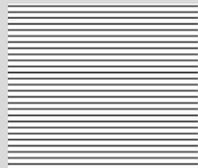




BOLETÍN DE JURISPRUDENCIA
FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

nº 57
MARZO DE 2018

- Civil
- Constitucional
- Contencioso-Administrativo
- Menores
- Penal
- Secretaría Técnica
- Social
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos
- Militar



BOLETÍN DE JURISPRUDENCIA
FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

MARZO 2018

número 57



SECCIÓN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

SECCIÓN TEDH

SECCIÓN CIVIL

SECCIÓN PENAL

SECCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SOCIAL

SECCIÓN MILITAR

SECCIÓN MENORES

SECRETARÍA TÉCNICA

SECCION TJUE

ÍNDICE POR MATERIAS

AUTORES

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 21/2018. Sala Primera
 Fecha Sentencia: 5 de marzo de 2018,
 Recurso de amparo núm. 3766/2016
 Ponente: Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón.

TEMA

Vulneración del derecho fundamental a la libertad personal (art. 17.1 y 3 CE). Habeas Corpus. Extensión del derecho a conocer los motivos y razones de la detención policial y del correlativo deber de información que recae sobre los poderes públicos. Alcance del derecho de acceso a las actuaciones durante la detención. Posibilidades de control que ofrece el procedimiento de habeas corpus en tales aspectos.

ASPECTOS EXAMINADOS

- ANTECEDENTES

Tras la detención del recurrente, junto a otros jóvenes, por su presunta participación en una reyerta que tiene lugar inmediatamente antes de la misma en la que había habido varios heridos, el mismo fue informado de sus derechos y se le indicó que el arresto se debía a su presunta participación en un delito de lesiones y a su presencia en el lugar de los hechos. El abogado que le fue asignado solicitó el habeas corpus después de que la Policía le negara el atestado, pero el Juzgado de guardia (27 de Instrucción de Madrid) rechazó iniciar el procedimiento.

- Motivos invocados y delimitación de las vertientes específicas del derecho concernido.

El demandante de amparo, dirige sus quejas frente a la actuación policial desarrollada durante su detención preventiva y, de forma acumulada, frente a la respuesta judicial obtenida cuando instó su control a través del procedimiento de habeas corpus, alegando vulneración de sus derechos fundamentales a la libertad y seguridad (en varias de sus vertientes) así como su derecho de defensa (arts. 17 y 24.2 CE), y que cuando pidió protección judicial de sus derechos a través del procedimiento de habeas corpus, el Juzgado de Instrucción de guardia que denegó su incoación no solo reiteró dichas vulneraciones al desatender su queja, sino que, autónomamente, vulneró su derecho a la tramitación de dicho procedimiento (art. 17.4 CE). Según expone, aunque lo pidió expresamente antes de que se le interrogase en las dependencias policiales, a su abogado no le fue permitido tener acceso a la parte del atestado que se había ya redactado sobre los hechos investigados que justificaron su detención, lo que, a su juicio, limitó indebidamente su derecho a conocer las razones de la detención, a contar con una asistencia letrada efectiva y a defenderse frente a una imputación penal. Dichas vulneraciones habrían sido convalidadas y no reparadas por la resolución denegatoria del Juez de guardia quien, una vez conocida su privación gubernativa de libertad, la consideró jurídicamente correcta e inadmitió a trámite su solicitud de habeas corpus excluyendo que concurriera alguno de los supuestos previstos en el art. 1 de la Ley Orgánica 6/1984 de 24 de mayo, que permiten calificar la detención como ilegal.

El Tribunal Constitucional califica el amparo de mixto y, tras coincidir con el Ministerio Fiscal en la estimación del óbice procesal de falta de agotamiento en cuanto a la pretensión de vulneración autónoma por parte del Juez ex. art. 17.4 CE (referida a la denegación de incoación del habeas corpus), no extiende tal apreciación a la pretensión que cuestiona la actuación policial previa -como también sostenía el Fiscal-.

El Tribunal Constitucional delimita el objeto de análisis circunscribiéndolo a las eventuales limitaciones que puedan haberse producido durante la detención cautelar en relación con el haz de garantías que, en protección de la libertad personal y la seguridad de los ciudadanos, establecen los diversos apartados del art. 17 CE. De manera que, en adelante, analizaremos la queja que fundamenta esta pretensión de amparo a partir del contenido de los derechos fundamentales realmente concernidos, esto es, los reconocidos en el art. 17 CE, en cuanto garantizan la legalidad y el control judicial efectivo de la detención preventiva (STC 13/2017, FJ 4).

- Vertientes específicas en la que es apreciada conculcación del derecho fundamental del demandante a la libertad personal (art. 17.1 y 3 CE). Tras identificar las vertientes específicas del derecho a la libertad y seguridad que en el recurso se denuncian como vulneradas; esto es, el derecho a conocer las razones de su privación de libertad y el derecho de acceso a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar su legalidad, el Tribunal Constitucional en síntesis señala lo siguiente:

1) En relación con el derecho a la INFORMACIÓN SOBRE LOS HECHOS Y LAS RAZONES QUE HAN MOTIVADO LA DETENCIÓN, desarrollado por el art. 520.2 LECrim., destaca (FJ 6): Forma, momento y contenido:

a) En cuanto a la forma en que la información ha de ser suministrada, la misma debe ser proporcionada al detenido por escrito. La información no puede ser únicamente verbal, ni puede ser sustituida por la más genérica y habitual “información de derechos”. Ha de formalizarse en un documento que ha de ser entregado al detenido, que bien puede ser el mismo en el que se recoja la información sobre sus derechos. En todo caso, debe también dejarse constancia en el atestado de la fecha y hora en que se ha producido dicha información (se evitan así posteriores debates sobre el momento y contenido de la información facilitada, y se favorece el control de su consistencia y suficiencia).

b) En cuanto al momento en el que la información ha de ser facilitada, la ley reitera la exigencia constitucional: ha de serlo “de forma inmediata” en los casos de privación de libertad. Tal exigencia de inmediatez se dirige a evitar innecesarios espacios de incertidumbre personal acerca de la situación de privación de libertad. En todo caso, en garantía de su derecho de defensa, deberá proporcionarse antes de su primer interrogatorio por parte de la policía.

c) La información a facilitar sólo es suficiente si tiene un triple contenido: se ha de extender a los hechos atribuidos, a las razones motivadoras de la privación de libertad y a los derechos que, durante su detención, definen su estatuto personal. La información que la policía debe facilitar al detenido se extiende, por tanto, a los motivos jurídicos y fácticos de la detención; es decir, no sólo debe identificar y calificar provisionalmente la infracción penal que se sospecha ha cometido la persona detenida, sino también los datos objetivos que permiten establecer una conexión lógica entre la conducta del sospechoso y el hecho investigado. No es suficiente, por tanto, con hacer referencia al hecho investigado, su lugar y fecha de comisión y su calificación jurídica provisional, sino que la información policial ha de poner también de manifiesto el fundamento de la conexión subjetiva y objetiva del detenido con el hecho ilícito que justifica la detención. En este sentido, y a ello se hace referencia acertadamente en la demanda de amparo, la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial, en su reunión de 15 de julio de 2015, vigente ya la LO 5/2015, de 27 de abril, fijó como contenido mínimo de la información policial que ha de facilitarse a los detenidos la que se refiere al lugar, fecha y hora de la detención y la comisión del delito, a la identificación del hecho delictivo, y también a los “indicios de los que se deduce la participación del detenido en el hecho delictivo”, indicios sobre los que ha de reseñarse su procedencia objetiva.

El Tribunal Constitucional subraya la obligada referencia policial a las fuentes de prueba que permiten afirmar la concurrencia de los indicios que relacionan al sospechoso con el hecho investigado (documentos, informes periciales, actas que describan el resultado de un registro, de una inspección ocular o de la recogida de vestigios, y, si procede, fotografías, y grabaciones de sonido o video, u otras similares), pues la misma dota de contenido al derecho de acceso a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención, garantía adicional del derecho constitucional a la libertad y seguridad personal que ha obtenido por primera vez reconocimiento legal como derecho del detenido en el nuevo art. 520.2 d) LECrim.

2º) En lo que atañe al derecho de ACCESO A LOS ELEMENTOS DE LAS ACTUACIONES que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad” (art. 520.2 d) LECrim, en línea con lo dispuesto en el art. 7.1 de la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo, relativa al derecho a la información en los procesos penales), el Tribunal Constitucional subraya (FFJJ 7 y 8).

- - Es un derecho inescindible, complementario e instrumental a los derechos a recibir información sobre las razones de la detención y a impugnar la legalidad de la detención.
- - Se extiende, en idénticos términos, a la fase sumarial de instrucción judicial para el caso de que se decreta la prisión provisional del investigado (art. 505.3 LECrim.).
- - En la medida en que, para ser suficientes, las razones de la detención deben venir apoyadas en datos objetivos, las mismas han de poder ser contrastadas y verificadas accediendo a los elementos de las actuaciones que les dan sustantividad. Sólo si el detenido, debidamente asesorado, recibe información suficiente sobre los motivos por los que ha sido privado de libertad estará en condiciones de contrastar su veracidad y suficiencia.

Fundamento, momento, forma y contenido del derecho de acceso:

a) Su finalidad es doble: facilitar la posibilidad de contrastar objetivamente la veracidad y consistencia de la información recibida y, en caso de desacuerdo, cuestionarla fundadamente ante la autoridad judicial, así como poder decidir la estrategia que el detenido considera útil a sus intereses de defensa. Su

reconocimiento legal expreso refuerza la importancia del habeas corpus como procedimiento de control judicial de los casos y modos en que la privación de libertad es legítima.

b) Momento: después de ser informado sobre las razones fácticas y jurídicas de la detención y antes de ser interrogado policialmente por primera vez. Por tanto, la pretensión de acceso a las actuaciones se produce siempre antes de que haya finalizado la redacción del atestado, del que la declaración del sospechoso es un elemento nuclear. De esta manera, el detenido, asesorado por el letrado designado voluntariamente o de oficio con quien previamente puede entrevistarse reservadamente (art. 520.6.d] LECrim.), podrá decidir fundadamente su conducta procesal durante el interrogatorio, así como tomar la decisión de impugnar la legalidad de su privación de libertad cuando no comparta la causa que la motivó o la forma en que se está desarrollando. En este último caso, es al detenido a quien corresponde instar el ejercicio de su derecho, solicitando justificadamente los elementos de las actuaciones a los que quiere acceder.

c) Forma: una vez solicitado, el acceso debe producirse de forma efectiva, mediante exhibición, entrega de copia o cualquier otro método que, garantizando la integridad de las actuaciones, permita al detenido conocer y comprobar por sí, o a través de su letrado, las bases objetivas de su privación de libertad. En caso de discrepancia con los agentes policiales sobre qué elementos de las actuaciones son esenciales en el caso concreto, podrá activar la garantía del habeas corpus para que la autoridad judicial dirima la controversia.

d) Contenido: la determinación de cuales sean los elementos esenciales es necesariamente casuística, pues depende de las circunstancias que han justificado la detención. A modo de ejemplo, pueden ser elementos esenciales que fundamenten la detención, atendiendo a las circunstancias de cada caso, la propia denuncia de los hechos, cuando incorpora imputaciones de parte que incriminan al detenido; o la documentación de testimonios inculpativos, así como el contenido de los informes periciales científicos que establezcan un vínculo de conexión entre el hecho investigado y el detenido; asimismo lo pueden ser los documentos, fotografías y grabaciones de sonido o vídeo que objetivamente relacionen al sospechoso con la infracción penal, e igualmente las actas que recojan el resultado del registro de un inmueble u otro tipo de bienes (STC 13/2017, de 30 de enero, FJ 7), las de una inspección ocular, las que constatan la recogida de vestigios o las que describan el resultado de un reconocimiento practicado a prevención por la policía para la averiguación del delito. Lo son también, en definitiva, todas aquellas actuaciones documentadas que guarden identidad de razón con las ya expuestas.

