



# 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 2791

Madrid, martes 9 de febrero de 2010



## TS PENAL

2009/239985

TS Sala 2ª, Sentencia 30 septiembre 2009. Ponente: D. Manuel Marchena Gómez

### Al no motivarse el "quantum" impuesto por la sentencia Reducción de la pena en delito contra la salud pública

*Desestimando el recurso de casación interpuesto por uno de los acusados, el TS acoge parcialmente el formulado por el otro imputado, ambos contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delito contra la salud pública. La Sala dicta segunda sentencia por la que viene a reducir la pena de prisión impuesta al recurrente, ya que no le falta razón cuando exige una explicación motivada acerca del "quantum" de seis años finalmente impuesto por la sentencia, por lo que no constando en la sentencia recurrida la explicación acerca de la procedencia de la extensión final de la pena impuesta, procede ajustarla en cuatro años y seis meses de prisión.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

A) Recurso de Herminio.

PRIMERO.- La representación legal de recurrente formaliza cuatro motivos de casación contra la sentencia de fecha 12 de enero de 2009, dictada por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona, que le condenó como autor de un delito contra la salud pública a la pena de 11 años de prisión con multa de 500.000 euros. Tres de ellos invocan vulneración de derechos fundamentales. El último sostiene la existencia de un error de derecho en el juicio de subsunción.

I.- En el primero de los motivos, formalizado al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LE-Crim, la representación legal del recurrente alega que se ha vulnerado su derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, establecido en el art. 24.2 de la CE. Con ello, se le ha impedido acreditar que colaboró decididamente con la policía y, por tanto, hacerse acreedor del tratamiento

penológico privilegiado que otorga el art. 376 del CP.

La prueba que habría sido indebidamente denegada fue instada por la defensa en el escrito de conclusiones provisionales, cuyo apartado VI solicitaba, como prueba documental, "... que se oficie a la Jefatura Superior de Policía de Barcelona -BPPJ UDYCO, Sección de Estupefacientes, Grupo III-, a fin de que se remita certificación en la que conste si en relación a la información facilitada por mi representado en fecha 17 de mayo de 2007 (folio 845) acerca de operaciones de introducción de cocaína, dio lugar a alguna investigación policial, detención de personas o intervención de sustancias estupefacientes". Tal petición había sido rechazada por la Sala mediante resolución de 15 de septiembre de 2008, al estimar que se trataba de "... una diligencia de investigación irrelevante a los efectos del plenario".

Notificado este auto, se presentó escrito con fecha 26 de septiembre de 2008 formulando protesta a efectos de su ulterior impugnación.

Argumenta el recurrente -con prolija cita jurisprudencial en apoyo del derecho a valerse de los medios de prueba pertinentes para la defensa- que esa petición sí constituía una diligencia esencial, por cuanto iba dirigida a probar la colaboración prestada por el procesado, quien había informado a los agentes de policía acerca de operaciones de introducción de cocaína y, en consecuencia, resultaba decisiva para apreciarle la aminoración de pena prevista en el art. 376 del CP.

El motivo no puede prosperar.

Ya en nuestra sentencia 527/2007, 5 de junio, recordábamos la doctrina constitucional (cfr. STC 52/2004, 13 de abril) que proclama que el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa es inseparable del derecho de defensa y exige que las pruebas pertinentes sean admitidas y practicadas, sin desconocimiento ni obstáculos, resultando vulnerado en aquellos supuestos en los que el rechazo de la prueba propuesta carezca de toda motivación, o la motivación que se ofrezca pueda tacharse de manifiestamente arbitraria o irrazonable (por todas, SSTC 2/1987, de 21 de enero, FJ 6; y 195/1995, de 19 de diciembre, FJ 7). Igualmente se recordaba en la STC 104/2003, de 2 de junio (FJ 2), con cita de las SSTC 30/1986, de 20 de febrero; 147/1987, de 25 de septiembre; 97/1995, de 20 de junio; 17/1996, de 7 de febrero, ó 181/1999, de 11 de octubre, que para que resulte fundada una queja sustentada en una vulneración del derecho al uso de los medios de prueba es preciso:

a) Que el recurrente haya solicitado su práctica en la forma y momento legalmente establecidos, pues, al tratarse de un derecho de configuración legal, su ejercicio ha de acomodarse a las exigencias y condicionantes impuestos por la normativa procesal, de tal modo que es condición inexcusable para apreciar su pretendida lesión que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos.

b) Que la prueba propuesta sea objetivamente idónea para la acreditación de hechos relevantes.

c) Que la misma sea decisiva en términos de defensa, es decir que

## SUMARIO

### TS

#### CIVIL

Prevalencia de la libertad de expresión e información sobre el derecho al honor **6**

#### PENAL

Reducción de la pena en delito contra la salud pública **1**

#### ADMINISTRATIVO

Inexistencia de abuso de competencia desleal a través de las tarifas de Transmediterránea **10**

Inadmisión del recurso de casación por no citar el escrito de interposición ninguna norma infringida **14**

#### SOCIAL

Inaplicación de laboralidad al fallecimiento de viajante **14**

### RS RESEÑA DE SENTENCIAS

**16**

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

tenga relevancia o virtualidad exculpatoria, lo que ha de ser justificado por el recurrente o resultar de los hechos y peticiones de la demanda.

En el presente caso, habiéndose colmado por el recurrente las exigencias formales expuestas, resulta decisivo precisar si la ausencia del medio de prueba propuesto generó una efectiva indefensión. A tal fin, conviene traer a colación la STC 121/2009, 12 de mayo, en la que se recuerda que ha de acreditarse que la ausencia del medio de prueba en cuestión se ha traducido en una indefensión material para la parte, lo que significa que la prueba denegada "era decisiva en términos de defensa, esto es, que hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, potencialmente trascendental para el sentido de la resolución... carga de la argumentación (que) se traduce en la doble exigencia de que el demandante de amparo acredite, tanto la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar, y las pruebas inadmitidas o no practicadas, como el hecho de que la resolución judicial final podría haberle sido favorable de haber admitido y practicado dichas pruebas, quedando obligado a probar la trascendencia que la inadmisión o la ausencia de la práctica de la prueba pudo tener en la decisión final del proceso, ya que sólo en tal caso, comprobando que el fallo pudo, acaso, haber sido otro, si la prueba se hubiera admitido o practicado, podrá apreciarse también un menoscabo efectivo del derecho de defensa.

De no constatarse la circunstancia de que la prueba inadmitida o no practicada era decisiva en términos de defensa, resultará ya evidente ab initio, sin necesidad de ulterior análisis, que no habría existido la lesión denunciada, puesto que, como hemos señalado, el ámbito material protegido por el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes no abarca las meras infracciones de la legalidad procesal que no hayan generado una real y efectiva indefensión (STC 185/2007, de 10 de septiembre, FJ 2) (STC 258/2007, de 18 de diciembre, FJ 3; en similares términos entre otras, SSTC 53/2006, de 27 de febrero, FJ 4; 316/2006, de 15 de noviembre, FJ 3.c; 152/2007, de 18 de junio, FJ 2).

A la vista de este cuerpo de doctrina jurisprudencial, no cabe duda alguna de que el Tribunal de instancia resolvió correctamente y sin merma alguna del derecho constitucional

que se dice infringido, la petición del recurrente. Se trataba de una diligencia de investigación -lo que habría hecho aconsejable instar la revocación del auto de conclusión del sumario ex art. 627 de la LECrim y STC 66/1989, 17 de abril- y, lo que es más importante, carecía de relevancia a efectos del plenario.

En efecto, es cierto que el acusado mantuvo una conversación con agentes de policía en la que facilitó dos informaciones distintas, una de ellas relativa a la introducción de cocaína en España a través de ciertas personas y otra referida a una partida de 400 ó 500 kilos de esa misma sustancia, que iban a acceder mediante "barcos", con entrada por el puerto de Barcelona. Añadía que esta última operación estaba patrocinada por un tal Corsario. Concluía su confidencia señalando que "... para colaborar activamente en la investigación sería necesario que se encontrase en libertad, puesto que este tipo de asuntos requieren la práctica de unas acciones que no se pueden llevar a cabo desde prisión".

Como puede apreciarse, la colaboración ofrecida por el recurrente -por cierto, condicionada su efectividad a que el propio recurrente fuera puesto en libertad- no cumple ninguno de los requisitos que exige el art. 376 de la LECrim para aspirar al efecto atenuatorio. Este precepto exige, además de un abandono voluntario de las actividades delictivas -dato no concurrente en el presente caso-, una colaboración activa y eficaz para impedir la comisión de nuevos delitos o la captura de otros responsables. Y como apunta el Ministerio Fiscal, en esa actitud colaboradora primaba el deseo de eludir la medida cautelar que le afectaba, antes que el verdadero propósito de colaboración. Sólo así puede entenderse la ambigüedad e imprecisión de los datos ofrecidos a la Policía.

Con independencia de lo anterior, mal puede reivindicarse la degradación punitiva asociada a la condición de colaborador cuando Herminio niega radicalmente su participación en los hechos y, por tanto, su relación con el mundo del narcotráfico.

El motivo carece de fundamento y ha de ser desestimado (art. 885.1 LECrim).

II.- El segundo de los motivos, con la misma cobertura que el precedente, sostiene la vulneración del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones (art. 18.3 CE).

Argumenta el recurrente que el primer auto dictado en fecha 22 de agosto de 2006 carece de motivación suficiente y el oficio policial al que se remite no contiene elementos objetivos de la existencia de sospechas razonables de la comisión del delito investigado con respecto a la persona cuyo número se solicitaba la intervención, en este caso, alguien conocido como "Inocencia". En el oficio policial que dio pie a la resolución judicial habilitante -se razona- no se contenía evidencia alguna de que la citada Inocencia hubiera efectuado operación o actividad relacionada con un delito contra la salud pública, no bastando que una persona no identificada se haya interesado por el paquete remitido. Nos encontramos, pues, ante una intervención prospectiva o de futuro. De ahí que se haya vulnerado el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones.

El motivo no puede tener acogida.

Hemos dicho en numerosas ocasiones que el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones constituye uno de los pilares de la estructura de nuestro sistema constitucional. Se integra en la primera de las esferas de exclusión que cada ciudadano proclama frente a terceros y, lo que es más importante, frente a los poderes públicos. De ahí la justificación de que todo acto de injerencia que resulte indispensable en el marco de una investigación jurisdiccional, exija como presupuesto habilitante -garantía no siempre necesaria para la restricción de otros derechos fundamentales- autorización judicial (art. 18.3 CE). Está también fuera de dudas que no basta una rutinaria y burocrática decisión judicial para entender colmada la garantía constitucional. La necesidad de una equilibrada ponderación por el Juez instructor de todos los elementos de hecho que se ofrecen a su consideración para legitimar el sacrificio del derecho al secreto de las comunicaciones, no necesita ser argumentada. Y para alcanzar una idea acerca de qué datos fueron verdaderamente considerados por el Juez de instrucción, resulta indispensable un examen de los términos en razones para sacrificar el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones fueron expuestas por los agentes actuantes.

Con independencia de las atinadas razones esgrimidas por el Tribunal de instancia para justificar la procedencia de la medida - FJ 1º-, carece de toda razón el recurrente cuando califica de intervención prospectiva

la autorización judicial concedida a los investigadores. Se olvida que el presente procedimiento arranca de una circulación y entrega vigilada acordada a raíz de la información ofrecida por las autoridades aduaneras belgas del aeropuerto de Bruselas, que detectaron un paquete, procedente de Venezuela, que contenía, ocultos entre tabletas de chocolate, unos 4.000 gramos de cocaína. En ese paquete figuraba como remitente Jerónimo y en calidad de destinatario Roque.

En el oficio de fecha 21 de agosto de 2006, la Jefatura Superior de Policía de Cataluña puso en conocimiento del Juez de guardia que "... realizadas gestiones en torno a Roque y del inmueble citado resulta que no vive en el mismo ninguna persona con ese nombre, y en el buzón del piso núm. 001, núm. 001 figura Pablo Jesús, de nacionalidad española y origen argentino, y una tal Cristina, sin más datos.

El día 16 de agosto y siguiendo el modus operandi de la empresa DHL que es la que debería realizar la entrega, se procede por funcionarios de este Grupo y de Vigilancia Aduanera a trasladarse al citado domicilio para hacer entrega del paquete. Como quiera que no se encuentra nadie en el domicilio, se procede a depositar por debajo de la puerta un aviso para que pasen a recogerlo por las dependencias de DHL.

El día 17 en las dependencias de DHL, se informa a los funcionarios que prestan allí servicio, que en los días previos concretamente el día 8 de los corrientes había llamado una mujer que se identificó como Inocencia, solicitando información sobre el paquete, habiéndosele informado, que el mismo se encontraba retenido en Bélgica, por motivos desconocidos, la tal Inocencia había llamado de un teléfono móvil diferente al que figura en el envío. Ante tal circunstancia se decide establecer contacto telefónico con la tal Inocencia, primero llamando al teléfono que figura en el paquete (núm. 002) sin recibir respuesta y posteriormente al núm. 003 desde el que había llamado Inocencia a DHL, contestando una mujer con acento sudamericano que responde al nombre de Inocencia, manifestando que ya había recogido el aviso de llegada que habían dejado debajo de la puerta, pero que la persona a la que va dirigida el paquete, se encuentra de vacaciones, apuntando entonces si sería posible entregar el paquete en un bar sito en la calle Consejo de Ciento esquina

Entenza, denominado Bar Taurus, indicándole que para evitar problemas de pérdidas o reclamaciones, eso no sería posible, que el paquete había que entregarlo en el domicilio o en las oficinas de DHL, al titular del paquete o persona autorizada.

El mismo día 17, en las oficinas de DHL, se recibe una llamada de una tal Duquesa y referente al paquete dice: que hasta el día 15 de septiembre no se ponga a reparto porque están de vacaciones, es decir que no se vuelva a hacer la entrega en el domicilio hasta esa fecha, sin que en este caso quede reflejado el número de teléfono. Por ello y por la importante cantidad de cocaína que presuntamente contiene el paquete y teniendo en cuenta, que por la sucesión de llamadas, aun es posible su entrega, y que ésta se puede demorar hasta el 15 de septiembre, se consideraría de interés la intervención tanto del teléfono núm. 002 que figura en los datos del paquete como del núm. 003, a través del cual se ha conseguido contactar con una tal Inocencia, directamente relacionada con el envío y con el domicilio al que va destinado ya que cogió el aviso, que estaba debajo de la puerta" (sic).

Basta una lectura detenida de este oficio para concluir que los datos aportados al Juez de instrucción para avalar la interceptación de las comunicaciones, no eran fruto de la imaginación de los agentes, ni se basaban en percepciones puramente subjetivas. Recuerda la STC 253/2006, 11 de septiembre que, a tales efectos, los indicios a los que se alude son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento. Esto es, sospechas fundadas en alguna clase de dato objetivo (SSTC 171/1999, de 27 de septiembre, F. 8; 299/2000, de 11 de diciembre, F. 4; 14/2001, de 29 de enero, F. 5; 138/2001, de 18 de junio, F. 3; y 202/2001, de 15 de octubre, F. 4).

Conforme a estos parámetros valorativos, la existencia de una importante cantidad de cocaína camuflada en un paquete enviado desde Bruselas y las gestiones efectuadas por Inocencia para interesarse por la entrega del paquete eran datos objetivos incuestionables.

En suma, no es posible, a la vista del auto de 22 de agosto de 2006, estimar que existió la vulneración denunciada. Antes al contrario, se cumplieron todas y cada una de las exigencias impuestas por la jurisprudencia constitucional y de esta Sala en el momento de resolver acerca de la legitimidad de la injerencia. En efecto, hemos aclarado en pronunciamientos precedentes -de los que representan un ejemplo las SSTS 231/2009, 5 de marzo y 1419/2004, 1 de diciembre- que en el momento de adoptar su decisión, el Juez ha de atender, en primer lugar, a la proporcionalidad, en el sentido de que ha

de tratarse de la investigación de un delito grave. Para valorar la gravedad no solo se debe atender a la previsión de una pena privativa de libertad grave, sino además debe valorarse la trascendencia social del delito que se trata de investigar. En segundo lugar, a la especialidad, en tanto que la intervención debe estar relacionada con la investigación de un delito concreto, sin que sean lícitas las observaciones encaminadas a una prospección sobre la conducta de una persona en general. En este aspecto debe delimitarse objetivamente la medida a través de la precisión del hecho que se trata de investigar y subjetivamente mediante la suficiente identificación del sospechoso, vinculando con él las líneas telefónicas que se pretende intervenir. Y, en tercer lugar, a la excepcionalidad o idoneidad de la medida, ya que solo debe acordarse cuando no estén a disposición de la investigación, en atención a sus características, otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado e igualmente útiles para la investigación (SSTC 49/1996, de 26 de marzo, F. 3; 236/1999, de 20 de diciembre, F. 3; 14/2001, de 29 de enero, F. 5).

