



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 2890

Madrid, lunes 8 de noviembre de 2010



TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2010/113371

TS Sala 3ª, Sección 4, Sentencia 25 mayo 2010. Ponente: D. Santiago Martínez-Vares García

Indemnización de los daños morales y económicos derivados de la falta de realización de prueba diagnóstica

El TS desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia que estimó en parte el recurso deducido contra la Resolución de la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios del Principado de Asturias sobre reclamación de responsabilidad patrimonial, puesto que el daño producido consistente en el mal diagnóstico de las malformaciones de que adolece la menor no es imputable a la Administración. La Sala considera que entre las semanas 18-22 del embarazo debió realizarse una ecografía de nivel IV, porque en ese momento preciso de la gestación es posible conocer con un nivel de probabilidad que alcanza un alto porcentaje si existen anomalías en el feto, y no basta para exculpar a la Administración con decir que en el Hospital de Cabueñes no existían medios para ello, porque obligación de la Administración es poner al servicio de los ciudadanos los medios adecuados para obtener el resultado exigido por el estado de la ciencia en ese momento. Respecto de la cuantía de la indemnización, además del daño moral por la pérdida de oportunidad de plantearse la interrupción voluntaria del embarazo o seguir adelante, se incluye los gastos derivados de la crianza de los hijos que aunque en circunstancias normales no constituyen un daño, cuando las circunstancias se separan de lo normal implicando una carga económica muy superior a la ordinaria que puede proceder indemnizar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso de casación que la Sala resuelve se interpone por las representaciones procesales del Servicio de Salud del Principado de Asturias y de la code mandada Zurich España Compañía de Seguros y Reaseguros frente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia en el Principado de Asturias de veintiocho de marzo de dos mil ocho, pronunciada en el recurso contencioso administrativo número 805/2005. La Sentencia recurrida estimó en parte el recurso deducido por la representación procesal de D.ª Celia y D. Luis Manuel

en nombre y representación de su hija menor Mónica contra la Resolución de la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios del Principado de Asturias de 8 de julio de 2005 que anuló por no ser conforme a Derecho, y condenó a la Administración demandada a indemnizar a los actores en la suma de 500.000 €, cantidad que consideró actualizada al tiempo de ser dictada la Sentencia.

SEGUNDO.- La Sentencia identificó en el primero de los fundamentos de Derecho el objeto del recurso, y en el segundo refirió las posiciones de las partes en el litigio al expresar que: "sostenía la parte recurrente que a su juicio concurrían los requi-

sitos para entender hubiera surgido la responsabilidad en la Administración sanitaria efectuando en su demanda un relato del curso seguido en la asistencia médica prestada durante el embarazo de la demandante exponiendo que a la actora, de 38 años de edad se le fue efectuando el control de su embarazo en el Hospital de Cabueñes de Gijón con el seguimiento ecográfico y práctica de amniocentesis en los términos que se recogen en la demanda. Se produjo el parto en fecha 24 de junio de 2003 naciendo una niña a la que se le ingresa en neonatología, efectuándosele exploración física emitiéndose informe de fecha 8-7-2003 en el que se recoge como antecedentes detectado CIR durante la gestación y a la exploración detectándose microcefalia, pabellones auriculares algo dismórficos, manos y pies mal formados con ausencia de falanges distales y proximales efectuándosele ecografía cerebral en que se comprueba adelgazamiento difuso del cuerpo calloso probablemente hipogenético y ventriculomegalia a nivel de ventrículos laterales así como resonancia magnética en la que se detecta práctica desaparición de la mitad anterior del cuerpo calloso con colpocefalia y conservación de la parte posterior de dicho cuerpo asociado a calcificaciones periventriculares llegándose finalmente a un diagnóstico de que la niña presenta una variante del síndrome de Adams-Oliver presentando la niña espasmos así como retraso evolutivo no mantiene la cabeza ni coge objetos ni fija la mirada teniendo reconocida una minusvalía del 78%.

La parte actora viene a sostener en su demanda, apoyándose para ello en el informe pericial emitido por el Dr. Humberto especialista en obstetricia y ginecología, que las ecografías efectuadas a la demandante todas ellas eran de nivel básico que no permitían el poder apreciar las malformaciones que presentaba el feto (en particular la agenesia del cuerpo calloso), y que por tanto eran inidóneas para poder efectuar un diagnóstico prenatal y que la realización de una ecografía de nivel superior hubiera dado la oportunidad de diagnosticar la malformación que padecía el feto y que incluso dentro de las ecografías practicadas sí se detectó un crecimiento intrauterino retardado que hubiera hecho aconseja-

SUMARIO

TS

CIVIL

Imposibilidad de aplicar las reglas de la sociedad conyugal a unión extra-matrimonial 5

PENAL

Evidencia de la nota de permanencia en la apreciación del delito de asociación ilícita 6

ADMINISTRATIVO

Indemnización de los daños morales y económicos derivados de la falta de realización de prueba diagnóstica 1

SOCIAL

Incompatibilidad entre asignación por hijo a cargo y prestación de invalidez no contributiva 14

RS RESEÑA DE SENTENCIAS 16

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

ble igualmente el haber acudido a dicha ecografía de nivel superior siendo así que se privó a los padres de la opción de haber procedido a una interrupción voluntaria del embarazo. Por su parte la Administración Pública demandada y codemandada se han opuesto a la demanda al considerar que la actuación médica seguida había sido correcta y conforme a la *lex artis* exigible no existiendo certeza de que las anomalías que presentaba el feto hubieran sido apreciables aun cuando se hubiera efectuado una ecografía de nivel superior y solicitando que se dictase una sentencia desestimatoria de las pretensiones de la parte recurrente". En el fundamento tercero la Sala hace una síntesis de los requisitos que la Constitución y su norma de desarrollo la Ley 30/1.992, exigen para que se pueda declarar por los Tribunales la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y en el siguiente de sus fundamentos, el cuarto, estudia las circunstancias concretas del caso y así afirma que "la solución a adoptar en la presente litis pasaría por determinar si las ecografías efectivamente realizadas eran suficientes y las exigibles conforme a los protocolos establecidos o si de algún modo era exigible, ya fuera en términos generales o incluso por las circunstancias concretas del caso el que se hubieran efectuado unas ecografías de mayor nivel; en segundo lugar si de haberse practicado dichas ecografías de mayor nivel hubiera sido posible el detectar las malformaciones que presentaba el feto en tiempo hábil para posibilitar a los padres el acogerse a la interrupción voluntaria del embarazo; en tercer lugar constatar si puede entenderse probado si los progenitores hubieran adoptado dicha decisión de interrumpir el embarazo o existen elementos que permitan sostener lo contrario.

Pues bien, abordando las diferentes cuestiones planteadas y por lo que se refiere a que las ecografías efectivamente realizadas estén acomodadas a los protocolos o al menos las recomendaciones establecidas al efecto se considera que lo expuesto en tal sentido en el informe pericial acompañado con la demanda en el sentido de que las ecografías efectuadas de nivel I "especialmente la de la semana 18 a 22- no son las acordes a los criterios establecidos en los protocolos establecidos al efecto para poder efectuar un diagnóstico prenatal y poder detectar malformaciones (protocolo de la sociedad española de ginecología y obstetricia) se estima ha quedado acreditado pues lo expuesto en tal

sentido por el perito D. Humberto en su informe se ve corroborado por lo que resulta del examen del contenido del referido protocolo (folios 306 y ss) en el que se recoge un nivel II (según los criterios del grupo europeo de estudio de la asociación europea de medicina perinatal) para abordar el examen detallado de anatomía fetal en orden al diagnóstico de malformaciones especialmente en las semanas 18 a 22 de gestación y en los criterios de la sección ecográfica de la sociedad española de ginecología y obstetricia se recoge igualmente que un nivel I no es el recomendado para ecografía de segundo trimestre para detección de posibles malformaciones. Lo expuesto por el perito de la actora en el sentido de que dichas ecografías de nivel básico no son las que vendrían pautadas conforme a dichos protocolos en realidad no se ve desmentido por lo que resulta de la pericial presentada por la codemandada pues lo manifestado por dicho perito ha sido más bien el que dicho protocolo fuera a revisarse para su modificación pero no que, al menos conforme a dicho protocolo, lo aconsejable fuera efectuar una ecografía de nivel superior a la básica.

De hecho en el propio escrito de conclusiones de la Administración demandada se viene a reconocer que dichas ecografías efectuadas no eran acordes a los protocolos si bien se puntualiza en dicho escrito que no eran exigibles en la Administración sanitaria pública por no disponer el Hospital de Cabueñes de ecografías de ese nivel superior, argumento este que no puede aceptarse pues por un lado nada se acredita por la demandada en orden a aseverar dicha afirmación e incluso aun cuando se le dirigió oficio en orden a que se informara sobre si disponía el centro de profesionales con esa capacitación no se ha contestado al mismo (ausencia esta que no se estima pueda ir a su favor tratándose de un extremo que estaba a su alcance acreditar); por otro lado, y dentro de la obligación de medios que debe disponer la Administración sanitaria en orden a preservar dicho derecho constitucional de la salud (art. 43 Constitución) se estima ésta precisamente el que se ponga a disposición del ciudadano los medios personales y materiales que mejor permitan velar por la efectiva protección de dicho derecho. Un segundo punto a determinar consiste en que aun cuando se hubieran hecho esas ecografías de nivel superior a la básica sí hubiera sido factible el que se detectaran las malformaciones que presentaba el feto. Sobre este punto la parte codemandada viene a soste-

ner que sólo en el caso de que pueda entenderse exista una certeza de que se hubieran detectado las anomalías cabría entender pudiera acogerse la reclamación no siendo suficiente por tanto meras hipótesis o posibilidades. Este planteamiento no se estima pueda compartirse pues al contrario se estima que es suficiente con que se acredite que existieran unas posibilidades más o menos amplias de detección aun cuando no se pueda llegar a una certeza absoluta pudiendo citarse en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 21 de febrero de 2006, recurso 1117/2002 Ponente: Herrero Pina, Octavio Juan en la que también en relación a supuesto de ausencia de información sobre malformaciones dentro de las 22 semanas de gestación se recoge que:

"En este caso, la Sala de instancia, deduciendo de los distintos informes incorporados a las actuaciones, que no se ha demostrado que la enfermedad se podría haber diagnosticado dentro de las 22 primeras semanas de gestación, concluye "que no se deduce posible que se hubiera proporcionado a la madre la información necesaria sobre posibles malformaciones dentro de las 22 primeras semanas de embarazo para acogerse a la posibilidad de interrupción voluntaria del embarazo", es decir, de un hecho que no se considera probado y por lo tanto carece de la necesaria certeza, como es si la enfermedad podía diagnosticarse antes de las 22 semanas, deduce una consecuencia cierta y perjudicial para la reclamante, como es la imposibilidad de dar información al respecto dentro de ese periodo, exonerando de toda responsabilidad a la Administración que ni siquiera hizo uso de los medios de diagnóstico ordinarios en dicho periodo, dado que la primera ecografía se realizó ya en la semana 22, y menos aún de los medios específicos como era la ecografía de alta resolución. En estas circunstancias ha de entenderse que la valoración de la prueba efectuada en la instancia no se ajustó a las reglas de la sana crítica, en los términos expuestos, al no llevar a un resultado lógico, por lo que procede estimar este motivo de casación" pronunciándose a continuación nuestro Alto Tribunal en el sentido de que "la deficiente praxis en la actuación sanitaria, si bien no tuvo repercusión en la enfermedad o padecimientos que presentaba el niño al nacimiento, privó a la embarazada de unos medios de diagnóstico anteriores a las 22 semanas de gestación, que aun pudiendo ser

imprecisos en su resultado no descartan la posibilidad de obtener por los mismos información suficiente para que la interesada tuviera oportunidad de una decisión al respecto, de manera que la no utilización adecuada de esos medios de control del embarazo, al alcance de la Administración, afectaron a dicha oportunidad de la interesada, impidiendo cualquier posibilidad, por escasas que fueran, de un diagnóstico al respecto, lo que constituye un daño moral indemnizable".

En el presente caso y en relación a que hubiera sido posible la detección de las anomalías que presentaba el feto de haberse efectuado una ecografía de nivel superior es algo que expresamente se reconoce en la pericial aportada por la demandante y en aclaraciones (situando ese porcentaje de posible detección en un 70%) mientras que en la pericial de la codemandada lo reduce a un 22 a 35% si bien en aclaraciones lo reduce a un 15%. En todo caso lo que sí podemos entender probado es que si no seguridad o certeza total sí existían al menos posibilidades de detección de las anomalías de haberse empleado esos medios de control y, no habiéndolo hecho así se ha privado a la interesada de un diagnóstico al respecto que le hubiera permitido una decisión sobre interrupción voluntaria de embarazo. Respecto a que pueda entenderse probado si los progenitores hubieran adoptado dicha decisión de interrumpir el embarazo o existan elementos que permitan sostener lo contrario debemos tener en cuenta que, tal y como se recoge en la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, la Sala Tercera, de lo contencioso-administrativo, Sección 6ª, Sentencia de 30 de junio de 2006, recurso 217/2005, en la que se citan las anteriores de 14 de julio de 2001 (Rec. Casac. 2280/97) y 18 de mayo de 2002 (Rec. Casac. 280/98) "incumbe a la Administración demandada la carga de probar de forma indubitada, que en el supuesto de conocer la mujer la malformación del feto no hubiera optado por un aborto terapéutico, y esa falta de probanza determina que quepa apreciar el nexo causal para la exigibilidad de la acción de responsabilidad patrimonial" supuesto este que en el presente caso acontece toda vez que no existe prueba alguna que acredite que no se hubiera optado por los padres por la interrupción del embarazo.

Se puntualiza por último que no se estima sea causa exoneradora de responsabilidad, ni siquiera de atenuación del "quantum" indemnizatorio,

ELDERECHO
GRUPO
EDITORIAL

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

DIRECTOR: Evaristo Moliné

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

lo que se viene a exponer en alguno de los informes emitidos en el expediente (folio 303) en el sentido de que la actora no hubiera comunicado como antecedente familiar dentro del seguimiento del embarazo que su abuela tuviera sólo un riñón o que un tío padeciera el síndrome de poland pues con independencia de que en realidad no consta si se le preguntó o no por antecedentes familiares específicos lo cierto es que en relación a que la abuela tuviera un solo riñón no es algo que de forma evidente pueda entenderse deba ser necesariamente conocido por la interesada y, respecto al padecimiento de su tío debe tenerse en cuenta que consta en el expediente que dicha persona había tenido dos hijos sanos con lo que factible es que la actora no diera especial importancia a dicha circunstancia a lo que se une que el propio perito aportado por la codemandada ha considerado que aun cuando hubiera conocido dichos antecedentes hubiera actuado de igual modo con lo que no se estima pueda otorgarse a dicha circunstancia relevancia en orden a la desestimación de la reclamación ni a la reducción del "quantum" indemnizatorio. En orden a determinar el "quantum" indemnizatorio y frente a lo reclamado por la demandante se ha expuesto por la Administración demandada el carácter aleatorio de la cantidad solicitada por la demandante mientras que por la codemandada se sostiene que no se adecua a lo dispuesto en los baremos contenidos en la Ley 30/1995 y que debería reducirse la cantidad solicitada toda vez que sólo en un 22 a 35% de las ocasiones se hubiera podido diagnosticar el cuadro malformativo. En relación a que lo solicitado no se acomode a los baremos establecidos en la Ley 30/1995 no puede estimarse constituya ello defecto alguno en la reclamación toda vez que es claro que dicho baremo no tiene efecto vinculante alguno (ni al tribunal ni a quien reclama) fuera de su ámbito de aplicación (accidentes de tráfico).

En relación a que deba reducirse la indemnización acomodándolo al porcentaje que existiera de detección de las malformaciones no se estima pueda acogerse pues, sin perjuicio de que pueda ser tomado en cuenta como otra más de las circunstancias concurrentes, ya se ha expuesto que no es necesario acreditar una certeza o seguridad de detección siendo suficiente el que se acredite existiera una posibilidad de detección (que en este caso varía en función de los dictámenes médicos) de la que se privó a los recurrentes para tener al menos la opción de detectar las anomalías que presentaba el feto. Valorando el impacto o daño moral producido así como las limitaciones de todo orden que comporta el estado de la menor (minusvalía del 78%) y que se recoge en los informes médicos acompañados a la demanda con atrofia cerebral y retaso psicomotor evidente, el dolor de aflicción que para los padres se ha originado y que se ve prolongado en el tiempo, así como la evidente-

mente mayor dedicación que ello implica por parte de los progenitores en la atención y cuidado de toda índole que debe prestarse a la niña con necesidad de seguimiento de terapias de rehabilitación y estimulación así como gastos extra de toda índole que ello conlleva la Sala estima procedente el fijar una indemnización global por todos los conceptos de 500.000 euros a favor de los recurrentes en importe ya actualizado al tiempo de ser dictada la presente resolución. Los conceptos aquí tomados en cuenta (naturaleza de las limitaciones y efectos que comportan, el dolor de aflicción) han sido aceptados por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 14 de marzo de 2007, recurso 8017/2002, pudiendo asimismo ser citada en un supuesto similar la sentencia de 10 de mayo de 2007, recurso 4779/2003, si bien con la particularidad en ese último caso de la situación asintomática del menor no obstante lo cual se le reservaba la posibilidad de reclamar en el futuro en caso de manifestarse patología".