Pleno acceso completo al atestado: NO PROCEDE.

a) El precepto legal NO otorga una facultad de acceso pleno al contenido de las actuaciones policiales o judiciales practicadas con anterioridad a la detención, o como consecuencia de la misma, que se plasman en el atestado pues, más limitadamente, únicamente cobra sentido y se reconoce el acceso a aquellas que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención, esto es, fundamentales o necesarias para cuestionar si la privación cautelar penal de libertad se ha producido en uno de los casos previstos en la ley o, dicho de otra forma, si la misma se apoya en razones objetivas que permitan establecer una conexión lógica entre la conducta del sospechoso y el hecho investigado, justificando así la privación de libertad.

b) Cabe diferenciar entre el contenido del atestado y aquellos elementos de él que, por objetivar las razones de la detención, han de ser accesibles para el detenido (así se desprende del tenor literal del art. 520.2 d) y de que en el momento en que es posible solicitar acceso a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención el atestado no ha sido nunca completado, pues la propia declaración policial del sospechoso aún no se ha producido.

c) Del contenido del art. 292 LECRIM se desprende que el atestado puede recoger más información sobre la investigación del hecho delictivo de aquella que cabe considerar esencial para justificar la detención preventiva, pues puede haber en el mismo referencias a terceras personas no detenidas, a hechos distintos que nada tienen que ver con las razones concretas de la detención, pero que son conexos con los que han dado lugar a la investigación, o a líneas de investigación iniciadas y no agotadas cuya revelación puede poner innecesariamente en entredicho el resultado de la investigación.

3º) Por lo que respecta a las DISCREPANCIAS SOBRE LA SUFICIENCIA DE LA INFORMACIÓN O EL ACCESO a las actuaciones facilitado que, una vez asesorado, pueda mantener el detenido con los responsables de su custodia policial, podrán plantearse inmediatamente a través del procedimiento de habeas corpus ante la autoridad judicial, a quien compete evaluar tanto las causas de la detención como el modo en el que ésta se viene desarrollando,

singularmente, si se están respetando los derechos que la Constitución y las leyes procesales reconocen a toda persona detenida (art. 1, letra d] LO 6/1984).

- Aplicación de la doctrina constitucional al caso concreto.
El Tribunal Constitucional concede el amparo puesto que la información suministrada al detenido fue insuficiente.

Además de negar a su letrado el acceso a cualquier elemento del atestado, sólo se le informó oralmente del hecho investigado -una agresión en grupo-, de su calificación jurídica -un delito de lesiones-, y también de la fecha, hora y lugar en que se produjo la detención. Pero, como todo motivo de la misma, se le indicó únicamente que lo había sido por “ser interceptado en el lugar de los hechos por los efectivos policiales actuantes”. El análisis de las actuaciones remitidas permite constatar la concurrencia de otras circunstancias que, siendo concluyentes en la decisión de detener al demandante y sus acompañantes, se omitieron al facilitarle la preceptiva información: instantes antes de la detención, los agentes de policía habían tenido conocimiento verbal del hecho investigado por las manifestaciones de los ocupantes de vehículos que circulaban por la zona, los cuales les habían indicado que en un parque colindante se estaba produciendo una reyerta entre jóvenes; acudieron al lugar y observaron cómo, del parque indicado, salieron a la carrera el demandante y tres jóvenes más; y observaron también como uno de ellos arrojó al suelo un machete de 36 centímetros de hoja, por lo que fueron perseguidos y detenidos en una calle adyacente. Fueron estos datos objetivos, así como la percepción directa de los funcionarios policiales, los que permitieron establecer el vínculo de conexión probable entre los jóvenes detenidos y la agresión investigada. Sin duda fueron decisivos la edad de los implicados en la reyerta, el dato del lugar que abandonaban juntos, el hecho de hacerlo a la carrera instantes después de la disputa, y el dato de haber arrojado uno de ellos al suelo un machete de considerables dimensiones, cuya fuerza indiciaria quedó corroborada, después de la detención, cuando otra dotación policial atendió a los heridos constatando las características y mecanismo causal probable de las lesiones sufridas. Estos concretos datos objetivos sobre hechos distintos de la agresión misma los que relacionaban con ella a los jóvenes detenidos, constituyendo así las razones objetivas de la detención. Como tales, debieron formar parte nuclear de la información facilitada al detenido y su letrado para objetivar, de ese modo, que se hallaba incurso en una de las causas de detención previstas por la ley. Dicha información insuficiente pudiera haber sido completada o subsanada permitiendo el acceso del detenido o su letrado a las partes del atestado en las que constaban las circunstancias decisivas que justificaron la detención policial; específicamente, era ineludiblemente relevante la comparecencia de los agentes que practicaron la detención en la que, al dar cuenta de las informaciones que recibieron y de aquello que percibieron, hicieron constar que habían recogido un machete de grandes dimensiones tras percibir que uno de los detenidos lo arrojó al suelo. De haberse facilitado dicha información o haberse otorgado acceso a la parte de las actuaciones que daba cuenta de tal hallazgo, el detenido y su letrado hubieran podido conocer suficientemente las razones de su detención, supliendo así las deficiencias de la información oral defectuosamente facilitada.



DATOS SENTENCIA

Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sala Tercera

Fecha sentencia: 7 de marzo de 2018.

Asuntos acumulados: C- 274/16; 447/16; 448/16

TEMA

Derechos de los consumidores. Transporte aéreo.

ASPECTOS EXAMINADOS

- **Acción de compensación dirigida contra el transportista aéreo encargado de efectuar el vuelo no domiciliado en un Estado miembro o con el que los pasajeros no tienen ningún vínculo contractual:** el artículo 5, punto 1, letra a), del Reglamento n.º 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «materia contractual», con arreglo a dicha disposición, incluye la acción de compensación de los pasajeros aéreos por gran retraso de un vuelo de conexión, ejercitada, sobre la base del Reglamento (CE) n.º 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, y se deroga el Reglamento (CEE) n.º 295/91, contra un transportista aéreo encargado de efectuar un vuelo que no es quien contrata con el pasajero afectado.
- **Vuelo de conexión operado por distintos transportistas aéreos. Concepto de “lugar de cumplimiento:** el artículo 5, punto 1, letra b), segundo guion, del Reglamento n.º 44/2001 y el artículo 7, punto 1, letra b), segundo guion, del Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, deben interpretarse en el sentido de que, en el supuesto de un vuelo de conexión, constituye «lugar de ejecución» de dicho vuelo, con arreglo a esas disposiciones, el lugar de llegada del segundo vuelo, cuando el transporte en los dos vuelos lo realicen dos transportistas aéreos distintos y el recurso de compensación por gran retraso de ese vuelo de conexión en virtud del Reglamento n.º 261/2004 se base en un incidente que ha tenido lugar en el primero de dichos vuelos, realizado por el transportista aéreo que no es quien contrata con los pasajeros afectados

DATOS SENTENCIA

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sala Sexta.

Fecha Sentencia: 28 de febrero de 2018

Asunto: C- 46/17.

TEMA

Prohibición de discriminación por motivos de edad: Normativa nacional que permite aplazar la finalización del contrato de trabajo establecida a la edad de jubilación ordinaria por la única razón de que el trabajador adquiere el derecho a pensión de jubilación.

ASPECTOS EXAMINADOS

- El artículo 2, apartado 2, de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una disposición nacional, como la controvertida en el litigio principal, en la medida en que supedita el aplazamiento de la fecha de cese de la actividad de los trabajadores que han alcanzado la edad legal para el reconocimiento de la pensión de jubilación al consentimiento del empresario otorgado por una duración determinada.
La cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una

disposición nacional, como la controvertida en el litigio principal, en la medida en que permite a las partes de un contrato de trabajo aplazar, de común acuerdo durante la relación laboral, sin limitación temporal ni otros requisitos, y eventualmente varias veces, la fecha estipulada de extinción del contrato —vinculada al cumplimiento de la edad de jubilación ordinaria—, por la única razón de que el trabajador, al alcanzar la edad de jubilación ordinaria, tiene derecho a una pensión de jubilación.

DATOS SENTENCIA

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sala Segunda.

Fecha Sentencia: 1 de marzo de 2018

Asunto: C 558/16

TEMA

Sucesiones y certificado sucesorio europeo. Ámbito de aplicación. Posibilidad de hacer constar la parte alícuota del cónyuge superviviente en el certificado sucesorio europeo.

ASPECTOS EXAMINADOS

- El artículo 1, apartado 1, del Reglamento n.º 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo, debe interpretarse en el sentido de que está comprendido en el ámbito de aplicación de dicho Reglamento un precepto de Derecho nacional, como el controvertido en el litigio principal, que establece, para el caso de fallecimiento de uno de los cónyuges, el reparto a tanto alzado de las ganancias mediante un incremento de la parte alícuota de la herencia del cónyuge superviviente.

DATOS SENTENCIA

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sala Primera

Fecha Sentencia: 7 de marzo de 2018

Asunto C 494/16

TEMA

Trabajo de duración determinada. Contratos celebrados con un empleador público. Medidas destinadas a sancionar el recurso abusivo a contratos de trabajo de duración determinada. Principios de equivalencia y de efectividad.