Sobre la acomodación de la resolución judicial habilitante al principio de proporcionalidad, basta reparar en la gravedad de los hechos indiciariamente imputados. Se trata de un paquete enviado desde Venezuela a Barcelona, con escala en Bruselas, en el que se aloja una cantidad de cocaína, de elevada pureza, próxima a los 4.000 gramos. Las exigencias de especialidad también quedaron sobradamente colmadas, pues la determinación concreta de la persona y hechos a investigar, así como teléfonos susceptibles de intervención fueron claramente reflejadas en el oficio mediante el que se peticionaba la medida. Repárese en que los dos teléfonos que son objeto de intervención se corresponden, uno de ellos, con el destinatario formal del paquete, el otro, con el de la persona que ha contactado con la empresa DHL para gestionar su entrega en lugar distinto al inicialmente indicado. La necesidad y utilidad de la injerencia se percibían sin esfuerzo a la vista de las dificultades con las que toparon los investigadores, al existir un evidente propósito de rectificar el lugar de la entrega que inicialmente reflejaba el impreso de entrega y al expresar la persona de contacto el deseo de aplazar de forma interesada el acto material de recepción del paquete.

Por cuanto antecede, resulta obligado concluir que la resolución habilitante, integrada por el oficio policial que le sirvió de presupuesto, colmaba las exigencias impuestas por el art. 18.3 de la CE (SSTC 123/2002, 20 de mayo; 200/1997, de 24 de noviembre, F. 4; 166/1999, de 27 de septiembre, F. 7; 126/2000, de 16 de mayo, F. 7; y 299/2000, de 11 de diciembre, F. 4). El Juez de ins-

trucción pudo ponderar elementos de juicio de una indudable significación jurídica a la hora de autorizar la restricción del derecho constitucional limitado. Existía un expediente previo de circulación y entrega vigilada, una cantidad importante de cocaína, un teléfono móvil del destinatario y, sobre todo, una persona que había llamado en más de una ocasión a la empresa transportadora con el fin de acordar los términos de entrega del paquete.

El motivo tiene que ser desestimado (art. 885.1 LECrim).

III.- El tercero de los motivos denuncia, al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, infrac-

■

*"La jurisprudencia de esta Sala, al interpretar el alcance del art. 62 del CP, ha declarado reiteradamente que el criterio esencial establecido en el artículo 62 del Código Penal, para decidir entre la aplicación de uno o dos grados de rebaja de la pena, respecto de la prevista para el delito consumado, cuando ante una mera tentativa nos hallamos, no es otro que la del grado de consumación que alcanzase la conducta delictiva enjuiciada."*

■

ción de precepto constitucional, vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE.

El Tribunal a quo -puntualiza la defensa de Herminio - considera probado que éste era el destinatario real del paquete intervenido a partir del testimonio del coimputado Eleuterio y de la testigo Inocencia. Sin embargo, si analizamos sus declaraciones, así como las del recurrente, lo que está claro es que el verdadero destinatario del paquete era un tal Botines. Además, no se ha acreditado por prueba pericial que las conversaciones telefónicas intervenidas pertenezcan al acusado.

El motivo no puede prosperar.

El control casacional del respeto al derecho a la presunción de inocencia -decíamos en nuestra STS 209/2008, 28 de abril- autoriza a esta Sala a valorar, de una parte, la existencia de prueba de cargo adecuada, de otra, su suficiencia. Pues bien, la prueba es adecuada cuando ha sido obtenida con respeto a los principios estructurales que informan el desarrollo de la actividad probatoria ante los órganos jurisdiccionales. Y la prueba es bastante cuando su contenido es netamente incriminatorio. Además, la Sala de instancia ha de construir el juicio de autoría con arreglo a un discurso argumental lógico, coherente, expresivo del grado de certeza exigido para fundamentar cualquier condena en el ámbito de la jurisdicción criminal. Está también fuera de dudas -y así lo recuerda la STS 1199/2006, 11 de diciembre -, que el control de racionalidad de la inferencia no implica la sustitución del criterio valorativo del Tribunal sentenciador por el del Tribunal casacional, el juicio de inferencia del Tribunal a quo sólo puede ser impugnado si fuese contrario a las reglas de la lógica o a las máximas de la experiencia.

Como se desprende de la lectura de la sentencia de instancia, nada impide, en principio, que un tal Botines, cuya identidad no ha quedado acreditada en la instrucción, fuera el destinatario material del paquete en el que se alojaba el estupefaciente y que Herminio fuera el comprador/distribuidor en España, sobre todo, teniendo en cuenta que éste intervino en las negociaciones previas de compra y transporte. Además, la conclusión de los Jueces a quo acerca de la autoría de Herminio está sólidamente basada en pruebas practicadas en el plenario y que han sido apreciadas conforme a los dictados de la valoración racional. Como expresa el Tribunal de instancia -FJ IV- pese a su negativa radical, su participación resulta incuestionable a la vista de las numerosas pruebas testificales practicadas en el juicio, en especial, las declaraciones de los agentes policiales que verificaron los seguimientos.

El órgano decisorio ha valorado la falta de aportación de cualquier dato acerca del supuesto amigo que le pidió se interesara por el paquete postal remitido desde Venezuela a Barcelona. Además, su versión acerca de las razones que explicaban su interés por el envío fueron contradichas por la testigo Inocencia, empleada de aduanas amiga de su hijo David, a quien solicitó le confirmara si el pedido había llegado ya a Barcelona, facilitándole a tal fin el número de registro. Este dato tiene, a juicio del Tribunal, especial significación incriminatoria, pues permite establecer una relación directa entre el acusado y el paquete que contenía la droga. Al propio tiempo, ha sido también objeto de valoración el testimonio del coimputado, Eleuterio, quien declaró que había convenido con Herminio el cobro de una canti-

dad nada despreciable a cambio de la entrega del paquete.

A estos datos, expresamente destacados en la sentencia recurrida, habría que añadir otros que también fueron objeto de ponderación. De una parte, la falta de la más mínima acreditación acerca del supuesto negocio de compraventa de vehículos de lujo, sin sede social aparente ni prueba documental alguna que permita acreditar una actividad lícita. Además, el testimonio del jefe de personal de la empresa DHL, quien puso de manifiesto la clamorosa vulneración de las normas de reparto con el fin de desviar la entrega del paquete que contenía una cuantía próxima a los 4.000 gramos de cocaína. También enfatiza la Sala de instancia el relevante hallazgo en el domicilio del recurrente -quien declaró que no era consumidor de sustancia estupefaciente- de más de 20 gramos de cocaína, junto a instrumentos idóneos para elaborar dosis al por menor de drogas, como son la balanza de precisión y las unidades de plástico termoselladas. La violenta reacción de Herminio en el momento en que los agentes intentaron proceder a su detención, fugándose de forma repentina y llegando a lesionar a alguno de sus captores, refuerza la convicción del Tribunal a quo al proclamar la autoría del recurrente.

Respecto de la ausencia de una prueba pericial que acredite que la voz del acusado era efectivamente la que fue objeto de grabación, conviene tener presente -decíamos en la STS 593/2009, 8 de junio-, que la validez de las escuchas telefónicas no exige como presupuesto constitutivo el aval de un informe pericial que dictamine acerca de la coincidencia entre la voz registrada y la de aquella persona a la que esa voz se atribuye por la investigación. La posibilidad de alcanzar una convicción judicial sin necesidad de un dictamen pericial previo ha sido ya defendida por la jurisprudencia de esta Sala (cfr. STS 1286/2006, 30 de noviembre). Es cierto que el órgano de enjuiciamiento no puede albergar duda alguna respecto de la autenticidad y la atribuidad de las voces. Pero su convicción no tiene por qué obtenerse necesariamente mediante el formato de una prueba pericial. En el presente caso, razonan los Jueces de instancia, "... el Tribunal no alberga la más mínima duda sobre ello por cuanto que el tono gutural del habla de dicho procesado es muy característico (ronquera), y al haberlo escuchado directamente en el plenario de viva voz y en las audiciones seleccionadas, la coincidencia es manifiesta".

Por cuanto antecede, el motivo ha de ser desestimado por su falta de fundamento (art. 885.1 LECrim).

IV.- El cuarto de los motivos, al amparo del art. 849.1 de la LECrim, sostiene infracción de ley, error de derecho, inaplicación indebida del art. 16.1 del CP.

En el "factum" de la sentencia de instancia -aduce el recurrente- no se hace constar que el acusado tenga contactos en Venezuela u otro país, ni se ha aportado justificación de que hubiera pagos o trasvases de fondos previos a la recepción del paquete. Tampoco se sugieren movimientos o actuaciones que permitan sospechar que el acusado pueda dedicarse a la comercialización de sustancias estupefacientes. Además, sus posibilidades económicas distan mucho de las que son propias de la recolocación en el mercado de cantidades como las intervenidas. Cuanto antecede sería suficiente para demostrar que los hechos deberían haber sido calificados como constitutivos de una tentativa de tráfico de drogas.

El motivo ha de ser rechazado.

En relación con la consumación o no del delito contra la salud pública, esta Sala ya ha indicado en repetidas ocasiones que la posibilidad de concurrencia de formas imperfectas de ejecución en el delito de tráfico de drogas, ha sido admitida por la jurisprudencia con criterio restrictivo, por entender que constituye un delito de mera actividad, en el que es difícil admitir la inejecución del resultado propuesto, porque en el tipo básico de tráfico de drogas establecido en el art. 368 del CP de 1995, la mera posesión de la sustancia tóxica implica comisión del delito, y porque es difícil que cualquier acción dirigida a acercar el estupefaciente al consumidor no pueda subsumirse en alguno de los verbos generales de "promover", "facilitar" o "favorecer" el consumo de sustancias tóxicas, previsto en el tipo penal; habiendo entendido esta Sala que siempre que, aún sin alcanzarse una detentación material de la droga, se consigue una disponibilidad de la misma, que queda sujeta a la voluntad del adquirente, el delito queda perfeccionado (cfr. SSTS 766/2008, 27 de noviembre, 658/2008, 24 de octubre y 1265/2002, 1 de julio, entre otras muchas).

Excepcionalmente, se ha admitido la imperfección en el supuesto de actos de tráfico verificados por el adquirente, si éste no llegó a alcanzar la posesión inmediata o mediata o una cierta disponibilidad sobre la sustancia estupefaciente, entendiéndose el delito intentado cuando la compraventa civil de la droga se perfecciona pero no llega a ejecutarse (cfr. SSTS 2455/1992, 11 de noviembre, 497/1996, 24 de mayo y 1000/1999, 21 de junio, entre otras muchas).

Tratándose de envío de droga por correo u otro sistema de transporte (la STS 989/2004, 9 de septiembre, se refiere a un supuesto de entrega vigilada), es doctrina consolidada que si el acusado hubiese participado en la solicitud u operación de importación, o bien figurase como destinatario de la misma, debe estimarse autor de un delito consumado, por

tener la posesión mediata de la droga remitida (SSTS 2108/1993 27 de septiembre, 383/94, 23 de febrero, 947/1994 5 de mayo, 1226/1994, 9 de septiembre, 357/1996, 23 de abril, 931/98, 8 de julio y 1000/1999, 21 de junio). Reitera la STS 1594/99, 11 de noviembre, que en envíos de droga el delito se consuma siempre que existe un pacto o convenio entre los implicados para llevar a efecto la operación, en cuanto que, en virtud del acuerdo, la droga queda sujeta a la solicitud de los destinatarios, siendo indiferente que no se hubiese materializado una detentación física del producto. En la sentencia 1567/1994, 12 de septiembre, se pone de relieve que, al existir un pacto entre el remitente y el receptor es atribuible a éste la posesión mediata de la droga, sin que la interceptación del estupefaciente suponga óbice alguno para estimar que el destinatario del mismo ha realizado de forma completa el acto de tráfico. Según se afirma en la STS 162/1997, 12 de febrero, el haber proporcionado un domicilio y un destinatario del envío de la droga, implica una colaboración que facilita la comisión del delito, y en la STS 887/1997, 21 de junio, se razona que el tráfico existe desde que una de las partes pone en marcha el mecanismo de transporte de la droga, que el receptor había previamente convenido.

Pues bien, en el presente caso, por lo que afecta a la intervención del recurrente Herminio en los hechos, existen datos más que sobrados para concluir -como hizo el Tribunal de instancia- que aquél tuvo una participación directa en el envío. El acusado era la persona que disponía del número de registro para la retirada del paquete en el que se alojaban el estupefaciente. Encargó una gestión a una tercera persona hasta lograr que el coacusado Eleuterio, a cambio de dinero, intentara el rescate del envío. En palabras del órgano sentenciador: "... una vez verificada la llegada al aeropuerto de Barcelona, e ignorando que ya estaban sometidos a vigilancia policial, Herminio avisó a Eleuterio para que sacara el paquete del circuito ordinario de reparto y se lo hiciera llegar, a cambio de una suma de dinero cuya cuantía no se ha podido establecer con precisión".

En el mismo hecho probado se da cuenta de la condición de Herminio como distribuidor clandestino de cocaína, a la vista de la sustancia que le fuera intervenida en su domicilio con ocasión del registro aprobado judicialmente. Y en la fundamentación jurídica, la Sala de instancia puntualiza que el hecho de que Herminio proporcionara a Inocencia el número de registro que permitía la retirada del paquete, aporta un dato de inequívoca significación incriminatoria.

En definitiva, no existen datos en la sentencia recurrida que permitan degradar la naturaleza del hecho y estimar que éste no llegó a consumarse. El acusado formaba parte esencial del engranaje ideado para el

desplazamiento geográfico del paquete y sólo el conocimiento de todos y cada uno de los detalles de la operación, permiten explicar el infructuoso intento de retirar a su favor los cuatro kilos de cocaína que se alojaban en su interior.

El motivo ha de correr una suerte desestimatoria (art. 885.1 LECrim).

#### B) Recurso de Eleuterio.

V.- Los dos primeros motivos pueden ser objeto de tratamiento simultáneo. En el primero de ellos, al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, se alega vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE. En el segundo, con idéntica cobertura, se sostiene que ha existido vulneración del principio "in dubio pro reo".

I.- Considera la defensa de Eleuterio que su actuación refleja una conducta sancionable laboralmente, en la medida en que implicó un incumplimiento de los protocolos de entrega de paquetes de la empresa. Pero estos hechos no pueden conllevar una condena por un delito de tráfico de drogas, pues él carecía de razones para sospechar que en el interior del paquete hubiera cocaína. Lo que recibió fue una propina de 50 euros.

No tiene razón el recurrente.

La sentencia de instancia deja bien clara la existencia de un consciente desvío del paquete que estaba siendo objeto de seguimiento por parte del recurrente, quien no dudó, a cambio de dinero, en intentar hacer una entrega irregular que burlara los controles organizativos de la empresa DHL. El propio acusado acepta que "... no llegó a saber nunca con certeza que el paquete contenía droga, por más que sospechaba que algo ilícito había en todo el entramado".

Y en esto consiste precisamente el dolo eventual.

Es cierto que la jurisprudencia de esta Sala, desde la STS 1637/2000, 10 de enero, ha venido sosteniendo que quien se pone en situación de ignorancia deliberada, es decir no querer saber aquello que puede y debe conocerse, y sin embargo se beneficia de esta situación, está asumiendo y aceptando todas las posibilidades del origen del negocio en el que participa, y por tanto debe responder de sus consecuencias. Esta idea ha venido reiterándose en otras muchas sentencias, de las que las SSTS 446/2008, 9 de julio, 464/2008, 2 de julio, 359/2008, 19 de junio y 1583/2000, 16 de octubre, no son sino elocuentes ejemplos. Tampoco falta algún pronunciamiento que reacciona frente a lo que considera una contradicción en terminis, pues tales expresiones - ignorancia deliberada o de ignorancia intencional- no resultan ni idiomática ni conceptualmente adecuadas, dado que si se tiene intención de ignorar es porque, en

realidad, se sabe lo que se ignora. Nadie puede tener intención de lo que no sabe (cfr. STS 797/2006, 20 de julio).

Acaso convenga, sin embargo, no llevar esa idea más allá de lo que autoriza su propio significado. De lo contrario, corremos el riesgo de avalar un entendimiento de aquella doctrina que, por la vía práctica, ofrezca a los Tribunales de instancia un instrumento más que útil para eludir el deber de motivación respecto del tipo subjetivo y, sobre todo, obviar la prueba del conocimiento sobre el que se construye el dolo eventual. Y es que hoy nadie cuestiona, tanto desde las teorías cognitivas como volitivas del dolo, que sólo aquel que ejecuta la acción típica con alguna forma de conocimiento de los elementos del tipo objetivo, puede hacerse merecedor de pena.

