitutionis predomina claramente en la casación y, aunque la evolución de ésta ha dado entrada al ius litigatoris -al interés del litigante-, lo ha hecho de una forma subordinada, sólo y en la medida en que ese interés es un instrumento para lograr la protección del interés público en la defensa de la correcta y uniforme aplicación de las Leyes” (STS 08/03/04 -rco 114/03-).

CUARTO.- 1.- Únicamente sería factible la denuncia si -como se pretendió en la instancia- se adujese la vulneración de norma o jurisprudencia interpretativa o alusiva a la cláusula “rebus sic stantibus”; variación de circunstancias que late en toda la argumentación recurrente, pero que no se materializa en precepto o doctrina algunos. Pero aunque este defecto es obstáculo legal para la viabilidad del motivo, de todas formas no parece estar de más resaltar el acierto de la decisión recurrida al rechazar la aplicación de la citada cláusula. Argumenta, siguiendo el criterio de la Sala, que si ya en el ámbito del

Derecho civil tiene dificultades aplicativas por el rigor de los requisitos establecidos por la doctrina jurisprudencial, con mayor motivo han de sostenerse obstáculos a ella en el Ordenamiento jurídico laboral, tanto por sus específicas reglas orientadas a modificar las condiciones de trabajo (arts. 39 a 41 ET), cuanto por la singularidad del Convenio Colectivo como fuente del Derecho (art. 3.1 ET), hasta el punto de que la indicada teoría (“rebus sic stantibus”) únicamente sería viable -con restrictiva utilización- cuando se tratase de obligaciones derivadas del contrato de trabajo, pero nunca cuando las obligaciones han sido pactadas en Convenio Colectivo, pues la cláusula es imprecisable de las normas jurídicas y el pacto colectivo tiene eficacia normativa ex art. 37 CE (“cuerpo de contrato y alma de Ley”, se ha dicho); e incluso -tratándose de condición individual de trabajo- la citada cláusula “rebus sic stantibus” habría de invocarse como causa justificativa de la modificación en el procedimiento previsto en el art. 41 ET, pero nunca alcanzaría a justificar la supresión o modificación por unilateral voluntad de la Empresa (SSTS 26/04/07 -rco 84/06-; y 14/10/08 -rco 129/07-). Con ser ello cierto, al tratarse en autos de una condición adicional del ejercicio del derecho de libertad sindical, en principio la materia sería susceptible de que se le aplicase la debatida cláusula, pero pese a todo no concurre ninguno de los requisitos que para tal figura exige la jurisprudencia desde la STS -Civil- 17/05/57:

a) Alteración extraordinaria de las circunstancias.

b) Desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes, cuyo equilibrio se ve aniquilado.

c) Sobrevenir circunstancias radicalmente imprevisibles. En el caso de que tratamos no concurre ninguna de tales exigencias, pues cuando se pactó la dotación material del local (año 2002) ya existían los medios técnicos e informáticos que ahora se reclaman, y en todo caso no se ha insinuado -tan siquiera- una “desproporción exorbitante” en las respectivas prestaciones que dieron lugar al debatido Pacto de Empresa.

2.- En realidad, una vez excluida la vulneración del art. 8.2 LOLS y desechada la utilización de la doctrina de la alteración exorbitante, lo que en la realidad subyace en la reclamación es la pretensión de modificar por vía judicial el contenido del acuerdo de 2002, que a los Sindicatos reclamantes se les hace “escaso” desde el punto de vista tecnológico (probablemente lo sea, pero hay que negociar sus términos). Pero con ello saldríamos del marco que corresponde al conflicto colectivo para entrar de lleno en el conflicto de intereses; y por lo mismo en la incompetencia de jurisdicción. Porque el conflicto colectivo presupo-

ne una controversia que puede ser solventada aplicando una norma jurídica, pues lo que se cuestiona es la existencia, el alcance, el contenido o los sujetos de una relación jurídica disciplinada por la ley o por el convenio colectivo, o afectada por decisión o práctica de empresa, en tanto que el conflicto de intereses tiene como finalidad la modificación, bien a través de la supresión, la adición, la reducción o la sustitución por otro del orden jurídico preestablecido, es decir, cambiando de alguna manera las condiciones de trabajo (ejercicio de la actividad sindical, en el caso) y, como es lógico, estas controversias no pueden encontrar solución en Derecho, ni el Juez puede suplantar la actividad negociadora de las partes, único procedimiento para pacificar la situación (así, SSTS 19/04/00 -rco 2980/99-; 28/11/01 -rco 3380/00-; 07/02/06 -rco 23/05-; 14/02/08 -rco 119/06-; 05/03/08 -rcud 100/06-; y 26/05/09 -rco 107/08-).