ASPECTOS EXAMINADOS

- El Tribunal de Justicia ha señalado que, como quiera que la cláusula 5, apartado 2, del Acuerdo marco no impone a los Estados miembros una obligación general de prever la transformación de los contratos de trabajo de duración determinada en contratos por tiempo indefinido, así como tampoco determina las condiciones específicas en las que pueden utilizarse los primeros, deja a los Estados miembros cierto margen de apreciación en la materia (sentencia de 7 de septiembre de 2006, Marrosu y Sardino, C 53/04, EU:C:2006:517, apartado 47).
De ello se deduce que la cláusula 5 del Acuerdo marco no se opone, como tal, a que el uso abusivo de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada corra suertes diferentes en un Estado miembro según estos contratos o relaciones hayan sido celebrados con un empleador del sector privado o del sector público (sentencia de 7 de septiembre de 2006, Marrosu y Sardino, C 53/04, EU:C:2006:517, apartado 48).
- Sin embargo, para que pueda considerarse conforme con el Acuerdo marco una normativa nacional, como la controvertida en el asunto principal, que solo en el sector público prohíbe transformar en contrato de trabajo por tiempo indefinido una sucesión de contratos de duración determinada, el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate debe contener, en dicho sector, otra medida efectiva para evitar y sancionar, en su caso, la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada (sentencia de 7 de septiembre de 2006, Marrosu y Sardino, C 53/04, EU:C:2006:517, apartado 49).
- Dicho esto, es preciso comprobar si las disposiciones nacionales controvertidas en el litigio principal respetan los principios de equivalencia y de efectividad con arreglo a las consideraciones evocadas en el apartado 30 de la presente sentencia.

- Por un lado, en lo que atañe al principio de equivalencia, procede recordar que de este se desprende que las personas que invocan los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión no deben quedar en situación de desventaja respecto a aquellas que invocan derechos de carácter puramente interno.
Ahora bien, como señaló el Abogado General en los puntos 32 y 33 de sus conclusiones, al igual que las medidas adoptadas por el legislador nacional en el marco de la Directiva 1999/70 para sancionar el uso abusivo de los contratos de duración determinada por los empleadores del sector público, las adoptadas por dicho legislador para sancionar la utilización abusiva de este tipo de contratos por parte de los empleadores del sector privado aplican el Derecho de la Unión. De ello se desprende que no cabe establecer una comparación entre las modalidades de estos dos tipos de medidas en relación con el principio de equivalencia, por cuanto dichas medidas versan sobre el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión.
- Por otro lado, por lo que respecta al principio de efectividad, se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que la cuestión de si una disposición procesal nacional hace imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos a los particulares por el Derecho de la Unión debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición dentro del conjunto del procedimiento, su desarrollo y sus peculiaridades ante las diversas instancias nacionales. Desde esta perspectiva, procede tomar en consideración, en su caso, los principios sobre los que se basa el sistema judicial nacional, como la protección del derecho de defensa, el principio de seguridad jurídica y el buen desarrollo del procedimiento (sentencias de 21 de febrero de 2008, *Tele2 Telecommunication*, C 426/05, EU:C:2008:103, apartado 55 y jurisprudencia citada, y de 29 de octubre de 2009, *Pontin*, C 63/08, EU:C:2009:666, apartado 47).
- Por consiguiente, debe examinarse si, con arreglo a las sentencias de 7 de septiembre de 2006, *Marrosu y Sardino* (C 53/04, EU:C:2006:517), y de 26 de noviembre de 2014, *Mascolo y otros* (C 22/13, C 61/13 a C 63/13 y C 418/13, EU:C:2014:2401), el Derecho nacional prevé otra medida efectiva no solo para evitar el uso abusivo de sucesivos contratos de duración determinada, sino también para sancionar debidamente dicho abuso y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión. En este marco, deben tenerse en cuenta todas las disposiciones establecidas por el legislador nacional, lo que incluye, con arreglo a la jurisprudencia recordada en el apartado 34 de la presente sentencia, los mecanismos sancionadores.
A este respecto, se desprende de los autos en poder del Tribunal de Justicia que la normativa nacional incluye otras medidas destinadas a prevenir y sancionar el recurso abusivo a contratos de duración determinada. Por ejemplo, el artículo 36, apartado 5, del Decreto Legislativo n.º 165/2001 establece que las administraciones están obligadas a recuperar de los directivos responsables los importes abonados a los trabajadores en concepto de reparación del perjuicio sufrido debido a la infracción de las disposiciones relativas a la selección o a la contratación, cuando esta infracción es intencional o resultado de una falta grave. Además, esta infracción se tiene en cuenta en la evaluación del desempeño de estos directivos, quienes, debido a ella, no pueden obtener complementos salariales vinculados al resultado. A mayor abundamiento, el artículo 36, apartado 6, de este Decreto Legislativo dispone que las administraciones públicas que hayan infringido disposiciones relativas a la selección o a la contratación no pueden llevar a cabo procesos selectivos de ningún tipo durante los tres años posteriores a la infracción.
- La cláusula 5 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que, por una parte, no sanciona el uso abusivo por un empleador del sector público de sucesivos contratos de duración determinada mediante el pago al trabajador afectado de una indemnización destinada a compensar la no transformación de la relación laboral de duración determinada en una relación de trabajo por tiempo indefinido pero, por otra parte, prevé la concesión de una indemnización comprendida entre 2,5 y 12 mensualidades de la última retribución del trabajador, junto con la posibilidad que este tiene de obtener la reparación íntegra del daño demostrando, mediante presunción, la pérdida de oportunidades de encontrar un empleo o que, si se hubiera organizado un proceso selectivo de manera regular, lo habría superado, siempre que dicha normativa vaya acompañada de un mecanismo de sanciones efectivo y disuasorio, extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente.



DATOS SENTENCIA

Caso: Stern Taulats y Roura Capellera c. España

Sentencia: 13 de marzo de 2018

Demandas nº 51168/15 y 51186/15.

TEMA

Libertad de expresión (artículo 10 CEDH).

ASPECTOS EXAMINADOS

- Los demandantes, con ocasión de la visita institucional del Rey a Gerona en septiembre de 2007, prendieron fuego a una fotografía de grandes dimensiones de los Reyes de España, colocada boca abajo, en el curso de una concentración en una plaza pública. Fueron condenados por el Juzgado Central de lo Penal cada uno a una pena de 15 meses de prisión por delito de injurias a la Corona, sustituida por multa de treinta meses con una cuota diaria de tres euros (2.700 euros). La apelación fue desestimada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Los demandantes pagaron sus multas y formularon recurso de amparo, que fue desestimado considerando que el acto no estaba amparado por el derecho a la libertad de expresión ya que los acusados habían exhortado al odio y la violencia contra el Rey y la monarquía.
- El TEDH recuerda que la libertad de expresión abarca informaciones o ideas que golpean, chocan o inquietan, y que las excepciones están sujetas a interpretación estricta, y que el TEDH tiene competencia para determinar si esa interpretación es conciliable con el derecho fundamental. En el debate político o en cuestiones de interés general apenas hay espacio para estas restricciones; y en relación con las personas las limitaciones son menores para un político (en lo relacionado con esta calidad) que para un particular. Sin embargo, la crítica política no es ilimitada, porque la tolerancia y el respeto a la igual dignidad de todos los seres humanos constituyen el fundamento de una sociedad democrática y pluralista, por lo que puede considerarse necesario en las sociedades democráticas sancionar y prevenir toda forma de expresión que propague, anime, promueva o justifique el odio fundado en la intolerancia, siempre que se haga de forma proporcionada al fin legítimo perseguido. El TEDH ha señalado que una pena de prisión por una infracción en el marco del debate político solo es compatible con la libertad de expresión en circunstancias excepcionales, siendo el elemento esencial a tomar en consideración que el discurso incite al uso de la violencia o que constituya discurso del odio. En cuanto a las ofensas a un Jefe de Estado, el TEDH ha declarado que una protección aumentada establecida por una ley especial no es, en principio, conforme con el espíritu del CEDH, porque la protección de la reputación de un Jefe de Estado no puede justificar un privilegio o protección especial respecto al derecho a informar y expresar opiniones sobre él.
- En este caso, el acto de los demandantes se inscribe en la crítica política sobre la monarquía, no en la crítica personal, porque el marco era de debate sobre cuestiones de interés público como la independencia de Cataluña, la forma monárquica del Estado y la crítica del Rey como símbolo de la nación española. El TEDH constata que los elementos tenidos en cuenta para considerar que se trata de discurso del odio o incitación al uso de la violencia (el recurso al fuego, la gran dimensión de la fotografía y el ponerla boca abajo), son elementos simbólicos relacionados con la crítica política a la forma de Estado que se rechaza. Se trata de una puesta en escena provocadora para llamar la atención de los medios de comunicación, actos que no van más allá del recurso a una cierta dosis de provocación permitida para la transmisión de un mensaje crítico bajo el ángulo de la libertad de expresión (*ne vont pas au-delà d'un recours à une certaine dose de provocation permise pour la transmission d'un message critique sous l'angle de la liberté d'expression*). El TEDH considera que, en su conjunto, el acto no puede ser considerado como incitación al odio o a la violencia, pues no ha sido acompañado de conductas violentas o de alteraciones del orden público (sin que afecten los incidentes en actos de protesta por la detención de los demandantes, debidos a la represión penal, no al acto). El discurso del odio se refiere a formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio fundadas en la intolerancia, en este caso se trata de una expresión simbólica de rechazo y de crítica política a una institución.
- En conclusión el TEDH estima que no es posible considerar los hechos como formando parte del discurso del odio, y que la sanción penal de prisión supone una injerencia en la libertad de expresión no proporcionada al fin legítimo perseguido ni necesaria en una sociedad democrática, por lo que ha existido violación del artículo 10 CEDH y otorga a cada uno de los demandantes una indemnización de 2.700 euros por el importe de la multa satisfecha y 9.000 euros conjuntamente por gastos y honorarios de abogado.

DATOS SENTENCIA

Caso: Vilches Coronado y otros c. España

Sentencia: 13 de marzo de 2018

Demanda nº 55517/14.

TEMA

Derecho a un proceso justo (artículo 6.1 CEDH), derecho a ser escuchados por el tribunal de apelación.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Los cuatro demandantes fueron absueltos por el Juzgado de lo Penal de Valencia del delito fiscal por el que eran acusados, considerando que los inspectores fiscales no eran imparciales al estar al servicio de Hacienda. El Fiscal y el Abogado del Estado apelaron esta sentencia interesando que se anulara para que se valorara la prueba de los inspectores fiscales. En la vista de apelación, ante la Audiencia Provincial, los demandantes pudieron exponer sus argumentos y se dictó sentencia anulando la recurrida por error grave en la apreciación de las pruebas, devolviendo la causa para que se dictara nueva sentencia en la que se valoraran todos los medios de prueba admitidos, reconociendo la imparcialidad de los inspectores fiscales que declararon como peritos.