Sustituir el conocimiento o la representación de los elementos del delito -decíamos en la STS 57/2009, 2 de febrero - por la prueba de que el sujeto activo ha evitado deliberadamente abarcar esos elementos, puede implicar nuestro apoyo a una verdadera desnaturalización del desafío probatorio que incumbe a las acusaciones. En supuestos como el que nos ocupa, la condena del acusado sólo puede basarse en lo que éste sabía, no en lo que debió conocer. El reproche penal por lo que se debió conocer y, sin embargo, no se conoce, no puede servir, sin más, de fundamento para la afirmación del dolo.

Dicho esto, la experiencia ofrece numerosos ejemplos en los que se producen verdaderas situaciones de ignorancia deliberada. Son casos en los que el autor, pese a colmar todas las exigencias del tipo objetivo, ha incorporado a su estrategia criminal, de una u otra forma, rehuir aquellos conocimientos mínimos indispensables para apreciar, fuera de toda duda, una actuación dolosa, si quiera por la vía del dolo eventual. De esa manera, se logra evitar el tratamiento punitivo que el CP reserva a los delincuentes dolosos, para beneficiarse de una pena inferior -prevista para las infracciones imprudentes- o de la propia impunidad, si no existiera, como sucede en no pocos casos, una modalidad culposa expresamente tipificada.

En el presente caso, más allá de la controvertida utilidad de la doctrina de la ignorancia deliberada, el entendimiento más tradicional del dolo eventual, permite calificar la conducta del acusado. En efecto, Eleuterio, por más que "... sospechó que había algo ilícito en todo el entramado", se incorporó, a cambio de una retribución económica, a la cadena delictiva indispensable para la recepción del paquete. Y en eso consiste precisamente obrar con dolo eventual desde el prisma de la doctrina de la probabilidad o representación, esto es, tener conocimiento de la posibilidad de que se produzca el resultado y la

consciencia del alto grado de probabilidad de que realmente se produzca. Y el dolo eventual deviene tan reprochable como el dolo directo, pues ambas modalidades carecen de trascendencia diferencial a la hora de calibrar distintas responsabilidades criminales pues, en definitiva, "todas las formas de dolo tienen en común la manifestación consciente y especialmente elevada de menosprecio del autor por los bienes jurídicos vulnerados por su acción" (SSTS 737/1999, de 14 de mayo; 1349/20001, de 10 de julio; 2076/2002, de 23 enero 2003).

No existió, por tanto, vulneración del derecho a la presunción de inocencia al inferir la Sala de instancia que el acusado era conocedor de que el paquete interceptado contenía cocaína.

2.- Tampoco se ha infringido el principio constitucional "in dubio pro reo" -alegación que anima el segundo de los motivos-. Esa vulneración se habría producido, desde la óptica del recurrente, por el hecho de que, ante la existencia de dos versiones contradictorias, el Tribunal a quo ha optado por la más perjudicial para el reo.

No es ése el significado casacional del "in dubio pro reo".

Ya decíamos en nuestra STS 999/2007, 26 de noviembre, con cita de la STS 939/1998, 13 de julio, que el principio "in dubio pro reo" no tiene acceso a la casación por suponer una valoración de la prueba que está vedada a las partes con arreglo a lo establecido en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero esa doctrina quiebra cuando es la propia Sala sentenciadora la que en sus razonamientos nos muestra unas dudas evidentes. En estos casos sí es posible examinar en casación la existencia y aplicación de tal principio favorable al reo. Por tanto, el principio "in dubio pro reo" sí puede ser invocado para fundamentar la casación, cuando resulte vulnerado su aspecto normativo, es decir, en la medida en la que esté acreditado que el Tribunal ha condenado a pesar de su duda. Por el contrario, no cabe invocarlo para exigir al Tribunal que dude, ni para pedir a los jueces que no duden. La duda del Tribunal, como tal, no es una cuestión revisable en casación, dado que el principio "in dubio pro reo" no establece en qué supuestos los jueces tienen el deber de dudar, sino cómo se debe proceder en el caso de duda (cfr. SSTS 1186/1995, 1 de diciembre, 1037/1995, 27 de diciembre y 705/2006, 28 de junio).

El recurrente no expresa el pasaje de la sentencia cuestionada en el que se deslice algún atisbo de duda por parte del Tribunal de instancia. La existencia de versiones contradictorias no impide al órgano decisorio inclinarse por aquella que considere probada, expresando las razones que

fundamentan su opción. No habiendo exteriorizado los Jueces a quo duda alguna acerca de la autoría del acusado, procede la desestimación del motivo (art. 885.1 LECrim).

VI.- El tercero de los motivos, al amparo del art. 849.1 de la LECrim, denuncia la indebida aplicación del art. 368 del CP.

Sin embargo, en el desarrollo del motivo el esfuerzo argumental no se orienta a demostrar la discordancia entre el juicio histórico y la calificación jurídica de los hechos, sino que insiste en la inocencia del acusado, quien desconocía el contenido del paquete.

Se incurre con ello en las causas de inadmisión -ahora de desestimación- previstas en los apartados 3 y 4 del art. 884 de la LECrim, remitién-

■

*"Tan sólo en circunstancias excepcionales, caracterizadas por el "peligro inherente al intento", a que también se refiere el artículo 62 del Código Penal, dicho criterio general podría verse alterado pero, obviamente, mediando la adecuada justificación expresa en la resolución que impone la pena concreta de que se trate..."*

■

donos a lo ya expuesto supra, en relación con el conocimiento del contenido del paquete, al analizar los dos primeros motivos.

VII.- El cuarto motivo estima, con igual invocación del art. 849.1 de la LECrim, que la sentencia infringe, por inaplicación indebida de los arts. 29 y 63 del CP, el significado penal de la cooperación necesaria (art. 28), debiendo haber sido calificada su acción como propia de la complicidad.

Argumenta la defensa que la única actuación de Eleuterio fue repartir un paquete que había pasado todos los controles de seguridad y entregárselo al otro acusado, pero en vez de en el domicilio que figuraba en el destinatario, en propia mano, a cambio de una propina. Su participación, por tanto, era accesoria y fácilmente sustituible.

El motivo no es viable.

La Sala de instancia ha reputado al acusado cooperador necesario de un delito intentado de tráfico de drogas. Más allá de los matices que pudieran formularse a esa calificación jurídica, lo cierto es que el motivo se limita a reivindicar para Eleuterio la condición de cómplice.

La STS 371/2006, 27 de marzo, con exhaustiva cita de otros precedentes, recuerda el criterio del Tribunal Supremo -expresado entre otras, en la Sentencia 699/2005, de 6 de junio -, conforme al cual, el cómplice no es ni más ni menos que un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos del ejecutor material, del inductor o del cooperador esencial que contribuye a la producción del fenómeno punitivo mediante el empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del propósito que a aquéllos anima, y del que participa prestando su colaboración voluntaria para el éxito de la empresa criminal en el que todos están interesados). Se trata, no obstante, como acabamos de exponer, de una participación accidental y de carácter secundario. El dolo del cómplice radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible. Quiere ello decir, por tanto, que para que exista complicidad han de concurrir dos elementos: uno objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo, que reúnan los caracteres ya expuestos, de mera accesoria o periférica; y otro subjetivo, consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor y en la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquél, cfr. SS. 9 mayo 1972, 16 marzo y 12 mayo 1998, y últimamente, Sentencia de 24 de abril de 2000. De manera que el cómplice es un auxiliar del autor, que contribuye a la producción del fenómeno delictivo a través del empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del proyecto que a ambos les anima, participando del común propósito mediante su colaboración voluntaria concretada en actos secundarios, no necesarios para el desarrollo del "iter criminis". Se trata, como sucede en este caso, de una participación accidental y no condicionante, de carácter secundario o inferior (Sentencia de 10 junio 1992).

La cuestión de si el delito se hubiera podido cometer o no sin la aportación debe ser considerada dentro del plan del autor que recibe la cooperación. Si en el plan la cooperación resulta necesaria, será de aplicación el art. 28, 2, b) CP. Si no lo es, será aplicable el art. 29 CP. No se trata, en consecuencia, de la aplicación del criterio causal de la teoría de la "conditio sine qua non", sino de la necesidad de la aportación para la realización del plan concreto. En este sentido, la STS 1187/2003, de 24 de septiembre.



Pues bien, en el presente caso, el carácter decisivo de la aportación de Eleuterio es incuestionable. Repárese en que se trata del envío de un paquete en cuyo interior se alojan cuatro kilos de cocaína, dirigido a una dirección y a una persona, en principio, inexistentes. La recepción de la droga sólo puede obtenerse mediante la decisiva colaboración de un empleado de la empresa de transportes que, quebrantando todos los protocolos organizativos de distribución, altere el lugar de entrega y ponga el paquete en manos de una tercera persona autorizada por quien, en realidad, controlaba el envío. Ésta fue precisamente la aportación del recurrente, que desbordó los límites materiales de la complicidad, realizando una acción claramente integrable en la autoría material, calificada por la Sala de instancia como cooperación necesaria. Y es que, en un supuesto de hecho como el que nos ocupa, con una estrategia basada en la descripción ficticia de un destinatario, la contribución del empleado que va a superar ese obstáculo -que en circunstancias normales habría provocado la devolución del envío a su remitente-, nunca puede ser reputada como una aportación accesoria o accidental.

Por cuanto antecede, procede la desestimación del motivo (art. 885.1 LECrim).

VIII.- El último de los motivos aduce, al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, infracción de precepto constitucional, vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su dimensión de derecho a una resolución motivada (arts. 24.1 y 120.3 de la CE).

Alega la defensa que la sentencia combatida no impone la pena mínima legalmente posible, que conllevaría la rebaja en dos grados, ni razona el porqué considera más adecuado imponer la pena de 6 años de prisión.

El motivo tiene que ser parcialmente estimado.

No tiene razón el recurrente cuando exige la rebaja de la pena en dos grados. La jurisprudencia de esta Sala, al interpretar el alcance del art. 62 del CP, ha declarado reiteradamente que el criterio esencial establecido en el artículo 62 del Código Penal, para decidir entre la aplicación de uno o dos grados de rebaja de la pena, respecto de la prevista para el delito consumado, cuando ante una mera tentativa nos hallamos, no es otro que la del grado de consumación que alcanzase la conducta delictiva enjuiciada. De modo que si se tratase de lo que doctrinalmente se denomina como "tentativa acabada" (antigua figura de la "frustración"), es decir cuando el agente haya llevado a cabo todos los actos precisos para la producción del resultado y éste no se hubiera alcanzado por causas ajenas a su voluntad,

lo procedente es aplicar una reducción penológica de tan sólo un grado sobre la pena prevista para la consumación. Mientras que cuando lo que acontezca sea que se inició la ejecución nuclear del ilícito pero, de nuevo por causas ajenas a la voluntad de su autor, la conducta delictiva no se hubiere concluido, es decir, en los supuestos de la denominada "tentativa inacabada", el criterio general habrá de ser el de la rebaja en dos grados de la pena inicialmente establecida para ese delito. Tan sólo en circunstancias excepcionales, caracterizadas por el "peligro inherente al intento", a que también se refiere el artículo 62 del Código Penal, dicho criterio general podría verse alterado pero, obviamente, mediando la adecuada justificación expresa en la resolución que impone la pena concreta de que se trate (cfr. SSTS 154/2006, 15 de febrero, 625/2004, 14 de mayo, entre otras).

En el presente caso, por tanto, la Sala no erró al rebajar la pena imponible en un solo grado. Sin embargo, no le falta razón al recurrente cuando exige una explicación motivada acerca del "quantum" de 6 años finalmente impuesto por la sentencia. De forma repetida hemos recordado la relevancia jurídica del proceso de motivación en la fase final de individualización de la pena. En nuestras sentencias 434/2007, 16 de mayo; 12/2008, 11 de enero y 634/2007, 2 de julio, señalábamos que mediante la motivación se fija un mecanismo explícito de control y fiscalización de la justicia de la decisión. No constando en la sentencia recurrida la explicación acerca de la procedencia de la extensión final de la pena impuesta, se está en el caso de estimar el motivo e imponer la pena correspondiente a un delito intentado de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia (arts. 368 y 369.6 del CP), en los términos expresados en nuestra segunda sentencia.

SEGUNDO.- Conforme al art. 901 de la LECrim, procede la declaración de oficio de las costas procesales en relación al recurrente Eleuterio, condenando en costas en su recurso a Herminio.

#### FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación, por estimación parcial de su quinto motivo, por infracción de precepto constitucional, interpuesto por la representación de Eleuterio, contra la sentencia de fecha 12 de enero de 2009, dictada por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona, en causa seguida contra el mismo por un delito contra la salud pública, casando y anulando dicha resolución y procediendo a dictar segunda sentencia, con declaración de oficio de las costas procesales respecto de Eleuterio. Asimismo, declaramos no haber lugar al recurso de

casación formalizado por la representación procesal de Herminio y condenamos al recurrente al pago de las costas causadas en la tramitación de su recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal sentenciador a los efectos legales procedentes, 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. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar.- Perfecto Andrés Ibáñez.- Luciano Varela Castro.- Manuel Marchena Gómez.- Alberto Jorge Barreiro.

#### SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de septiembre de dos mil nueve

Por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el Procedimiento Ordinario núm. 1/2007, tramitado por el Juzgado de Instrucción núm. 11 de Barcelona, se dictó sentencia de fecha 12 de enero de 2009, que ha sido casada y anulada por sentencia pronunciada el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez, se hace constar lo siguiente:

#### ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia recurrida.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por las razones expuestas en el FJ 1º, apartado VIII de nuestra sentencia precedente, procede la estimación parcial del quinto de los motivos entablados por el recurrente Eleuterio, fijando la pena correspondiente a un delito intentado de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia, en el mínimo legal, esto es, la pena de prisión de 4 años y 6 meses (arts. 368 y 369.6 del CP).

#### PARTE DISPOSITIVA

Fallamos: Se deja sin efecto la pena de prisión de 6 años impuesta por el tribunal de instancia al recurrente Eleuterio, y se condena a éste, como autor de un delito de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia, a la pena de 4 años y 6 meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Se mantiene el resto de los pronunciamientos de la sentencia -en particular el referido a la pena de multa- dictada en la instancia, en lo que no se oponga a la presente.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar.- Perfecto Andrés Ibáñez.- Luciano Varela Castro.- Manuel Marchena Gómez.- Alberto Jorge Barreiro.

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



2009/245282

TS Sala 1ª, Sentencia 7 octubre 2009. Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos

## Cargos públicos o profesiones de notoriedad Prevalencia de la libertad de expresión e información sobre el derecho al honor

El TS declara no haber lugar a recurso de casación, interpuesto por el Presidente de una Diputación Provincial contra el "Grupo Prisa" y contra la "Cadena Ser". Tanto en primera como en segunda instancia, se desestima la demanda fundándose, en síntesis, en que la entrevista radiofónica en cuestión, cumple los requisitos necesarios exigidos por la jurisprudencia para no ser atentatoria al honor. El TS considera que cuando se produce un conflicto entre el derecho al honor y la libertad de

*expresión e información, ha de tenerse en cuenta cuál de ellos prevalece. Esto se logra con técnicas de ponderación constitucional. En este caso examinado, se observa que las partes reconocen que la información objeto de la controversia, tiene relevancia pública e interés general. Igualmente, se trata de un reportaje neutral, puesto que la noticia es divulgada por alguien ajeno a él, y el medio de comunicación se limita a transmitir esa información, que incide en el ámbito público del personaje, y que dada su trascendencia e importancia, son de interés público. Por esas razones, entre otras, el Tribunal desestima el recurso.*

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes.

1. D. Carlos ejerció una acción de protección de los derechos fundamentales del honor, intimidad e imagen, y subsidiariamente de responsabilidad extracontractual contra la entidad Promotora de Informaciones S. A. (Grupo Prisa), contra la Sociedad Española de Radiodifusión S. A. (Cadena Ser) y contra D. Celestino y D<sup>a</sup> Mariela, a raíz de la entrevista concedida por D. Baldomero al programa Hora 25, que dirige el primero de los citados periodistas en esa emisora de radio, que se emitió el día 18 de diciembre de 2003, a partir de lo cual se divulgaron diversas informaciones que considera que constituyen una campaña de descrédito hacia la persona del demandante y que le afectan tanto a él como a su entorno familiar.

2. La sentencia de primera instancia estimó la excepción de falta de legitimación pasiva de la mercantil Promotora Radiodifusión S.A. (Prisa) y desestimó la demanda fundándose, en síntesis, en que la entrevista radiofónica cumple los requisitos necesarios exigidos por la jurisprudencia para no ser atentatoria al honor, y en que las informaciones que aparecen en las copias de la página web de la Cadena Ser que se acompañaron a la demanda y en el acto de la audiencia previa son veraces aunque pudieran contener alguna inexactitud.