QUINTO.- Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -con el Ministerio Fiscal- que el recurso es improcedente, que la doctrina mantenida por la sentencia recurrida es ajustada a Derecho y que -en consecuencia- la misma ha de ser confirmada. Sin imposición de costas (art. 233.2 LPL).

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

FALLO

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por la representación de “Unión Sindical Obrera” y confirmamos la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en fecha 25/marzo/2009 (autos 189/2008), que desestimó Conflicto Colectivo planteado por la recurrente y “Federación de Trabajadores Independientes de Comercio” frente a “Makro Autoservicio mayorista, SA”, “Comisiones Obreras” y “Unión General de Trabajadores”.

Sin imposición de costas.

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. Fernando Salinas Molina.- José Luis Gilolmo López.- José Manuel López García de la Serrana.- Luis Fernando de Castro Fernández.- María Lourdes Arastey Sahun.

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



EL DERECHO

Año XVII. Número 2879

Madrid, 6 de octubre de 2010

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

RESEÑA

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



TS
CIVIL

2010/113281

TS Sala 1ª, Sentencia 7 junio 2010.
Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos

Reclamación improcedente por mediación en calidad de apoderado de empresa

El TS declara no haber lugar al recurso extraordinario por infracción procesal confirmando la sentencia impugnada que no consideró acreditada la existencia de los contratos en que se fundaba la reclamación de cantidad relativa a la mediación para la venta de inmuebles de un polígono industrial y a la gestión sobre las promociones que la entidad demandada inició en el mismo polígono industrial, y entendió que el demandante desarrolló una actividad mediadora y de gestión pero no en su propio nombre sino como apoderado de la empresa a la que la entidad demandada encargó la mediación, desestimando por ello la demanda.

2010/133404

TS Sala 1ª, Sentencia 29 junio 2010.
Ponente: D. Antonio Salas Carceller

Obligación de devolución del justiprecio recibido en expropiación de finca

El TS declara no haber lugar a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por ambas partes litigantes confirmando la sentencia impugnada que absolvió al ayuntamiento y condenó a la mercantil codemandada a pagar a la actora el justiprecio que esta última había recibido como consecuencia de la expropiación de la finca, al quedar acreditado que la titularidad de la misma la ostentaba la actora y no la demandada que erróneamente fue considerada titular en el expediente de expropiación, pero sin decretar la AP la ineficacia de la expropiación tal y como pretendía la demandante. Confirma el TS que sobre el resultado del procedimiento de expropiación únicamente se puede pronunciar la jurisdicción contencioso-administrativa.



TS
PENAL

2010/78763

TS Sala 2ª, Sentencia 21 abril 2010.
Ponente: D. Juan Saavedra Ruiz

Indebida aplicación de la continuidad delictiva

Se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por un delito de falsedad documental continuada en concurso con un delito contra la Hacienda Pública. El Alto Tribunal dicta segunda sentencia por la que establece la aplicación de la pena correspondiente a los particulares, y no la prevista para autoridades o funcionarios públicos aplicada erróneamente por la Audiencia. Por otra parte, deja sin efecto la continuidad aplicada a los dos delitos contra la Hacienda Pública, habida cuenta de que solo en relación con el ejercicio fiscal del primer año la cuota defraudada, indebidamente devuelta, supera los ciento veinte mil euros, y se ha de calificar como un sólo delito contra la Hacienda Pública, porque la defraudación correspondiente al año siguiente debe considerarse como infracción administrativa por no alcanzar dicha suma.