TERCERO.- El primero de los recursos que se interpone frente a la Sentencia lo mantiene la Comunidad Autónoma de Asturias y contiene un motivo único al amparo del apartado d), del número 1 del art. 88 de la Ley de la Jurisdicción por "infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate". Considera el motivo que la Sentencia vulnera el art. 106.2 de la Constitución, así como el 139 y siguientes de la Ley 30/1.992 y la jurisprudencia que los interpreta. Da cuenta de los criterios jurisprudenciales por medio de los cuales los tribunales aprecian la existencia de responsabilidad de las Administraciones Públicas y refiriéndose a la Administración sanitaria señala que no basta la existencia de una lesión sino que es preciso acudir al criterio de la Lex Artis como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar en todo caso la sanidad o la salud del paciente.

Y añade que "la Sala condena a la Administración ignorando que en este caso no se cumplen los presupuestos para establecer la responsabilidad patrimonial, en primer lugar, porque como ha quedado acreditado, el Hospital de Cabueñes no disponía de medios para practicar ecografías de nivel superior, es decir, en este caso se pusieron al servicio de la reclamante todos los medios de los que disponía el Centro, no pudiendo responsabilizar a la Administración de no disponer de medios suficientes.

Por otra parte, y aún en el caso de que efectivamente se hubieran practicado ecografías de nivel superior, los demandantes no han probado que las anomalías se hubieran detectado,

por lo que tampoco cabe condenar a la Administración por este motivo.

Es decir, en este caso, el daño producido consistente en el mal diagnóstico de las malformaciones de que adolece la menor Mónica no es imputable a la Administración. Los informes que están incorporados al expediente y la prueba pericial practicada evidencian que D^a Celia fue sometida a los exámenes prenatales y a los estudios ecográficos exigidos por los protocolos asistenciales de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia. Se realizaron cuatro ecografías de nivel 1, una más de las obligatorias, cumpliendo en todo caso los requisitos legalmente establecidos en materia de diagnóstico prenatal. A esto hay que añadir que los interesados no pusieron en conocimiento de los facultativos que atendieron el embarazo la existencia de antecedentes de malformaciones familiares en ambas ramas, materna y paterna.

Por todo lo anterior, entendemos que la sentencia recurrida, una vez determinados los antecedentes recogidos, debió desestimar la demanda, en aplicación de los artículos ya citados (106.2 CE y 139 y siguientes de la Ley 30/1992), en la interpretación que de los mismos ha fijado la Jurisprudencia, por lo que, a medio del presente recurso se insta la casación y anulación de la sentencia recurrida y la absolución de mi mandante, con desestimación de la demanda, de todos los pedimentos contenidos en la misma". Por su parte la codemandada en su recurso deduce varios motivos de casación todos ellos al amparo del apartado d), del número 1 del art. 88 de la Ley de la Jurisdicción por "infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate". El primero de ellos manifiesta que la Sentencia que recurre infringe el "artículo 139.2 y siguientes de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, y su interpretación jurisprudencial, por cuanto que, para reconocer la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, la relación de causalidad entre la actuación administrativa y el daño debe ser directa, objetiva, indubitada y exclusiva, declarándose en la Sentencia de instancia que basta con que exista una mera posibilidad de causar el daño para estimar la existencia de responsabilidad". Se refiere a lo declarado por la Sentencia en el fundamento de Derecho cuarto cuando manifiesta que "sí podemos entender probado es que si no seguridad o certeza total, si existían al menos posibilidades de detección de las anomalías de haberse empleado esos medios de control y, no habiéndolo hecho así se ha privado a la interesada de un diagnóstico al respecto que la hubiera permitido una decisión sobre interrupción voluntaria del embarazo".

Como consecuencia de las discrepancias de los peritos acerca de la

posible detección de las malformaciones mediante las ecografías "Esta parte entiende, por lo tanto, que no existe certeza de que, de haberse realizado una ecografía de nivel IV, se hubiera diagnosticado la patología de la niña y se hubiera podido abortar legalmente.

Al entender la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias que con una mera posibilidad es suficiente, se contraviene la regulación legal de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública así como la interpretación jurisprudencial de la misma".

Y concluye el motivo diciendo que "En nuestro caso, insistimos, la patología polimalformativa no ha sido causada por la Administración demandada, sino que es un daño genético. ¿Cómo puede entenderse que se ha causado un daño que no tiene un origen conocido y que no puede evitarse?".

Porque, recordemos, lo que se establece es el porcentaje que, de haberse realizado una ecografía de nivel IV, hubiera permitido el diagnóstico prenatal del cuadro malformativo de la paciente, y el hecho de que existan posibilidades no implica que la Administración haya causado el daño.

Por dicha razón, entendemos que la Sentencia de instancia debe ser revocada, toda vez que la no realización de una ecografía de nivel IV no le ha supuesto daño alguno a la paciente, toda vez que la actuación administrativa no es la causante de la patología".

El segundo de los motivos del recurso de la codemandada con igual amparo que el anterior considera que la Sentencia ha infringido la jurisprudencia de esta Sala porque "en casos como el que nos ocupa el único daño resarcible vendría constituido por la lesión del derecho de la demandante a decidir sobre la interrupción voluntaria de su embarazo, es decir, de su libertad de autodeterminación, lo que únicamente supone un daño moral, mientras que el presente caso la indemnización a que se condena se calcula en base a las secuelas que son consecuencia de una enfermedad desarrollada intraútero".

Se refiere a lo que acerca de la indemnización reconocida dispone el fundamento de Derecho cuarto de la Sentencia y afirma que "el único daño resarcible, insistimos, vendría constituido por la lesión del derecho de los demandantes a decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo, es decir, de su libertad de autodeterminación". Cita el motivo Sentencias de la Sala Primera de este Tribunal que a efectos de este recurso no constituyen jurisprudencia, y sigue el motivo reiterando la idea ya expuesta de que las lesiones que pa-

dece la menor son genéticas “y, por tanto, no deriva daño físico alguno de la actuación de los facultativos, sino que el único daño resarcible sería el daño moral consistente en la limitación del derecho de autodeterminación de los padres en cuanto que no pudieron decidir recurrir al aborto en caso de que se hubiera podido diagnosticar prenatalmente la patología de su hija”.

Centra por tanto la cuestión el motivo en la que denomina pérdida de la posibilidad de abortar que es lo que se debe indemnizar y tras referirse a los tres supuestos de interrupción voluntaria del embarazo que establecía el Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, art. 147. bis se refiere al denominado aborto eugenésico y mantiene que “la imposibilidad de haber diagnosticado prenatalmente el cuadro polimalformativo de la paciente por no haber realizado una ecografía de nivel IV implica la imposibilidad de ejercitar la facultad de interrumpir legalmente el embarazo, lo que constituye una lesión al derecho a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE) de los padres y, en consecuencia, los daños indemnizables serán aquellos que deriven de dicha lesión. Es decir, un daño moral. Por dicha razón, consideramos que debe anularse la Sentencia de instancia en dicho sentido, por cuanto que la indemnización tiene en cuenta los daños físicos que presenta la hija de los reclamantes, cuando dichos daños JAMÁS han sido provocados por la Administración.

Es más, tal y como se ha argumentado con anterioridad, lo único que se ha vulnerado es la autodeterminación de los padres, pero de forma hipotética, ya que, aunque se hubiera realizado una ecografía de nivel IV, ello no significa que en el 100% de los casos se hubiera diagnosticado la malformación.

Por ello, en su caso, la única indemnización que procede es, exclusivamente, por daño moral, de conformidad con la doctrina emanada de esta propia Sala”.

El tercero de los motivos de este recurso acogido también al apartado d) del número 1 del art. 88 de la Ley de la Jurisdicción considera que la Sentencia infringe los artículos 139.2 y 141.1 y 2 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, relativos al derecho a ser indemnizado por la Administración y a la valoración del daño sufrido por el particular. Inaplicación de la doctrina jurisprudencial de la pérdida de oportunidad”. Manifiesta el motivo tras referirse a distintas opiniones doctrinales acerca de la pérdida de oportunidad y con cita de Sentencia de diferentes tribunales que “tal doctrina determina una modulación de la valoración de los daños. Así, a la hora de cuantificar el “quantum” indemnizatorio habrá que determinar en qué medida el acto médico incorrecto ha incidido en la patología del paciente y en la evolución de la misma. Pues

bien, esta parte entiende que la mencionada doctrina no ha sido aplicada al caso que nos ocupa.

Así, en primer lugar, entendemos que lo único que debe indemnizarse es el daño moral, consistente en la vulneración del derecho de autodeterminación de los padres, y en segundo lugar, que debe ser minorado consecuentemente, ya que el cálculo debe efectuarse sobre el porcentaje de diagnóstico prenatal del cuadro malformativo que presentaba la paciente, que en base al estudio EURO-FETUS, oscila entre el 22 y el 35%, toda vez que la realización de una ecografía de nivel IV no implica que el diagnóstico prenatal se hubiera alcanzado en el 100% de los casos”.

El escrito de oposición presentado por los recurridos contesta conjuntamente tanto al motivo único de la Administración como al primero de los de la codemandada. Sostiene que la Sentencia de instancia acierta cuando afirma que “las ecografías efectuadas a mi representada son de nivel I, y no son las acordes a los protocolos establecidos al efecto para poder efectuar un diagnóstico prenatal y poder detectar malformaciones. Solo hay que examinar los Protocolos de la SEGO, que habla de la necesidad de realizar una ecografía de diagnóstico prenatal de la 18 a 22 semanas, siendo únicamente calificable como tal la de nivel IV o superior. En los informes periciales y documental aportado a los autos se recoge claramente que las ecografías de nivel I no es lo recomendado para las ecografías de segundo trimestre para la detección de posibles malformaciones.

Como vemos el origen negligente o culposo a la hora de actuar por parte de la Administración, es el hecho de no ofrecer una asistencia médica adecuada y acorde al momento a mi representada, y ello sobre la base de no realizarse una ecografía de nivel superior (diagnóstico prenatal) como debería haberse hecho para detectar malformaciones y así poder actuar según el caso. Este hecho es la base de la reclamación y ha quedado como aceptado por parte de los recurrentes y ello sobre la base de la prueba obrante en Autos la cual es palmaria.

De ahí concluye que se dan todos los requisitos que exige el art. 139.2 para que proceda la indemnización reclamada. Reitera en su oposición a esos motivos que la Sentencia estimó “que es suficiente con que se acredite que existieran unas posibilidades más o menos amplias de detección de las malformaciones aun cuando no se pueda llegar a certeza absoluta (por ej. Sentencia del TS de 21 de febrero de 2006 Sección 6 Sala Tercera), y en el presente caso es indiscutible que si se hubiera efectuado una ecografía de nivel superior al I según se reconoce en la Pericial obrante en autos, el porcentaje de detección hubiera sido de 70% o superior, con lo cual existían unas grandes posibili-

dades de detección de anomalías, y por lo tanto se privó a mi representada del diagnóstico al respecto y darle por lo tanto la posibilidad de proceder a una interrupción voluntaria del embarazo”. Ya en relación con el segundo de los motivos de la codemandada opone al mismo que “el hecho de no informar a los padres de la existencia de las malformaciones en el feto, ocasiona un año que debe ser resarcible y se circunscribe no solo al daño moral de no poder decidir la interrupción voluntaria del embarazo, si no que ese daño va más allá, y se extiende a las consecuencias últimas que suponen el nacimiento de un niño con estas graves deficiencias, pudiendo haber sido evitable con una correcta realización de pruebas médicas y una adecuada información a los padres.

El hecho de no informar a los padres, supone como consecuencia directa el nacimiento de una niña con malformaciones físicas y psíquicas que ya supone de por vida una carga a la familia, y un sufrimiento continuo para la niña, suponiendo en este caso una minusvalía de un 78% y conllevando una atrofia cerebral y retraso psicomotor evidente que ocasionan unas aflicciones para los padres que se verá prolongada en el tiempo, así como mayor dedicación (casi en exclusiva) por parte de los progenitores al cuidado de su hija, así como un seguimiento de terapias de rehabilitación y estimulación y gastos extras de toda índole. Todos estos daños ocasionados no se cubren ni se repara con ninguna indemnización por muy alta que sea, pero cuando menos una indemnización mitiga y ayuda a afrontar los gastos que esta situación ocasiona a toda la familia”.

Y por último en relación con el tercer motivo referido a la pérdida de oportunidad opone que “no se puede hablar exactamente de una pérdida de oportunidad en el sentido formulado de contrario, dado que esa teoría tiene cabida fundamentalmente cuando existe una enfermedad y por el hecho de no recibir el tratamiento oportuno la misma ocasiona unas consecuencias que es posible que hubieran podido ser evitables, aunque aun aplicando el tratamiento oportuno el resultado hubiera sido incierto porque aun así hubiera podido ocasionar antes o después del mismo resultado.

El supuesto enjuiciado no es lo mismo, aquí estamos ante unas malformaciones congénitas y el resultado no sería incierto, si no que sería siempre proceder a la interrupción voluntaria del embarazo, es decir se sabía cual iba a ser el resultado si se hubiera actuado con diligencia por la Administración y hubiera realizado una ecografía nivel IV de diagnóstico prenatal, el resultado no era imprevisible porque no estábamos ante una enfermedad en que se desconociera la evolución de la misma, si no ante el derecho de los padres a decidir lo mejor para el nascituro y para ellos mismos.

En este caso lo que se produjo fue una incorrecta prestación sanitaria que impidió tomar una decisión a los padres y ocasionó con ello el nacimiento de una niña con graves taras físicas y psíquicas y unas consecuencias de por vida a toda la familia que exceden de lo razonable. Las posibilidades de diagnóstico una vez realizada la ecografía de nivel IV según consta en autos es de un 70 a 85%, es decir altísimas (no como dice el perito de la Administración que se contradice constantemente y carece de credibilidad alguna por su parcialidad). Solo se podría haber hablado de falta de oportunidad cuando realmente se hubiera hecho esa ecografía de nivel IV y no se hubiera podido detectar las malformaciones por los motivos que fuere, pero no cuando ni siquiera se realiza la misma.

Añadir por otro lado, que ni siquiera se detectó las malformaciones después de la semana 22 porque no se hizo ninguna prueba al respecto pese a todas las evidencias del retraso fetal según se recoge en el informe pericial aportado por esta parte. Si se hubiera realizado la ecografía nivel IV u otras pruebas aunque fuera en un momento posterior y detectado las anomalías, en ese caso si se podría haber hablado de falta de oportunidad porque hubiese obligado a mi representada a sopesar lo que hacía, si decidía tener la niña o se iba al extranjero a algún otro país mas permisivo a interrumpir el embarazo, con la posibilidad de reclamar a la Administración los daños y perjuicios oportunos por su incorrecto actuar”.

CUARTO.- Los dos recursos interpuestos tanto por la Administración sanitaria de Asturias como por la codemandada compañía aseguradora de la responsabilidad de aquella pueden resolverse conjuntamente, ya que los dos motivos primeros de cada uno de ellos son coincidentes, y el segundo de la codemandada es una variante del inicial desde el punto de vista de la jurisprudencia de aplicación, y el tercero, también de la aseguradora, se funda en la que se denomina aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad. Por lo tanto son dos las cuestiones a resolver en la línea en que las expresó la Sentencia de instancia. La primera la relativa a si en el supuesto concreto se pusieron por la Administración sanitaria los medios precisos para la mejor atención a la gestante y al cuidado que debía exigirse al seguimiento del embarazo de la misma para prevenir cualquier eventualidad que durante el mismo pudiera surgir. Aún cuando esos cuidados deban ser siempre idénticos en todos los casos y ajustarse a los protocolos establecidos, y, por tanto, el caso presente no era una excepción merecedora de una atención distinta o mayor, no es menos cierto que en este supuesto había un elemento que debía alertar aún más en todo caso al médico responsable en relación con las circunstancias del embarazo y la gestación,

como eran la edad de la embarazada y el que fuese su primer embarazo.

Afirma la Administración que se efectuaron hasta cuatro ecografías sin que se detectase anomalía alguna y ofreciendo el CRI un crecimiento del feto dentro de un rango de casi normalidad, pero es un hecho incontrovertible que esas ecografías fueron en todos los casos de nivel I, mientras que, al menos la que se debía efectuar y se realizó entre las semanas 18-22 debió ser de nivel IV, porque en ese momento preciso del embarazo o la gestación es posible aplicando ese medio de diagnóstico, conocer con un nivel de probabilidad que alcanza un alto porcentaje si existen anomalías en el feto.

Efectivamente esa prueba diagnóstica no se efectuó a ese nivel y si como se afirma en la pericial aportada con la demanda, afirmación no negada de contrario, que era la única capaz de predecir o detectar las posibles anomalías del feto, es claro que se debió hacer en todo caso, y no basta para exculpar a la Administración con decir que en el Hospital de Cabuñes no existían medios para ello, porque obligación de la Administración es poner al servicio de los ciudadanos los medios adecuados para obtener el resultado exigido por el estado de la ciencia en ese momento, y, además, porque aún aceptando ese hecho, se debió derivar a la gestante al lugar donde el servicio de salud estuviese en condiciones de practicar esa prueba esencial con las garantías exigibles. Y tampoco se puede aceptar como defensa de la Administración el que esa prueba no sea fiable al cien por cien porque siempre que ofrezca una posibilidad mayor que la prueba efectuada, y tratándose del fin que con ella se persigue obtener, es preciso realizarla y no conformarse con la de nivel I claramente insuficiente para lograr ese objetivo.