Después de otra audiencia pública, el Juzgado de lo Penal dictó nueva sentencia en que absolvió a los acusados considerando que no se había acreditado simulación para eludir obligaciones fiscales, considerado elemento esencial del delito. El Fiscal y el Abogado del Estado apelaron esta nueva sentencia. La Audiencia Provincial convocó audiencia pública aplicando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de esta audiencia para poder valorar elementos de hecho fundados en pruebas cuya naturaleza exige intermediación (testigos, peritos y acusados) cuando se puede llegar a una conclusión de culpabilidad, siendo necesaria en todo caso la presencia de los acusados cuando se discuten cuestiones de hecho relativas a su culpabilidad o inocencia, a fin de que puedan exponer su versión personal de los hechos. En esta vista presentaron sus alegaciones el Fiscal, el Abogado del Estado y el defensor de los demandantes, preguntándose al final a los acusados si tenían argumentos adicionales en su defensa o si se remitían al escrito presentado por su Abogado, ellos guardaron silencio sin que fueran interrogados más.

La Audiencia Provincial dictó sentencia acogiendo las pretensiones del Abogado del Estado: apreció la existencia de simulación, considerando suficiente la prueba documental para declarar la culpabilidad –añadiendo que la nueva valoración de la prueba personal en todo caso permitiría eludir la responsabilidad penal– y condenó al Sr. Vilches Coronado como autor de tres delitos fiscales, y a los otros tres acusados como cómplices de estos delitos imponiendo a cada uno 3 años de prisión. Los demandantes pidieron la nulidad de esta sentencia, que fue denegada porque sus pronunciamientos se basaron en prueba documental (no en la pericial, sino en los documentos a la luz de las alegaciones de ambas partes). El recurso de amparo invocando el artículo 24 CE fue inadmitido por no existir vulneración de derecho fundamental.

- Se alega ante el TEDH infracción del derecho a un juicio equitativo porque la Audiencia Provincial modificó los hechos declarados probados en la instancia después de una valoración de pruebas personales que no ha respetado los principios de intermediación y contradicción.

El TEDH recuerda que ni la letra ni el espíritu del artículo 6 CEDH impiden a una persona renunciar voluntariamente a las garantías de un proceso equitativo de forma expresa o tácita (ni la lettre ni l'esprit de l'article 6 de la Convention n'empêchent une personne de renoncer de son plein gré aux garanties d'un procès équitable de manière expresse ou tacite), sin embargo, la renuncia al derecho a tomar parte en una audiencia debe estar establecido inequívocamente y rodeado del mínimo de garantías correspondiente a su gravedad, y no colisionar con ningún interés público importante.

En este caso la Audiencia Provincial dice que se ha basado en la prueba documental para llegar a los hechos. El TEDH no ve motivo para apartarse de esta apreciación, que no puede ser calificada de arbitraria, irrazonable o que infrinja la equidad del procedimiento. Los demandantes conocían, a través de la asistencia de su abogado, los recursos presentados y la capacidad de la Audiencia de anular la absolución, sin que hayan interesado la declaración de testigos en apelación.

Por otro lado, cuando hay que valorar los elementos subjetivos, no se puede hacer una valoración del comportamiento de los acusados sin haber previamente acreditado ese comportamiento –lo que implica necesariamente la verificación de la intención de los acusados en relación con los hechos que se les imputan–, y para ello la Audiencia Provincial ha convocado audiencia pública en la que ha dado a los demandantes la posibilidad de intervenir si lo deseaban, por lo que no se le puede

reprochar falta de diligencia ya que son los demandantes los que han renunciado al ejercicio de esta posibilidad ofrecida por la Audiencia, por lo que no ha habido violación del artículo 6.1 CEDH.

DATOS SENTENCIA

Caso: Pouliou c. Grecia
Sentencia: 8 de marzo de 2018
Demanda nº 39726/10.

TEMA

Derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su detención (artículo 5.4 CEDH). Derecho a la libertad y seguridad (artículo 5.3 CEDH).

ASPECTOS EXAMINADOS

- La demandante, Sra. Elissavet Pouliou, abogada, fue puesta en detención provisional el 22 de julio de 2009, por pertenencia a una organización criminal compuesta por 16 personas que habría cometido varios crímenes entre 2008 y 2009 (entre ellos secuestro de un empresario, homicidio voluntario, preparación de asesinato, tenencia de explosivos y robo de coches, para conseguir sumas de dinero exorbitantes), conforme a conversaciones telefónicas con un cliente encarcelado. La demandante no interpuso el recurso específico previsto contra la orden de detención en el plazo de 5 días.
- El 3 de noviembre de 2009 solicitó al Juez de Instrucción la puesta en libertad provisional alegando que la única prueba en contra fueron escuchas telefónicas ilegales, que tenía domicilio personal y profesional conocido por las autoridades, que no había intentado huir ni había riesgo de que cometiera otras infracciones, y que su salud se estaba deteriorando. El 9 de diciembre el Juez de Instrucción rechazó la petición señalando los graves delitos cometidos que la solicitante había conocido y aprobado, que había indicios serios de culpabilidad, y que podía cometer nuevas infracciones si era puesta en libertad. De las conversaciones entre ella y el cliente, que era el supuesto jefe de la organización, resultaba que la organización había decidido asesinar tres personas en la sala de un tribunal y habían pedido a la demandante información sobre el lugar, personas que estarían presentes y sobre las salidas, y en las mismas conversaciones resultaba que el jefe le había pedido detonadores y que ella había introducido en prisión teléfonos móviles. Contra la denegación, la demandante presentó recurso, que fue desestimado el 15 de enero de 2010, extendiéndose el plazo de prisión provisional, pero permitiendo la libertad con fianza, presentaciones cada 15 días ante la policía y prohibición de salir del territorio nacional. El mismo día fue puesta en libertad.
- La demandante denuncia infracción del artículo 5.3 CEDH por detención arbitraria porque el Juez de Instrucción no motivó la decisión de rechazo de la libertad provisional de 9 de diciembre de 2009. El TEDH considera que la detención de la demandante estaba perfectamente motivada por razones pertinentes y suficientes a la vista de la gravedad de los indicios y la complejidad de la causa, que la investigación estaba en curso y que no había transcurrido el plazo de prisión provisional (6 meses), por lo que desestima la queja sobre el artículo 5.3 CEDH por estar manifiestamente mal fundada.
- En cuanto a la infracción del artículo 5.4 CEDH, derecho a que las peticiones de libertad se resuelvan en un plazo breve. Recuerda la Sala que los procedimientos relativos a la privación de libertad requieren una diligencia particular, que las excepciones al “breve plazo” son de interpretación estricta y que la celeridad debe valorarse teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias del caso concreto y en particular la complejidad del caso, eventuales particularidades y comportamiento del solicitante.
- El TEDH estima que el lapso de tiempo transcurrido entre la solicitud y la resolución (35 días) no es compatible con la exigencia de un control en un breve plazo señalado en el artículo 5.4 CEDH. Se declara por unanimidad que ha existido vulneración de este artículo 5.4 CEDH y se concede una indemnización de 3.300 euros por daños morales



DATOS SENTENCIA

Sentencia Pleno Nº 120/18
 RECURSO DE Casación Nº 1172/2017
 Fecha Sentencia: 7/03/2018
 Ponente Excmo. Sr. D: Antonio Salas Carceller.

TEMA

Pensión compensatoria.

ASPECTOS EXAMINADOS

- **Momento en el que hay que apreciar la existencia de desequilibrio:** el momento a tener en cuenta para apreciar y determinar la existencia de desequilibrio es efectivamente el de la ruptura de la convivencia, debiendo traer aquél causa de dicha ruptura.
- **Incidencia de las alteraciones de circunstancias posteriores por voluntad de alguno de los interesados:** del mismo modo que en el momento de fijar un límite temporal a la pensión compensatoria se está realizando un juicio prospectivo de futuro -que incluso, en la mayor parte de los casos, no depende en su concreción de la propia voluntad del beneficiario- previendo el tribunal que, al finalizar del plazo fijado, ha de considerarse ya compensado definitivamente el desequilibrio sufrido, no puede descartarse la conveniencia de tal prospección –en sentido contrario- en casos como el presente, pues desde el mismo momento de la ruptura concurre una circunstancia de futuro relevante, pues la continuidad de la situación actual de equilibrio o desequilibrio depende de una compensación económica preexistente, a cargo del obligado y para la beneficiaria como contraprestación por el trabajo que realiza, la cual puede desaparecer por la propia decisión del deudor, lo que supone una afectación directa y cuantitativamente importante sobre la situación económica de la esposa.

DATOS SENTENCIA

Sentencia Pleno Nº 148/18
 RECURSO DE CASACION Nº 1518/2017
 Fecha Sentencia: 15 /3/2018
 Ponente Excmo. Sr. D.: Pedro José Vela Torres.

TEMA

Condiciones generales de la contratación.

ASPECTOS EXAMINADOS

- **Cláusula abusiva en contrato de préstamo hipotecario:** nulidad por abusiva de la cláusula que en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria atribuye indiscriminadamente el pago de todos los gastos e impuestos al prestatario consumidor. Sobre la base de la abusividad de la atribución indiscriminada y sin matices del pago de todos los gastos e impuestos al consumidor (en este caso, el prestatario), deberían ser los tribunales quienes decidieran en procesos posteriores, ante las reclamaciones individuales de los consumidores, quienes concretaran cómo se distribuyen en cada caso los gastos e impuestos de la operación.
- **Consecuencias de la nulidad en cuanto al impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados:** anulada la condición general que imponía al consumidor el pago de todos los impuestos, cualquiera que fuera el reparto que la ley hubiera hecho respecto de una y otra parte, el tribunal debe fijar los efectos restitutorios inherentes a tal declaración de nulidad, lo que, en el caso del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, viene determinado por su ley reguladora y su reglamento (en la interpretación que de tales normas han hecho el Tribunal Constitucional y la Sala Tercera del Tribunal Supremo); y como resultado de ello, acordar que el profesional restituya al consumidor las cantidades que hubo de pagar por impuestos cuyo pago la ley impone al profesional. Para adoptar esta decisión, la jurisdicción civil no puede enjuiciar si le parece adecuada la determinación del sujeto pasivo obligado al pago del impuesto que hace la normativa reguladora de cada impuesto. La determinación de quién es el sujeto pasivo de un impuesto es una cuestión legal, de carácter fiscal o tributario, que no puede ser objeto del control de

transparencia o abusividad desde el punto de vista de la Directiva 93/13/CEE, sobre contratos celebrados con consumidores, ni de la legislación nacional protectora de consumidores.

Pese a la estimación del recurso de casación en lo referente a la abusividad de la cláusula, no cabe devolución alguna por las cantidades abonadas por la constitución del préstamo. Aunque sí debería restituir el banco las cantidades cobradas por la expedición de las copias, cuando no se ajusten a lo antes indicado. En la misma línea STS de Pleno de 15/3/2018, N.º 1211/17.

DATOS SENTENCIA

Sentencia Nº 124/18
RECURSO DE CASACION E INFRACCION PROCESAL Nº 4192/16
Fecha Sentencia: 7/03/2018
Ponente Excmo. Sr. D.: Eduardo Baena Ruiz.

TEMA

Proceso de modificación de la capacidad.