3. La Audiencia Provincial confirmó esta sentencia fundándose, entre otros argumentos, en que:

(a) Se denunciaba la denegación de unas pruebas carentes de pertinencia y utilidad, las cuales habían sido rechazadas también en segunda instancia sin oposición por parte de quien las propuso.

(b) Era acertada la estimación de la excepción de falta de legitimación pasiva de Promotora de Informaciones S. A. (Prisa).

(c) La entrevista controvertida integra una noticia en la que interviene

un personaje público, que es divulgada por alguien ajeno a quien realiza el reportaje, limitándose el medio de comunicación a transmitir esa información, que incide en el ámbito público del personaje, y que dada su trascendencia e importancia se considera de interés general, sin que se haya acompañado de expresiones formalmente injuriosas.

(d) En cuanto a la posible imputación de delitos, los demandados se han limitado a informar de lo que estaba sucediendo con cada uno de los procedimientos, sin exceder en su cometido de lo que es exigible en cuanto a veracidad y a un reportaje neutral.

(e) El análisis pormenorizado de las diversas noticias relacionadas con el incremento de patrimonio del demandante y con su intervención en Ministerios, muchas de ellas tomadas de otros medios de comunicación, conducía a concluir que cumplían los requisitos de interés público y veracidad para no poder ser consideradas atentatorias al honor.

4. Contra esta sentencia ha interpuesto la parte demandante recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. El primero no ha sido admitido y el segundo lo ha sido en sus tres motivos al amparo del artículo 477.2.1.º LEC.

SEGUNDO.- Enunciación del motivo primero.

El motivo primero se introduce con la siguiente fórmula: "Al amparo del art. 477.2.1.º, en relación con el art. 477.1, ambos de la LEC, por vulneración del derecho fundamental al honor, la intimidad y la propia imagen regulado en el art. 18 CE y LPDH." Dicho motivo se funda, en síntesis, en que se han imputado al recurrente delitos sin sentencia alguna que ampare la imputación y las querellas presentadas por el entrevistado han sido archivadas. Añade que el entrevistador identifica los hechos con el caso Filesa y hace suyas las querellas del entrevistado y en la mayoría de las noticias se elimina el término presunto y se hacen claras insinuaciones de ilícita utilización de influencia y poder. Considera que carece de fundamento el reconocimiento por parte del recurrente de haber facturado al entrevistado que supone la Audiencia, pues se trataba de servicios profesionales; que la afirmación por una de las demandadas de que el recurrente mantenía una relación sentimental con otra persona carece de fundamento alguno y no puede fundarse, como hace la sentencia, en que la transmitió el recurrente; que las querellas por delitos contra la salud pública, apropiación indebida, propiedad intelectual y productos peligrosos e ilegales se ha demostrado que eran falsas y que el recurrente nada tenía que ver con la venta de fitosanitarios ni con los delitos denunciados en la querella de estafa, apropiación indebida y false-

dad en documento mercantil, a pesar de lo cual se difundieron numerosas noticias en la Cadena Ser sin la debida comprobación.

Alega que la imputación de un delito de tráfico de influencias es la única pendiente, pues todavía no se ha archivado la causa. Considera que es insostenible la afirmación de que las entidades recurridas se han limitado a informar de lo que sucedía en cada uno de estos procedimientos sin excederse en su cometido de lo que es exigible en cuanto a veracidad y a un reportaje neutral, pues no cabe en la imputación de delitos una información errónea, fundada únicamente en las manifestaciones del entrevistado, sin aportar datos de los Registros a los que se refiere este. Analiza a continuación pormenorizadamente diversos extremos en las manifestaciones de D. Cirilo y de D<sup>a</sup> Mariela como testigo, para concluir que las imputaciones no tienen soporte probatorio.

La noticia de que determinada senadora se benefició de adjudicaciones no se remite a otros medios ni procede de D. Vicente. Entiende que el conjunto de estos hechos corresponde a una campaña mediática de persecución y acoso, pues las informaciones transmitidas no cumplen la exigencia de veracidad, no se ha informado del archivo de las querellas del señor Vicente y se ha vulnerado el principio de presunción de inocencia. No puede aplicarse la técnica del reportaje neutral, pues lo que ha existido es un encadenamiento de noticias provocadas mediante la creación de una primera falsedad mediante la entrevista al señor Vicente.

Para demostrarlo analiza detalladamente diversos extremos en relación con las noticias sobre trato del recurrente con Ministerios, sobre haber recibido dinero de empresarios para la construcción de un chalet y sobre la inculpación a su esposa de ser socio de una empresa acusada de recibir trato de favor del PP, y sobre el hecho de no haber declarado determinados bienes, acerca de los cuales existe una declaración ante notario del recurrente en la que se incluye la empresa titular de algunos de los bienes que se dicen omitidos. La sentencia afirma que se podían solicitar las grabaciones de la Cadena Ser, pero la propia Audiencia denegó la prueba. Alega que se habla del incremento del patrimonio del recurrente atribuyéndole carácter ilegal sin fundamento alguno. En conjunto, existe una manipulación de las noticias, que analiza pormenorizadamente. Aduce como uno de los ejemplos la imputación al recurrente de haber ocultado la administración de un restaurante que contrató con la Diputación, el cual fue cerrado en 1999. La sentencia desconoce circunstancias que demuestran la manipulación de las noticias y la técnica de reiteración utilizada.

El motivo debe ser desestimado.

TERCERO.- Facultades del Tribunal de casación para valorar los hechos.

Cuando la resolución del recurso de casación afecta a derechos fundamentales, como ocurre en el caso examinado con el derecho al honor y la libertad de información, esta Sala no puede partir de una incondicional aceptación de las conclusiones probatorias obtenidas por las sentencias de instancia, sino que debe realizar, asumiendo una tarea de calificación jurídica, una valoración de los hechos en todos aquellos extremos relevantes para apreciar la posible infracción de los derechos fundamentales alegados (SSTS, entre otras, de 7 de diciembre de 2005, 27 de febrero de 2007, 18 de julio de 2007, RC núm. 5623/2000, 25 de febrero de 2008, RC núm. 395/2001, 2 de junio de 2009, RC núm. 2622/2005).

Este criterio se admite, entre otras resoluciones, por la STC 100/2009, de 27 de abril de 2009, la cual, anulando el ATS de 24 de mayo de 2005, RC núm. 2766/2001, declara (FJ 6), entre otros extremos, que "la falta de veracidad de la información (en el sentido que corresponde a este término, cuando se enjuicia la constitucionalidad del ejercicio del derecho de información) y el carácter vejatorio o no de las opiniones emitidas por el autor de los artículos periodísticos son cuestiones de estricto carácter jurídico, vinculadas a la ponderación sustantiva de los derechos fundamentales en conflicto".

Sin embargo, este principio no puede llevar a desvirtuar la naturaleza del recurso de casación, solicitando del Tribunal Supremo que se corrija la concreta fijación de los hechos efectuada en la sentencia recurrida o que realice una nueva valoración de la prueba en su conjunto, pues:

(a) El objeto del recurso de casación se limita al examen de concretas infracciones del ordenamiento jurídico en virtud del llamado principio de especialidad.

(b) En el recurso de casación no pueden combatirse de modo abierto las conclusiones obtenidas por la sentencia recurrida, solicitando una valoración conjunta de los medios de prueba o un examen exhaustivo de la valoración de los hechos efectuada por el tribunal de instancia, pues ello situaría a este tribunal ante una tercera instancia, lo que ha sido rechazado con reiteración por esta Sala (SSTS 5 de abril de 1999, 15 de abril de 1999, 11 de mayo de 2005, 12 de mayo de 2005, 30 de junio de 2005, 30 de abril de 2008 RC núm. 349/2001, 1 de abril de 2009, RC núm. 1056/2004, 1 de abril de 2009, RC núm. 1056/2004, 4 de febrero de 2009, RC núm. 1188/2006).

(c) El error en la valoración de la prueba únicamente puede plantearse

ante el Tribunal Supremo con arreglo al régimen procesal vigente por los estrechos cauces que permite la vía del recurso extraordinario por infracción procesal, al amparo del artículo 469.1.4 LEC, cuando la valoración efectuada por el tribunal de instancia haya sido arbitraria, ilógica o irrazonable, pues esto comporta una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE.

En consecuencia, al examinar este motivo de casación debemos verificar las apreciaciones realizadas por la sentencia recurrida para la apreciación de la posible existencia de una vulneración del derecho al honor del recurrente, pero no podemos prescindir de los hechos concretos de carácter objetivo que considera probados la sentencia recurrida ni, haciendo abstracción de la valoración de la prueba efectuada por la Audiencia Provincial, realizar un nuevo examen exhaustivo de la prueba analizando detalladamente los distintos medios probatorios, como en algún momento parece solicitársenos en la fundamentación del motivo.

**CUARTO.-** Libertad de expresión e información y derecho al honor.

A) El art. 20.1.a) y d) CE, en relación con el artículo 53.2 CE, reconoce como derecho fundamental especialmente protegido mediante los recursos de amparo constitucional y judicial el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción y el derecho comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, y el art. 18.1 CE reconoce con igual grado de protección el derecho al honor.

La libertad de expresión, reconocida en el art. 20 CE, tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información (SSTC 104/1986, de 17 de julio, y 139/2007, de 4 de junio), porque no comprende como ésta la comunicación de hechos, sino la emisión de juicios, creencias, pensamientos y opiniones de carácter personal y subjetivo. La libertad de información comprende la comunicación de hechos susceptibles de contraste con datos objetivos y tiene como titulares a los miembros de la colectividad y a los profesionales del periodismo. No siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones garantizado por el derecho a la libertad de expresión de la simple narración de unos hechos garantizado por el derecho a la libertad de información, toda vez que la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa (SSTC 29/2009, de 26 de enero, FJ 2, 77/2009, de 23 de marzo, FJ 3).

El derecho al honor, según reiterada jurisprudencia, se encuentra limi-

tado por las libertades de expresión e información.

La limitación del derecho al honor por la libertad de expresión e información tiene lugar cuando se produce un conflicto entre ambos derechos, el cual debe ser resuelto mediante técnicas de ponderación constitucional, teniendo en cuenta las circunstancias del caso (SSTS de 13 de enero de 1999, 29 de julio de 2005, 21 de julio de 2008, RC núm. 3633/2001, 2 de septiembre de 2004, RC núm. 3875/2000, 22 de julio de 2008, 12 de noviembre de 2008, RC núm. 841/2005, 19 de septiembre de 2008, RC núm. 2582/2002, 5 de febrero de 2009, RC núm. 129/2005, 19 de febrero de 2009, RC núm. 2625/2003, 6 de julio de 2009, RC núm. 906/2006, 4 de junio de 2009, RC núm. 2145/2005).

B) Centrándonos en el derecho a la libertad de información, que es el invocado en este proceso, la técnica de ponderación exige valorar, en primer término, el peso en abstracto de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión.

Desde este punto de vista, la ponderación debe respetar la posición prevalente que ostenta el derecho a la libertad de información sobre el derecho al honor por resultar esencial como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático (STS 11 de marzo de 2009, RC núm. 1457/2006).

La protección constitucional de las libertades de información y de expresión alcanza un máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción (SSTC 105/1990, de 6 de junio, FJ 4, 29/2009, de 26 de enero, FJ 4).

C) La técnica de ponderación exige valorar, en segundo término, el peso relativo de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión.

Desde esta perspectiva:

(i) La ponderación debe tener en cuenta si la información tiene relevancia pública o interés general o se proyecta sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública (STC 68/2008; SSTS 25 de octubre de 2000, 14 de marzo de 2003, RC núm. 2313/1997, 19 de julio de 2004, RC núm. 5106/2000, 6 de julio de 2009, RC núm. 906/2006), pues entonces el peso de la libertad de información es más intenso, como establece el artículo 8.2.a) LPDH, en relación con el derecho a la propia imagen aplicando un principio que debe referirse también al derecho al honor. En relación con aquel dere-

cho, la STS 17 de diciembre de 1997 (no afectada en este aspecto por la STC 24 de abril de 2002) declara que la "proyección pública" se reconoce en general por razones diversas: por la actividad política, por la profesión, por la relación con un importante suceso, por la trascendencia económica y por la relación social, entre otras circunstancias. En suma, la relevancia pública o interés general de la noticia constituye un requisito para que pueda hacerse valer la prevalencia del derecho a la libertad de información cuando las noticias comunicadas o las expresiones proferidas redunden en descrédito del afectado.

(ii) La libertad de información, dado su objeto de puesta en conocimiento de hechos, cuando comporta la transmisión de noticias que redundan en descrédito de la persona, para que pueda prevalecer sobre el derecho al honor exige que la información cumpla el requisito de la veracidad, a diferencia de lo que ocurre con la libertad de expresión, que protege la emisión de opiniones. Por veracidad debe entenderse el resultado de una razonable diligencia por parte del informador para contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales ajustándose a las circunstancias del caso, aun cuando la información, con el transcurso del tiempo, puede más adelante ser desmentida o no resultar confirmada (SSTC 139/2007, 29/2009, de 26 de enero, FJ 5). Para valorar la veracidad de la información debe ponderarse el respeto a la presunción de inocencia (SSTC 219/1992, FJ 5; 28/1996, FJ 3; 21/2000, FJ 6), a la que no se opone la difusión de una información relativa a la apertura de una investigación policial y judicial contra el autor de un presunto delito que puede afectar al interés público (STC 129/2009, de 1 de junio, FJ 2, SSTS 16 de marzo de 2001, RC núm. 363871995, 31 de mayo de 2001, RC núm. 1230/1996, 12 de noviembre de 2008, RC núm. 841/2005). La protección de la libertad de información no resulta condicionada por el resultado del proceso penal, de modo que no es obstáculo que el hecho denunciado no se haya declarado probado en un proceso de esta naturaleza (STC 297/2000, STS 24 de octubre de 2008, RC núm. 651/2003). Cabe el denominado reportaje neutral (STC 76/2002, de 8 de abril), el cual exige que las declaraciones recogidas sean por sí noticia y se pongan en boca de personas determinadas responsables de ellas y que el medio informativo sea mero transmisor de tales declaraciones sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia ni reelaborarlas o provocarlas; en este caso la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de la declaración.

(iii) La transmisión de la noticia o reportaje no puede sobrepasar el fin informativo que se pretende dándole un matiz injurioso, denigrante o des-

proporcionado, porque, como viene reiterando el TC, la CE no reconoce un hipotético derecho al insulto (SSTC 112/2000, 99/2002, 181/2006, 9/2007, 39/2007, 56/2008 de 14 de abril; SSTS 18 de febrero de 2009, RC núm. 1803/04, 17 de junio de 2009, RC núm. 2185/06). El requisito de la proporcionalidad no obliga a prescindir de la concisión propia de los titulares o de las demás particularidades propias del lenguaje informativo oral o escrito, salvo cuando, más allá de las necesidades de concisión del titular, en éste se contengan expresiones que, sin conexión directa con el resto de la narración, sean susceptibles de crear dudas específicas sobre la honorabilidad de las personas (STC 29/2009, de 26 de enero, FJ 5).

**QUINTO.-** Prevalencia de la libertad de información sobre el derecho al honor en el caso enjuiciado.

La aplicación de la doctrina constitucional que se ha expuesto fundamenta los siguientes razonamientos:

A) En el terreno abstracto, existiendo una colisión entre la libertad de información y el derecho al honor, cuestión sobre la que la existe discrepancia entre las partes, debe considerarse como punto de partida la posición prevalente que, como se ha expresado, ostenta el derecho a la libre de información (en su máxima expresión, por ejercitarse por profesionales de la información en el cauce institucionalizado de los medios de comunicación) y examinar si, de acuerdo con las circunstancias concurrentes, en el terreno del peso relativo de los derechos que entran en colisión, esta prevalencia puede hacerse valer frente al derecho al honor de la parte demandante.

B) El examen del peso relativo de ambos derechos en colisión depara las siguientes conclusiones:

(i) Las partes reconocen que la información objeto de controversia tiene relevancia pública e interés general y no cabe duda acerca de ello, en grado muy singular, puesto que afecta a una persona que ejerce un cargo de notoria relevancia pública, como es el de presidente de una Diputación Provincial con funciones de relevancia en un importante partido político, a la que se imputan conductas relacionadas con el incremento de su patrimonio y con la intervención ante otros poderes públicos en favor de determinadas personas. Se trata, por consiguiente, de cuestiones cuyo interés público no solamente deriva de la naturaleza de las funciones políticas que corresponden al afectado, sino también del interés de la sociedad en controlar la observancia por sus mandatarios de los deberes de integridad que informan la vida pública. Desde este punto de vista, por consiguiente, el peso de la libertad de información frente al derecho al honor es en el caso examinado de una importancia muy elevada.