En los dos motivos posteriores de la codemandada se pretende que la única indemnización que se debió reconocer a los recurrentes era la dimanante del hecho de que los padres de la menor no tuvieron conocimiento de las malformaciones que presentaba el feto y, por ello, se les privó de la oportunidad en el caso de haberlo conocido de proceder a la interrupción voluntaria del embarazo produciéndoles un daño moral indemnizable.

Es cierto que la no realización de la prueba indicada para la posible detección de malformaciones fetales como hemos dicho privó a los padres de la oportunidad de plantearse la interrupción voluntaria del embarazo o de seguir adelante con el mismo, y esa privación que era fácilmente evitable con la prueba diagnóstica requerida para ello, les causó un daño moral indemnizable, pero no lo es menos que, aún cuando ello sea así, precisamente la no realización de la prueba requerida comporta la existencia de nexo causal entre la omisión de la prueba de detec-

ción prenatal de las malformaciones y el daño, tanto moral como económico experimentado por los recurridos, puesto que ocuparse de su hija con tales malformaciones y la incapacidad que las mismas comportan, para cualquier actividad de por vida, como es obvio, produce gastos extraordinarios de todo tipo para sus padres que obligan a desatender otros fines ineludibles o muy relevantes mediante la desviación para la atención del hijo de recursos en principio no previstos para dichas finalidades. En otras palabras, los gastos derivados de la crianza de los hijos no constituyen un daño en circunstancias normales; pero, cuando las circunstancias se separan de lo normal implicando una carga económica muy superior a la ordinaria, esta Sala entiende que puede haber daño y proceder la indemnización.

En consecuencia se desestiman los recursos y se confirma la Sentencia de instancia recurrida.

QUINTO.- Al desestimarse los recursos procede de conformidad con lo previsto en el art. 139.2 de la Ley de la Jurisdicción hacer expresa condena en costas a la recurrentes, si bien la Sala haciendo uso de la facultad que le otorga el número 3 del precepto citado señala como cifra máxima que en concepto de honorarios de abogado podrá hacerse constar en la tasación de costas la suma de tres mil euros (3.000 €) que las recurrentes deberán abonar por mitad a la recurrida. En nombre de su Majestad el Rey y por la autoridad que nos confiere la Constitución

FALLO

No ha lugar a los recursos de casación interpuestos por las representaciones procesales del Servicio de Salud del Principado de Asturias y de la codemandada Zurich España Compañía de Seguros y Reaseguros frente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia en el Principado de Asturias de veintiocho de marzo de dos mil ocho, pronunciada en el recurso contencioso administrativo número 805/2005, que confirmamos, y todo ello con expresa imposición de costas a las recurrentes con el límite establecido en el fundamento de Derecho quinto de esta Sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Antonio Martí García.- Enrique Lecumberri Martí.- Ricardo Enríquez Sancho.- Santiago Martínez-Vares García.- Segundo Menéndez Pérez.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Santiago Martínez-Vares García, Magistrado Ponente en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal Supremo el mismo día de la fecha, de lo que como Secretario doy fe.



TS Sala 1ª, Sentencia 7 julio 2010. Ponente: Dª Encarnación Roca Trías

En el ejercicio de acción de división de comunidad de bienes Imposibilidad de aplicar las reglas de la sociedad conyugal a unión extramatrimonial

El TS desestima el rec. de casación confirmando la sentencia impugnada dictada en el proceso de división de la comunidad de bienes existente entre los litigantes que rechazó la pretensión de la actora de recibir una compensación del demandado por su dedicación al hogar, la familia y los hijos, al compartir la Sala el criterio del tribunal "a quo" de considerar que el mero hecho de convivir extramatrimonialmente no supone que aparezca un régimen económico determinado ni que se puedan aplicar las disposiciones que regulan la sociedad conyugal, y que hay que estar a las actuaciones de las partes durante la convivencia para determinar la propiedad de los bienes y la titularidad de los créditos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de los hechos.

1º Dª Tania y D. Julián habían convivido como pareja de hecho desde 1987 hasta 2004. En 3 mayo 2004 se dictó un auto de medidas provisionales por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 2 de Tolosa decretando la separación, que se convirtió en definitiva por sentencia de dicho juzgado de 16 junio 2004.

2º Durante la relación, la pareja hizo comunes estos bienes: a) un piso en la localidad de Urretxu; b) dos locales sitos en la localidad de Ezquioido; c) la vivienda familiar, y d) el ajuar doméstico. Se reconocían, además, unos créditos recíprocos.

3º Dª Tania demandó a D. Julián, ejercitando la acción de división de los bienes comunes, con venta en pública subasta si no se llegara a un acuerdo para su adjudicación, con admisión de licitadores extraños. D. Julián contestó la demanda alegando que estaba de acuerdo en la división, pero que debía discutirse en el procedimiento el alcance del patrimonio, su valoración y la forma de adjudicarlo, porque si bien todos los bienes aparecían a nombre de ambos convivientes, al carecer Dª Tania de actividad económica que le proporcionara los ingresos para la adquisición, existía un crédito contra la demandante consistente en una serie de cantidades que cuantificaba.

4º La sentencia del Juzgado de 1ª Instancia núm. 2 de Tolosa, de 31 julio 2005, estimó en parte la demanda y declaró disuelta la comunidad de

bienes, determinó los que formaban parte de la comunidad, así como un pasivo consistente en tres créditos, dos a favor del demandado y uno a favor de la demandante. Señaló en su sentencia que si bien en la convivencia de hecho no es aplicable, sin más, "el régimen de comunidad de gananciales propio de relación matrimonial formalizada, la titularidad de los que conviven extramatrimonialmente en situación de hecho equiparable, respecto de los bienes adquiridos por la pareja, salvo voluntad constatada en sentido inverso, da lugar a una situación que, se considere de sociedad civil irregular o de comunidad de bienes, queda sometida al mismo régimen, al ser aplicable, si bien no una analogía legis, sí una analogía iuris".

5º Apelaron ambos litigantes. La sentencia de la Audiencia Provincial de Donostia-San Sebastián, sección 3ª, de 6 junio 2006, desestimó el recurso de apelación de Dª Tania y estimó en parte el de D. Julián. La cuestión se resuelve en el FJ 3º de la sentencia recurrida con el argumento principal de que la recurrente no impugna el hecho de que los pagos fueron realizados con el patrimonio del Sr. Julián, sino su derecho a ser resarcida de los mismos por estimarlo contrario a los actos propios y a la aportación personal realizada por ella. La sentencia recurrida entiende que: a) "el mero hecho de convivir no supone que aparezca un régimen económico determinado, ni que se pueda aplicar alguno de los dispuestos por la ley para la sociedad conyugal, sino que habrá que estar a lo expresamente pactado, o, más habitualmente, a las actuaciones de las partes durante la convivencia para

determinar cuáles eran sus intenciones respecto de los bienes que se iban adquiriendo (...); b) Respecto a la acción de enriquecimiento, la Sala entiende que lo que se pretende por la recurrente "es la compensación del crédito reconocido al Sr. Julián con su dedicación al hogar, la familia e hijos, aunque no reclama una pretensión indemnizatoria, lo cual no puede ser estimado, por cuanto no debe olvidarse que nos encontramos en un procedimiento declarativo de división de cosa común y que las pretensiones de naturaleza similar son extrañas a este procedimiento(...)".

6° Contra esta sentencia interpone recurso de casación D^a Tania, al amparo del art. 477,2, 2° y 477, 2, 3° LEC. Fue admitida por auto de esta Sala de 18 noviembre 2008.

SEGUNDO. Con carácter previo a entrar a examinar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D^a Tania, ha de darse respuesta a la primera causa de oposición al mismo suscitada por la representación procesal del recurrido, D. Julián, el cual plantea que el recurso debió ser inadmitido por concurrir la causa de inadmisión consistente en que la cuantía del procedimiento no alcanza la cifra de 150.000 euros exigida por el legislador en el ordinal 2° del artículo 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al haberse producido una reducción del objeto litigioso en la Apelación.

Dicha causa de oposición no puede ser acogida, toda vez que el litigio del que trae causa el presente recurso lo fue de división de patrimonio, cuya cuantía viene determinada por el valor total de los bienes a dividir, según regla de determinación del artículo 251.3° 6° LEC, con independencia de las distintas cuestiones que, de forma accesoria, puedan ser planteadas a lo largo del procedimiento judicial. Por tanto, la cuantía del procedimiento, determinada por el valor oficial de los bienes que formaban parte del patrimonio común y sobre cuya fijación no ha existido controversia, supera con creces la cuantía exigida por el legislador para acceder a la casación, no siendo posible en este caso determinar la existencia de una reducción del objeto litigioso, tal y como plantea el recurrido en el citado escrito de oposición.

TERCERO. El Motivo único del recurso señala la infracción en concepto de interpretación errónea y consecuente inaplicación analógica del art. 1355 CC e inaplicación analógica de los Arts. 1281 y 1282 CC. Igualmente aplicación inadecuada del art. 1398 CC. Se considera infringida la doctrina del Tribunal Supremo, en el sentido de que pueda aplicarse el régimen de gananciales, dependiendo de las circunstancias del caso, que concurren en el presente según la recurrente, de modo que puede aplicarse por analogía iuris. Además, a partir de la ruptura hay que tener en cuenta las aportaciones de uno y otro a los

pagos pendientes, es decir, las del préstamo hipotecario y otros préstamos que en cualquier caso, solo deberán atribuirse a la conviviente cuando sean anteriores a la ruptura.

El motivo se desestima.

El motivo intenta que se apliquen las reglas de la liquidación del régimen de gananciales en un supuesto de liquidación de las relaciones económicas mantenidas por dos personas que han formado una unión de hecho y que han adquirido una serie de bienes en común, por acuerdos voluntarios que han llevado a la creación de distintas comunidades particulares sobre los bienes adquiridos.

Las razones que llevan a la inaplicación de las reglas que rigen la comunidad matrimonial son las que se expresan a continuación:

1ª Esta Sala ha venido manteniendo de forma reiterada que la unión de hecho es una situación no equiparable al matrimonio. La sentencia de 12 septiembre 2005 declara de forma taxativa que la unión de hecho no tiene nada que ver con el matrimonio, aunque ciertamente ambas instituciones se encuentran en el ámbito del derecho de familia. La sentencia de 8 mayo 2008 dice que "(...) no puede aplicarse por analogía la regulación establecida para el régimen económico matrimonial porque al no haber matrimonio, no hay régimen (Sentencia de 27 mayo 1998). La consecuencia de la exclusión del matrimonio es precisamente, la exclusión del régimen. A pesar de ello, en los casos de la disolución de la convivencia de hecho, no se impone la sociedad de gananciales, sino que se deduce de los hechos que se declaran probados que hubo una voluntad de constituir una comunidad, sobre bienes concretos o sobre una pluralidad de los mismos" y en ello están de acuerdo las sentencias de esta Sala de 22 febrero y 19 octubre 2006, que exigen el pacto, expreso o tácito, para considerar constituida una comunidad de bienes.

2° En este caso consta la voluntad de los convivientes de adquirir conjuntamente una serie de bienes constante la convivencia, ya que se pusieron a nombre de ambos, independientemente de quién hubiera pagado la contraprestación en la adquisición.

3° Consecuencia de ello, acabada la convivencia, se ejercita una acción de división de las cosas comunes, en la que el conviviente pide a efectos de la valoración de los bienes y su posterior adjudicación, que se tengan en cuenta una serie de créditos que él ostentaba y que afectaban al valor final y estas operaciones son las que llevan a cabo tanto el Juzgado de 1ª Instancia, como la Audiencia Provincial en la sentencia que ahora se recurre.

4° Todo ello lleva a la conclusión que lo pedido en la demanda origen de este recurso se refiere pura y ex-

clusivamente a la acción de división de cosas comunes, ejercitada a través del art. 400 CC y no de las normas sobre régimen de gananciales, que no se han aplicado porque lo impide la propia naturaleza de la unión de hecho que, como antes se ha dicho, excluye el régimen económico. Sin embargo, admite la comunidad romana de bienes cuando así lo pacten las partes convivientes, que es lo que ha ocurrido en el presente supuesto. Por lo que no es este el procedimiento adecuado para discutir si caben o no entre los convivientes compensaciones de otra naturaleza, derivadas de enriquecimiento injusto o de otro tipo de desequilibrios.

CUARTO. La desestimación del único motivo del recurso de casación formulado por la representación procesal de D^a Tania contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Donostia-San Sebastián, sección 3ª, de 6 junio 2006, determina la de su recurso de casación.

Se imponen a la recurrente las costas de su recurso de casación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 398.1 LEC/2000, que se remite al art. 394 LECiv.

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

FALLO

1° Desestimar el recurso de casación presentado por la representación procesal de D^a Tania contra la Sentencia de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Donostia-San Sebastián, de 6 junio 2006, dictada en el rollo de apelación núm. 3128/06.

2° Confirmar con este alcance la sentencia recurrida.

3° Imponer las costas del recurso de casación a la parte recurrente.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Francisco Marín Castan.- José Antonio Seijas Quintana.- Encarnación Roca Trias.- Rafael Gimeno-Bayon Cobos.- Firmado y rubricado. Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMA. SRA. D^a Encarnación Roca Trias, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.



2010/153057

TS Sala 2ª, Sentencia 6 julio 2010. Ponente: D. Carlos Granados Pérez

Al desarrollarse en el tiempo la actividad delictiva

Evidencia de la nota de permanencia en la apreciación del delito de asociación ilícita

Se desestiman los recursos de casación interpuestos por los acusados contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delitos de asociación ilícita, robo, falsedad, receptación y tenencia ilícita de armas. El Alto Tribunal constata que los acusados, de los que el ahora recurrente era su jefe, integraban una pluralidad de personas asociadas para la comisión de conductas delictivas, existiendo una organización jerarquizada y una infraestructura en función de la actividad que iban a desarrollar, de la que formaban parte varios inmuebles, vehículos sustraídos, material específico para forzar establecimientos bancarios, inhibidores de frecuencia que se utilizan para eliminar la efectividad de las alarmas bancarias, diversos tipos de antenas, radio teléfonos, y todo ello con una actividad delictiva desarrollada en el tiempo que evidencia la nota de permanencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso interpuesto por José Ángel.

PRIMERO.- En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones que proclama el artículo 18.3 de la Constitución. Se alega, en defensa del motivo, que las intervenciones de las

ciencias de la comunicación y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones que proclama el artículo 18.3 de la Constitución. Se alega, en defensa del motivo, que las intervenciones de las

conversaciones telefónicas, cuando se acordaron por primera vez, no estuvieron motivadas, que eran innecesarias, desproporcionadas y que no hubo un efectivo control judicial en las sucesivas prórrogas.

No se pueden compartir los razonamientos que se expresan en apoyo del motivo.

El primer Auto, de fecha 9 de junio de 2006, que acuerda la intervención telefónica, dictado por el Juzgado de Instrucción de Briviesca, en las Diligencias Previa 324/2006, es modélico en cuanto se explica con detenimiento las razones que determinaron la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones, haciendo mención de los datos objetivos que justificaban esa injerencia y su proporcionalidad, atendida la gravedad de las conductas que se estaban investigando. Así, se hace expresa referencia a la detención del imputado Jon, comprobándose la existencia de serios indicios objetivos de su intervención en un robo cometido poco antes en una sucursal bancaria, señalándose que se identificaron sus ropas y mochila que portaba y el vehículo utilizado, que se encontraba a escasos metros, por los fotogramas del video de la oficina asaltada, así como el hecho de que en el interior del vehículo se encontrara una botella de oxígeno que aparece, en los fotogramas, sostenida por uno de los intervinientes, cuyas características físicas y vestimenta coinciden con el detenido, y en la mochila de que era portador se guardaba un inhibidor de frecuencias, que se utiliza para eliminar la efectividad de las alarmas bancarias, dos antenas desplegadas, una antena flexible así como tres teléfonos móviles.

Igualmente se hace constar que en las últimas fechas se han producido una serie de hechos delictivos que pudieran estar relacionados con el delito que se estaba investigando, haciéndose referencia de cuatro de ellos de los que dos se produjeron en dos entidades bancarias de dos localidades pequeñas relativamente próximas, por lo que la Sección de Delincuencia Organizada de la Guardia Civil se hallaba investigando una red de delincuencia organizada compuesta por súbditos extranjeros procedentes de Europa del este, que se dedican, entre otras actividades delictivas, a robos con fuerza en poblaciones rurales en las que hay escasa presencia policial, operando con vehículos sustraídos, en horas nocturnas y utilizando radio-telefonos y terminales móviles. El Auto judicial que examinamos, tras mencionar esos datos objetivos que justifican la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones y la doctrina que es de aplicación, se razona sobre la procedencia de la intervención de los teléfonos de que era portador el detenido atendida la gravedad de los hechos objeto de investigación, reiterados con la misma forma de operar,

resaltando que se trata de un grupo organizado, integrados por extranjeros, carentes de domicilio y con una gran movilidad, no existiendo otra manera menos lesiva de lograr las pruebas de los delitos que se están investigando, siendo urgente su adopción al haber quedado en libertad el imputado, Auto que fue notificado al Ministerio Fiscal como consta en las actuaciones.