ASPECTOS EXAMINADOS

- **La reformatio in peius y la incongruencia extra petita en los procesos sobre incapacitación:** no podemos olvidar su especial naturaleza, ya que la principal función que tienen en ellos los tribunales es velar por los derechos de las personas demandadas, de forma que solo se limiten, aquellos derechos en la medida que sea para su protección. Consecuencia de lo anterior es que la ampliación de apoyos a la persona con discapacidad, si es para su mejor protección, no puede calificarse de perjudicial para ella, pues los tribunales que conocen del litigio, por vía del recurso, deben tener como guía ese interés de protección del incapaz y revisar si, en ese orden, la resolución que se somete a su revisión se ha excedido, por innecesaria, en la protección, o en su caso, existen ámbitos no protegidos y que deben estarlo en beneficio del incapacitado. Se aprecia que, en aras al fin de protección que se persigue de la persona con discapacidad, se flexibiliza el procedimiento ordinario en relación con la doble instancia, pues (STS 373/2016, de 3 de junio) «para que funcionen los sistemas de protección se hace necesaria una valoración concreta y particularizada de cada persona, huyendo de formalismos y de soluciones meramente protocolarias en su planteamiento, resolución y Ejecución.

DATOS SENTENCIA

Sentencia Nº 101/18
RECURSO DE CASACION N.º 755/2017
Fecha Sentencia: 28/02/2018
Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.

TEMA

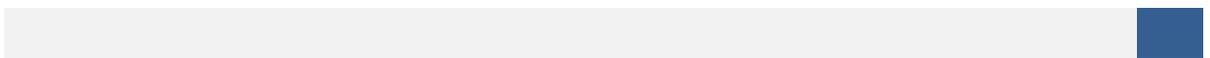
Derecho a la intimidad.

ASPECTOS EXAMINADOS

- **Conflicto entre libertad de información y derecho a la intimidad:** la controversia se ciñe a si la información enjuiciada tenía o no relevancia pública o interés general, toda vez que no se discute ni su contenido ni su veracidad. Por otra parte la veracidad, en los conflictos que afectan a la intimidad, tiene un menor peso relativo, pues según constante jurisprudencia, de la que es reciente ejemplo la sentencia 634/2017, de 23 de noviembre, el criterio para determinar la legitimidad o ilegitimidad de una intromisión en la intimidad es el de la relevancia pública del hecho divulgado o, como aclara la sentencia 50/2017, de 27 de enero, «que su comunicación a la opinión pública, aun siendo verdadera, resulte necesaria en función de interés público del asunto sobre el que se informa». También puntualiza la doctrina jurisprudencial que debe comprobarse



que el afectado no haya adoptado pautas de comportamiento que permitan entender que consintió el público conocimiento de aspectos privados, en la medida en que corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno (por ejemplo, sentencias 344/2016, de 24 de mayo, y 114/2017, de 22 de febrero).



DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 824/2017
 Fecha de sentencia: 14/12/2017
 Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION
 Número del procedimiento: 1539/2017
 Ponente: Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro.

TEMA

Recurso de Casación: superación doctrina de los juicios de valor referentes a la apreciación de los elementos subjetivos del delito y su control merced a la infracción de ley prevista en el art. 849.1º de la LECrim. Hechos psíquicos integrantes del elemento subjetivo.
 Jurado: Homicidio con dolo eventual: alternativa no propuesta al Jurado en el objeto del veredicto.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Condena del acusado como autor de un delito de homicidio imprudente perpetrado en un local de ocio. El acusado agredió en el cuello a la víctima con una botella de cristal rota, en el curso de una disputa entre ambos.
- Se desestima el recurso de casación que ahora se suscita por la acusación particular, recurso que se fundamenta en que concurre un supuesto de dolo eventual y que el acusado debe ser condenado por tanto por un homicidio doloso. Se alega la superada doctrina de los juicios de valor referentes a la apreciación de los elementos subjetivos del delito y su control merced a la infracción de ley prevista en el art. 849.1º de la LECrim.
- El recurso se desestima por dos razones. En primer lugar, porque los hechos psíquicos integrantes del elemento subjetivo del delito y su acreditación en sentencia corresponde al ámbito propio de la apreciación probatoria del Tribunal del Jurado, lo que significa que no cabe modificar ese apartado de la sentencia en perjuicio del reo sin haber presenciado la prueba ni cumplimentarse por tanto los principios de inmediación, contradicción y oralidad que requiere reiterada jurisprudencia. Nos hallamos por tanto ante una cuestión fáctica referente a una sentencia que no puede modificarse en contra del reo convirtiendo una condena por homicidio imprudente en otra por homicidio doloso. Sin que quepa esquivar este obstáculo acudiendo a la teoría de los juicios de valor y a una supuesta infracción de ley que contradice la naturaleza sustancialmente fáctica y probatoria que se suscita en el caso.
- La segunda razón que impide que prospere la tesis de la acusación particular es que no cabe tampoco entrar a examinar la posibilidad de que se esté ante un supuesto de homicidio con dolo eventual debido a que esta alternativa no le fue propuesta al Jurado en el objeto del veredicto. En efecto, las proposiciones que se le formularon al Jurado en el objeto del veredicto se refirieron únicamente al supuesto del dolo directo (actuar con “intención” de matar), sin suscitarse la propuesta alternativa de actuar con conocimiento del peligro concreto para la vida de la víctima y asumiendo o aceptando el resultado mortal. Está generalizadamente admitido que para referirnos a que una persona actuó con dolo directo de matar decimos en el lenguaje coloquial o común que una persona actuó de “forma intencionada” o “con el propósito de...”. Mientras que cuando nos referimos al dolo eventual en el ámbito del homicidio vinculamos el elemento cognoscitivo del dolo de peligro concreto con la “asunción”, “asentimiento” o “aceptación” del resultado homicida.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 664/2017
 Fecha de sentencia: 11/10/2017
 Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION
 Número del procedimiento: 328/2017
 Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

TEMA

Declinatoria de jurisdicción. Competencia del Jurado. Pleno Sala 9.3.2017.

ASPECTOS EXAMINADOS

- La cuestión planteada se suscita a la luz de los acuerdos no jurisdiccionales de 20 enero y 23 febrero 2010, según los cuales sería competente la Audiencia Provincial para el conocimiento de todos los delitos. Sin embargo, en la reciente STS 521/2017 16 julio, los mismos han sido sustituidos en algunos aspectos por el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda

de 09/03/2017, respecto de la incidencia en el procedimiento de la Ley del Jurado de las nuevas reglas de conexión del artículo 17 LECrim., y tratándose de materia procesal debemos aplicar para su decisión la interpretación vigente en el momento de resolverla, es decir, tener en cuenta el vigente Acuerdo de 2017. Los acuerdos de 2010 fueron sustituidos en algunos aspectos por el de 9 de marzo de 2017, en el que se mantiene la idea del enjuiciamiento separado, de forma que la procedencia de la acumulación derivará de la necesidad de evitar la ruptura de la continencia de la causa, recogiendo nuevamente que no existirá tal ruptura si es posible que respecto de alguno o algunos de los delitos pueda recaer sentencia de fallo condenatorio o absolutorio y respecto de otro u otros pueda recaer otra sentencia de sentido diferente. Sin embargo, acogiendo una interpretación más apegada al texto de la ley, y más ajustada al estado actual de su aplicación real, se acordaba que en los casos de relación funcional entre dos delitos (para perpetrar, facilitar ejecución o procurar impunidad), si uno de ellos es competencia del Tribunal del Jurado y otro no, conforme al artículo 5.2.c) de la LOTJ, se estimará que existe conexión, conociendo el Tribunal del Jurado de los delitos conexos.

Se modificaba así el acuerdo anterior, en el sentido de que en los casos del artículo 5.2.c) de la LOTJ, bastaría la existencia de la relación funcional para determinar la competencia del Tribunal del Jurado sobre el conjunto de los delitos imputados, siempre que no fuera posible el enjuiciamiento separado sin romper la continencia de la causa. a la vista del acuerdo vigente de 9 marzo 2017, no ha de hacerse distinción alguna basada en la identificación del delito o del delito más grave, el Tribunal del Jurado será competente para conocer del conjunto de los delitos imputados, cuando existiendo la relación funcional contemplada en el artículo 5.2 c) de la LOTJ, al menos uno de los delitos sea de su competencia.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 823/2017

Fecha de sentencia: 14/12/2017

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 771/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco.

TEMA

Abuso sexual con acceso carnal y prevalimiento de una relación de superioridad manifiesta. Agravación de recaer sobre personas de especial vulnerabilidad, por razón de su discapacidad.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Se califican los hechos de abuso por prevalimiento, pero no por ausencia de consentimiento, sino por haberlo obtenido viciadamente con abuso de superioridad manifiesta, como resulta del factum, pues el recurrente se prevalece para tener relaciones sexuales con RRR y SSS de: a) la gran diferencia de edad con ellas, pues contaba con 53 años mientras que RRR contaba con 17 años y SSS con 14; b) del hecho de ser amigo de la familia de RRR, lo que imponía a las niñas respeto además de tener conocimiento de las costumbres familiares y tener la llave de la casa, que le facilitaba estar solo con las menores, para mantener las relaciones sexuales; lo que obviamente coartaba la libertad de las menores. Ello bastaba, para calificar su conducta a través del artículo 181, apartados 1, 3 y 4 CP; prevalimiento de superioridad manifiesta con acceso carnal.
- Pero ello conllevaría que un mayor desvalor de acción concretado en una mayor peligrosidad para la libertad sexual, no fuera sancionado, cual es la circunstancia de tratarse de víctimas especialmente vulnerables por razón de su capacidad; “minusvalía de RRR del 48 por 100, por padecer retraso mental ligero y epilepsia, presentando déficits cognitivos, como consecuencia de lo cual sufría una importante limitación psíquica”; y “minusvalía psíquica de SSS, (sometida) a tratamiento psicológico desde los 5 años, presentando un marcado interés por la sexualidad, falta de autocontrol y dificultades de comprensión de las normas sociales, así como dificultades de relación con sus iguales, necesitando tanto SSS como RRR en el ámbito educativo adaptaciones curriculares en prácticamente todas las materias, habiendo repetido ambas varios cursos, y asistiendo las dos, debido a su necesidades educativas especiales, al centro especial de la asociación "Cuentayá"; conforme narran los hechos probados. Por tanto, la circunstancia tercera del art. 180, aplicada por remisión del art. 181.5, pondera una situación de mayor antijuridicidad que merece mayor reproche penal y que no había sido ponderada en el prevalimiento de superioridad, del art. 181.1, 3 y 4.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 794/2017
 Fecha de sentencia: 11/12/2017
 Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION
 Número del procedimiento: 725/2017
 Ponente: Excm. Sra. D. ^a Ana María Ferrer García.