(ii) La sentencia recurrida analiza con detalle tres tipos de cuestiones:

1) La entrevista concedida a una persona que se querelló contra el recurrente atribuyéndole diversos hechos que podían ser constitutivos de delito. La sentencia considera, aplicando la técnica del reportaje neutral, que la noticia es divulgada por alguien ajeno a quien realiza el reportaje, y que el medio de comunicación se limita a transmitir esa información, que incide en el ámbito público del personaje, y que dada su trascendencia e importancia se considera de interés general.

Las afirmaciones que hace el recurrente para combatir la concurrencia de los requisitos exigidos para cumplir el requisito de la veracidad mediante la técnica del reportaje neutral no son aceptables. Las consideraciones que efectúa sobre la actitud subjetiva del informador que, a su juicio, hace suyos los hechos propios de la querrela, no son suficientes para revertir la apreciación que realiza la Audiencia Provincial en conjunto en el sentido de que la entrevista se reflejan las declaraciones de la persona que la presta. La parte recurrente se funda también en el rechazo, inadmisibles en casación, de algunas de las conclusiones probatorias sobre hechos concretos objetivos que realiza el tribunal de instancia, como ocurre al establecer el medio por el que se averiguaron determinados hechos consistentes en la existencia de una determinada relación sentimental.

Añade la parte recurrente que no se cumplen los requisitos del reportaje neutral por cuanto la noticia fue provocada por los informadores demandados mediante la primera entrevista, para continuar luego la publicación de las noticias. Tampoco puede aceptarse esta apreciación, por cuanto la primera entrevista obedeció a la intervención de un tercero que se querelló contra el demandante y que se hallaba en una situación objetiva apta para conocer sus actividades. Por otra parte, la sentencia recoge que las noticias acerca del demandante que luego se fueron ofreciendo procedían en gran medida de otros medios de comunicación.

2) En cuanto a la posible imputación de delitos, la sentencia afirma que los demandados se han limitado a informar de lo que estaba sucediendo con cada uno de los procedimientos, sin exceder en su cometido de lo que es exigible en cuanto a veracidad y a un reportaje neutral.

La parte recurrente parte del principio de que la imputación de hechos que pudieran resultar delictivos exige una prueba por parte de quien la realiza que desvirtúe la presunción de inocencia, cuando el requisito de la veracidad comporta únicamente que en el momento de verificar la información se haya contrastado de forma diligente y se salvaguarde la

presunción de inocencia haciendo las reservas oportunas e informando del estado de las actuaciones seguidas para la averiguación de los hechos y su tratamiento procesal, como así recoge la Audiencia cuando afirma que los demandados se han limitado a informar de lo que estaba sucediendo con cada uno de los procedimientos.

Tampoco es suficiente para desvirtuar esta apreciación el detalle de algunas de las expresiones utilizadas, como el hecho de que no siempre se utilizara la palabra presunto para referirse a hechos delictivos o de que el estado de los procedimientos no se detallara suficientemente en los titulares, sino sólo en el contenido de las informaciones, pues la parte recurrente no demuestra que la reiteración de la palabra presunto fuera necesaria para no confundir al lector ni que en los titulares, que se ajustan a la concisión propia de su naturaleza, se contengan afirmaciones que no guarden conexión directa con el resto de la narración y sean susceptibles de crear dudas específicas sobre la honorabilidad del demandante, más allá de lo que resulta de la propia existencia de los procedimientos sobre los que se informa.

No puede aceptarse, finalmente, como ha quedado expuesto, lo que la parte recurrente implícitamente propone (como se deduce de las poco habituales extensión, detalle y minuciosidad de la fundamentación de este motivo de casación), a saber, la realización de un examen exhaustivo de la prueba por parte de esta Sala con el alcance de una nueva valoración de los hechos en su integridad, por tratarse de un cometido impropio del recurso de casación.

3) La sentencia recurrida afirma que el análisis pormenorizado de las diversas noticias relacionadas con el incremento de patrimonio del demandante y con su intervención en Ministerios, muchas de ellas tomadas de otros medios de comunicación, conduce a concluir que cumplían los requisitos de interés público y veracidad para no poder ser consideradas atentatorias al honor.

El detallado y pormenorizado examen de diversos medios probatorios que realiza el recurrente es insuficiente para desvirtuar esta apreciación de la sentencia recurrida. En efecto, en ocasiones contradice hechos objetivamente fijados por el tribunal de apelación, en contra de lo que resulta aceptable en el recurso de casación, como ocurre en relación con la falta de prueba, según la sentencia, de que determinada sociedad esté resuelta o liquidada. En otros casos, propugna una interpretación de la intención de los informadores deducida de algunas de las expresiones utilizadas, que, a juicio de la Audiencia Provincial y a juicio de esta Sala no empañan el hecho de la exposición objetiva de unos determinados hechos acerca de la existencia de unos incrementos patrimoniales du-

rante el ejercicio del cargo del recurrente en favor de personas o sociedades próximas a él. El hecho de que, como alega el recurrente, estos incrementos patrimoniales puedan justificarse por actividades profesionales propias o de terceras personas no es suficiente para que la información acerca de los mismos carezca del requisito de la veracidad informativa.

(iii) Tampoco desde el ángulo del posible carácter injurioso, insultante o desproporcionado de las expresiones utilizadas puede ser revertido el juicio de ponderación que realizamos. El recurrente funda su pretensión en relación con este punto afirmando que las expresiones utilizadas por los informadores y la reiteración

■

*"Los medios de comunicación social, como ha indicado en tantas ocasiones el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cumplen así una función vital para todo Estado democrático, que no es sino la crítica de quienes tienen atribuida la función de representar a los ciudadanos. El personaje público deberá tolerar, en consecuencia, las críticas dirigidas a su labor como tal..."*

■

de las noticias comporta la existencia de una campaña mediática predeterminada en su contra. Sin embargo, los ejemplos que expone no son suficientes, a juicio de esta Sala, para considerar que las expresiones utilizadas revistan carácter insultante o desproporcionado, en forma suficiente para desvirtuar la apreciación de la sentencia recurrida acerca de este punto. En efecto, la simple utilización de expresiones relativas a la ventaja o beneficio económico obtenido con ciertas operaciones no es suficiente para establecer el carácter insultante o desproporcionado de las expresiones utilizadas para la transmisión de la noticia. Por otra parte, la existencia de datos que, según el recurrente, pueden justificar diversos extremos, como las visitas a los Ministerios, las retribuciones obtenidas

por asesoramiento y la no-inclusión en su declaración de bienes de ciertos activos, no es suficiente para considerar desproporcionada o insultante la información sobre tales hechos. Finalmente, no se aprecia que la reiteración informativa resulte desproporcionada, habida cuenta del interés objetivo de los hechos objeto de información y de la complejidad subjetiva y objetiva que revisten.

SEXTO.- Enunciación de motivo segundo.

El motivo segundo se introduce con la siguiente fórmula: "Vulneración del derecho fundamental protegido por el art. 23.1 CE para acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos." Dicho motivo se funda, en síntesis, en que se alude a actividades del recurrente sobre cobro de honorarios, amparadas por una compatibilidad reconocida administrativamente, que se confunden con comisiones ilegales, pero la sentencia recurrida considera que el recurrente, por tratarse de un personaje público, tiene que soportarlo todo, en contra de la jurisprudencia según la cual los hombres públicos no pierden sus derechos fundamentales. Añade que las agresiones denunciadas pretenden alterar la voluntad del cuerpo electoral menoscabando el derecho de los ciudadanos garantizado en el art. 23.1 CE y quebrando el principio de igualdad que debe existir en los procesos electorales a tenor del art. 23 CE.

El motivo debe ser desestimado.

SÉPTIMO.- Derecho al ejercicio de los cargos públicos.

Los razonamientos efectuados al examinar el primer motivo de casación conducen a la conclusión de que las informaciones transmitidas están justificadas por el ejercicio de la libertad de expresión, que en este caso tiene carácter prevalente sobre el derecho al honor del recurrente, dadas las distintas circunstancias concurrentes. Ese mismo razonamiento debe conducir a la conclusión de que el ejercicio del derecho es también prevalente sobre el libre acceso y ejercicio en condiciones de igualdad de los cargos públicos, para el supuesto de que dicha información pudiera tener alguna influencia en la voluntad del cuerpo electoral, puesto que la libertad de expresión, como ha quedado expuesto, tiene por objeto facilitar la formación de la opinión pública libre y en esta consideración no se excluyen los efectos que esta contribución al proceso de formación de la opinión pública pueda tener en el ámbito electoral.

OCTAVO.- Enunciación del motivo tercero.

El motivo tercero se introduce con la siguiente fórmula: "Responsabilidad extracontractual, art. 1902 CC. Abuso de derecho y fraude ley, art. 7 CC." Dicho motivo se funda, en

síntesis, en que se invoca subsidiariamente la responsabilidad civil de los demandados por haber causado un perjuicio inmenso al recurrente en el desarrollo de una campaña mediática contra él, con ánimo de humillarle social y públicamente con el más absoluto desprecio de las normas profesionales y se comete fraude de ley utilizando la libertad de expresión como medio de presión y haciendo desaparecer la prueba. Añade que el recurso se funda también en la existencia de interés casacional por contraste con la jurisprudencia sobre la LPDH y artículo 23 CE. Considera, además, que la condena en costas va contra el principio de igualdad y no tiene en cuenta la falta de buena fe en las entidades recurridas.

El motivo debe ser desestimado.

NOVENO.- Responsabilidad civil y fraude de ley.

En este motivo, sustancialmente se plantean, desde una perspectiva distinta (la de la responsabilidad civil extracontractual amparado en el artículo 1902 CC), las mismas cuestiones ya resueltas al examinar el primer motivo de casación. Por ello debe ser, como aquél, desestimado.

La utilización legítima de la libertad de expresión como prevalente frente a otros derechos fundamentales excluye la existencia de abuso del derecho.

La invocación de la existencia de fraude de ley fundada en la ocultación de pruebas no puede ser aceptada en este recurso de casación, pues la materia relativa al uso de los medios de prueba pertinentes sólo pudo ser planteada en un recurso extraordinario por infracción procesal que, en este caso, no ha sido admitido.

La imposición de las costas obedece a reglas objetivas establecidas en la ley que no comportan vulneración del principio de igualdad de los ciudadanos en el proceso.

DÉCIMO.- Desestimación del recurso.

La desestimación del recurso de casación comporta la procedencia de confirmar la sentencia impugnada de acuerdo con el art. 487 LEC y de imponer las costas a la parte recurrente, en virtud de lo dispuesto en el art. 394.4 LEC, en relación con el 398 LEC.

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

## FALLO

1. Se desestima el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Carlos contra la sentencia de 3 de octubre de 2005 dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Castellón en

el rollo de apelación núm. 149/2005, cuyo fallo dice: "Fallamos.

Que, desestimando el recurso de apelación formulado por la representación procesal de D. Carlos, contra la Sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Castellón en fecha veinticinco de febrero de dos mil cinco, en autos de Juicio Ordinario seguidos con el número 162 de 2004, confirmamos la resolución recurrida e imponemos el pago de las costas de la alzada a la parte apelante".

2. No ha lugar a casar por los motivos formulados la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.

3. Se imponen las costas del recurso de casación a la parte recurrente.

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

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos, 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.

dirigidos a concretar lo que se suscitó en el escrito de demanda.

Dice así el fundamento de derecho primero: "Para el planteamiento de su demanda, la Compañía actora parte de una serie de hechos, que, en síntesis, son los siguientes:

La sociedad actora, Fred Olsen, una sociedad naviera española, abrió en el año 1974 una línea marítima hasta entonces inexistente entre Los Cristianos (Tenerife) y San Sebastián (La Gomera). Igualmente explota desde diciembre de 1994 una línea regular marítima de pasajeros entre los puertos de Santa Cruz (Tenerife) y Agaete (Gran Canaria).

Por su parte, la Compañía Trasmediterránea, prestaba el servicio público de Comunicaciones Marítimas de interés General de conformidad con el contrato de gestión de servicios públicos suscrito con el Estado Español, cuyas Bases se aprobaron por Real Decreto 1876/1978, de 8 de julio. Conforme las mismas, el Estado, titular del servicio, retiene la potestad tarifaria y de ordenación del servicio, en cuya virtud le corresponde la aprobación de las tarifas y las modificaciones que se introduzcan en el servicio (Bases 5 y 6), y el Estado asegura a la Compañía el abono de una subvención que compensa el déficit de explotación de las líneas.

En lo que se refiere a la línea marítima Los Cristianos- La Gomera la compañía codemandada obtuvo autorización para la explotación de la misma en diciembre de 1993. Desde el momento del inicio de su explotación Trasmediterránea llevó a efecto una constante política de reducción de tarifas, que obligaron a Fred Olsen a seguir de inmediato la rebaja de sus precios para poder seguir conservando su cuota de mercado, con el consiguiente quebranto económico. Se sostiene por la actora que la disminución de precios llevada a cabo por Trasmediterránea carecía de justificación económica y se realizó a costa de importantes pérdidas de explotación, únicamente posibles por las ayudas del Estado.

Por lo que respecta a la línea marítima de Agaete-Santa Cruz de Tenerife, la Compañía recurrente estableció en diciembre de 1994 una línea regular marítima de pasajeros entre tales localidades con unas tarifas tres veces inferiores a la señalada para el jet-foil de Trasmediterránea. Iniciado con éxito esta Línea, Trasmediterránea reaccionó con una agresiva política comercial, con un incremento de las frecuencias del dicho Jet-foil y a través de una reducción selectiva de las tarifas que afectaba solamente a los viajes en competencia con la actora. Las consecuencias y efectos de dicha política tarifaria seguida por Trasmediterránea fueron inmediatos y provocó la captación de una parte sustancial de pasajeros comprometiendo de esta manera la rentabilidad del nuevo trayecto de la

## TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2009/283280

TS Sala 3ª, Sección: 6, Sentencia 27 noviembre 2009. Ponente: D. Juan Carlos Trillo Alonso

### Inexistencia de abuso de competencia desleal a través de las tarifas de Trasmediterránea

*El TS desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional, desestimatoria del recurso contencioso administrativo interpuesto contra la desestimación por silencio, por el Ministerio de Fomento, de la reclamación indemnizatoria formulada en concepto de responsabilidad patrimonial, por los perjuicios que afirma a ella irrogados por prácticas vulneradoras de la libre competencia, realizados por Trasmediterránea y consentidos por el Estado sobre la prestación de los servicios de comunicaciones marítimas de interés nacional. La Sala considera que el actor sienta erróneamente como premisa que han resultado probados los hechos configuradores del abuso de posición de dominio que denuncia, ya que al negarse en la instancia con rotundidad la ilicitud de las tarifas y su carácter predatorio, sostener que ha quedado acreditado que la compañía naviera operó fijando precios inferiores a sus costes y al amparo del régimen de subvenciones previsto en el contrato suscrito entre dicha compañía y el Estado en el año 1978, sienta como punto de partida una aseveración errónea, lo que lleva asimismo a desestimar la indemnización reclamada ante la inexistencia de lesión antijurídica.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en el presente recurso de casación la sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional el 15 de febrero de 2005, en el procedimiento número 1498/2001, desestimatoria del recurso contencioso administrativo interpuesto por la entidad hoy aquí recurrente, "Fred Olsen, S.A.", contra la desestimación por silencio, por el Ministerio de Fomento, de la reclamación in-

demnizatoria formulada, en concepto de responsabilidad patrimonial, por los perjuicios que afirma a ella irrogados por prácticas vulneradoras de la libre competencia, desarrolladas por la compañía "Trasmediterránea, S.A." y amparadas por el Estado.

SEGUNDO.- Para una mejor comprensión de los temas de debate suscitados en el escrito de interposición del recurso de casación, parece oportuno transcribir lo que se expresa en los fundamentos de derecho primero y segundo de la sentencia recurrida,

actora, aportando a tal efecto unos cuadros estadísticos sobre la evolución de los precios y el número de pasajeros, distinguiendo las correspondientes a cada una de las empresas litigantes”.

Por su parte en el segundo se expresa lo siguiente: “Como indicamos con anterioridad, la demanda de responsabilidad patrimonial se sustenta en que la expuesta política tarifaria llevada a cabo por Trasmediterránea sólo pudo realizarse por las ayudas contrarias a derecho comunitario otorgadas a ésta por el Estado español, puesto que los ingresos imputables a los trayectos en cuestión no alcanzaron a cubrir los costes variables en que incurrían.