Con igual profundidad de razonamientos y analizando datos objetivos se pronuncian los Autos posteriores que autorizan las prórrogas de las intervenciones inicialmente acordadas como se declara en la sentencia recurrida, en el apartado segundo del primero de los fundamentos jurídicos, no siendo cierto lo que se alega por el recurrente es que no se hubiese procedido al cotejo de las conversaciones ya que así se hizo con aquellas en las que se había utilizado el castellano, cotejo llevado a cabo por la Secretaría judicial que extendió la correspondiente acta, sin olvidar que tal cotejo no es necesario cuando de la información suministrada en los oficios policiales que solicitan las prórrogas u otras nuevas intervenciones se aportan datos de las anteriores que justifican y hacen necesario mantener la injerencia en el derecho fundamental.

El motivo carece de todo fundamento y debe ser desestimado.

SEGUNDO.- En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho a la presunción de inocencia que proclama el artículo 24.2 de la Constitución. Se alega que el Tribunal de instancia únicamente se ha servido de meras "conjeturas contra reo" para dictar la sentencia que se impugna sin que existieran pruebas de cargo directas o indirectas en contra del recurrente respecto a todos los delitos por los que ha sido condenado.

El motivo no puede prosperar.

El Tribunal de instancia analiza las pruebas de cargo que ha podido valorar respecto al acusado José Ángel y así se señala que en su domicilio de la CALLE009 de Valencia, como consta en el acta extendida al efecto, ratificada por los funcionarios policiales que intervinieron en su práctica, se encontraron las llaves de los siguientes vehículos:

A) Audi A 4, matrícula... ZJP que fue sustraído en el garaje de la vivienda a que se refieren el hecho quinto de los que se declaran probados, vehículo al que se colocaron las placas de matrícula sustraídas al vehículo BMW que era la... TYR, como se menciona en el hecho once, habiendo declarado funcionarios policiales en el acto del plenario que habían visto conducir dicho vehículo

al ahora recurrente y de copiloto a Arcadio.

B) Peugeot 407, matrícula...-RDT, sustraído en el garaje de la vivienda a que se refiere el hecho cuarto de los que se declaran probados, vehículo que fue visto por los agentes policiales cuando se utilizaba el zulo de San Mauro en el que repostaban combustible y donde se encontraba la carabina del calibre 22 y que era utilizado por el ahora recurrente y por los acusados Juan Miguel (Millonario), Arcadio (Santo), Cesar (Pesetero) y Jenaro (Culebras).

C) Furgoneta Mercedes Vito, matrícula... JJJ, sustraída del garaje anexo a una vivienda, hecho que viene descrito como el segundo de los que se declaran probados. Los tres vehículos antes mencionados se encontraban estacionados en las proximidades del domicilio de José Ángel teniendo el Audi 4 la matrícula alterada. En el domicilio del ahora recurrente antes citado de la CALLE009 también se ocuparon cinco carteras con publicidad del restaurante Rincón de Juanjo, que junto a otros efectos fueron sustraídas en dicho restaurante como se describe en el hecho séptimo. Igualmente se encontró en dicho domicilio una factura correspondiente al equipo de transmisiones que fue hallado en el domicilio de la CALLE000 núm.000 - núm.002 de Valencia, en el que vivían los también acusados Cesar, Arcadio y Juan Miguel así como un contrato de arrendamiento a nombre de José Ángel del domicilio de la CALLE010, núm.009 - núm.001 de Burgos, que también había sido alquilado por el ahora recurrente y en el que había llegado a residir Jon, al que se ha hecho mención al examinar el primer Auto autorizando las intervenciones telefónicas y al que no alcanza la presente sentencia.

El Tribunal de instancia igualmente ha podido valorar, en el acto del juicio oral, las declaraciones de los acusados que contestaron a las preguntas de su defensas, las declaraciones depuestas por los agentes policiales que realizaron los seguimientos y observaron los encuentros de los acusados y su proximidad a varios de los inmuebles y establecimientos donde se produjeron los hechos enjuiciados, las presuntas por los perjudicados, así como los dictámenes periciales, uno emitido por experto en armas de la Guardia Civil que dictaminó sobre el buen funcionamiento de la carabina calibre 22, otros que a través de videoconferencia ratificaron los informes de ADN sobre restos orgánicos encontrados en varios de los vehículos y su coincidencia con los perfiles genéticos de los acusados Cesar, Arcadio, Juan Miguel y Jenaro, y por último se hace expresa referencia en la sentencia recurrida al contenido de las conversaciones telefónicas escuchadas en el acto del plenario, con intervención de intérprete, que han permitido confirmar la participación

en los concretos hechos que se les imputa así como la existencia de una organización criminal de la que era el jefe el ahora recurrente, José Ángel, al que llaman Pelosblancos (jefe). Y tal convicción del Tribunal de instancia sobre la realización de los hechos enjuiciados y la participación que el ahora recurrente ha tenido en los mismos, visto el contenido y alcance de la prueba de cargo que ha podido ser valorada por el Tribunal de instancia, no se aparta de las reglas de la lógica, de las máximas de experiencia y de los conocimientos científicos, y que no es, por lo tanto, irracional, inconsistente o errónea.

Ha existido, por consiguiente, prueba de cargo legítimamente obtenida que contrarresta el derecho de presunción de inocencia invocado.

TERCERO.- En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, de los artículos 515 y 516 del Código Penal. Se niega la concurrencia de los elementos típicos necesarios para poder hablar de una asociación ilícita en cuanto no existía organización y estaba ausente la nota de permanencia.

El motivo aparece enfrentado a un relato fáctico que debe ser rigurosamente respetado y en el que se declara que los acusados José Ángel (alias Pelosblancos o Verbenas), Cesar (alias Pesetero o Rata), Arcadio (alias Santo o Pulga), Juan Miguel (también conocido como Millonario y como Mangatoros), Jenaro (conocido también como Culebras o Luis Manuel), junto con otros más a los que no alcanza esta sentencia (Jon y Pablo, en ignorado paradero, y con otra persona apodada Cebollero, quien no ha prestado declaración sobre estos hechos ni se encuentra a disposición del Tribunal), mayores de edad y de los que no constan antecedentes penales, naturales de Rumanía, se fueron estableciendo en España, concertados para la realización de acciones delictivas, bajo la dirección y supervisión de José Ángel, a quien apodaban "Pelosblancos" (jefe) o "Verbenas", siendo éste el encargado de conseguir cobertura de viviendas para todos e infraestructura consistente en herramientas para llevar a cabo dichas acciones y zulos donde ocultar efectos así como de llevar a cabo el estudio, observación y planificación de los objetivos que posteriormente ejecutaba cualquiera de los miembros del grupo indistintamente, incluido el propio José Ángel, que les llamaba sus "trabajadores" afectando dichas acciones delictivas a distintas zonas de la geografía nacional, describiéndose a continuación los dieciocho hechos delictivos en los que intervinieron, así como los efectos que les fueron intervenidos, entre ellos una carabina calibre 22 en perfecto estado de funcionamiento y de la que carecían de

los permisos y licencias correspondientes. Y estos hechos se subsumen sin duda, entre otras conductas delictivas, en el tipo de la asociación ilícita apreciada por el Tribunal de instancia, previsto en los artículos 515 y 517.1º del Código Penal, en cuanto el ahora recurrente era el jefe, promotor o director de una asociación que tenían por objeto cometer delitos. Tiene declarado esta Sala, como son exponentes las Sentencias 415/2005, de 23 de marzo y 234/2001, de 3 de mayo, que el delito de asociación ilícita del art. 515.1 -asociación para delinquir- precisa la unión de varias personas organizadas para determinados fines, con las siguientes exigencias:

a) Pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad.

b) Existencia de organización más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista.

c) Consistencia o permanencia en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio.

d) El fin de la asociación -en el caso del art. 515.1 inciso primero- ha de ser la comisión de delitos, lo que supone una cierta determinación de la ilícita actividad, sin llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar. Y estos presupuestos concurren en el caso que examinamos, como bien se razona por el Tribunal de instancia, en el tercero de sus fundamentos jurídicos, ya que los acusados, de los que el ahora recurrente era su jefe, integraban una pluralidad de personas asociadas para la comisión de conductas delictivas, existiendo una organización jerarquizada y una infraestructura en función de la actividad que iban a desarrollar, de la que formaban parte varios inmuebles, vehículos sustraídos, material específico para forzar establecimientos bancarios, inhibidores de frecuencia que se utilizan para eliminar la efectividad de las alarmas bancarias, diversos tipos de antenas, radio teléfonos, y todo ello con una actividad delictiva desarrollada en el tiempo que evidencia la nota de permanencia.

No se ha producido la infracción legal que se denuncia y el motivo no puede prosperar.

Recurso interpuesto por Juan Miguel y Arcadio.

PRIMERO.- En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías que proclaman los artículos 18.3 y 24 de la Constitución. Se alega, en defensa del motivo, que el primer Auto de intervención telefónica dictado por el Juzgado de Ins-

trucción de Briviesca carece de una motivación suficiente y en concreto se refiere al Auto de fecha 9 de junio de 2006 y asimismo se dice que se han autorizado prórrogas, como las del Auto de fecha 7 de julio de 2006 sin poderse leer las transcripciones de las conversaciones anteriores, transcripciones que según el recurrente no pudieron ser cotejadas por el Secretario judicial al necesitar la asistencia de un intérprete. También se alega que el auto autorizando la primera intervención y las prórrogas, salvo error de esta defensa, no se notificó al Ministerio Fiscal, que no fueron escuchadas por el Juez instructor y que las defensas no han tenido acceso a la totalidad de las de las grabaciones sino sólo a las seleccionadas y por todo ello se solicita la nulidad de tales intervenciones y que carezcan de valor probatorio. Es de dar por reproducido lo que se ha dejado expresado para rechazar similar motivo formalizado por el anterior recurrente.

Como se ha dejado antes expuesto, el primer Auto, de fecha 9 de junio de 2006, que acuerda las intervenciones telefónicas, dictado por el Juzgado de Instrucción de Briviesca, en las Diligencias Previa 324/2006, es modélico en cuanto se explica con detenimiento las razones que determinaron la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones, haciendo mención de los datos objetivos que justificaban esa injerencia y su proporcionalidad, atendida la gravedad de las conductas que se estaban investigando. Y lo mismo cabe decir del Auto de fecha 7 de julio del mismo Juzgado de Instrucción, por el que se acuerda la prórroga de las intervenciones telefónicas anteriormente acordadas, al que se hace expresa referencia en el presente motivo, Auto en el que se hace mención de los resultados de las anteriores intervenciones telefónicas cuya prórroga se solicita, haciendo expresa referencia al contenido de determinadas conversaciones del inicialmente investigado Jon en el que manifiesta su intención de regresar a España, por lo que se mantienen las mismas razones y los datos objetivos que se tuvieron en cuenta para autorizar las intervenciones cuyas prórrogas se interesan de la autoridad judicial. Se ha producido el cotejo por la Secretaría judicial de aquellas conversaciones que estaban en castellano, una vez levantado el secreto, las cintas han estado a disposición de las partes y en el acto del juicio oral se han podido escuchar aquellos extremos de las conversaciones que fueron solicitados.

Respecto a la alegada falta de notificación del Auto que acuerda las intervenciones telefónicas al Ministerio Fiscal, es de señalar que, como antes se dejó expresado, el primer Auto de fecha 9 de junio de 2006 fue notificado al Ministerio Fiscal, como consta en las actuaciones, y que en todos los Autos se dispone expresamente que se notifique esta resolu-

ción al Ministerio Fiscal. En todo caso es de recordar reiterada jurisprudencia de esta Sala, como es exponente la Sentencia 1257/2009, de 2 de diciembre, en la que se declara que cuando en los Autos se acuerda la notificación al Ministerio Fiscal no exista razón que permita sostener que ello no se ha producido. Ciertamente, esta Sala tiene declarado, como es exponente la Sentencia 940/2008, de 18 de diciembre, que recoge lo expresado en otras sentencias anteriores como la 402/2008, de 30 de junio, 1246/2005, de 31 de octubre, 138/2006 de 31 de enero, 1202/2006 de 23 de noviembre, 1187/2006 de 30 de noviembre y 126/2007 de 5 de febrero, entre otras, que en aquellas sentencias del Tribunal Constitucional que se pronuncian sobre la notificación al Ministerio Fiscal de las resoluciones judiciales relativas a autorización de observaciones telefónicas y sus prórrogas, sólo se produce la estimación de la correspondiente demanda de amparo constitucional cuando ha concurrido alguna otra razón de mayor significación al respecto, que por sí sola habría bastado para tal estimación de la demanda; así, en la STC 146/2006 las verdaderas razones que motivaron esa estimación de la demanda de amparo constitucional fueron la falta de motivación de la resolución del juzgado aun integrada con la solicitud policial, y la falta de un adecuado control judicial y las sentencias del mismo tribunal 165/2005, de 20 de junio, y otra de 29 de octubre del mismo año acordaron tal pronunciamiento estimatorio porque no hubo tal motivación, esto es, porque no se exteriorizaron los indicios que son necesarios en estos autos en los que se ordena la intervención de algún teléfono, relativos a la existencia de un delito grave y a la participación en tal delito de la persona usuaria de dicho medio de comunicación.

Y conviene poner aquí de relieve que el Ministerio Fiscal, como se señala en la Sentencia de esta Sala 104/2008, de 4 de febrero, en toda causa penal por delito público es parte necesaria y está permanentemente personado en las actuaciones (Cfr. Sentencia 1013/2007, de 26 de noviembre), con capacidad propia para tomar conocimiento de las mismas, por lo que no es necesaria la notificación a la que se refiere el recurrente, máxime cuando no se aprecia en qué forma esa ausencia pudiera haber afectado al derecho de defensa, siendo el Juez Instructor, en nuestro sistema, sobre quien recae la responsabilidad de tutela de los derechos de los investigados, mientras que transcurren las intervenciones, y sobre todo cuando el propio Fiscal no sólo no ha suscitado esta cuestión sino que impugna expresamente el motivo de la parte (Sentencia del Tribunal Supremo 1187/2006, de 30 de noviembre). No se han producido, pues, las vulneraciones que se invocan en lo que concierne a la intervenciones telefónicas y el motivo debe ser desestimado.

SEGUNDO.- En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho a la presunción de inocencia que proclama el artículo 24.2 de la Constitución. Se niega la existencia de prueba respecto a los hechos objeto de acusación a los ahora recurrentes y se hace especial referencia al delito de asociación ilícita.

Consta acreditado por el acta extendida al efecto y por las declaraciones depuestas por los funcionarios que intervinieron en el registro, que en el domicilio sito en la CALLE000 núm.000 - núm.002 de Valencia, en el que se encontraban los acusados Juan Miguel, Arcadio y Cesar, fueron halladas las llaves que abrieron la Furgoneta Fiat Escudo, cuya sustracción se recoge en el hecho tercero de los que se declaran probados, furgoneta que estaba aparçada en las inmediaciones de ese domicilio y que de acuerdo con las declaraciones de los funcionarios que hicieron los seguimientos fue vista cuando era utilizada por los acusados Arcadio y José Ángel. Igualmente se intervinieron en ese domicilio las llaves que abrieron el vehículo Nissan Almera, cuya sustracción se produjo con las conductas que se describen en el doce de los hechos que se declaran probados, vehículo que también se encontraba estacionado en las inmediaciones de ese domicilio.

También se intervinieron, entre otros efectos, el equipo de radiofrecuencia así como la cámara digital cuya sustracción aparece descrita en el catorce de los hechos que se declaran probados y una minimoto relacionada en el doce de dichos hechos.

En las inmediaciones de ese domicilio estaba estacionado el vehículo Renault Laguna que se menciona en el hecho primero.

El Tribunal de instancia igualmente ha podido valorar las pruebas que se mencionan al examinar el segundo motivo del anterior recurrente, en el que también se invoca el derecho a la presunción de inocencia, especialmente las testificales de los agentes policiales, los dictámenes emitidos por los peritos y el contenido de las conversaciones telefónicas.

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

TERCERO.- En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, de los artículos 392 y 390.1.2 del Código Penal. Se alega que sin haber detentado la posesión del vehículo no puede imputársele el delito de falsedad.

No es eso lo que se declara probado, ya que los vehículos, incluido el que habían sido alteradas las placas de matrícula estaban a disposición de los integrantes de esta asociación criminal y los ahora recurrentes utilizaron dicho vehículo.