TEMA

Conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y de negativa a realizar la prueba de alcoholemia en concurso real: bis in ídem

ASPECTOS EXAMINADOS

- Conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas. Concepto y alcance de conductor a efectos del artículo 379.2 CP. Conductor que es sorprendido dormido en un vehículo parado en un semáforo en mitad del carril de circulación. Aplicación de la doctrina contenida en la STS (Pleno) 436/2017 de 15 de junio.
- Vulneración del principio non bis in ídem por la condena por delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólica y de negativa a realizar la prueba de alcoholemia en concurso real. Doctrina contenida en la STS (Pleno) 419/2017 de 8 de junio.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 848/2017
 Fecha de sentencia: 22/12/2017
 Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION
 Número del procedimiento: 302/2017
 Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

TEMA

Derecho a un proceso con todas las garantías: falta de imparcialidad. Recurso de casación. Prueba testifical recogida en soporte digital en fase de instrucción.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Imparcialidad: Habrá pérdida de la imparcialidad cuando esas decisiones previas presupongan que el juez afectado ha entrado ya a valorar un material probatorio fáctico generado durante la instrucción y, por tanto, con la ausencia de las garantías propias del plenario, y den a entender que se ha producido ya un prejuicio sobre la culpabilidad. En principio y como regla general para protestar en casación por déficits de imparcialidad objetiva en el Tribunal ha de haberse formulado con anterioridad la queja. El art. 851.6^a LECrim disciplina un cauce casacional específico para combatir las resoluciones dictadas por un Tribunal en que alguno de sus componentes estuviese afectado por una causa de recusación. Expresamente exige que esa recusación se haya intentado "en tiempo y forma". Según el art. 223.1 LOPJ que la recusación se deberá proponer tan pronto como se tenga conocimiento de la causa en que se funde. En otro caso, no se admitirá a trámite. Concreta un plazo de diez días como término máximo desde el momento en que se conozca la identidad del juez o magistrado que pudiera estar afectado, si ya se conocía la causa de recusación. Será inadmisibile un planteamiento tardío cuando fue posible hacerlo en el momento procesal adecuado (SSTS 1288/2002, de 9 de julio o 1431/2003, de 1 de noviembre). La falta de imparcialidad objetiva por la adopción de previas decisiones que puedan ensombrecer no ya la capacidad de resolver sin prejuicios sino incluso la apariencia de imparcialidad ha de ser tratada como una causa de recusación reconducibile al art. 219.11^a LOPJ. En su caso sería también aceptable con ciertos condicionantes como alegación introducida como cuestión previa al inicio del acto del juicio oral. Pero en principio no es factible quejarse por ello en casación cuando no se adujo en la instancia (vid. STS 603/2017, de 5 de septiembre)
- Prueba testifical realizada con contradicción y recogida en soporte digital en la fase de instrucción, reproducida luego en el plenario mediante su visionado para mitigar la victimización secundaria. Es prueba valorable. La prueba ahora examinada se generó en relación a los procesados con garantías sobradas según se ha explicado: con contradicción asegurada a través de

su dirección letrada; documentada mediante su grabación luego reproducida en el acto del juicio oral con publicidad, y con una percepción (reproducción videográfica) que sin ser asimilable totalmente a la intermediación supera la que proporciona un acta escrita, con el inevitable efecto empobrecedor que es consustancial al traslado al papel de las palabras verbalizadas. El Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de afirmar reiteradamente la compatibilidad del mecanismo previsto en el art. 730 con las exigencias derivadas del derecho a un proceso justo y equitativo –en particular, con el derecho del acusado a interrogar por sí o por representante a los testigos de cargo- cuando la información testifical en la fase previa se obtuvo con contradicción y accedió al plenario (STS 51/2015, de 29 de enero, SSTC 148/2005, 12/2002 209/2001; o las citadas SSTEDH, Caso Lucà contra Italia, de 27 de febrero de 2001; Caso S.N contra Suecia, de 2 de julio de 2002). Aquí ambas condiciones están cubiertas: se reprodujo la declaración -había sido objeto de grabación-, en el juicio oral; Y en aquella actuación tuvieron intervención sin traba ni limitación alguna los letrados que asumían la defensa

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 844/2017

Fecha de sentencia: 21/12/2017

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10527/2017 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

TEMA

Capacidad procesal para ser parte pasiva del proceso penal.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Dispone el art. 383 de la LECrim que «si la demencia sobreviniera después de cometido el delito, concluso que sea el sumario se mandará archivar la causa por el Tribunal competente hasta que el procesado recobre la salud, disponiéndose además respecto de éste lo que el Código Penal prescribe para los ejecutan el hecho en estado de demencia». Este precepto, ya en su redacción originaria, entronca con una exigencia elemental, a saber, la necesidad de que el marco procesal que delimita el ejercicio del "ius puniendi" por el Estado, defina un escenario que haga posible la vigencia del derecho de defensa. El acusado que carece de las facultades mentales precisas para tomar conciencia, por ejemplo, del alcance jurídico de sus respuestas al interrogatorio de la acusación o, con carácter general, del valor constitucional de los derechos a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia, es un acusado inerte frente al poder sancionador del Estado. De ahí el mandato histórico de proceder al archivo de la causa y adoptar las medidas de seguridad previstas para aquellos que ejecutan el hecho con una afectación de su imputabilidad. Así lo hemos proclamado en distintos precedentes. Sin embargo, esta afirmación inicial no está exenta de matices directamente derivados de la exigencia del CP de 1995 de que las medidas de seguridad sean impuestas en sentencia. En algún otro precedente hemos recordado el sinsentido que representa el hecho de excluir del enjuiciamiento a una persona con evidentes síntomas de enajenación, pues se opta así por una rígida fórmula de archivo que, en último término, está descartando la posibilidad de absolución del enfermo mental. El problema suscitado sugiere, pues, dos opciones interpretativas. La primera, el dictado por el Juez instructor de una resolución de archivo de la causa penal, con la consiguiente remisión de los antecedentes psiquiátricos del acusado al Ministerio Fiscal para el ejercicio de la acción civil de incapacitación, con la eventual adopción de una medida jurisdiccional tuitiva de ingreso en un centro psiquiátrico. La segunda, la conclusión del sumario conforme a la regla general y la celebración de un juicio oral que tendría como desenlace una sentencia en la que se impusiera, después de un debate contradictorio, la medida de seguridad de internamiento prevista por el CP. Ambas opciones cuentan con el aval de una jurisprudencia adaptada a las circunstancias que definían cada uno de los casos concretos que eran objeto de examen y enjuiciamiento

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 835/2017

Fecha de sentencia: 19/12/2017

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 47/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.

TEMA

Derecho a la libertad religiosa y derecho de manifestación. Delito contra la libertad religiosa: elementos del tipo. Error de prohibición.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Entrada tumultuaria en una iglesia durante la misa del domingo. Interrupción del acto o ceremonia religiosa. El artículo 16.1 de la Constitución (CE) reconoce el derecho a la libertad religiosa y de culto de los individuos y comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.

El artículo 3, apartado 1, de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, dispone que “El ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática”.

El reconocimiento de la libertad religiosa que se contiene en el artículo 16.1 CE incluye no solo el derecho de pensar o creer de una determinada manera, solo determinada por cada ser humano, sino, además, el de comportarse públicamente con arreglo a esa creencia y el de practicar, naturalmente con respeto a los derechos de los demás, los actos propios del culto y de los ritos de la confesión que se profese. Derechos que incorporan, consecuentemente, la obligación de los demás de respetar su existencia, su expresión pública y su ejercicio.

El legislador ha considerado pertinente otorgar protección penal al derecho fundamental a la libertad religiosa.
- Delito contra la libertad religiosa: Elementos objetivos y subjetivos. art. 523. Lo que podría ser una desmesurada extensión de la conducta típica, según la literalidad del texto, se corrige por dos vías. De un lado, la propia ley exige que se actúe con violencia, amenaza, tumulto o vías de hecho, de manera que el impedimento, la interrupción o la perturbación ocasionada de cualquier otra forma no sería delictiva. Y, de otro lado, la doctrina ha exigido con buen criterio que cualquiera de esos resultados presente cierta relevancia, que debe establecerse teniendo en cuenta las características del caso, especialmente, el tiempo de duración, la forma en la que se ha causado y la forma en la que cesó.

En cuanto al tipo subjetivo, el precepto no exige una especial intención en el sujeto. A diferencia del artículo 524, en el 523 no se exige que la actuación se ejecute “en ofensa” de los sentimientos religiosos, por lo que bastará el dolo genérico. Es decir, es exigible que el sujeto sepa que con su proceder está impidiendo, interrumpiendo o perturbando, de forma relevante, un acto, función, ceremonia o manifestación de esa confesión religiosa, y que a pesar de ese conocimiento ejecute la acción. Igualmente es preciso que conozca las características del lugar en el que se ejecuta la conducta como lugar de culto, a los efectos de la primera parte del último inciso del precepto.
- Derecho a la libertad de expresión y derecho de manifestación.

Es posible que, en algunas ocasiones, esos derechos puedan colisionar con el derecho a la libertad religiosa. Pero es claro que, para resolver esos supuestos, no siempre será preciso concluir que la ponderación necesaria haya de conducir a establecer la supremacía de un derecho sobre el otro hasta el punto de anular absolutamente el ejercicio de uno de ellos. En algunas ocasiones será posible otra solución que los haga compatibles, y en ellas, el ejercicio de uno de los derechos no justifica la lesión del otro.

El ejercicio de estos derechos puede tener lugar en cualquier otro lugar sin limitaciones derivadas del respeto a la práctica de aquellos actos de culto, cuando ésta se circunscribe a los espacios concretos destinados precisamente para ello. Incluso puede plantearse su ejercicio de forma que resulte desagradable o molesta para los miembros de la confesión religiosa que acuden a sus actos de culto, pero para hacer efectivo ese derecho a la libertad de expresión y de manifestación, no siempre es imprescindible impedir a los demás el ejercicio de su derecho, también fundamental, a la libertad de culto como manifestación del derecho a la libertad religiosa. Si ambos derechos pueden ejercitarse de forma libre y suficiente, no es lícito pretender que uno de ellos suprima la posibilidad de ejercicio del otro.
- Error de prohibición. No es aceptable que los acusados, que se han desarrollado y alcanzado sus conocimientos en el seno de un sistema democrático, puedan creer seriamente que los derechos que les corresponden son prevalentes en todo caso respecto de los derechos de los demás, hasta el punto de hacerlos desaparecer. Ni que ignoren que, así como tienen derecho

a manifestarse para expresar libremente sus opiniones, los demás están asistidos del mismo derecho. Y que, en el caso, el ejercicio de aquel derecho les pudiera permitir suprimir el de los demás a participar libremente en los actos o ceremonias de la confesión religiosa a la que libremente han decidido adscribirse, cuando se llevan a cabo en los lugares que esa confesión ha destinado al culto.