Por tal razón, se expone, Fred Olsen formuló en el año 1995, una queja ante la Comisión Europea por cuanto las ayudas concedidas por las autoridades españolas habían permitido desarrollar la política restrictiva de la competencia, consistentes en la apertura de la Línea Los Cristianos-San Sebastián de la Gomera con prácticas tarifarias desleales y abusivas destinadas a expulsar a la actora del mercado. Dicha denuncia inicial se amplió en diciembre de 1996 a las prácticas tarifarias ilícitas y restrictivas de la competencia realizadas por la codemandada en la Línea Santa Cruz de Tenerife-Las Palmas de Gran Canaria en los viajes que coincidían con la Línea Agaete-Santa Cruz de Tenerife explotada por la demandante. En síntesis, se denunciaba la forma en la que la Compañía Trasmediterránea se aprovechaba del régimen público de ayudas establecidas en el contrato de 8 de julio de 1978 para introducir un régimen abusivo de tarifas en las líneas marítimas mencionadas.

Tramitado el procedimiento, concluyó mediante una Recomendación de 3 de diciembre de 1997, y finalmente, el mencionado régimen económico existente entre las codemandadas concluyó sus efectos el 31 de diciembre de 1997. La citada Recomendación, a juicio de la actora, es esencial en la medida que revela, durante un período de tiempo ya cubierto por la vigencia del Tratado en España, la existencia de comportamientos contrarios a los preceptos comunitarios, que, en virtud de la aplicabilidad directa del Derecho comunitario y las particulares obligaciones impuestas a las Administraciones Públicas, deberían haber sido evitadas. En la demanda se reclaman, en definitiva, los daños de las prácticas ilícitas realizadas al amparo de dicho régimen contrario al Tratado y posibles por el incumplimiento de las mencionadas obligaciones.

En suma, la actuación de Trasmediterránea hecha posible por el régimen de ayudas incompatible con el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea ocasionó graves daños al demandante, derivados de la drástica reducción de sus ingresos en las

líneas afectadas pues, con el objeto de mantener su actividad, la actora se vio obligada a responder a la estrategia con la consiguiente rebaja de sus tarifas. Tales daños se cuantifican en 16.455.140 Euros, correspondientes a la reducción de los ingresos en la explotación de las líneas marítimas indicadas”.

TERCERO.- Con igual finalidad a la expresada en el precedente fundamento de derecho, también parece oportuno transcribir el noveno, décimo, undécimo y duodécimo de la sentencia recurrida. Dicen así:

“Noveno.- La concurrencia de los concretos elementos de la responsabilidad patrimonial es negada por ambas demandadas que sostienen, de forma coincidente, la falta de antijuridicidad de la lesión en cuanto realizaban una actuación pública de fomento e interés general que tenía como finalidad garantizar el transporte y la comunicación entre las islas en virtud de un contrato que concluyó en el año 1997, siendo las ayudas prestadas por el Estado a Trasmediterránea conformes al derecho comunitario y al ordenamiento interno.

Para un correcto análisis de la cuestión suscitada resulta necesario recordar aún de forma sucinta los hechos relevantes en este procedimiento.

A) En el año 1952 el Estado español adjudicó para un período de 25 años el contrato de los denominados servicios de comunicaciones marítimas públicas de soberanía a Trasmediterránea que en aquellos momentos era una empresa privada.

B) Por Real Decreto 2866/1977, de 28 de octubre, relativo al servicio de comunicaciones marítimas establecía que tras la adquisición por el Estado de Trasmediterránea, esta pasaría a ser una sociedad estatal, haciéndose cargo de la explotación de tales servicios de comunicaciones marítimas de interés general. El Estado devino titular del 95,24% de las acciones de tal Compañía, cuyo Consejo de Dirección era nombrado por el Gobierno.

C) Las Bases del acuerdo de servicios públicos se definían en el contrato regulador que tenía una duración de veinte años desde la entrada en vigor, cuyos efectos se extinguían el 31 de diciembre de 1997. La compañía se obligaba a prestar los servicios de acuerdo con el cuadro fijado por las autoridades, el Ministerio de Transportes establecía también las tarifas que regían el transporte, si bien el Consejo de Administración podía, en su caso, establecer primas, descuentos y bonificaciones para un mejor rendimiento de la explotación.

D) El equilibrio financiero y económico de los servicios objeto del contrato se alcanzaba mediante contribuciones estatales. La principal

fuerza de ingresos de la Compañía debían ser los ingresos de explotación, no obstante, al final de cada ejercicio de explotación, la Compañía recibiría, con cargo a los presupuestos generales del Estado, una subvención compensatoria del déficit que tuviera como consecuencia de la explotación de los servicios objeto del contrato.

E) El 3 de diciembre de 1997 la Comisión dirigió a España una Recomendación de conformidad con el apartado 1 del art. 87 del Tratado en la que proponía que se adoptaran las medidas adecuadas para adaptar el régimen de ayudas en cuestión a las directrices comunitarias sobre ayudas del Estado al transporte marítimo, adoptadas por la Comisión el 6 de mayo de 1997. En dicha Recomendación se apreciaba que la política comercial y de precios de la Compañía Trasmediterránea es tan agresiva como la de un operador comercial en las rutas cubiertas por el contrato, contrato que fue redactado de forma que le da todas las posibilidades de operar mientras que simultáneamente su déficit de explotación está cubierto por el Estado. Queda así eliminado el factor de riesgo comercial para la Compañía Trasmediterránea.

F) En la Decisión de la Comisión de 25 de julio de 2001 se examinaban las ayudas vinculadas al contrato de servicio público suscrito en 1978, y se decía al estar destinadas a cubrir el déficit adicional de Trasmediterránea debido a la prestación de los servicios previstos en el contrato suscrito con el Estado español, tales ayudas confieren al operador una ventaja en relación a sus competidores. En la medida que tales ayudas se basan en un contrato suscrito y aprobado por las autoridades españolas con anterioridad a la adhesión de España, deben considerarse ayudas existentes con arreglo al art. 88 del Tratado y al Reglamento 659/1999 del Consejo.

G) El Reglamento CEE 3577/92 del Consejo, de 7 de diciembre de 1992, sobre libre prestación de servicios a los transportes marítimos en los Estados miembros, en su apartado 3 del art. 4 establecía “los contratos de servicio público existentes continuarán vigentes hasta la fecha de su expiración”.

H) Fred Olsen presentó ante la Comisión Europea dos escritos, de 6 de noviembre de 1995 y 6 de febrero de 1996, en los que se denunciaba la ayuda estatal ilegal concedida a Trasmediterránea y la supuesta infracción del art. 82 del Tratado CE. Igualmente se solicitaba una compensación por daños y perjuicios. Tales reclamaciones fueron contestadas mediante escrito del Comisario Mario Monti de 23 de diciembre de 2002 en el que se decía la presente decisión no se refiere a la supuesta ilegalidad de la ayuda estatal a que alude la reclamación y que ha sido

objeto de decisiones de la Comisión (Autorización de ayudas estatales en el marco de las disposiciones de los artículos 87 y 88 del Tratado, Decisión de la Comisión de 25 de julio de 2001, Decisión de 19 de julio de 2000). No obstante se ha tenido en cuenta cualquier ayuda estatal en la medida que fuera necesaria a los efectos de valoración en virtud del art. 82 del Tratado CE. Tras examinar la situación de cada una de las rutas a las que se refería la queja, ruta de La Gomera y de Agaete, se concluye no hay pruebas suficientes para establecer la existencia de la violación del art. 82 del Tratado. Entre las conclusiones recogidas en dicha carta se recoge en el apartado 19: Sobre los elementos que uds aportaron, la Comisión no puede concluir que Trasmediterránea haya incurrido en violación del art. 82 del Tratado...y considera que no existe interés comunitario para proseguir la investigación.

Décimo.- A partir de los datos antes expuestos debemos analizar si la supuesta lesión derivada de la actuación denunciada tiene el carácter de antijurídica, o si, por el contrario, como sostienen las codemandadas la juricidad deriva de la prestación de un servicio de interés general ajustado a derecho. Como hemos expuesto con anterioridad, la inicial tesis actora se sustenta en la que el Estado infringió las obligaciones del Tratado al propiciar con su actuación -u omisión- la realización de actos contrarios a la libre competencia, que concreta en el establecimiento de tarifas predatorias en dichas líneas, actuación constitutiva de abuso de posición dominante prohibida en el art. 82 del Tratado.

Para resolver esta cuestión debemos atender al ordenamiento aplicable a esta materia en el espacio de tiempo al que se refiere la reclamación. Por lo que se refiere al período al que se contrae la reclamación ahora examinada, (años 1993 a 1996) se encontraba vigente el contrato suscrito entre Trasmediterránea y el Estado en el año 1978, (vigente desde el 1 de enero de 1978 hasta el 31 de diciembre de 1997), por el cual la compañía naviera debía ajustar su actuación a las condiciones establecidas en dicho contrato. Y, de igual modo, cabe señalar que el Reglamento CEE/3577/92 del Consejo, de 7 de diciembre de 1992, por el que se aplica el principio de libre prestación de servicios a los transportes marítimos dentro de los Estados miembros, establecía en el apartado 3 del art. 4 los contratos de servicio público existentes continuarán vigentes hasta la fecha de su expiración....

Pues bien, en primer lugar y por lo que se refiere a la supuesta incompatibilidad de la situación generada al amparo de dicho contrato con el ordenamiento comunitario cabe resaltar los pronunciamientos de la Comisión Europea antes reseñados en los que

tras examinar las quejas formuladas por Fred Olsen concluyen que el régimen de ayudas cuestionado, al ser anterior a la adhesión, se encuentra amparado en el art. 86 del Tratado. En particular, además de la decisión de julio de 2001 antes reseñada, en la carta del Comisario Monti que examina la denuncia de la actora con base en los mismos hechos que los del presente recurso, tras el análisis de los diversos datos sobre las rutas de la Gomera y Agaete facilitados por la propia actora concluye que no hay pruebas para establecer la existencia de la violación del tratado. Por lo que se refiere a la ruta de la Gomera, se afirma que de dichos datos no se deduce que Trasméditerránea tuviera posición dominante alguna, y, por tanto, no puede haber abuso de la misma... (apartado 9) y en cuanto a la ruta Agaete refiere, basándose en las cifras suministradas por la actora, que no hay suficientes pruebas para mantener que Trasméditerránea mantuviera una posición dominante durante el período del presunto abuso... ni de que abusó de una situación de este tipo... (apartado 11).

También se afirma a pesar de las reducciones de precios llevadas a cabo por Trasméditerránea y según las cifras aportadas por uds., Fred Olsen pudo establecerse como competidor en la ruta de Agaete, desde el primer año de mercado pudo adquirir cuotas de mercado importantes... y continuó siendo el operador más importante en la ruta de La Gomera (apartado 15).

Las anteriores razones expuestas que no han sido desvirtuadas en el presente proceso nos llevan a considerar la falta de fundamento y consistencia suficiente de la argumentación expuesta por la demandante basada en la existencia de un comportamiento constitutivo de abuso de posición dominante proscrito por el Tratado. Por ello, la premisa de la que parte la actora, (apartado VIII de la demanda) sobre la clara dominancia en el mercado de Trasméditerránea no resulta válidamente acreditada ni justificada ahora, por lo que las afirmaciones vertidas en este sentido por la actora no resultan aceptables.

Undécimo.- Otro de los argumentos mantenidos por la actora que se desarrolla fundamentalmente en el escrito de conclusiones, en el que parece modificarse sutilmente el planteamiento inicial, consiste en que la política de precios, sólo posible por la actuación directa del Consejo de Administración de Trasméditerránea con la anuencia y cooperación necesaria de la Administración del Estado, constituyó una actuación contraria a la libre competencia y fue la causa mediata y necesaria de la lesión patrimonial por la que ahora se reclama. Sostiene la demandante que tal comportamiento fue factible gracias a la elusión de los principios jurídicos que norman la competencia y constituyó, a la vez, un incumplimiento continuado del contrato de

1978, cuya inaptitud para convivir con un régimen de libre competencia ha sido sostenido constantemente por su parte. Se razona en esta línea en el escrito de conclusiones ocurre sin embargo, que aún bajo las condiciones de dicho contrato se pone de manifiesto que la actuación de las codemandadas fue contraria a su espíritu y finalidad, incurriendo en competencia desleal a través de las tarifas ilícitas y predatorias.

Así las cosas, resulta conveniente hacer una serie de precisiones para abordar dicha cuestión:

En primer lugar, cabe poner de manifiesto que respecto a las líneas marítimas y el período de tiempo al que se refiere la presente reclamación, Trasméditerránea operaba bajo el régimen del contrato de comunicaciones marítimas de interés general, suscrito con el Estado de conformidad con el Decreto 1876/76, de 8 de julio. Este régimen específico tenía como finalidad la prestación de un servicio público de interés general y se encontraba ya vigente en la época en la que Fred Olsen inició su actividad en la zona, y, en consecuencia, la concreta situación jurídica era preexistente y conocida por la actora.

Asimismo, resulta relevante que Trasméditerránea actuó durante dicho período y hasta la extinción del contrato, el 31 de diciembre de 1997, con sujeción a los términos de dicho contrato de 1978, cuya validez y eficacia no se discute por no ser objeto de impugnación en este proceso, que no ha sido afectado por las decisiones comunitarias. La propia Comisión se pronunció en el sentido de no oponerse al pago por el Estado de las cantidades destinadas a la compensaciones con Trasméditerránea en cuanto se basaban en un contrato suscrito con anterioridad a la adhesión de España.

Pues bien, es en este contexto general, de prestación de un servicio de interés público por parte de Trasméditerránea, donde ha de situarse la reclamación actora.

Para el análisis de esta concreta alegación, resulta conveniente recordar que la Base 25 del anexo del Real Decreto 1876/1978, que se refería al régimen económico contractual aplicable disponía que la Compañía se financiara, de forma prioritaria con las tarifas abonadas por los usuarios de los servicios. El Ministerio de Transportes y Comunicaciones fijará, con criterio de mercado, las tarifas que hayan de regir el transporte de pasajeros, vehículos, mercancías y correo, para las Líneas contenidas en las Tablas de servicios. Dentro de los límites fijados, el Consejo de Administración de la Compañía acordara razonablemente las primas, descuentos y bonificaciones que, para un mejor rendimiento de la explotación, sean aplicables dentro de las prácticas comerciales habituales.

De dicha regla se desprende que la mecánica contractual previno que Trasméditerránea se financiara, fundamentalmente, con las tarifas abonadas por los usuarios y que estas tarifas se ajustaran a criterios de mercado. Igualmente se preveía la posibilidad de que el Consejo de Administración estableciera primas, descuentos y bonificaciones, sin duda, con la finalidad de un mejor rendimiento de explotación, reconociéndolo con la condición de que sean aplicables dentro de las prácticas comerciales habituales.

La demandante considera que la cuestión jurídica a dilucidar consiste, precisamente, en determinar si la aplicación que de esta previsión hizo el Consejo de Administración de Trasméditerránea, con anuencia de la Administración del Estado puede calificarse con una práctica comercial habitual o ha de considerarse como la práctica de competencia desleal por la aplicación de lo que considera tarifas ilícitas y predatorias.

Cabe precisar, en este momento, que la consideración de la existencia de prácticas constitutivas de competencia desleal es en principio, un tema que habría de examinarse desde la perspectiva de la Ley 3/1991, de competencia desleal ante los órganos correspondientes y a través de los cauces previstos en dicha norma, pues nuestro pronunciamiento se limita exclusivamente al ámbito de la responsabilidad patrimonial reclamada.

Y, desde la óptica de nuestro conocimiento hemos de examinar si las reducciones de precios correspondían a una decisión adoptada según criterios comerciales y si entraba dentro del ámbito de actuación de Trasméditerránea. Pues bien, de los datos obrantes en autos, no podemos considerar ni la ilicitud de las tarifas ni su carácter predatorio. Lo primero, es decir, la licitud de los precios se deduce del hecho de tratarse de una decisión adoptada por los órganos a los que le correspondía la determinación de la política tarifaria en atención a un determinado contexto comercial y conforme se establecía en las bases del mencionado contrato, con la finalidad (legítima) de obtener un mejor rendimiento de la explotación.

Tampoco se aprecia que nos hallemos ante precios predatorios en los términos jurisprudencialmente definidos que parten de un análisis del mercado de la determinación de los costes variables y totales medios de la empresa en cuestión y de la finalidad de eliminar a un competidor. A lo anterior hay que añadir que tampoco ha quedado acreditado que las ayudas recibidas por el Estado obedecieran precisamente a la finalidad de permitir la disminución de las tarifas, esto es, no se ha justificado una vinculación de las compensaciones estatales a este concreto fin de sostener la rebaja de precios. La compleji-

dad de la estructura de costes de la empresa Trasméditerránea que presta varios tipos de servicios marítimos entre las islas y que puede realizar economías de escala importantes determina, a juicio de esta Sala que no sea posible imputar directamente las ayudas económicas a la disminución de las tarifas.