Tiene declarado esta Sala, respecto a la alteración o sustitución de las placas de matrícula de un vehículo, como es exponente la Sentencia 991/2007, de 16 de noviembre, que la inexistencia de un tipo específico, como sucedía con el artículo 279 bis del Código Penal de 1973 no conduce a la despenalización de la conducta, sino a su integración dentro del delito de la falsificación documental del artículo 390.1.1.º, en la medida que la matrícula del vehículo tiene todos los elementos que caracterizan a los documentos y como tal debe ser sancionada su alteración, siendo ésta la decisión del Pleno no Jurisdiccional de esta Sala celebrado el día 27 de marzo de 1998. Ciertamente, esta Sala, es en Pleno no jurisdiccional celebrado el día 27 de marzo de 1998, haciendo uso del artículo 264 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y a los fines de unificación de criterio en la aplicación del ordenamiento jurídico, tomó el acuerdo de que con relación a las placas de matrícula de vehículos, la sustitución de la verdadera por la de otro vehículo es conducta subsumible en el artículo 390.1.1.º del Código Penal por ser la matrícula con el vehículo un documento conjunto. En igual precepto debe subsumirse la parcial modificación de la matrícula auténtica. Y el artículo 390.1.2.º debe aplicarse en los casos de íntegra elaboración o falsificación de la matrícula, todas ellas como modalidades de falsificación cometidas por particular en documento oficial. Criterio que ya se había mantenido en sentencias de esta Sala anteriores a dicho acuerdo como es exponente la de 9 de diciembre de 1997 en la que se expresa que ya en "la STS 88/97, de 31-1-97, hemos sostenido que la falsificación de matrícula de un vehículo automóvil prevista en el antiguo artículo 279 bis CP. 1973 no ha sido despenalizada. En efecto, la matrícula reúne los elementos que caracterizan a los documentos, toda vez que a través de su forma externa inconfundible corporeiza una declaración de la autoridad correspondiente respecto del vehículo al cual se encuentra adherida, que es idónea tanto para probar quién es su propietario como la autorización para circular que concede dicha autoridad.

En este sentido las matrículas quedan comprendidas en el artículo 26 CP. (L.O. 10/95) y su falsificación no ha sido, por lo tanto, despenalizada". Y en la Sentencia de esta Sala de 27 de marzo de 1998 se recoge el acuerdo tomado en la Junta General que hemos dejado citado y así se dice que "la matrícula de un vehículo queda comprendida en el artículo 26 del Código Penal, pues este precepto amplía considerablemente el

concepto de documento, al reputar como tal todo material que exprese o incorpore datos, hechos, o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica. Por tanto, debe considerarse como documento la matrícula que identifica los vehículos automóviles, pues expresan con números o letras determinadas por la Administración, unos caracteres específicos para cada automóvil, toda vez que además dichas placas poseen ciertos signos en el lateral de las mismas que les distinguen respecto de otras de su misma clase. Por tanto, partiendo de tal conceptualización documental oficial de las placas de matrícula, la colocación en un vehículo, aunque sea superponiéndola, de una matrícula diferente de la auténtica, constituye una alteración del contenido de la misma, e integra el tipo del número 1 del artículo 391.1.º del Código Penal, sancionado en el artículo 392 del mismo Cuerpo Legal. Y tal criterio aparece corroborado por el acuerdo del Pleno de esta Sala del día 27 de marzo del corriente año...". Por otra parte, es asimismo doctrina de esta Sala que el delito de falsedad no es un delito de propia mano que requiera la realización corporal de la acción prohibida, y resulta bien evidente que los ahora recurrentes tenía conocimiento de la falsedad de la matrícula del vehículo que habían utilizado.

El motivo debe ser desestimado.

CUARTO.- En el cuarto motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho a la presunción de inocencia que proclama el artículo 24.2 de la Constitución, en relación al artículo 298.1 del Código Penal. Se niega la existencia de prueba que acredite que los objetos intervenidos procedan de delitos contra el patrimonio o que los acusados conocieran esa procedencia.

Queda perfectamente acreditado que las tarjetas de crédito, la carabina marca Franchi, una emisora de radiofrecuencia, un transpalet y otras herramientas que se relacionan en el apartado décimo octavo de los hechos que se declaran probados, que estaban a disposición de los recurrentes, habían sido sustraídos a sus titulares y respecto el invocado desconocimiento del origen ilícito de esos bienes, es doctrina reiterada de esta Sala, de la que es exponente la Sentencia 1450/2004, de 2 de diciembre, que respecto a ese conocimiento, este elemento subjetivo no requiere que se conozca con todo detalle la infracción precedente, siendo suficiente la certidumbre sobre su origen, conocimiento de la existencia de una infracción grave, de manera general, habiéndose admitido el dolo eventual como forma de culpabilidad. Y en esa misma línea, en la Sentencia 1501/2003, de 19 de diciembre, se declara que no se exige un conocimiento preciso y detallado

del delito de referencia, ni tampoco que se haya juzgado tal delito principal, junto a que la determinación de delito grave, como elemento normativo del tipo, debe verificarse con la legislación española, sin entrar a descender en un completo enjuiciamiento del mismo. Los acusados estaban perfectamente impuestos del origen ilícito de los efectos que tenían a su disposición y el motivo no puede prosperar.

QUINTO.- En el quinto motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho a la presunción de inocencia que proclama el artículo 24.2 de la Constitución, en relación al artículo 564.1.2 del Código Penal. Se niega, respecto al delito de tenencia ilícita de armas, la concurrencia del elemento subjetivo del ánimo de detenerla sin que exista disponibilidad.

Queda probado, por las declaraciones de los funcionarios policiales que realizaron los seguimientos, que los acusados ahora recurrentes fueron observados cuando repostaban combustible en el zulo de la DIRECCION000 en el que se encontraba la carabina del calibre 22, combustible y arma que estaba a su disposición y de los demás miembros de la asociación -véanse páginas 69 y 70 de la sentencia recurrida-, habiendo declarado esta Sala (cfr. Sentencia 635/2008, de 3 de octubre) que la disponibilidad consciente de las armas (sin que se invoque permiso o licencia algunos), en perfecto estado de funcionamiento, encierra todos los elementos del tipo previsto en el artículo 564.1.º del Código Penal. El motivo no puede prosperar.

SEXTO.- En el sexto motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho a la presunción de inocencia que proclama el artículo 24.2 de la Constitución, en relación a los artículos 237, 238, 239, 240, 241 y 74 del Código Penal. Se niega la existencia de prueba de cargo que acredite que los recurrentes hubiesen participado en los delitos de robo cometidos en casa habitada.

Son de dar por reproducidos los razonamientos expresados para rechazar la invocación del derecho de presunción de inocencia que se formaliza en el segundo motivo de este recurso, y allí se mencionan las pruebas que ha podido valorar el Tribunal de instancia sobre la participación de los ahora recurrentes, junto a otros miembros de la organización, en la comisión de los distintos hechos delictivos que se les atribuyen, varios de ellos cometidos en casa habitada, en la distribución de funciones entre los integrantes de esta organización criminal, siendo de dar por reproducidos los razonamientos que sobre este particular se expresan

en la página 91 de la sentencia de instancia.

El motivo debe ser desestimado.

SÉPTIMO.- En el séptimo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción del artículo 66 del Código Penal. Se alega que el Tribunal de instancia no ha motivado la individualización de las penas.

No es eso lo que se infiere de la lectura del sexto de los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida en el que se individualiza, con correctos razonamientos, ajustados a lo que se dispone en el Código Penal, la pena que corresponde a cada uno de los acusados por los diversos delitos. El motivo no puede prosperar.

Recurso interpuesto por César

PRIMERO.- En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y al derecho al secreto de las comunicaciones que proclaman los artículos 24.1 y 18.3 de la Constitución. Se alega la falta de motivación del Auto de fecha 17 de julio de 2006 que autorizó las intervenciones telefónicas correspondientes al número de abonado cuyo uso se atribuyó al coacusado José Ángel y de los posteriores dictados en la misma investigación y también se refiere al Auto de fecha 16 de octubre de 2006 que autoriza la intervención de un teléfono cuyo uso se atribuye al ahora recurrente, y que dichas resoluciones, además de inmotivadas, eran desproporcionadas, y que estaba ausente el debido control judicial al no realizarse el cotejo de las transcripciones y que las prórrogas no estaban justificadas y que el Ministerio Fiscal no aparece que hubiese otorgado su visto. También se alega que se ha utilizado el sistema SITEL que a juicio del recurrente vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones. Es de dar por reproducido lo que se ha dejado expresado para rechazar igual invocación realizada por los anteriores recurrentes.

El primer Auto, de fecha 9 de junio de 2006, que acuerda la intervenciones telefónicas, dictado por el Juzgado de Instrucción de Briviesca, en las Diligencias Previa 324/2006, es modélico en cuanto se explica con detenimiento las razones que determinaron la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones, haciendo mención de los datos objetivos que justificaban esa injerencia y su proporcionalidad, atendida la gravedad de las conductas que se estaban investigando. Así, se hace expresa referencia a la detención del imputado Jon, comprobándose la existencia de serios indicios objetivos de su intervención en un robo cometido poco antes en una sucursal

bancaria, señalándose que se identificaron sus ropas y mochila que portaba y el vehículo utilizado, que se encontraba a escasos metros, por los fotogramas del video de la oficina asaltada, así como el hecho de que en el interior del vehículo se encontrara una botella de oxígeno que aparece, en los fotogramas, sostenida por uno de los intervinientes, cuyas características físicas y vestimenta coinciden con el detenido, y en la mochila de que era portador se guardaba un inhibidor de frecuencias, que se utiliza para eliminar la efectividad de las alarmas bancarias, dos antenas desplegables, una antena flexible así como tres teléfonos móviles. Igualmente se hace constar que en las últimas fechas se han producido una serie de hechos delictivos que pudieran estar relacionados con el delito que se estaba investigando, haciéndose referencia de cuatro de ellos de los que dos se produjeron en dos entidades bancarias de dos localidades pequeñas relativamente próximas, por lo que la Sección de Delincuencia Organizada de la Guardia Civil se hallaba investigando una red de delincuencia organizada compuesta por súbditos extranjeros procedentes de Europa del este, que se dedicaban, entre otras actividades delictivas, a robos con fuerza en poblaciones rurales en las que hay escasa presencia policial, operando con vehículos sustraídos, en horas nocturnas y utilizando radio-telefonos y terminales móviles.

El Auto judicial que examinamos, tras mencionar esos datos objetivos que justifican la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones y la doctrina que es de aplicación, se razona sobre la procedencia de la intervención de los teléfonos de que era portador el detenido atendida la gravedad de los hechos objeto de investigación, reiterados con la misma forma de operar, resaltando que se trata de un grupo organizado, integrados por extranjeros, carentes de domicilio y con una gran movilidad, no existiendo otra manera menos lesiva de lograr las pruebas de los delitos que se están investigando, siendo urgente su adopción al haber quedado en libertad el imputado, Auto que fue notificado al Ministerio Fiscal como consta en las actuaciones.

Con igual profundidad de razonamientos y analizando datos objetivos se pronuncian los Autos que autorizan intervenciones posteriores y las prórrogas de las intervenciones inicialmente acordadas como se declara en la sentencia recurrida, en el apartado segundo del primero de los fundamentos jurídicos, entre ellos el Auto de 17 de julio de 2006 que autorizó las intervenciones telefónicas correspondientes al número de abonado cuyo uso se atribuyó al coacusado José Ángel y el Auto de fecha 16 de octubre de 2006 que autoriza la intervención de un teléfono cuyo uso se atribuye al ahora recurrente, cuya injerencia está perfectamente justificada por las razones objetivas

que se expresan en los Autos mencionados, atendiendo a las solicitudes policiales y las razones y elementos que determinaron las autorizaciones de anteriores observaciones telefónicas, habiéndose procedido al cotejo de las conversaciones ya que así se hizo con aquellas en las que se había utilizado el castellano, cotejo llevado a cabo por la Secretaría judicial que extendió la correspondiente acta, sin olvidar que tal cotejo no es necesario cuando de la información suministrada en los oficios policiales que solicitan las prórrogas u otras nuevas intervenciones se aportan datos de las anteriores que justifican y hacen necesario mantener la injerencia en el derecho fundamental. Respecto al uso del sistema SITEL, no se menciona en que ha podido afectar al derecho al secreto de las comunicaciones ni se alega que el contenido de los discos se hubiera manipulado.

El llamado sistema SITEL, ha sido objeto de anteriores pronunciamientos por esta Sala en los que se ha declarado la acomodación del sistema a las exigencias de legalidad constitucional. En la STS 1215/2009, de 30 de diciembre, se declaró la acreditación del contenido de los DVD sobre los que se han volcado las grabaciones impresas en el disco duro, por su incorporación al proceso salvo prueba en contrario sobre su autenticidad. Se trata de documentos con fuerza probatoria como lo ha admitido la jurisprudencia de esta Sala al permitir en su día, la aportación del contenido de las grabaciones en formato cassette. La fuerza probatoria está avalada incluso legalmente acudiendo complementariamente a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Este cuerpo legal establece, en el caso de los documentos públicos (artículo 318), la admisión de los soportes digitalizados, dejando a salvo, como es lógico la posible impugnación de su autenticidad (artículo 267 Ley Enjuiciamiento Civil). La incorporación de las conversaciones telefónicas mediante modernos sistemas digitalizados no plantea mayores problemas sobre su correspondencia que el de la necesidad de la acreditación de su documentación con la conversación efectivamente intervenida.

Las exigencias del sistema de interceptación, según el amparo legislativo que regula su funcionamiento, son suficientes para asegurar la observancia del artículo 230 de la LOPJ. Esas garantías resultan de la distinción entre órganos administrativos que intervienen en la interceptación, la escucha, y los que realizan la investigación del hecho delictivo, de manera que el órgano policial de investigación recibe lo que otro órgano ha grabado de acuerdo al sistema de interceptación. Esa distinción entre órganos de investigación e interceptación evita riesgos de alteración de sus contenidos que pudieran plantearse dado el desconocimiento por el órgano de escucha del objeto de la investigación. También, la pro-

pia digitalización de la interceptación, con fijación horaria, permite asegurar que cualquier hipotética manipulación dejará rastro de su realización. Las garantías del sistema ya expuestas rellenan las exigencias del artículo 230 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Así las cosas, el motivo carece de todo fundamento y debe ser desestimado.

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

El ahora recurrente Cesar (alias Pesetero o Rata) era uno de los integrantes de la organización cuya jefatura ostentaba el coacusado José Ángel, Consta acreditado por el acta extendida al efecto y por las declaraciones depuestas por los funcionarios que intervinieron en el registro, que en el domicilio sito en la CALLE000 núm.000 - núm.002 de Valencia, en el que se encontraban los acusados Juan Miguel, Arcadio y Cesar, fueron halladas las llaves que abrieron la Furgoneta Fiat Escudo, cuya sustracción se recoge en el hecho tercero de los que se declaran probados, furgoneta que estaba aparcada en las inmediaciones de ese domicilio y que de acuerdo con las declaraciones de los funcionarios que hicieron los seguimientos fue vista cuando era utilizada por los acusados Arcadio y José Ángel. Igualmente se intervinieron en ese domicilio las llaves que abrieron el vehículo Nissan Almera, cuya sustracción se produjo con las conductas que se describen en el doce de los que se declaran probados, vehículo que también se encontraba estacionado en las inmediaciones de ese domicilio.

También se intervinieron, entre otros efectos, el equipo de radiofrecuencia así como la cámara digital cuya sustracción aparece descrita en el catorce de los hechos que se declaran probados y una minimoto relacionada en el doce de dichos hechos.

Asimismo se ha valorado que en las inmediaciones de ese domicilio estaba estacionado el vehículo Renault Laguna que se menciona en el hecho primero.

El Tribunal de instancia igualmente ha podido valorar las pruebas que se mencionan al examinar el segundo motivo del primer recurrente, en el que también se invoca el derecho a la presunción de inocencia, especialmente las testificales de los agentes policiales, los dictámenes emitidos por los peritos y el contenido de las conversaciones telefónicas. Y entre estos dictámenes periciales aparece el emitido por videoconferencia

por los peritos de ADN quienes dictaminaron que en los restos orgánicos presentes en los guantes de color rojo y negro hallados en el vehículo Audi 4 y los negros hallados en el vehículo Mercedes se obtuvo el perfil genético del ahora recurrente Cesar. Asimismo, los agentes policiales que declararon en el acto del plenario manifestaron que habían observado, en sus seguimientos, que el día 11 de octubre de 2006 el ahora recurrente iba como usuario en el vehículo Audi A 4, matrícula... ZJP cuya sustracción se describe en el quinto de los hechos que se declaran probados, en compañía de varios de los coacusados, siendo conducido dicho vehículo por José Ángel, vehículo que fue observado que había realizado una parada en la localidad de Sarrion donde se produjo el octavo de los hechos que se declaran probados. Igualmente se han podido valorar conversaciones telefónicas del ahora recurrente, como la que mantiene el día 26 de octubre de 2006 con un desconocido en la que comunica que habían cogido una moto pequeña que coincide con la que fue localizada en el zulo de la DIRECCION000 y cuya sustracción se refiere en el hecho doce y en otra mantenida ese mismo día con su mujer, le comentó "veas que cámara de fotos he cogido de esas digital", cámara que fue encontrada en el registro efectuado en el domicilio de la CALLE000 núm.000-núm.002 de Valencia, y cuya sustracción se describe en el hecho catorce. Así las cosas, ha existido prueba de cargo, legítimamente obtenida en el acto del plenario, que contrarresta el derecho de presunción de inocencia invocado.