2010/84216

TS Sala 2ª, Sentencia 23 febrero 2010.
Ponente: D. Siro Francisco García Pérez

Prueba indiciaria bastante para enervar la presunción de inocencia de la condenada como autora de homicidio

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por la acusada contra sentencia que la condenó como autora de un delito de homicidio. Señala el TS que en cuanto a la imposibilidad espacio-temporal que achaca la parte recurrente a la conclusión del TSJ, queda desmontada si se atiende a las declaraciones testificales de los policías, sobre trayectos, más la declaración de la amiga de la acusada, sobre la hora en que la recogió. No contienen las sentencias de los tribunales "a quo" duda alguna que haya sido resuelta en

contra de la rea, y el veredicto de culpabilidad a que llegó el jurado no se basó en meras conjeturas, sino en indicios, con base directamente acreditada, que conducen a entender desvirtuada la presunción de inocencia.



TS
CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO

2010/92281

TS Sala 3ª, Sección 3ª, Sentencia 29 abril 2010.
Ponente: Dª Mª Isabel Perelló Domenech

Representación insuficiente que ostenta el sindicato recurrente en la CA de Navarra

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la confederación sindical contra la sentencia del TSJ de Navarra por la que se desestimó el recurso deducido contra el acuerdo del Gobierno de Navarra, desestimatorio del recurso de alzada interpuesto contra la Orden Foral 299/2005 del Consejero de Obras Públicas Transporte y Comunicaciones, que desestimó la petición de inclusión en el Consejo de Transportes de Navarra. La Sala confirma la conclusión adoptada en la instancia, que niega a la entidad recurrente el carácter de sindicato más representativo en Navarra por considerar insuficiente la representación que ostenta esta federación en la comunidad autónoma.

2010/92294

TS Sala 3ª, Sección 5ª, Sentencia 30 marzo 2010.
Ponente: D. Rafael Fernández Valverde

Necesaria dependencia esencial entre contradicción invocada y la infracción legal que se aduce

El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra la sentencia dictada por el TSJ de la Comunidad Valenciana, que estimó parcialmente, reduciendo la multa impuesta, el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la resolución por la que se acordó imponer a la entidad recurrente la sanción de multa, como autora de una infracción consistente en el abandono, vertido o eliminación

incontrolada de residuos peligrosos en todo el territorio de la Comunidad Valenciana. La Sala considera que no basta con evidenciar una contradicción entre las sentencias enfrentadas, sino que ha de ponerse en relación con una infracción legal, en el bien entendido que entre la contradicción invocada y la infracción legal que se aduce ha de mediar una conexión o dependencia esencial, lo que no concurre en el supuesto examinado. No obstante, incluso en la hipótesis de que entendiéramos que existen las identidades requeridas, el presente recurso no podría prosperar en el sentido pretendido por la recurrente, pues sobre la cuestión que esta plantea nos hemos pronunciado en sentido contrario a la tesis que defiende, y en el mismo sentido que propugnó la Audiencia Nacional en la sentencia aquí combatida.



TS
SOCIAL

2010/113433

TS Sala 4ª, Sentencia 28 abril 2010.
Ponente: D. Mariano Sampedro Corral

Inexistente reintegro de prestación por desempleo

Estima el TS el rec. de casación para la unificación de doctrina formulado por la academia de inglés demandada contra sentencia que la condenó al pago de prestaciones por desempleo por fraude en la contratación temporal. Explica el Tribunal que si bien en el supuesto enjuiciado los contratos debieron ser a tiempo parcial, y no de obra o servicio determinado, dada la actividad de la empresa, también lo es que, independientemente de la forma del contrato, el trabajador habría tenido derecho a desempleo, no existiendo un lucro indebido de prestaciones imputable a la empresa, ni un perjuicio para la Entidad Gestora.

2010/122419

TS Sala 4ª, Sentencia 11 mayo 2010.
Ponente: Dª Mª Lourdes Arastey Sahiún

Concesión de subsidio por IT

Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por la beneficiaria accionante contra sentencia que rechazó su pretensión sobre subsidio de IT por entender que se trababa de similar patología a la que dio lugar a la denegación de la incapacidad permanente. Explica el Tribunal que si bien es cierto que la fibromialgia había aparecido detectada en la trabajadora demandante con anterioridad a la baja médica que constituye el núcleo de la controversia, ni se encontraba en el diagnóstico que motivó el proceso de IT que se agotó, ni cabe acudir a los criterios de determinación de la incapacidad permanente para trasladarlos a la valoración de la situación de incapacidad temporal.