Y, por último, cabe resaltar que como se indica en el escrito de la Comisión 23 de diciembre de 2002, en lo que respecta a la ruta marítima de Agaete, la reducción de tarifas en 1995 parece obedecer a un ajuste a la política de fijación de precios del recién incorporado, Fred Olsen, y no en un plan para eliminar a un competidor. Y, por lo que se refiere a la línea de La Gomera, que tan pronto como Fred Olsen se adaptó en 1994 a los precios inferiores de Trasméditerránea, los precios de ambas evolucionaron de forma casi paralela, alcanzando en 1997 un nivel similar al de los que Fred Olsen aplicaba en 1993 cuando era la única empresa que prestaba un servicio de transbordador en esa ruta.

Duodécimo.- Los anteriores razonamientos nos llevan a concluir que no existe la lesión antijurídica exigida por la Ley para el reconocimiento de la responsabilidad de la Administración por lo que el reclamante estaba obligado a soportar los perjuicios ocasionados, apreciando que la actuación de la Administración se enmarca en un régimen preexistente de prestación de un servicio público de interés general ajustado al ordenamiento jurídico, actuación que consideramos lícita y razonable considerando las circunstancias concurrentes.

En suma, los razonamientos anteriormente expuestos determinan a juicio de la Sala, la inexistencia de la antijuridicidad en la actividad administrativa y, en consecuencia, la inexistencia de obligación de atender a la petición de responsabilidad de la misma toda vez que el daño ha de ser soportado por el interesado".

CUARTO.- Frente a la sentencia interpone la entidad "Fred Olsen, S.A." recurso de casación, con fundamento en cinco motivos. Los tres primeros al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional y los otros dos al amparo de la letra d) del indicado precepto; motivos que seguidamente pasamos a analizar.

QUINTO.- Por el primero denuncia la recurrente la vulneración de la regla segunda del artículo 209 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Aducido, conforme ya anunciamos en el precedente fundamento de derecho, al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción, esto es, por infracción procesal, concretamente, por infracción de las normas reguladoras de las sentencias, tiene por finalidad denunciar, según resulta de su desarrollo argu-

mental, que la sentencia de instancia no contiene en los antecedentes de hecho ni una relación de las pruebas propuestas y practicadas, ni una relación de hecho probados.

Comenzando el examen del motivo por el extremo relativo a esta última omisión -ausencia de relación de hechos probados-, es de indicar que la expresión "en su caso" utilizada en el artículo 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en la regla segunda del artículo 209 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, referida a la necesidad de que en los antecedentes de hecho de la sentencia se consignen los hechos probados, pone de relieve que salvo en aquellos supuestos en que las leyes procesales imponen específicamente un relato de hechos probados, como así sucede en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en la Ley de Procedimiento Laboral, ni es necesario que en los antecedentes de hecho se recoja el relato de referencia, ni lo es tampoco que se contenga en la fundamentación jurídica (sentencia de esta Sala de 9 de abril de 2007 -recurso de casación núm. 5235/2004- y de la Sala Primera, de 18 de marzo de 2009 -recurso de casación núm. 1244/2004-).

Por otro lado, tampoco es posible reconocer que la sentencia no cumpla con la exigencia del artículo 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la regla segunda del artículo 209 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto no se consigna en ella las pruebas que se hubieran propuesto y practicado.

El adjetivo conciso utilizado en dicha norma es sinónimo de breve, corto, lacónico, escueto, reducido, etc., y en efecto se cumple con la exigencia por la sentencia recurrida que, en su antecedente de hecho cuarto, con concisión, hace mención a la prueba practicada. Ciertamente no contiene una relación de los medios de prueba interesados y practicados, limitándose a una remisión de la que obra en autos, pero ello ha de entenderse como suficiente.

Pero es que además, tratándose, como a continuación exponemos, de una mera irregularidad de carácter formal, admitirá la recurrente que carece del efecto invalidatorio que pretende.

En efecto se trata de una irregularidad de carácter formal sin virtualidad anulatoria. En oposición a lo que se sostiene por la recurrente de que la irregularidad de mención le ha originado indefensión, y ello con fundamento en que nada se dice en la sentencia acerca de la prueba documental y pericial propuesta, admitida y practicada, es de resaltar que la sentencia no prescinde, aunque no la mencione, de un análisis de dicha prueba, esencialmente dirigida a acreditar la coincidencia en líneas de navegación, política de precios, y resultados de las explotaciones de la actora y de la codemandada. El Tri-

bunal de instancia se centra en la apreciación de la falta de concurrencia de los requisitos de la antijuridicidad de la lesión y de la relación de causalidad, y esa es la razón por la que prescinde de un análisis en profundidad de la prueba pericial y documental.

Así resulta de la lectura de los fundamentos de derecho noveno, décimo, undécimo y duodécimo de la sentencia recurrida y que hemos transcrito en el tercero de esta.

La sentencia de instancia no desconoce la coincidencia de las líneas de navegación de la recurrente y de Trasmediterránea, lejos de ello, al igual que el extremo relativo a la política tarifaria de una y otra sociedad, son circunstancias que al menos implícitamente se tienen en consideración, por lo que mal puede entenderse que se hubiera producido preterición alguna en el examen de la prueba.

Con independencia de que de haberse producido esa preterición sería denunciante al amparo de la letra d) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción y no de la letra c), y por la infracción del artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no citado por la recurrente en el desarrollo del motivo, y que prohíbe que un Tribunal prescinda de un medio de prueba aportado a los autos y admitido, sin explicitar las razones que conducen a su rechazo, lo cierto es que el enfoque o cauce de enjuiciamiento seguido por el Tribunal de instancia para el examen de litis revela que en modo alguno incurrió en omisión valorativa de la prueba documental y pericial admitida y practicada. Insistiremos en ello al examinar el motivo tercero en el que expresamente se denuncia la infracción del citado artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Una última consideración debe hacerse con relación al motivo. Es la de que no podemos compartir la argumentación de la recurrente relativa a que si este Tribunal de casación considera que la sentencia de instancia no estima probados los hechos base de su reclamación, a saber y muy sintéticamente, la coincidencia de líneas, la política de precios subvencionada a "Transmediterránea, S.A." por el Estado, con descuentos y bonificaciones, y la merma de sus resultados empresariales, se le originaría indefensión al impedirle conocer los motivos de la decisión adoptada.

Y no podemos compartirla porque aún dejando al margen que la sentencia de instancia no desconoce, conforme ya dijimos, tales circunstancias, la argumentación parte de un error de principio que se revela con absoluta nitidez a lo largo de toda la fundamentación del motivo, cual es el que la recurrente no llega a comprender la real "causa decidendi" del signo desestimatorio del recurso que,

como ya se expuso, descansa en la ausencia de antijuridicidad de la lesión y en la falta de nexo causal entre el funcionamiento de la administración estatal demandada y los daños y perjuicios que se sostienen irrogados.

SEXTO.- Por el segundo motivo, también al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional, denuncia la recurrente la infracción de los artículos 217.6, 318, 319.1 y 2, 326, 327 y 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como de la jurisprudencia relativa a la revisión en casación de la valoración de la prueba.

Para fundamentar su desestimación basta remitirnos a lo expresado en el precedente.

Según puede leerse en su argumentación el motivo es subsidiario del primero. Así se infiere cuando se dice que se formula para el caso de "estimar la Sala que la sentencia recurrida no considera probados los hechos en cuestión", referencia esta última a lo que hemos denominado en el anterior fundamento de derecho como hechos base de la reclamación.

Y es que si lo que en definitiva se pretende con el motivo es que esta Sala de casación valore la prueba practicada al respecto, no negará quien así insta que la valoración de la prueba a la que se refiere solo tendría relevancia para superar los obstáculos que para la apreciación de la responsabilidad patrimonial demandada suponen la ausencia de antijuridicidad y de relación causal. Dejar constancia que la ausencia de antijuridicidad de la lesión y la falta de nexo causal entre el funcionamiento de la administración estatal demandada y los daños y perjuicios que la entidad actora sostiene irrogados, circunstancias ambas apreciadas por el Tribunal de instancia, ni se combaten por el cauce adecuado del artículo 88.1.d), mediante la denuncia de una ilógica e irracional valoración de la prueba, único viable en casación, ni realmente se desvirtúan con la prueba practicada (documental y pericial).

SÉPTIMO.- No mejor suerte que los dos motivos anteriores debe correr el tercero por el que, al amparo nuevamente del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional, se denuncia la vulneración de lo dispuesto en el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Resaltábamos en el fundamento de derecho quinto, al examinar el motivo primero, que el artículo 218.2 de la Ley Procesal Civil, prohíbe que un Tribunal prescinda de un medio de prueba aportado a los autos y admitido, sin explicitar las razones que conducen a su rechazo. Así lo expresamos en nuestra sentencia de 13 de noviembre de 2009, dictada en el recurso de casación núm. 3364/05, con cita del auto 307/1985, de 8 de mayo

del Tribunal Constitucional, en el que se expresa que un Tribunal de Justicia "actúa de modo arbitrario cuando prescinde -sin razonarlo de alguna manera- de analizar aquella o aquellas pruebas que por sus características y por su directa relación con la cuestión debatida tendrían que haber sido analizadas de forma específica".

Pues bien, aplicando la expresada doctrina al caso de autos, en efecto, el motivo tercero no puede tener acogida.

Cierto que el Tribunal de instancia fundamenta la ausencia de la antijuridicidad del daño en la inexistencia del abuso de posición dominante que la recurrente imputó a "Transmediterránea, S.A." con apoyo en una política de precios subvencionada por la administración, y cierto también, como fácilmente puede comprobarse con la lectura de los transcritos fundamentos de derecho noveno y décimo, que la conclusión a la que llega la Sala de instancia para negar la concurrencia del abuso de posición dominante descansa esencialmente, no de manera única, en la resolución de la Comisión Europea de 23 de diciembre de 2002; pero aún cuando descansara exclusivamente en dicha resolución, y aún cuando fuera mal interpretado su alcance por el Tribunal de instancia, tesis ambas sustentadas por la recurrente, aún así, mal podría apreciarse la vulneración del citado artículo 218.2 de la Ley Procesal Civil.

Sin duda puede la recurrente discrepar de la interpretación que la sentencia ofrece de aquella resolución, y sin duda puede entender que ni esa resolución ni las precedentes de la Comisión poseen virtualidad suficiente para no tener por acreditado el abuso de posición dominante denunciado, por lo que, en consecuencia, era necesario que el Tribunal de instancia examinara la concurrencia del denunciado abuso a la luz de las pruebas practicadas en autos, pero lo que no le es permitido alegar con éxito, y mucho menos al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, es la infracción del artículo 218.2.

El Tribunal de instancia a la hora de examinar el denunciado abuso de posición dominante, con acierto o sin el, considera como elementos fácticos necesarios y suficientes a tener en cuenta los que describe en los fundamentos de derecho noveno y décimo de su sentencia, obviamente en conexión con la normativa que también cita, por lo que mal puede entenderse que se ha infringido el indicado artículo de la Ley Procesal Civil. Y es que, en atención a los razonamientos de la sentencia de instancia, resulta con absoluta claridad que cuando prescinde de hacer mención a otros elementos fácticos, y muy concretamente a la prueba practicada, es porque por sus característi-



cas y por su directa relación con la cuestión relativa a la existencia de abuso de posición dominante, los considera irrelevantes.

OCTAVO.- Por el motivo cuarto, al amparo del artículo 88.1.d) denuncia la recurrente la infracción de los artículos 15.1 y 2 y 17.2.c) de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, así como del artículo 6.2.a) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

Para su desestimación, suficiente es tener en cuenta que su argumentación sienta erróneamente como premisa o punto de partida que han resultado probados los hechos configuradores del abuso de posición de dominio que denuncia. Sostener, como se sostiene por la recurrente, que ha quedado acreditado que "Transmediterránea, S.A.", operó fijando precios inferiores a sus costes y al amparo del régimen de subvenciones previsto en el contrato suscrito entre dicha compañía y el Estado en el año 1978, sienta en efecto como punto de partida una aseveración errónea. Nos remitidos a lo ya expresado en los precedentes fundamentos de derecho y al fundamento de derecho undécimo de la sentencia recurrida en el que se niega con rotundidad la ilicitud de las tarifas y su carácter predatorio.

NOVENO.- Por el motivo quinto, aducido al igual que el anterior al amparo del artículo 88.1.d), denuncia la recurrente la infracción del artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.

El motivo, al igual que los anteriores, está condenado al fracaso.

La sentencia, y así se puede comprobar con la lectura de los fundamentos de derecho undécimo y duodécimo, niega la existencia de lesión antijurídica con fundamento en la no concurrencia de aquellas circunstancias fácticas que permitan apreciar ilicitud en las tarifas de "Transmediterránea, S.A.", y tal valoración fáctica solo podría combatirse mediante la denuncia de error en la valoración de la prueba.

DÉCIMO.- La desestimación de todos los motivos y en consecuencia del recurso, determina la imposición de las costas a la parte recurrente (art. 139.2 LRJCA), si bien al amparo del apartado 3 de dicho precepto y en atención a la complejidad de los temas de debate se establece como límite máximo de los honorarios de los Abogados de las partes codemandadas la cantidad de 3.000 euros.

#### FALLO

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por el Procurador D. Manuel Sánchez-Puelles González-Carvajal, en nombre y representación de

Fred Olsen, S.A., contra la Sentencia de fecha 15 de febrero de 2005, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Octava, en el recurso contencioso administrativo número 1498/2001; con imposición de las costas a la parte recurrente, con la limitación expresada en el fundamento de derecho décimo.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. José Manuel Sieira Miguez.- Octavio Juan Herrero Pina.- Luis María Díez-Picazo Giménez.- Juan Carlos Trillo Alonso.- Agustín Puenteprieto.

2009/283277

TS Sala 3ª, Sección: 5, Sentencia 11 diciembre 2009. Ponente: D. Mariano de Oro-Pulido y López

### Inadmisión del recurso de casación por no citar el escrito de interposición ninguna norma infringida

*El TS declara inadmisibile el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional por la que se confirmó la resolución del Ministro de Interior que denegaba el reconocimiento del estatuto de apátrida. La Sala constata que aunque el actor debió citar en el escrito de interposición del recurso qué normas jurídicas o jurisprudencia, o en su caso, precepto constitucional, consideraba infringidos, sin embargo, no se cita como infringida ninguna norma, ni se menciona tampoco ninguna doctrina jurisprudencial que se reputa vulnerada.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en este recurso de casación la sentencia que la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional dictó en fecha de 16 de enero de 2006, en su recurso contencioso administrativo núm. 561/04, por medio de la cual se desestimó el formulado por D. Florentino, contra la resolución del Ministro de Interior de 23 de agosto de 2004 por la que le fue denegado el reconocimiento del estatuto de apátrida.

SEGUNDO.- Este recurso de casación se ha interpuesto sin citar las normas o la jurisprudencia que se reputan infringidas, por lo que debe ser inadmitido, tal y como ordena el artículo 95.1 en relación con los artículos 92.1 y 93.2.b), inciso segundo, todos de la Ley 29/1998, de 13 de ju-

lio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En efecto, esgrimido un único motivo de casación, que se formula al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción, debió citar la parte qué normas jurídicas o jurisprudencia, o en su caso, precepto constitucional, consideraba infringidos. Sin embargo, he aquí que en el escrito de interposición no se cita como infringida ninguna norma, ni se menciona tampoco ninguna doctrina jurisprudencial que se reputa vulnerada.

Por lo demás, no debe considerarse precluida la posibilidad de apreciar la inadmisión del recurso, aunque esta haya de apreciarse en sentencia, como pone de manifiesto la previsión que al respecto establece el citado art. 95.1, y tampoco es obstáculo para la inadmisión, en trámite de sentencia, de un recurso de casación, la circunstancia de que hubiese sido admitido con anterioridad, al tener esta admisión carácter provisional según jurisprudencia constante.

TERCERO.- Conforme a lo previsto en el artículo 139.2 LRJCA, procede imponer a la parte recurrente el pago de las costas causadas, si bien, en uso de la facultad que confiere el número 3 de ese mismo precepto y a la vista de las actuaciones procesales, el importe de los derechos y honorarios de Letrado de la

parte recurrida no podrá exceder de 200'00 euros.

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey, y en ejercicio de la potestad de juzgar que emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución,

#### FALLO

Que declaramos inadmisibile el recurso de casación interpuesto por D. Florentino contra la sentencia dictada el 16 de enero de 2006 por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso número 561/04. E imponemos a la parte recurrente las costas de este recurso de casación, hasta el límite fijado en el último de los fundamentos de derecho de esta sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Mariano de Oro-Pulido López.- Pedro José Yagüe Gil.- Jesús Ernesto Peces Morate.- Rafael Fernández Valverde.- Eduardo Calvo Rojas.- María del Pilar Teso Gamella.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Mariano de Oro-Pulido y López, Magistrado Ponente en estos autos; de lo que como Secretario, certifico.