- Confesiones religiosas inscritas en el Registro. Como consecuencia del carácter del Registro, y de los efectos de la inscripción, ha de concluirse, como se hace en la sentencia de instancia, que la exigencia de que se trate de confesiones religiosas inscritas queda cubierta cuando mediante una disposición de rango suficiente, el Estado reconoce a una determinada confesión esa misma personalidad jurídica y los mismos efectos que, de otra forma, se derivarían de la inscripción.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 846/2017

Fecha de sentencia: 21/12/2017

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10306/2017 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta.

TEMA

Delito de quebrantamiento de condena: prohibición de comunicación y aproximación a la víctima. Delito continuado.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Condena de prohibición de comunicación y aproximación a la víctima Es una consecuencia jurídica del delito, objeto de la condena o de la imputación, con una doble dimensión, como pena y como medida de aseguramiento para prevenir el peligro a la víctima.

La estructura ordinaria del delito de quebrantamiento obedece a un esquema propio de un acto de quebrantamiento y una prolongación de sus efectos en el tiempo mientras no se repone la situación antijurídica creada. Esta construcción presenta ciertas singularidades respecto de las medidas contempladas en el art. 48 del Código penal, a los que se refiere el art. 468 también del Código penal como medidas susceptibles de ser quebrantadas (art. 468.2 Cp.). Con respecto a estas medidas hemos destacado una doble consideración. En primer lugar, tiene un contenido claro de pena de carácter aflictivo que dispone una restricción de derechos a la persona a la que se impone. Además, se integra como una medida especialmente dispuesta para la protección de la víctima en atención a los hechos por los que ha sido condenado o, en su caso, imputado, por el peligro que puede suponer.

Así considerando, la situación jurídica creada por la prohibición de acercamiento y comunicación dispuesta, prohíbe al condenado el acercamiento a la víctima, pena aflictiva, y protege a la víctima evitando situaciones de peligro. Esta doble dimensión de la medida permite individualizar cada acto de aproximación a la víctima como acto típico del delito de quebrantamiento pues en cada acto se reproduce el ataque a la seguridad dispuesta por la prohibición de acercamiento.

Esa singularidad del quebrantamiento de las medidas del art. 48 Cp. hace posible la continuidad delictiva cuando los actos de incumplimiento de la prohibición dispuesta supone no sólo ese incumplimiento de la pena sino también la perturbación de las condiciones de seguridad dispuestas y que son perturbadas en su situación jurídica con cada concreto acto de acercamiento, con reiterado incumplimiento de la orden dispuesta para seguridad de la víctima.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 69/2018

Fecha de sentencia: 07/02/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10514/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco.

TEMA

Jurado: utilización por el Magistrado Presidente del artículo. 49 LOTJ para excluir del objeto del veredicto los hechos relativos a la acusación por delito de violencia física y psíquica habitual. Recurso de casación: naturaleza jurídica del precepto.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Utilización por parte del Magistrado Presidente del artículo. 49 LOTJ para excluir del objeto del veredicto los hechos relativos a la acusación por el artículo 173.2 del Código Penal. La exclusión acordada determina un pronunciamiento absolutorio, en este caso, respecto de los delitos de violencia física y psíquica habitual del artículo 173.2, de que venía acusado el imputado. El examen de suficiencia del contenido incriminatorio del conjunto probatorio corresponde al Magistrado Presidente, mientras que la 'credibilidad' o 'valoración' del medio probatorio, es encomendado al Jurado; la propia Exposición de Motivos clarifica la extensión del contenido de la norma: no existirá prueba si, ni aún en la interpretación de la practicada más favorable a las tesis de la acusación, ésta habría de ser rechazada. La aplicación del artículo 49, tanto cuando se decide la disolución del Jurado, como cuando se deniega, la previsión legislativa abre el cauce de específicos motivos del recurso de apelación. Obviamente contra la decisión jurisdiccional del Magistrado Presidente. Tales motivos no tienen correlato en el catálogo de los alegables en casación (STS 1043/2010, de 11 de noviembre). El art. 49 LOTJ no es norma sustantiva; sino que es un precepto de naturaleza procesal.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 71/2018

Fecha de sentencia: 08/02/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10592/2017 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco.

TEMA

Adaptación de la condena dictada por tribunal extranjero.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Ejecución de pena dictada por un Tribunal panameño, en aplicación del Convenio bilateral del Traslado de personas Condenadas, de 20 de marzo de 1996. Vinculación para el Estado de cumplimiento de la duración de la pena. Criterio jurisprudencial de "incompatibilidad" por la duración de la pena. No media desproporción que determine esa "incompatibilidad" una condena de 120 meses de prisión, por unos hechos que serían tipificados en nuestro ordenamiento a través de los artículos 368, 369 CP, donde la pena de prisión pueda llegar hasta los nueve años. El exceso de 10 meses y 15 días no incurrir en desproporción, so pena de trastocar el sistema de prosecución establecido en el Convenido, por el vedado de reconversión. Igualmente, en la STS 315/2015, de 28 de mayo, decíamos que conforme a la doctrina jurisprudencial enunciada no cabe entender que cualquier diferencia en exceso de una pena privativa de libertad impuesta por un país extranjero en comparación con la que se establece en el nuestro determina una modificación automática del quantum punitivo; ello derivaría en adoptar por vía interpretativa el criterio de conversión, expresamente excluido en el Instrumento de ratificación del Convenio.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 812/2017

Fecha de sentencia: 11/12/2017

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 673/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

TEMA

Responsabilidad Civil. Daños Morales. Delitos relativos a la prostitución.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Cabe Indemnización por daños morales en delitos relativos a la prostitución: No obsta a su fijación, sin perjuicio de las incidencias que surjan en ejecución, que la víctima no haya comparecido, no haya reclamado expresamente, o no esté localizada.

Es verdad que tal perjudicada no ha reclamado expresamente en el proceso penal. Pero tampoco ha renunciado a las posibles indemnizaciones lo que activa el contenido de los arts. 105 y 108 LECrim que otorgan legitimación subrogada al Ministerio Fiscal. El principio de rogación está respetado pues hubo petición de parte habilitada para sostenerla, el Fiscal.

Puntualicemos en todo caso que en materia de responsabilidad civil no resulta apropiado hablar de principio acusatorio, sino de principio de rogación (es temática civil y no penal).

De no aparecer la citada beneficiaria, explicará la sentencia a través de la aclaración, no habría cuestión sobre la suspensión de la ejecución de ese particular de la parte dispositiva relativo a la indemnización. Solo la renuncia expresa permite al Fiscal desistir de la acción civil. La renuncia no se presume (art. 108 LECrim). No haberse constituido en parte, no reclamar o no estar localizada no son causas que permitan deducir una renuncia que ha de ser expresa y terminante.

No es preciso a la vista de los hechos, justificar por qué representan un perjuicio a las víctimas, aunque no sea estrictamente económico, sino de naturaleza moral: el ejercicio bajo presión de la prostitución en las condiciones descritas, habiendo atraído antes a las afectadas mediante falsas promesas arrastra padecimientos psíquicos que han de ser compensados. Res ipsa loquitur.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 59/2018

Fecha de sentencia: 02/02/2018

Tipo de procedimiento: R. CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA

Número del procedimiento: 20708/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta.

TEMA

Recurso de casación para unificación de doctrina en materia penitenciaria. Condiciones para la libertad condicional. Responsabilidad civil.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Recurso de casación para unificación de doctrina en materia penitenciaria. Condiciones para la libertad condicional. El juez de vigilancia penitenciaria ha de valorar la situación del penado, o del liberado, e imponer medidas tendentes a la satisfacción de la responsabilidad civil o en la adopción de medidas tendentes a la realización de un esfuerzo reparador que satisfaga la exigencia del art. 90 del Código penal. La adopción de medidas impuestas al liberado condicional conforme al art. 90 Cp. en orden a satisfacer la responsabilidad civil no permite imponer obligaciones de reparación que superen los límites establecidos en el art. 607 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que contempla la procedencia del embargo de sueldos y pensiones y considera inembargables los sueldos, jornales y retribuciones que sean superiores al salario mínimo interprofesional, conforme a la escala que relaciona estableciendo distintos niveles en función de los ingresos y de las cargas familiares. A su vez establece una excepción a la inembargabilidad respecto a pensiones alimentarias. Con ello el legislador civil trata de preservar del cumplimiento de la obligación un mínimo vital necesario para una vida en condiciones de dignidad del deudor obligado al pago de la responsabilidad civil declarada. Ese mínimo vital constituye el umbral de lo absolutamente necesario para una vida digna y constituye un dique de contención frente al legítimo derecho del acreedor al cobro su deuda.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 49/2018
 Fecha de sentencia: 30/01/2018
 Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION
 Número del procedimiento: 631/2017
 Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

TEMA

Dispensa de declarar entre parientes, art. 416.2 LECrim. Doctrina de la Sala.

ASPECTOS EXAMINADOS

- En definitiva y atendiendo a la doctrina jurisprudencial expuesta se puede concluir: 1) Las citadas advertencias deben hacerse tanto en sede policial como judicial (instrucción y plenario). El pariente del acusado que esté incluido en el art. 261 ó 416 LECrim. no tiene obligación de conocer que está eximido de denunciar o declarar. Para renunciar a un derecho debe informarse que se dispone del mismo, nadie puede renunciar a algo que desconozca. En todo caso, el hecho de hacerlo no supone una renuncia tácita a este derecho para declaraciones posteriores; 2) La ausencia de advertencia a la víctima de su derecho a no declarar conlleva la nulidad de la declaración que haya realizado, no del juicio en sí. Así en tales casos el Tribunal debe verificar si con la prueba subsistente existe prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia.
- La exclusión de los parientes afines hasta el segundo grado que se recoge en el artículo 261.2, lo es en cuanto a la obligación de denunciar, no es aplicable a supuestos del artículo 416 que refiere a la dispensa de declarar, tal es así que la remisión que este último precepto realiza el artículo 261, sólo se refiere al apartado 3, referencia a los afines que ha sido eliminado en la redacción actual del art. 261.2 por LO 4/2015 de 27.4 de Estatuto víctima del delito.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 58/2018
 Fecha de sentencia: 01/02/2018
 Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION
 Número del procedimiento: 849/2017
 Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

TEMA

Prevaricación por omisión: urbanismo. Modificación de conclusiones por las acusaciones en el juicio oral. Congruencia: correlación entre la acusación y la sentencia

ASPECTOS EXAMINADOS

- La dejación del ejercicio de facultades sancionadoras o revisoras en materia de urbanismo sin otros aditamentos no era conducta apta para integrar por sí sola un delito de prevaricación del art. 404 CP por omisión según la legislación anterior a la nueva redacción del art. 320.1 CP (reforma 2010).
- Modificación de conclusiones por las acusaciones en el juicio oral: el principio general es su admisibilidad. Solo existirán limitaciones derivadas de la imposibilidad de alteraciones fácticas sustanciales o introducción de nuevas perspectivas jurídicas que hubiesen sido antes definitivamente rechazadas.
- Correlación entre la acusación y la sentencia. La condena no puede introducir perspectivas jurídicas o fácticas que supongan un cambio sustancial respecto de los términos de las pretensiones de las acusaciones.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 52/2018
 Fecha de sentencia: 31/01/2018
 Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION
 Número del procedimiento: 1016/2017
 Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco.