TERCERO.- En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, de los artículos 515, 516 y 517 del Código Penal. Se niega la concurrencia de los requisitos precisos para que exista el delito de asociación ilícita.

Como se dejó expresado al dar respuesta a la misma alegación realizada por el primer recurrente, el motivo aparece enfrentado a un relato fáctico que debe ser rigurosamente respetado y en el que se declara que los acusados José Ángel (alias Pelosblancos o Verbenas), Cesar (alias Pesetero o Rata), Arcadio (alias Santo o Pulga), Juan Miguel (también conocido como Millonario y como Mangatoros), Jenaro (conocido también como Culebras o Luis Manuel), junto con otros más a los que no alcanza esta sentencia (Jon y Pablo, en ignorado paradeo, y con otra persona apodada Cebojero, quien no ha prestado declaración sobre estos hechos ni se encuentra a disposición del Tribunal), mayores de edad y de los que no constan antecedentes penales, naturales de Rumanía, se fueron estableciendo en España, concertados para la realización de acciones delictivas, bajo la dirección y supervisión de

José Ángel, a quien apodaban “Pelos-blancos” (jefe) o “Verbenas”, siendo éste el encargado de conseguir cobertura de viviendas para todos e infraestructura consistente en herramientas para llevar a cabo dichas acciones y zulos donde ocultar efectos así como de llevar a cabo el estudio, observación y planificación de los objetivos que posteriormente ejecutaba cualquiera de los miembros del grupo indistintamente, incluido el propio José Ángel, que les llamaba sus “trabajadores”, afectando dichas acciones delictivas a distintas zonas de la geografía nacional, describiéndose a continuación los dieciocho hechos delictivos en los que intervinieron, así como los efectos que les fueron intervenidos, entre ellos una carabina calibre 22 en perfecto estado de funcionamiento y de la que carecían de los permisos y licencias correspondientes. Y estos hechos se subsumen sin duda, entre otras conductas delictivas, en el tipo de la asociación ilícita apreciada por el Tribunal de instancia, previsto en los artículos 515 y 517 del Código Penal. Tiene declarado esta Sala, como son exponentes las Sentencias 415/2005, de 23 de marzo y 234/2001, de 3 de mayo, que el delito de asociación ilícita del art. 515.1 -asociación para delinquir- precisa la unión de varias personas organizadas para determinados fines, con las siguientes exigencias:

a) Pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad.

b) Existencia de organización más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista;

c) Consistencia o permanencia en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio.

d) El fin de la asociación -en el caso del art. 515.1 inciso primero- ha de ser la comisión de delitos, lo que supone una cierta determinación de la ilícita actividad, sin llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar. Y estos presupuestos concurren en el caso que examinamos, como bien se razona por el Tribunal de instancia, en el tercero de sus fundamentos jurídicos, ya que los acusados integraban una pluralidad de personas asociadas para la comisión de conductas delictivas, existiendo una organización jerarquizada e infraestructura en función de la actividad que iban a desarrollar, de la que formaban parte varios inmuebles, vehículos sustraídos, material específico para forzar establecimientos bancarios, inhibidores de frecuencia que se utilizan para eliminar la efectividad de las alarmas bancarias, diversos tipos de antenas, radio teléfonos, y todo ello con una actividad delictiva desarrollada en el tiempo que evidencia la nota de permanencia.

No se ha producido la infracción legal que se denuncia y el motivo no puede prosperar.

Recurso interpuesto por Jenaro.

PRIMERO.- En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca vulneración del derecho a un recurso efectivo que proclaman el artículo 24.2 de la Constitución y artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Se alega que el recurso de casación no reúne los requisitos que establece el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en concreto el derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior.

El motivo no puede prosperar.

Esta Sala ha rechazado similares invocaciones y así, en las Sentencias 1860/2000 de 4 de diciembre y de 30 de abril de 2001, se viene declarando que dada la diversidad de sistemas procesales que funcionan en el ámbito territorial del Pacto, la posibilidad del acceso a la doble instancia viene determinada por las características de las leyes procedimentales de cada país y aunque esa revisión deba tener el máximo alcance, no se puede excluir la posibilidad de que existan otras vías de impugnación de sentencias condenatorias, siempre que se haga a través de un Tribunal superior que tenga la posibilidad de anular las resoluciones del inferior. Por ello nuestro Tribunal Constitucional ha declarado que aunque el recurso de casación penal tenga un carácter extraordinario y de marco limitado, cumple suficiente y adecuadamente expectativas del referido Pacto Internacional y “satisface la obligación asumida por el Estado español al incorporar sus previsiones al derecho interno por la vía del artículo 96 de nuestra Constitución “. Ciertamente existen tratados internacionales firmados por España en los que se ha hecho expresa referencia a la doble instancia en el proceso penal. Concretamente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos mencionado en esa sentencia de la Sala y el Protocolo número 7 del Convenio Europeo de Derecho Humanos en el que se expresa que toda persona declarada culpable de una infracción penal por un Tribunal tendrá derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por un Tribunal superior. El ejercicio de ese derecho, incluidos los motivos por los que pueda ser ejercitado, se regularán por la ley.

Este derecho podrá ser objeto de excepciones en caso de infracciones de menor gravedad según las define la ley, o cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto Tribunal o haya sido declarado culpable y condenado al resolverse un recurso contra su absolución. La necesidad de que el fallo condenatorio sea sometido a un Tribunal superior puede ser interpretado con distinto alcance. Así cabe hacer una lectura estricta de ese mandato

en el sentido de que no se impone necesariamente la doble instancia sino simplemente la necesidad de que el fallo condenatorio y la pena sean revisados por otro Tribunal. Otra interpretación más amplia y extensa llevaría a la necesidad de la revisión completa del juicio.

Examinando los textos de los Tratados internacionales citados vemos que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se refiere a “fallo condenatorio y la pena”. Si por fallo condenatorio entendemos, además de la parte dispositiva que contiene la condena, aquellos extremos de la sentencia que examinan la declaración de culpabilidad, estaríamos ante una interpretación que se extiende más allá de la mencionada como estricta, en cuanto supera el mero fallo o parte dispositiva, si bien ello permite, al menos, dos lecturas, la que se identifica con la revisión completa, es decir un nuevo juicio con repetición de la prueba, que afectaría a las bases fácticas sobre las que descansa la declaración de culpabilidad; otra que si bien no se ciñe a la parte dispositiva de la sentencia sin embargo tiene como límite el examen del juicio de inferencia realizado por el Tribunal de instancia y en concreto si se ajusta a las reglas de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos.

Pues bien, el texto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, único de los citados que ha sido ratificado por España, no requiere un nuevo juicio con repetición de la prueba, satisfaciéndose la exigencia de que el fallo condenatorio y la pena sean sometidos a un Tribunal superior con la mera revisión del juicio de inferencias realizado por el Tribunal de instancia.

Es cierto que ambos pactos remiten este derecho a la doble instancia a lo que se prescribe por la Ley de cada Estado signatario, como se recoge en la sentencia de esta Sala antes citada, y ello nos lleva a examinar si en la legislación procesal española se cumple el mandato, con el alcance que acabamos de expresar, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El Tribunal Constitucional viene declarando, desde las sentencias 42/1982, de 5 de julio, 76/1982, de 14 de diciembre y 60/1985, de 6 de mayo, que el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no es bastante para crear por sí mismo recursos inexistentes y que el Tribunal Supremo, al conocer del recurso de casación, cumple con esta exigencia de intervención de un Tribunal superior, si bien, al desarrollar el derecho al recurso, ha hecho una interpretación más favorable para la efectividad de ese derecho y con una interpretación amplia respecto al ámbito del conocimiento del recurso de casación, como son exponentes las Sentencias 133/2000, de 16 de mayo y 190/1994, de 20 de ju-

nio. El Tribunal Supremo, en sus sentencias, para un mejor cumplimiento del mandato del artículo 14.5 del Pacto Internacional tantas veces citado y acorde con las declaraciones del Tribunal Constitucional sobre ese artículo, ha ido elaborando una doctrina que viene ensanchando su conocimiento a la revisión de cómo se ha hecho la valoración de la prueba por el Tribunal de instancia Así en la Sentencia de esta Sala de 25 de abril de 2000 se dice que al invocarse el derecho de presunción de inocencia ello conduce al Tribunal Supremo a examinar, entre otras cuestiones, si las pruebas se obtuvieron lícitamente y si las conclusiones probatorias del Tribunal sentenciador no contravienen las leyes de la lógica, de la experiencia y de las ciencias.

El cumplimiento por este Tribunal del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se mantiene, con el alcance del recurso de casación que se ha dejado expresado, tras el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 20 de julio de 2000, sin que este Dictamen, que resuelve un caso concreto y no si el recurso de casación español en su generalidad se ajusta o no al artículo 14.5 del Pacto, exija, en modo alguno un cambio de criterio, siendo cuestión bien distinta la conveniencia de que se instaure la segunda instancia en todo tipo de procesos y se residencie en el Tribunal Supremo, como única función, la esencial de unificación en la aplicación del ordenamiento jurídico. En ese sentido se ha pronunciado el Pleno de esta Sala, en la reunión no jurisdiccional que se celebró el 13 de septiembre de 2000, en la que se declaró que en la evolución actual de la jurisprudencia en España el recurso de casación previsto en las leyes vigentes en nuestro país, similar al existente en otros Estados miembros de la Unión Europea, ya constituye un recurso efectivo en el sentido del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, si bien se añade, que procede insistir en la conveniencia de instaurar un recurso de apelación previo al de casación. Por último es de interés dejar expuesto que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en los casos Loewenguth y Deperrios, que fueron inadmitidos, respectivamente, el 30 de mayo de 2000 y 22 de junio de 2000, considera que en el artículo 2 del Protocolo número 7 los Estados Parte conservan la facultad de decidir las modalidades del ejercicio del derecho al reexamen y pueden restringir el alcance de este último; además, en muchos Estados el mencionado reexamen se encuentra igualmente limitado a cuestiones de derecho. Por ello, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que la posibilidad de recurrir en casación responde a las exigencias del artículo 2 del Protocolo núm. 7 del Convenio.

Y la Sentencia de esta Sala 609/2008, de 10 de octubre, con similar criterio expresa que no está desarrollada la implantación de la apelación que la Ley 19/2003 de 23.12 de modificación de la LOPJ. Aplazada en la Disposición Adicional Segunda. Por tanto no hay posibilidad hoy por hoy de aplicar el citado art. 73.3 c). Es necesario que entren en vigor las normas procesales y orgánicas que concretan la forma de tramitarse tales apelaciones. Mientras tanto ha de continuar la tramitación de los recursos de casación contra las resoluciones dictadas en juicio oral y única instancia a tramitar conforme a lo dispuesto en los arts. 847 y ss. LECrim. que es precisamente, el que aquí estamos siguiendo (STS. 94/2007 de 14.2 FJ. 22). En segundo lugar, la cuestión sobre si, tras el dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 11 de agosto de 2000 puede seguir entendiéndose que la actual regulación de la casación penal cumple con las exigencias declaradas en el art. 14.5 del PIDCP respecto del derecho a la revisión íntegra de la declaración de culpabilidad y la pena por un tribunal superior, ya ha sido resuelta afirmativamente por el TC Sentencias, entre otras, 170/2002 de 3 de abril, FJ 7, 80/2003 de 28 de abril FJ2, 105/2003 de 2 de junio FJ 2, 123/2005 FJ6, y por el TS (408/2004 de 24.3, 121/2006 de 7.2, 741/2007 de 27.7, 893/2007 de 31.10, 918/2007 de 16.11, entre las más recientes. En efecto como recuerda la STS 1074/20045 de 27 de septiembre con cita en la STS 2047/2002, de 10 de diciembre: “si bien el Dictamen emitido por el Comité de Derechos Humanos de la ONU el 20 de julio del año 2.000 en el caso “Cesáreo Gómez” ha apreciado en un determinado recurso la vulneración del derecho reconocido en el art. 14 5º del Pacto, pero esta resolución se refiere a un caso específico, no generalizable, y lo cierto es que en la escuétísima fundamentación de fondo de la resolución dictada no se entró realmente a valorar las características actuales del recurso de casación penal español tal y como funciona en la realidad jurisdiccional.

Ha de tenerse en cuenta que el referido Dictamen del Comité se limita, en cuanto a la cuestión de fondo, a señalar (parágrafo 11.1) que “de la información y los documentos presentados por el Estado Parte no se refuta la denuncia del autor de que su fallo condenatorio y la pena que le fue impuesta no fueran revisadas íntegramente”. Si acudimos al parágrafo 8. 6 para conocer cual fue la información proporcionada por la representación procesal del Estado Parte, se aprecia que, según el Comité, “el Estado Parte aduce...que el recurso de casación español satisface plenamente las exigencias de la segunda instancia aunque no permita revisar las pruebas salvo en casos extremos que la propia Ley señala”. Ello nos permite deducir que la información proporcionada al Comité

sobre nuestro recurso de casación penal se limitaba a explicitar las limitadas posibilidades de revisión fáctica reconocidas en la Ley (error de hecho fundado en documento auténtico, art.849 2º de la LECrim.), pero no las posibilidades de revisión fáctica mucho más amplias abiertas por la Constitución (presunción de inocencia, interdicción de la arbitrariedad, exigencia de motivación), la jurisprudencia constitucional y la práctica jurisdiccional efectiva del actual recurso de casación.

I Igualmente la STS 1305/2002 reiterando lo ya dicho en auto de 14.12.2001, recuerda que el Tribunal Constitucional ha venido declarando desde la STC 60/85 que el recurso de casación cumple con la exigencia del art. 14.5 Pacto y desde la STC 42/82 ha establecido que esta norma del Pacto no da derecho a recursos que no se encuentren reconocidos en nuestra legislación (ver también STC 37/88). Finalmente en cuanto a su vulneración denunciada, el Tribunal Supremo en SS. 1860/2000 de 4.12, 2194/2001 de 19.11, 1305/2002 de 13.7 se ha pronunciando ante dicha invocación afirmando que el derecho a la doble instancia no está realmente comprendido en el Convenio Europeo, sino en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, según el cual toda persona declarada culpable de un delito tiene derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto, sean sometidas a un Tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley. Ahora bien, dada la diversidad de sistemas procesales que funcionan en el ámbito territorial del Pacto, la posibilidad del acceso a la doble instancia viene determinada por las características de las leyes procedimentales de cada país y aunque esa revisión deba tener el máximo alcance, no se puede excluir la posibilidad de que existan otras vías de impugnación de sentencias condenatorias, siempre que se haga a través de un Tribunal superior que tenga la posibilidad de anular las resoluciones del inferior. Por ello nuestro Tribunal Constitucional ha declarado que aunque el recurso de casación penal tenga un carácter extraordinario y de marco limitado, cumple suficiente y adecuadamente expectativas del referido Pacto Internacional y “satisface la obligación asumida por el Estado español al incorporar sus previsiones al derecho interno por la vía del artículo 96 de nuestra Constitución”.

Ciertamente existen tratados internacionales firmados por España en los que se ha hecho expresa referencia a la doble instancia en el proceso penal. Concretamente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Protocolo número 7 del Convenio Europeo de Derecho Humanos en el que se expresa que toda persona declarada culpable de una infracción penal por un Tribunal tendrá derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sea exami-

nada por un Tribunal superior. El ejercicio de ese derecho, incluidos los motivos por los que pueda ser ejercitado, se regularán por la ley. Este derecho podrá ser objeto de excepciones en caso de infracciones de menor gravedad según las define la ley, o cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto Tribunal o haya sido declarado culpable y condenado al resolverse un recurso contra su absolución. La necesidad de que el fallo condenatorio sea sometido a un Tribunal superior puede ser interpretado con distinto alcance. Así cabe hacer una lectura estricta de ese mandato en el sentido de que no se impone necesariamente la doble instancia sino simplemente la necesidad de que el fallo condenatorio y la pena sean revisados por otro Tribunal. Otra interpretación más amplia y extensa llevaría a la necesidad de la revisión completa del juicio.

Examinando los textos de los Tratados internacionales citados vemos que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se refiere a “fallo condenatorio y la pena”. Si por fallo condenatorio entendemos, además de la parte dispositiva que contiene la condena, aquellos extremos de la sentencia que examinan la declaración de culpabilidad, estaríamos ante una interpretación que se extiende más allá de la mencionada como estricta, en cuanto supera el mero fallo o parte dispositiva, si bien ello permite, al menos, dos lecturas, la que se identifica con la revisión completa, es decir un nuevo juicio con repetición de la prueba, que afectaría a las bases fácticas sobre las que descansa la declaración de culpabilidad; otra que si bien no se ciñe a la parte dispositiva de la sentencia sin embargo tiene como límite el examen del juicio de inferencia realizado por el Tribunal de instancia y en concreto si se ajusta a las reglas de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos.

Pues bien, el texto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, único de los citados que ha sido ratificado por España, no requiere un nuevo juicio con repetición de la prueba, satisfaciéndose la exigencia de que el fallo condenatorio y la pena sean sometidos a un Tribunal superior con la mera revisión del juicio de inferencias realizado por el Tribunal de instancia.