2009/259280

TS Sala 4ª, Sentencia 8 octubre 2009. Ponente: D. Mª Milagros Calvo Ibarlucea

Producido mientras descansaba en el hotel

### Inaplicación de laboralidad al fallecimiento de viajante

*El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por los demandantes -herederos del trabajador fallecido- frente a sentencia que rechazó calificar dicha muerte como accidente de trabajo.*

*La Sala señala que en este caso el fallecimiento del causante se produjo por infarto agudo de miocardio mientras descansaba en el hotel donde se encontraba por viaje de negocios, circunstancia que hace que no se pueda aplicar la presunción de laboralidad del art. 115,3 LGSS puesto que, por un lado, el fallecimiento se produjo fuera de horas y del lugar de trabajo -entendiendo por éste el que circunstancialmente venga determinado por las gestiones a realizar al tratarse de un viajante- y, de otro, el fallecimiento se debió a un infarto de miocardio, lo que extrae el factor causante del accidente en sentido estricto cuando no concurren hora y lugar de trabajo.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El trabajador, que prestaba servicios como viajante, se

encontraba en viaje de negocios por cuenta de la empresa en Marrakech, sufriendo un infarto agudo de miocardio sobre las cinco horas del 13

de marzo de 2006 mientras descansaba en un hotel, a consecuencia del cual falleció. Solicitada la declaración de accidente de trabajo, la pretensión fue estimada en la instancia y la resolución revocada en suplicación al estimar el recurso de la Mutua demandada.

Recurren los herederos del trabajador en casación para la unificación de doctrina y ofrecen como sentencia de contraste la dictada el 10 de mayo de 2006 por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha.

En la sentencia referencial, un trabajador que prestaba servicios de comercial, se encontraba en La Coruña por encargo de la empresa y cuando dormía en el hotel se despertó con los síntomas que le fueron diagnosticados de infarto agudo de miocardio presentando una alta tasa de colesterol.

La sentencia de contraste confirma la declaración de accidente de trabajo, razonando que se trata de un accidente "en misión", y que no parece que exista una falta de relación entre la lesión padecida y el trabajo realizado.

En el escrito de impugnación la recurrida alega la falta de contradicción pues si bien reconoce la innegable similitud entre los supuestos, considera que la sentencia de contraste se dicta atendiendo a una doctrina jurisprudencial precedente y la sentencia recurrida lo hace basándose en otra posterior que la rectifica con cita de la dictada el 6 de marzo de 2007 (R. C.U.D. núm. 3415/2005), sin embargo esta diferencia no es óbice para apreciar la igualdad sustancial de supuestos y la normativa legal aplicable, con independencia de su interpretación jurisprudencial.

**SEGUNDO.-** La parte actora alega la infracción del artículo 115 de la Ley General de la Seguridad Social y la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo sobre el accidente con cita de las sentencias de 6 de mayo de 1987, 4 de mayo de 1998 y 24 de septiembre de 2001.

La doctrina invocada en la sentencia que se recurre ha rectificado lo anterior, acotando el perfil del accidente de trabajo en la modalidad de accidente "in misión". Al contemplar un supuesto análogo, el fallecimiento de un trabajador por hemorragia encefálica en la habitación de un hotel durante las horas de descanso, la sentencia razona lo siguiente:

"La noción de accidente en misión ha sido aceptada por la doctrina de esta Sala como una modalidad específica de accidente de trabajo, en la que se produce un desplazamiento del trabajador para realizar una actividad encomendada por la empresa. La misión integra así dos elementos conectados ambos con la prestación de servicios del trabajador:

1º) El desplazamiento para cumplir la misión.

2º) La realización del trabajo en que consiste la misión. La protección del desplazamiento presenta cierta similitud con la del accidente "in itinere", en la medida en que el desplazamiento se protege en cuanto que puede ser determinante de la lesión, como en el caso de la sentencia 26 de diciembre de 1988, sobre la insuficiencia cardíaca por una crisis de asma durante un vuelo en avión que impidió que el trabajador fuese debidamente atendido, con lo que sin el desplazamiento el resultado lesivo no se hubiese producido.

En cuanto al accidente que se produce en la realización del trabajo que constituye el objeto de la misión, su régimen es el normal del artículo 115.1 de la Ley General de la Seguridad Social.

Pero no todo lo que sucede durante la misión tiene una conexión necesaria con el trabajo, cuando ni es propiamente desplazamiento, ni tampoco realización de la actividad laboral.

Así la sentencia de 10 de febrero de 1983 excluyó de la consideración de accidente de trabajo el fallecimiento de un trabajador en misión en Nigeria; fallecimiento que se produjo un domingo, día de descanso, por asfixia por inmersión, al bañarse en la playa de Badagry, y las sentencias de 17 de marzo de 1986 y 19 de julio de 1986 niegan también la consideración de accidente de trabajo el fallecimiento por infarto de miocardio de trabajadores en misión cuando los infartos se produjeron cuando descansaban en el hotel y sin que constase ninguna circunstancia que pudiese evidenciar una relación entre el trabajo realizado y la lesión cardíaca padecida.

La solución es diferente en algunas sentencias como las de 14 de abril de 1988 y 4 de mayo de 1998, pero lo es en atención a las especiales circunstancias de los casos decididos: en la primera -también un infarto en el hotel padecido por un directivo que participa en una reunión profesional- porque el propio infarto se vincula no a la misión, sino una situación laboral de "gran stress", y en la segunda porque la lesión se produce en el propio vehículo que conducía el trabajador, aunque mientras descansaba, conduciendo otro compañero.

De acuerdo con esta doctrina, no puede considerarse correcto el criterio que sostiene que durante todo el desarrollo de la misión el trabajador se encuentra en el tiempo y el lugar del trabajo, aunque se trate de periodos ajenos a la prestación de servicios, de descanso o de actividades de carácter personal o privado.

En el caso examinado la lesión se ha producido durante el tiempo de

descanso; un descanso que, por exigencias del tipo de trabajo, ocurre fuera del ámbito privado normal del trabajador, pero que no se confunde con el tiempo de trabajo en ninguna de sus acepciones y que, por tanto, no queda comprendido en la presunción del artículo 115.3 de la Ley General de la Seguridad Social; presunción que se funda en un juicio de estimación de la probabilidad de que una lesión que se produce durante el tiempo y el lugar del trabajo se deba a la actividad laboral, lo que obviamente no sucede cuando el trabajador fuera de la jornada se encuentra descansando en un hotel.

Tampoco cabe encuadrar el supuesto en el accidente in itinere en el sentido de que la lesión se produce cuando el trabajador estaba regresando a su domicilio una vez realizado el transporte. No es así, en primer lugar, porque la lesión no tiene lugar en el trayecto, sino en el hotel durante el descanso; tampoco el punto de llegada es el domicilio del trabajador y por último no se ha producido un accidente, sino una enfermedad, que es ajena al supuesto del artículo 115.2.a) de la Ley General de la Seguridad Social, como tiene declarado reiteradamente esta Sala en numerosas sentencias (sentencias de 30 de junio de 2004, 16 de julio de 2004 y las que en ellas se citan).

En estas sentencias se establece que:

"a) La presunción de laboralidad del accidente o dolencia de trabajo establecida en el artículo 115.3 de la Ley General de la Seguridad Social, sólo alcanza a los accidentes acaecidos en el tiempo y en el lugar de trabajo, pero no a los ocurridos en el trayecto de ida al trabajo o vuelta del mismo.

b) La asimilación a accidente de trabajo sufrido "in itinere" se limita a los accidentes en sentido estricto, esto es, a las lesiones súbitas y violentas producidas por un agente externo y no a las dolencias o procesos morbosos de distinta etiología y manera de manifestación". "Para estas enfermedades que se manifiestan en el trayecto del domicilio al trabajo -precisa la sentencia de 30 de junio de 2004 - la calificación como accidentes de trabajo... depende de que quede acreditada una relación causal con el trabajo".

De acuerdo con los criterios sustentados en la anterior sentencia, cabe destacar dos aspectos que impiden atribuir la naturaleza de accidente de trabajo a lo sucedido al causante.

De una parte, el fallecimiento se produce fuera de horas y del lugar de trabajo entendiéndose por éste el que circunstancialmente venga determinado por las gestiones a realizar al tratarse de un viajante, y de otra, el fallecimiento se debe a un infarto de miocardio, lo que extrae el factor

causante del accidente en sentido estricto cuando no concurren hora y lugar de trabajo como establecen las sentencias antes citadas de 30 de junio de 2004 (RCUD. 4211/2003), 16 de julio de 2004 (RCUD. 3484/2003) y las que ellas se citan: 4 de julio de 1995 (RCUD. 1499/1994), 20 de marzo de 1997 (RCUD. 2726/1996), 16 de noviembre de 1998, (RCUD. 502/1998), 31 de diciembre de 1998, (RCUD. 722/1998), 30 de mayo de 2000 (RCUD. 468/1999), 11 de diciembre de 2000 (RCUD. 4181/1999) y 30 de mayo de 2002 (RCUD. 1639/2000)

**TERCERO.-** En atención al precedente jurisprudencial, deberá entenderse que la sentencia recurrida se ajusta a la buena doctrina, por lo que el recurso deberá ser desestimado, sin que haya lugar a pronunciamiento sobre las costas, en aplicación del artículo 233 de la Ley de Procedimiento Laboral.

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

## FALLO

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Ramón Nozal González actuando en nombre y representación de Dª Juliana, D. Juan Antonio y Dª Patricia contra la sentencia de fecha 31 de marzo de 2008, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso de suplicación núm. 4021/2007, formulado contra la sentencia de fecha 29 de septiembre de 2006, dictada por el Juzgado de lo Social núm. Ocho de Madrid, en autos núm. 451/2006, seguidos a instancia de Dª Juliana, D. Juan Antonio y Dª Patricia contra Fremap, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social núm. 61, Husqvarna Construction Products España, S.A., Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social sobre accidente de trabajo. Sin costas.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Fernando Salinas Molina.- Milagros Calvo Ibarlucea.- Jordi Agustí Julia.- Rosa María Viroles Piñol.- María Lourdes Arastey Sahún.

Publicación.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. María Milagros Calvo Ibarlucea 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.



2009/259055

TS Sala 1ª, Sentencia 3 noviembre 2009.  
Ponente: D. Xavier O'Callaghan Muñoz

### Desafectación tácita de fincas arrendadas para fines agrícolas

Declara el TS que no ha lugar al recurso de casación interpuesto por la parte actora contra sentencia dictada por la AP confirmatoria de la denegatoria de instancia. Postula la entidad actora la nulidad de la escritura de compraventa y derechos reales sobre las fincas y las transmisiones siguientes por tratarse de bienes de dominio público, y por tanto inalienables. Indica el TS que las fincas de litis nunca fueron utilizadas para el servicio público ferroviario, sino que fueron arrendadas para fines agrícolas y nunca fueron demaniales. Añade que anterior en el tiempo a las normas que el recurrente cita como infringidas, se pudo producir una desafectación tácita.



2009/225088

TS Sala 2ª, Sentencia 10 septiembre 2009.  
Ponente: D. Manuel Marchena Gómez

### Concurrencia de dolo falsario en estafa y falsedad en documento mercantil

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por delitos de estafa y falsedad en documento mercantil. Comprueba la Sala que la testigo en momento alguno otorgó consentimiento para la firma del cheque en su nombre, concurriendo el dolo falsario, pues el acusado entregó el cheque al perjudicado en pago de la deuda que tenía con él, a sabiendas de que el cheque no podía ser cobrado. A ello se debe añadir que de haber estampado el acusado su firma, el cheque, al tener incorpora-

da la firma imitada de aquella, hubiera surtido plenos efectos en el tráfico jurídico.

2009/229023

TS Sala 2ª, Sentencia 18 septiembre 2009.  
Ponente: D. Carlos Granados Pérez

### Delitos continuados de estafa y falsificación de documentos privados

Se desestiman los recursos de casación interpuestos por los acusados contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delitos continuados de estafa y falsificación de documentos privados. Afirma el Alto Tribunal que las fotocopias de documentos son sin duda documentos, en cuanto escritos que reflejan una idea que se plasma en el documento original; sin embargo, la reproducción fotográfica sólo transmite la imagen del documento no su naturaleza jurídica salvo una posterior autenticación. De modo que una falsedad realizada sobre una fotocopia no autenticada de un documento oficial, público o mercantil, no puede homologarse análogicamente a la falsedad de un documento de la naturaleza que tenga el original, por lo que sólo podrá considerarse como una falsedad en un documento privado, que es lo que se ha hecho correctamente por el tribunal de instancia.



2009/217462

TS Sala 3ª, Sección 2ª, Sentencia 3 julio 2009.  
Ponente: D. Emilio Frías Ponce

### Estimación del recurso por el carácter esencial del trámite de audiencia en el incidente de extensión de efectos del fallo

El TS estima el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra los Autos que decidieron estimar la solicitud de extensión de efectos de sentencia y que rechazaron la petición del actor de que se acordase la

retroacción de actuaciones, ante la existencia de infracción del procedimiento previsto en el art. 110, 4 LJCA para tramitar la petición de extensión de efectos de sentencia a los procedimientos en su día suspendidos conforme al art. 37, 2, habiéndose ocasionado con ello indefensión, por omisión del trámite de la previa audiencia de las partes.

2009/259220

TS Sala 3ª, Sección 6ª, Sentencia 6 noviembre 2009. Ponente: D. Juan Carlos Trillo Alonso

### Obligación de ondear la bandera con carácter permanente en el exterior de los edificios de las Administraciones

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la Diputación Foral de Guipuzcoa contra la sentencia dictada por el TSJ del País Vasto, estimatoria del recurso contencioso administrativo interpuesto por la Administración del Estado contra la inactividad de la actora en relación al requerimiento formulado por aquella a esta para que, en cumplimiento de la Ley 39/1981, sobre uso de banderas, se hiciese ondear la Bandera Española en el exterior de la sede de la Diputación mencionada y en el lugar que le corresponde. La Sala reitera su doctrina al exponer que la Ley distingue dos situaciones diferentes en las cuales debe ondear la bandera, la primera en el exterior de los edificios y establecimientos de las Administraciones en los que la bandera debe ondear diariamente con carácter de permanencia, no de coyuntura, no de excepcionalidad sino de generalidad y en todo momento.



2009/234812

TS Sala 4ª, Sentencia 29 junio 2009.  
Ponente: D. Jesús Gullón Rodríguez

### Base reguladora de IP de trabajadora fija discontinua

El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doc-

trina interpuesto por el INSS demandado contra sentencia que acogió la demanda de la actora -trabajadora fija discontinua- sobre IP y determinación de la base reguladora de la prestación en cuanto a integrar los periodos no cotizados con las bases mínimas en proporción al número de días de la campaña trabajados.

La Sala señala que en los trabajadores fijos discontinuos -a diferencia de los contratados a tiempo parcial- el tiempo comprendido "entre campañas" tendrá la consideración de lagunas de cotización, y habrán de integrarse con las bases mínimas correspondientes a la actividad contratada, esto es, en jornada completa y en proporción al número de días de trabajo efectuados en la campaña correspondiente, que en el supuesto de la demandante, en la mayoría de los casos, se desarrolló en el 100% de esas jornadas, y en las que lo fue en un número inferior, se ha aplicado la proporcionalidad correspondiente calculada no sobre los 365 días de año -como hizo el INSS-, sino sobre los días durante los que estuvo vigente la campaña.

2009/259261

TS Sala 4ª, Sentencia 13 octubre 2009. Ponente: D. José Manuel López García de la Serrana

### Efectos económicos desde la fecha fijada por la CIVEA de la modificación de una relación de puestos de trabajo

El TS desestima el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el trabajador demandante frente a sentencia que rechazó su derecho a cobrar desde el 1 enero 2003 los complementos de jornada partida B y de prolongación de jornada que han sido asignados a su puesto de trabajo por la Comisión de Vigilancia Estudio y Aplicación -CIVEA- del I Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Administración del Estado, sino desde el 1 abril de 2005.

La Sala señala que el mandato de que los nuevos complementos se apliquen con efectos económicos desde el 1 de enero de 2003 solo rige para los adjudicados en las relaciones iniciales de puestos de trabajo pero no para los posteriores, esto es, no cabe la aplicación de efectos retroactivos respecto de la modificación de la relación de puestos de trabajo de 7 febrero de 2006 o de las que se vayan aprobando con posterioridad, cuyos efectos económicos serán los que en cada caso acuerde la CIVEA en uso de la autonomía colectiva y que, en el presente caso, se ha establecido que sea desde abril de 2005.