Es cierto que ambos pactos remiten este derecho a la doble instancia a lo que se prescriba por la Ley de cada Estado signatario, como se recoge en la sentencia de esta Sala antes citada, y ello nos lleva a examinar si en la legislación procesal española se cumple el mandato, con el alcance que acabamos de expresar, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El Tribunal Constitucional viene declarando, desde las sentencias 42/1982, de 5 de julio, 76/1982, de

14 de diciembre y 60/1985, de 6 de mayo, que el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no es bastante para crear por sí mismo recursos inexistentes y que el Tribunal Supremo, al conocer del recurso de casación, cumple con esta exigencia de intervención de un Tribunal superior, si bien, al desarrollar el derecho al recurso, ha hecho una interpretación más favorable para la efectividad de ese derecho y con una interpretación amplia respecto al ámbito del conocimiento del recurso de casación, como son expuestas las Sentencias 133/2000, de 16 de mayo y 190/1994, de 20 de junio. El Tribunal Supremo, en sus sentencias, para un mejor cumplimiento del mandato del artículo 14.5 del Pacto Internacional tantas veces citado y acorde con las declaraciones del Tribunal Constitucional sobre ese artículo, ha ido elaborando una doctrina que viene ensanchando su conocimiento a la revisión de cómo se ha hecho la valoración de la prueba por el Tribunal de instancia. Así en la Sentencia de esta Sala de 25 de abril de 2000 se dice que al invocarse el derecho de presunción de inocencia ello conduce al Tribunal Supremo a examinar, entre otras cuestiones, si las pruebas se obtuvieron lícitamente y si las conclusiones probatorias del Tribunal sentenciador no contravienen las leyes de la lógica, de la experiencia y de las ciencias. El cumplimiento por este Tribunal del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se mantiene, con el alcance del recurso de casación que se ha dejado expresado, tras el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 20 de julio de 2000, sin que este Dictamen, que resuelve un caso concreto y no si el recurso de casación español en su generalidad se ajusta o no al artículo 14.5 del Pacto, exija, en modo alguno un cambio de criterio, siendo cuestión bien distinta la conveniencia de que se instaure la segunda instancia en todo tipo de procesos y se residencia en el Tribunal Supremo como única función, la esencial de unificación en la aplicación del ordenamiento jurídico.

En ese sentido se ha pronunciado el Pleno de esta Sala, en la reunión no jurisdiccional celebrada el 13 de septiembre de 2000, en la que se declaró que en la evolución actual de la jurisprudencia en España el recurso de casación previsto en las leyes vigentes en nuestro país, similar al existente en otros Estados miembros de la Unión Europea, ya constituye un recurso efectivo en el sentido del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, si bien se añade, que procede insistir en la conveniencia de instaurar un recurso de apelación previo al de casación. Como precisa la STS. 692/2002 de 18.4 y la doctrina que se expone con detalle en el auto de 14.12.2001, el recurso de casación penal en el modo en que es aplicado actualmente, particularmente cuando

se alega vulneración del derecho a la presunción de inocencia, cumple con lo previsto en el citado art. 14.5. Y ello es así porque en este recurso cabe examinar la prueba practicada en la instancia y la aplicación que de ella se hizo por el órgano judicial competente, con suficiente amplitud como para satisfacer ese derecho que tiene toda persona declarada culpable de un delito a que su condena "sea sometida a un tribunal superior conforme a lo prescrito en la ley". En nuestro caso la "Ley" a que se refiere el Pacto no está constituida únicamente por las disposiciones de la LECr, sino también por la forma en que han sido interpretadas y ampliadas en los últimos años para su adaptación a la Constitución por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y también por esta sala del Tribunal Supremo. En resumen como ha declarado la STC de 8 de mayo de 2006 FJ:

"Hay que aclarar que nuestro sistema casacional no queda limitado a al análisis de cuestiones jurídicas y formales y que sólo permite revisar las pruebas en el en el restringido cauce que ofrece el art. 849.2 de la LECrim., ya que en virtud del art. 852 de la LECrim., el recurso de casación podía interponerse en todo caso, fundándose en la infracción de un precepto constitucional, de modo que, a través de la invocación del art. 24.2 de la CE (fundamentalmente en cuanto se refiere al derecho a la presunción de inocencia) es posible que el TS controle tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como en suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas. En definitiva, a través de un motivo de casación basado en la infracción del derecho a la presunción de inocencia, se puede cuestionar no sólo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el Juzgador de instancia haya deducido de su contenido (STC 2/2002 de 14 de enero, FJ 2). Por tanto, el recurrente tiene adscrita una vía que permite al TS la "revisión íntegra" entendida en el sentido de posibilidad de acceder no sólo a las instancias jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba (STC 70/2002, FJ7). Por último es de interés destacar dos cuestiones:

1º) Que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en los casos *Loewengutin y Deperris*, que fueron inadmitidas, respectivamente, el 30 de mayo y el 22 de junio de 2000, consideró que en el art. 2 del Protocolo número 7, los Estados Parte conservan la facultad de decidir las modalidades del ejercicio del derecho al reexamen y pueden restringir el alcance de éste último; además, en muchos Estados el mencionado reexamen se encuentra igualmente limi-

tado a cuestiones de Derecho. Por ello el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que la posibilidad de recurrir en casación responde a las exigencias del art. 2 del Protocolo 7 del Convenio.

2º) Que posteriormente se han producido varias decisiones de inadmisión de Comunicaciones, en las que el Comité considera adecuada la revisión llevada a cabo por el Tribunal Supremo Español en un recurso de casación. Así la Decisión de 29 de marzo de 2005 (Comunicación núm. 1356-2005 Parra Corral c. España, 4.3) en la que se señala que "la alegación referente al párrafo 5 del art. 14, esto es, el hecho de que presuntamente los tribunales españoles no examinaron de nuevo la apreciación de las pruebas no es consecuente con el texto de los fallos del Tribunal Supremo y Constitucional en el caso de autos. Después de que estos dos tribunales examinaron a fondo la alegación del autor en el sentido de que los indicios eran insuficientes para condenarlo, discreparon de la opinión del autor y expusieron con todo detalle sus argumentos para llegar a la conclusión de que las pruebas, aunque fuesen indicios, bastaban para justificar su condena". Igualmente, la Decisión de 25 de julio de 2005, (comunicación núm. 1399-2005, Cuartero Casado c. España, § 4.4) que destaca que "con respecto a la presunta violación del párrafo 5 del art. 14, del fallo del Tribunal Supremo se desprende que éste examinó con gran detenimiento la valoración de las pruebas hecha por el Juzgado de primera instancia. A este respecto, el Tribunal Supremo consideró que los elementos de prueba presentados contra el autor eran suficientes para contrarrestar la presunción de inocencia, de conformidad con los criterios establecidos por la jurisprudencia a fin de determinar la existencia de pruebas suficientes para el enjuiciamiento de determinados delitos, como la agresión sexual". Del mismo modo, la Decisión de 25 de julio de 2005 (comunicación núm. 1389-2005, Bertelli Gálvez c. España, § 4.5, poniendo de manifiesto que "en cuanto a la presunta violación del párrafo 5 del artículo 14, del texto de la sentencia del Tribunal Supremo se desprende que si bien éste declaró que -la evaluación de las pruebas compete al Tribunal de primera instancia y no al Tribunal Supremo-, sí examinó en detalle la argumentación del autor y concluyó que en realidad él era culpable de estafa porque -hubo conducta dolosa y ánimo de lucro personal, lo que condujo a engaño de una tercera persona y la llevó a tomar disposiciones contrarias a su propio interés-".

Y, por último, la Decisión de 28 de octubre de 2005 (comunicación núm. 1059-2002, Carballo Villar c. España, § 9.3) al afirmar que "con respecto a la presunta violación del párrafo 5 del artículo 14, del fallo del Tribunal Supremo se desprende

que éste examinó con detenimiento la valoración de las pruebas hecha por la Audiencia Provincial. A este respecto, el Tribunal Supremo consideró que los elementos de prueba presentados contra el autor eran suficientes para contrarrestar la presunción de inocencia de aquél", por lo que considera que la queja "no se ha fundamentado suficientemente a efectos de admisibilidad" y la declara inadmisibile. Igualmente, ha de tenerse en cuenta que el Comité ha precisado, por ejemplo, que el artículo 14.5 del Pacto no requiere que el Tribunal de apelación lleve a cabo un nuevo juicio sobre los hechos, sino que lleve a cabo una evaluación de las pruebas presentadas al juicio y de la forma en que éste se desarrolló. Decisión de 28 de marzo de 1995, comunicación núm. 536-1993, *Perra c. Australia*, § 6.4); que la falta de un juicio oral en la apelación no constituye violación del derecho a un juicio justo, ni del art. 14.5 del Pacto (Dictamen de 29 de octubre de 1999, comunicación núm. 789-1997, *Bryhn c. Noruega*, § 7.2) o que un sistema que no permita el derecho automático a apelar puede ser conforme a las exigencias del art. 14.5 del Pacto, siempre que el examen de la autorización de la solicitud para presentar recurso entrañe una revisión completa, tanto por lo que respecta a las pruebas como a los fundamentos de Derecho, y a condición de que el procedimiento permita examinar debidamente la naturaleza del caso (Dictamen de 31 de marzo de 1999, comunicación núm. 662-1995, *Lumley c. Jamaica*, § 7.3). De acuerdo con lo expuesto, se puede concluir que no existe la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías en la regulación del actual recurso de casación en materia penal, al cumplir con las exigencias del art. 14.5 PIDCP. Por todo lo que se deja expresado, acorde con la doctrina expuesta, no se han producido las vulneraciones que se denuncian y el motivo no puede prosperar.

SEGUNDO.- En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones que proclama el artículo 18.3 de la Constitución. Se dice vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones por falta de motivación del Auto de fecha 28 de septiembre de 2006, que autoriza la intervención del teléfono utilizado por Luis Manuel que era el alias al parecer del ahora recurrente y que no existió control efectivo de dichas intervenciones telefónicas al no haber sido cotejadas ni aportarse traducidas ni haberse razonado convenientemente las prórrogas limitándose la policía a aportar un mero resumen que no fue cotejado, por todo ello, se dice, que las conversaciones telefónicas son nulas. Una vez más, es de dar por producido lo que se ha dejado expresado para rechazar igual invocación

realizada por los anteriores recurrentes.

El primer Auto, de fecha 9 de junio de 2006, que acuerda la intervenciones telefónicas, dictado por el Juzgado de Instrucción de Briviesca, en las Diligencias Previa 324/2006, es modélico en cuanto se explica con detenimiento las razones que determinaron la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones, haciendo mención de los datos objetivos que justificaban esa injerencia y su proporcionalidad, atendida la gravedad de las conductas que se estaban investigando. Así, se hace expresa referencia a la detención del imputado Jon, comprobándose la existencia de serios indicios objetivos de su intervención en un robo cometido poco antes en una sucursal bancaria, señalándose que se identificaron sus ropas y mochila que portaba y el vehículo utilizado, que se encontraba a escasos metros, por los fotogramas del video de la oficina asaltada, así como el hecho de que en el interior del vehículo se encontrara una botella de oxígeno que aparece, en los fotogramas, sostenida por uno de los intervinientes, cuyas características físicas y vestimenta coinciden con el detenido, y en la mochila de que era portador se guardaba un inhibidor de frecuencias, que se utiliza para eliminar la efectividad de las alarmas bancarias, dos antenas desplegadas, una antena flexible así como tres teléfonos móviles. Igualmente se hace constar que en las últimas fechas se han producido una serie de hechos delictivos que pudieran estar relacionados con el delito que se estaba investigando, haciéndose referencia de cuatro de ellos de los que dos se produjeron en dos entidades bancarias de dos localidades pequeñas relativamente próximas, por lo que la Sección de Delincuencia Organizada de la Guardia Civil se hallaba investigando una red de delincuencia organizada compuesta por súbditos extranjeros procedentes de Europa del este, que se dedicaban, entre otras actividades delictivas, a robos con fuerza en poblaciones rurales en las que hay escasa presencia policial, operando con vehículos sustraídos, en horas nocturnas y utilizando radio-telefonos y terminales móviles.

El Auto judicial que examinamos, tras mencionar esos datos objetivos que justifican la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones y la doctrina que es de aplicación, se razona sobre la procedencia de la intervención de los teléfonos de que era portador el detenido atendida la gravedad de los hechos objeto de investigación, reiterados con la misma forma de operar, resaltando que se trata de un grupo organizado, integrados por extranjeros, carentes de domicilio y con una gran movilidad, no existiendo otra manera menos lesiva de lograr las pruebas de los delitos que se están investigando, siendo urgente su adopción al haber quedado en libertad el imputado, Auto que

fue notificado al Ministerio Fiscal como consta en las actuaciones.

Con igual profundidad de razonamientos y analizando datos objetivos se pronuncian los Autos que autorizan intervenciones posteriores y las prórrogas de las intervenciones inicialmente acordadas como se declara en la sentencia recurrida, en el apartado segundo del primero de los fundamentos jurídicos, entre ellos el Auto de fecha 28 de septiembre de 2006, que autoriza la intervención del teléfono utilizado por Luis Manuel, que era el alias del ahora recurrente, cuya injerencia está perfectamente justificada por las razones objetivas que se expresan en los Autos mencionados, atendiendo a las solicitudes policiales y las razones y elementos que determinaron las autorizaciones de anteriores observaciones telefónicas, habiéndose procedido al cotejo de las conversaciones ya que así se hizo con aquellas en las que se había utilizado el castellano, cotejo llevado a cabo por la Secretaría judicial que extendió la correspondiente acta, sin olvidar que tal cotejo no es necesario cuando de la información suministrada en los oficios policiales que solicitan las prórrogas u otras nuevas intervenciones se aportan datos de las anteriores que justifican y hacen necesario mantener la injerencia en el derecho fundamental. El motivo no puede prosperar.

TERCERO.- En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho a la presunción de inocencia previsto en el artículo 24.2 de la Constitución. Se niega la existencia de prueba ya que las intervenciones telefónicas son nulas y que de no ser declaradas nulas tampoco existiría prueba que acredite su participación en los hechos enjuiciados.

Ya se ha rechazado, al examinar el anterior motivo, la nulidad que se postula de las intervenciones telefónicas.

Tampoco puede prosperar la alegada ausencia de prueba en lo que concierne a la intervención del ahora recurrente en los hechos que se declaran probados.

El Tribunal de instancia ha podido valorar las declaraciones de los funcionarios policiales que en el acto del juicio oral declararon que el vehículo Peugeot 407, matrícula...-RDT, que había sido sustraído en el garaje de la vivienda a que se refiere el hecho cuarto de los que se declaran probados, fue visto cuando estaba en el zulo de DIRECCION000 en el que repostaron combustible y donde se encontraba la carabina del calibre 22, vehículo que era utilizado, entre otros acusados, por el ahora recurrente Jenaro (que utilizaba el alias de Culebras como se razona en la pá-

gina 42 de la sentencia recurrida). Asimismo, los agentes policiales que declararon en el acto del plenario manifestaron que habían observado, en sus seguimientos, que el día 11 de octubre de 2006 el ahora recurrente iba como usuario en el vehículo Audi A 4, matrícula... ZJP, cuya sustracción se describe en el quinto de los hechos que se declaran probados, en compañía de varios de los coacusados, siendo conducido dicho vehículo por José Ángel, vehículo que fue observado cuando realizaba una parada en la localidad de Sarrión donde se produjo el octavo de los hechos que se declaran probados. Igualmente se ha podido valorar que al ser detenido en su domicilio se le intervinieron teléfonos en los que estaban registrados los números de teléfono de la mayoría de los miembros de la organización Asimismo se han podido valorar el contenido de varias conversaciones telefónicas como señala el Tribunal de instancia en las páginas 42, 43 y 44 de la sentencia recurrida.

Y por último, es especialmente significativo el informe emitido por videoconferencia por los peritos de ADN quienes dictaminaron que en los restos orgánicos analizados se obtuvo el perfil genético del ahora recurrente Jenaro. Así las cosas, han existido pruebas de cargo, legítimamente obtenidas, que acreditan la participación del ahora recurrente en los hechos que se le imputan.

El motivo debe ser desestimado.

CUARTO.- En el cuarto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, de los artículos 515, 516 y 517 del Código Penal. Se niega la concurrencia de los elementos que son precisos para que exista el delito de asociación ilícita Como se dejó expresado al dar respuesta a la misma alegación realizada por otros recurrentes, el motivo aparece enfrentado a un relato fáctico que debe ser rigurosamente respetado y en el que se declara que los acusados José Ángel (alias Pelosblancos o Verbenas), Cesar (alias Pesetero o Rata), Arcadio (alias Santo o Pulga), Juan Miguel (también conocido como Millonario y como Mangatoros), Jenaro (conocido también como Culebras o Luis Manuel), junto con otros más a los que no alcanza esta sentencia (Jon y Pablo, en ignorado paradero, y con otra persona apodada Cebojero, quien no ha prestado declaración sobre estos hechos ni se encuentra a disposición del Tribunal), mayores de edad y de los que no constan antecedentes penales, naturales de Rumanía, se fueron estableciendo en España, concertados para la realización de acciones delictivas, bajo la dirección y supervisión de José Ángel, a quien apodaban "Pelosblancos" (jefe) o "Verbenas", siendo éste el encargado de conseguir cobertura de viviendas para todos e infraestructura consistente en herramientas

para llevar a cabo dichas acciones y zulos donde ocultar efectos así como de llevar a cabo el estudio, observación y planificación de los objetivos que posteriormente ejecutaba cualquiera de los miembros del grupo indistintamente, incluido el propio José Ángel, que les llamaba sus "trabajadores", afectando dichas acciones delictivas a distintas zonas de la geografía nacional, describiéndose a continuación los dieciocho hechos delictivos en los que intervinieron, así como los efectos que les fueron intervinidos, entre ellos una carabina calibre 22 en perfecto estado de funcionamiento y de la que carecían de los permisos y licencias correspondientes. Y estos hechos se subsumen sin duda, entre otras conductas delictivas, en el tipo de la asociación ilícita apreciada por el Tribunal de instancia, previsto en los artículos 515 y 517 del Código Penal. Tiene declarado esta Sala, como son exponentes las Sentencias 415/2005, de 23 de marzo y 234/2001, de 3 de mayo, que el delito de asociación ilícita del art. 515.1 -asociación para delinquir- precisa la unión de varias personas organizadas para determinados fines, con las siguientes exigencias:

a) Pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad.

b) Existencia de organización más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista.

c) Consistencia o permanencia en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio.

d) El fin de la asociación -en el caso del art. 515.1 inciso primero- ha de ser la comisión de delitos, lo que supone una cierta determinación de la ilícita actividad, sin llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar. Y estos presupuestos concurren en el caso que examinamos, como bien se razona por el

Tribunal de instancia, en el tercero de sus fundamentos jurídicos, ya que los acusados integraban una pluralidad de personas asociadas para la comisión de conductas delictivas, existiendo una organización jerarquizada y una infraestructura en función de la actividad que iban a desarrollar, de la que formaban parte varios inmuebles, vehículos sustraídos, material específico para forzar establecimientos bancarios, inhibidores de frecuencia que se utilizan para eliminar la efectividad de las alarmas bancarias, diversos tipos de antenas, radio teléfonos, y todo ello con una actividad delictiva desarrollada en el tiempo que evidencia la nota de permanencia.

No se ha producido la infracción legal que se denuncia y el motivo no puede prosperar.

FALLO

Debemos desestimar y desestimar los recursos de casación por infracción de preceptos constitucionales e infracción de Ley interpuestos por José Ángel, Juan Miguel, Arcadio, Cesar y Jenaro, contra sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Valencia, de fecha 2 de julio de 2009, en causa seguida por delitos de asociación ilícita, robo, falsedad, receptación y tenencia ilícita de armas. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso. Comuníquese esta sentencia a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Carlos Granados Pérez.- José Ramon Soriano Soriano.- Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre.- Alberto Jorge Barreiro.- Joaquín Delgado García.

(...)



2010/153366

TS Sala 4ª, Sentencia 15 junio 2010. Ponente: Dª Mª Luisa Segoviano Astaburuaga

Incompatibilidad entre asignación por hijo a cargo y prestación de invalidez no contributiva

Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el demandado INSS contra sentencia que acogió la pre-

tensión del beneficiario accionante sobre compatibilidad entre asignación por hijo a cargo y prestación por invalidez no contributiva.

Señala el Tribunal que el actor tiene reconocida una minusvalía del 69%, percibiendo la prestación por hijo a cargo, minusválido, que se le reconoció a su padre, siendo asimismo beneficiario de una pensión de invalidez no contributiva, por lo que, en aplicación de lo dispuesto en el art. 189,3 LGSS, tales prestaciones son incompatibles y, habiendo optado el actor por el percibo de la prestación de invalidez no contributiva, dicha prestación es la que le corresponde percibir.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Social núm. 12 de los de Madrid dictó sentencia el 16 de julio de 2008, estimando la demanda formulada por D. Baltasar contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, declarando compatible la asignación por hijo a cargo con la pensión no contributiva de la que venía siendo beneficiario dicho demandante, condenando a las demandadas a dejar sin efecto la resolución impugnada y reanudar nuevamente el pago de la asignación económica por hijo a cargo en la cuantía que venía siendo percibida.

Tal y como resulta de dicha sentencia el actor, en situación de desempleo, mayor de 45 años, viene percibiendo una pensión de invalidez no contributiva, por importe de 328,44 euros mensuales y además desde el año 2003 es causante de una prestación por hijo a cargo, que le había sido reconocida a su padre en el año 2003. Al actor se le reconoció una minusvalía del 69%.

El padre del actor fue declarado en situación de incapacidad permanente absoluta por resolución del INSS de 31 de enero de 1995, habiéndosele reconocido una minusvalía del 65% en el año 1996.

En octubre del año 2007 se le comunicó al actor que opte por una de las pensiones que percibe, optando el actor el 6 de agosto de 2007 por percibir la de invalidez no contributiva, reclamándole la entidad gestora el reintegro de prestaciones por hijo a cargo correspondiente al periodo de 1 octubre 2003 a 30 septiembre 2007. El actor convive con su padre en el mismo domicilio sin ninguna persona más.

Recurrida en suplicación por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia el 23 de marzo de 2009, recurso 5315/08, de-

sestimando el recurso formulado. La sentencia entendió que no existe la incompatibilidad prevista en la Disposición Transitoria Séptima de la Ley General de la Seguridad Social pues la misma solo tiene lugar entre partidas de idéntica naturaleza, y en este caso, no concurren porque la asignación económica por hijo a cargo no tiene la conceptualización legal de pensión, pues la propia norma la denomina prestación.

Contra dicha sentencia se interpuso por la citada demandada recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria el 14 de julio de 2000, recurso 1509/08, firme en el momento de publicación de la recurrida.

La parte actora ha impugnado el recurso habiendo informado el Ministerio Fiscal que estima procedente el recurso.

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

La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria el 14 de julio de 2000, recurso 1509/08, desestimó el recurso de suplicación interpuesto por D^a Bibiana contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de Santander, con fecha 14 de septiembre de 1998, en virtud de demanda formulada por la recurrente contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social sobre prestación de Seguridad Social.

Tal y como resulta de dicha sentencia, la actora solicitó en el año 1991 prestación a favor de familiares, en razón a la minusvalía de su hija D^a Francisca, que le fue concedida, reconociéndosele una minusvalía del 73%. D^a Francisca viene percibiendo una prestación de incapacidad permanente total para su profesión habitual de empaquetadora desde el 22 de octubre de 1976.

La sentencia entendió que no era compatible la percepción de la prestación familiar por hijo minusválido con la pensión de incapacidad permanente total percibida por ésta pues, en primer lugar, la hija no vive a sus expensas y, en segundo lugar, si el artículo 187.3 de la Ley General de la Seguridad Social establece la incompatibilidad de la asignación por hijo a cargo con la percepción por parte de éste de una pensión de

invalidez o jubilación no contributiva, con mayor razón será incompatible dicha asignación con la percepción de una pensión de invalidez contributiva.

Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, siendo irrelevante que en la sentencia recurrida el causante perciba una pensión de invalidez no contributiva y en la de contraste una pensión de invalidez permanente total, en su modalidad contributiva, pues lo relevante es determinar la compatibilidad de la asignación por hijo minusválido a cargo, con minusvalía superior al 65%, con la percepción por parte de éste de una pensión por invalidez, habiendo llegado las sentencias comparadas a resultados contradictorios ya que, en tanto la recurrida declara la compatibilidad de ambas prestaciones la de contraste proclama su incompatibilidad.

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

TERCERO.- El recurrente alega infracción del artículo 189.3 de la Ley General de la Seguridad Social, en la redacción dada al mismo por la disposición adicional única de la Ley 8/2005, de 6 de junio, para compatibilizar las pensiones de invalidez no contributivas con el trabajo no remunerado, encontrándose esta previsión legal con anterioridad a la reforma en el artículo 187.3 de la Ley General de la Seguridad Social.

La censura jurídica formulada ha de tener favorable acogida. A este respecto hay que indicar que el artículo 189 de la Ley General de la Seguridad Social bajo el epígrafe "incompatibilidades", establece en su apartado 3, en la redacción dada por la Ley 8/2005 de 6 de junio lo siguiente:

"La percepción de las asignaciones económicas por hijo minusválido a cargo, establecidas en el apartado 2, párrafos b) y c) del artículo 182 bis, será incompatible con la condición, por parte del hijo, de pensionista de invalidez o jubilación en la modalidad no contributiva."

Tal y como resulta del relato fáctico de la sentencia de instancia, el actor tiene reconocida una minusvalía del 69%, percibiendo desde el año 2003 la prestación por hijo a cargo, minusválido, -que se le reconoció a su padre (artículo 182.2 de la Ley General de la Seguridad Social)-, siendo asimismo beneficiario de una pensión de invalidez no contributiva, por lo que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 189.3 de la Ley General de la Seguridad Social, tales prestaciones son incompatibles y, habiendo optado el actor por el percibo de la prestación

de invalidez no contributiva, dicha prestación es la que le corresponde percibir.

CUARTO.- En el recurso de suplicación, en su día formulado por la demandada se interesaba se declarara que el periodo al que se contrae la obligación de reintegro, por la percepción indebida de dos prestaciones incompatibles, es de cuatro años, en virtud de lo establecido en el artículo 45.3 de la Ley General de la Seguridad Social, cuestión no resuelta por la sentencia resolutoria del recurso de suplicación al haber declarado la compatibilidad de las dos prestaciones percibidas por el actor, por lo que procede, tras casar y anular la sentencia recurrida, retrotraer las actuaciones al momento de dictar sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, recurso 5315/08, a fin de que resuelva dicha cuestión.

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

FALLO

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, actuando en nombre y representación de Instituto Nacional de la Seguridad Social, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 23 de marzo de 2009, recaída en el recurso de suplicación número 5315/08, y, en consecuencia, casamos y anulamos la mencionada sentencia en cuanto a la cuestión que ha sido objeto del presente recurso, declarando la no compatibilidad de la asignación por hijo minusválido a cargo con la percepción por éste de una pensión de invalidez no contributiva y, no habiéndose resuelto en suplicación el motivo del recurso referente al periodo que abarca la obligación de reintegro de la prestación indebidamente percibida, acordamos devolver las actuaciones a la Sala de procedencia para que se pronuncie sobre dicho extremo con absoluta libertad de criterio.

Devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

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

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

RESEÑA

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



TS CIVIL

2010/152956

TS Sala 1ª, Sentencia 16 junio 2010.
Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos

Prescripción de acción derivada de accidente de circulación al computar desde la firmeza de la resolución judicial

El TS desestima el rec. de casación confirmando la sentencia de apelación que, al igual que la dictada en primera instancia, rechazó la demanda del ahora recurrente en la que se exigía la responsabilidad derivada del accidente de circulación, al apreciar la excepción de prescripción opuesta por la aseguradora demandada considerando que el plazo de prescripción debe computarse a partir del momento en que adquirió firmeza la resolución que puso fin a la vía penal. Declara el TS que se ajusta plenamente a la doctrina de la Sala el criterio seguido en las anteriores instancias consistente en fijar el comienzo del plazo de prescripción anual en el día en que, por el transcurso del plazo concedido para recurrirla, ganó automáticamente firmeza la sentencia absoluta dictada en el previo juicio de faltas.

2010/152964

TS Sala 1ª, Sentencia 23 julio 2010.
Ponente: D. José Antonio Seijas Quintana

Nulidad de compraventa realizada dentro del periodo de retroacción de la quiebra

El TS desestima los recursos de casación interpuestos por la sociedad vendedora de la parcela, declarada en quiebra, y el comprador de la misma, esposo de la administradora de la indicada sociedad, confirmando la sentencia de apelación que estimó la demanda formulada frente a ambos por la sindicatura de la quiebra declarando la nulidad radical "ipso jure" del negocio jurídico de compraventa dado que se había realizado dentro del período de retroacción de la quiebra. Declara el TS que los recursos de la parte demandada no pasan de ser un mero recorda-

torio de los criterios jurisprudenciales que presiden la retroacción de la quiebra, sin dar contenido o razón alguna sobre uno de los aspectos que respaldaron la decisión de la AP, como es la connivencia de la entidad quebrada con el comprador.



TS PENAL

2010/92259

TS Sala 2ª, Sentencia 18 mayo 2010.
Ponente: D. Carlos Granados Pérez

Concepto de organización en relación al subtipo agravado de tráfico de drogas

Se desestiman los recursos de casación interpuestos por los acusados contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delitos contra la salud pública y de tenencia ilícita de armas. Subraya la Sala que en el concepto de asociación u organización debe incluirse "cualquier red estructurada, sea cual fuere la forma de estructuración, que agrupe a una pluralidad de personas con una jerarquización y reparto de tareas o funciones entre ellas y que posea una vocación de permanencia en el tiempo". No cabe pasar por alto las expresiones que el código incorpora al configurar esta hiperagravación refiriéndose a la "transitoriedad" de la asociación o a la "ocasionalidad" en la consecución de los fines perseguidos por ésta, lo que amplía en grado sumo las posibilidades subsuntivas de agrupaciones o asociaciones de dos o más personas que respondan a los criterios jurisprudenciales señalados.

2010/92261

TS Sala 2ª, Sentencia 4 mayo 2010.
Ponente: D. Carlos Granados Pérez

Reducción de la pena impuesta en delito contra la salud pública

Se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por la acusada contra sentencia que la condenó por un delito contra la salud pública. El TS dicta segunda sentencia por la que viene a reducir la pena de multa impuesta a la recurrente, ya que las cuatro operaciones

de venta de sustancias estupefacientes suman doscientos diez euros, por lo que la multa se extendería del tanto al triple del valor de la droga objeto del delito si se trata de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, como es el caso, por lo que el máximo a imponer sería de seiscientos treinta euros, estimándose proporcionada la cuantía de cuatrocientos veinte euros, atendido el criterio que se ha mantenido y a las circunstancias que se han valorado para individualizar la pena privativa de libertad.



TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2010/133515

TS Sala 3ª, Sección 5ª, Sentencia 4 mayo 2010.
Ponente: D. Jesús Ernesto Peces Morate

Nulidad parcial del RD 314/2006 por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación

EL TS estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Colegio Oficial de Peritos e Ingenieros Industriales contra el Real Decreto por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación. La Sala anula determinadas disposiciones del Real Decreto impugnado al considerar que vulnera la taxativa clasificación establecida en la Ley que desarrolla, ya que la Ley de Ordenación de la Edificación establece que la facultad de proyectar las edificaciones es exclusiva de los arquitectos, y el Decreto impugnado permite que los documentos básicos se atengan a otra clasificación distinta, infringiendo así los preceptos de la Ley de Ordenación de la Edificación y el principio de reserva de ley.

2010/102655

TS Sala 3ª, Sección 3ª, Sentencia 8 junio 2010.
Ponente: D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

Competencia de la CMT para requerir información en materia de servicios audiovisuales

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la entidad mercantil sojecable contra la sentencia de la Audiencia Nacional que desestimó el

recurso deducido contra la resolución del Presidente de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por la que se requiere al mencionado operador la remisión de la información cuyo detalle se especifica en el anexo, referida al período trimestral comprendido entre el 1 julio y el 30 septiembre 2005. La Sala indica que la CMT tiene competencia para dirigir requerimientos de información en materia de servicios audiovisuales y rechaza la alegada falta de motivación del requerimiento de información y la falta de proporcionalidad de la información requerida.



TS SOCIAL

2010/133567

TS Sala 4ª, Sentencia 18 mayo 2010.
Ponente: Dª Rosa María Virolés Piñol

Excedencias especiales previstas en convenio

Desestima el TS el recurso de casación formulado por la empresa de asistencia telefónica demandada contra sentencia que acogió la demanda de conflicto colectivo sobre regulación de excedencias. Señala la Sala que el art. 31 Convenio Colectivo del Sector de Contact Center es claro y terminante y no deja lugar a dudas sobre la intención de las partes, por lo que ha de estarse al tenor literal del mismo, sin que nada señale respecto del preaviso, por lo que ese silencio no puede sustituirse por la voluntad unilateral del empresario, y respecto a la exigencia de un porcentaje de la plantilla para la denegación de las excedencias especiales en las circunstancias que contempla el precepto, es claro, a juicio del Tribunal, que va referido a toda la plantilla, y no a cada departamento, servicio, o unidad organizativa de la empresa.

2010/153363

TS Sala 4ª, Sentencia 22 junio 2010.
Ponente: Dª Mª Milagros Calvo Ibarlucea

Derecho a mejora de jubilación anticipada

Desestima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el demandado INSS contra sentencia que declaró el derecho del beneficiario accionante a mejora de pensión de jubilación anticipada. Señala el Tribunal que la jubilación forzosa pactada en el III Convenio Colectivo Banco Exterior de España no opera automáticamente, sino que depende del ejercicio de la voluntad unilateral extintiva del empresario, no siendo una interpretación forzada reconducir dicha causa extintiva a la de despido del art. 208.1.1 LGSS, si bien la Sala considera preferible interpretar que la mención del mencionado artículo no es restrictiva, sino meramente ejemplificativa.