TEMA

Delito de enaltecimiento de terrorismo del art. 578 CP. Libertad de Expresión

ASPECTOS EXAMINADOS

- El legislador español es autónomo a la hora de tipificar conductas; pero el análisis de la normativa convencional del Consejo de Europa (que determina conforme la propia jurisprudencia del TEDH el alcance de los derechos reconocidos en el CEDH) y de la Unión Europea, proyectados sobre la conducta tipificada en el art. 578, a la luz de la jurisprudencia constitucional, muestran que resulta una ilegítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de sus autores, la condena por esta norma, cuando ni siquiera de manera indirecta, las manifestaciones enjuiciadas, supongan una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades; de donde resulta exigible, concluye la referida STC 112/2016, como elemento determinante delimitador de la constitucionalidad, que previamente a la imposición de una condena por el art. 578 CP, se pondere en la resolución judicial, si la conducta desarrollada por el acusado, integra una manifestación del discurso del odio, que incita a la violencia (FJ 4, in fine).
- Dicha resolución previamente (FJ 3º) decía: Esta exigencia de que la sanción penal de las conductas de exaltación o justificación de actos terroristas o de sus autores requiere, como una manifestación del discurso del odio, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades como condición para justificar su compatibilidad con el estándar del derecho de la libertad de expresión por ser necesaria esa injerencia en una sociedad democrática, también aparece en el contexto internacional y regional europeo tal como se acredita con la actividad desarrollada tanto por el Consejo de Europa como por la Unión Europea en favor de sancionar penalmente las manifestaciones de apoyo a los fenómenos terroristas o a sus autores. En el mismo sentido SSTs 354/2017, de 17 de mayo; 378/2017, de 25 de mayo; 560/2017, de 13 de julio; y 600/2017, de 25 de julio.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 42/2018
 Fecha de sentencia: 25/01/2018
 Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION
 Número del procedimiento: 746/2017
 Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

TEMA

Apropiación Indebida: cantidades entregadas al promotor de viviendas.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Cantidades entregadas a cuenta al promotor de viviendas con incumplimiento por éste de lo previsto en la D.A. 1 Ley 38/99 de 5.11. Evolución jurisprudencial. Pleno Sala 23.5.2017 y jurisprudencia que lo desarrolla.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 35/2018
 Fecha de sentencia: 24/01/2018
 Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION
 Número del procedimiento: 1345/2017
 Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco.

TEMA

Autorización para entrada en domicilio por un cónyuge en un ámbito común, en intereses contrapuestos contra el otro cónyuge, que es el investigado. Distingo entre registro y entrega del objeto por un comorador.

ASPECTOS EXAMINADOS

- La sentencia expresa que los agentes de la Guardia Civil son requeridos por la esposa que se encuentra en un bar, siendo el motivo haber mantenido una discusión y haber sido agredida por su esposo, tras haberle sorprendido manipulando bolsitas que contenían cocaína; tras lo cual autorizó expresamente a los agentes a entrar en su domicilio donde convivía con su esposo y una vez dentro les muestra donde se esconde la droga, concretamente les indicó que miraran debajo de la cama de matrimonio.
- Cita en sustento de su motivo, la SSTS 968/2010, que contiene una cita in extenso de la STC 22/2003. No obstante, cabe señalar que a pesar de la admisión de la buena fe de los agentes, que actúan en todo momento a requerimiento de víctima de violencia de género, no resulta posible, catorce años después de la STC 22/2003, mantener que el consentimiento de la esposa, en situación de intereses enfrentados con los del esposo, según el estado de la interpretación del Ordenamiento en el momento de autos, aparezca como habilitación suficiente para llevarla a cabo una diligencia de registro, conforme a la Constitución.
- Sin embargo, la nota distintiva más significativa, es que, en el caso de autos, no estamos ante una diligencia formal ni material de registro. La denunciante, no autoriza la entrada a los agentes para que efectúen un registro, sino para que recojan la droga del sitio en que se encuentra señalado expresamente por ella, debajo de la cama, en cuanto que su existencia, justifica la veracidad del elemento desencadenante de la agresión de que fue objeto. Insta a los agentes a recoger los vestigios corroboradores de la denuncia donde narra haber sido agredida.
 No media registro, sino la entrega de la droga que se encontraba en el domicilio, por parte de la esposa a la Guardia Civil, para acreditar la actividad de tráfico de su marido, entrega que no contradice el ordenamiento; que lo realizara en la calle, en dependencias policiales o instara a los agentes a recibirla en el domicilio que comparte con su esposo, no altera la naturaleza de la actividad de denuncia que realiza ni la trasmuta en registro domiciliario.
 En definitiva, ciertamente no es igual registrar un domicilio que recoger algo que un morador del mismo les entrega, sin estar inducida búsqueda alguna por los agentes, sino que es el morador ajeno a las fuerzas policiales quien les insta pasar a recogerlo. Objeto que desea entregar porque acredita el inicio de una discusión, donde resulta agredida, episodio de violencia doméstica, que motiva precisamente la presencia en ese momento de los agentes, para retornar a su domicilio a la esposa que había tenido que salir corriendo del mismo sin pertenencia alguna e incluso descalza.
 En modo alguno resulta equiparable registro e intervención de lo encontrado por parte de los agentes, que recepción pasiva del objeto que, a iniciativa e insistencia del particular morador, se les entrega, aunque deban asirlo del suelo en el lugar indicado por la esposa, o sea la propia esposa quien saca la caja que contenía droga y báscula de debajo de la cama matrimonial.
- El objeto entregado, determina la tenencia de sustancia que integra el delito que ahora enjuiciamos, pero en su obtención, no ha mediado diligencia de registro formal ni material.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 23/2018
 Fecha de sentencia: 17/01/2018
 Tipo de procedimiento: REVISION
 Número del procedimiento: 20757/2017
 Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

TEMA

Recurso de Revisión. Legitimación del Ministerio Fiscal. Doble condena por unos mismos hechos.

ASPECTOS EXAMINADOS

- El Fiscal puede interponer directamente recurso de revisión: no precisa de previa autorización. Doble condena por unos mismos hechos. A través de la revisión se deberá anular la segunda de las condenas. Previsión específica en la reformada Ley de Enjuiciamiento Criminal. A partir del 6 de diciembre de 2015 contamos ya con una causa específica. La reforma de la LECrim ha remodelado el art. 954 estableciendo en la letra c) del art. 954.1 un nuevo motivo de revisión: que sobre el mismo hecho y encausado hayan recaído dos sentencias firmes

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 30/2018

Fecha de sentencia: 19/01/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2309/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco.

TEMA

Competencia: concurso medial.

ASPECTOS EXAMINADOS

- En aplicación del Pleno no jurisdiccional de 12 de diciembre de 2017: En caso de concurso medial, cuando las penas de prisión señaladas en abstracto en cada uno de los delitos que integran el concurso no superen los cinco años, aunque la suma de las previstas en una y otras infracciones excedan de esa cifra, la competencia para su enjuiciamiento corresponde al Juez de lo Penal.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 13/2018

Fecha de sentencia: 16/01/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10286/2017 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde.

TEMA

Terrorismo: colaboración, adoctrinamiento activo, auto-adoctrinamiento. Principio de absorción. Delito de desplazamiento a territorio controlado por organización terrorista. Investigación prospectiva.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Delito de colaboración con organización terrorista del artículo 577.2 del Código Penal: Adoctrinamiento activo. Concurrencia con el Delito de auto-adoctrinamiento terrorista (Art. 575.2 CP) y con el delito de desplazamiento a territorio extranjero controlado por organización terrorista (575.3 CP).
- Principio de absorción: entraña que el injusto material de una infracción, acoge en sí injustos menores cuando estos se sitúan en una relación cuantitativa de inferioridad o subordinación respecto de aquella; lo que puede contemplarse -entre otros supuestos- cuando se aprecia una progresión en el comportamiento que ataca y buscan agredir a un mismo bien jurídico. El delito de colaboración con organización terrorista, trata de evitar que las organizaciones terroristas puedan servirse de individuos que, sin estar incardinados en ellas, coincidan en facilitar el propósito de aquellas de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública. Por otro lado, la nueva redacción del artículo 575 del Código Penal, dada por LO 2/2015, adelantando las barreras de protección al bien jurídico antes contemplado, ha añadido la sanción del adoctrinamiento o adiestramiento pasivo, esto es, más allá de sancionarse a quien hace proselitismo respecto de la actuación

terrorista, se ha venido a condenar también a quienes se coloquen como destinatarios de actividades dirigidas a expandir los postulados violentos del grupo terrorista o concebidas para adiestrar a cualquiera en métodos que faciliten la comisión de atentados, siempre que la participación como receptor en estas enseñanzas responda a una voluntad consciente de facilitar el terrorismo, y con independencia de que la instrucción sea directamente buscada o adquirida por el sujeto activo, o haya sido dispuesta y le sea pertrechado por otros. Esta nueva tipificación presenta el mismo bien jurídico que el delito de colaboración con organización terrorista, esto es, impedir que las organizaciones terroristas cuenten con un sustrato de personas que compartan su credo y que posean aptitud para sostener en el tiempo, de una manera eficaz, la acción criminal que les caracteriza. Y aun cuando pueden existir supuestos en los que alguno de los comportamientos de adoctrinamiento pasivo descritos en el artículo 575 del Código Penal, no necesariamente agoten la antijuricidad de la colaboración externa con organizaciones terroristas contemplada en el artículo 577 del Código Penal, tal situación no es contemplable respecto del supuesto enjuiciado, en los que la colaboración se ha limitado al adoctrinamiento activo.

- Adoctrinamiento terrorista: delito de pura actividad o peligro abstracto, que se consuma con la ejecución de la acción típica, sin necesidad de añadir ningún resultado específico. El artículo 577.2 del Código Penal, sanciona a quienes lleven a cabo cualquier actividad de captación, adoctrinamiento o adiestramiento, que esté dirigida o que, por su contenido, resulte idónea para incitar a incorporarse a una organización o grupo terrorista, fundándose así la punibilidad en lo inadmisibles que resulta para el grupo social asumir el peligro que nace de las conductas descritas, desde una antijuricidad que se manifiesta precisamente por la intención maliciosa que impulsa el comportamiento del sujeto activo.
- Delito de desplazamiento a territorio controlado por organización terrorista. No puede acogerse que el delito de colaboración con organización terrorista pueda entrar en concurso real con el delito intentado de desplazamiento a territorio extranjero controlado por organización terrorista. Inexistencia de sustrato fáctico que recoja la determinación de trasladarse a ese territorio o de que se haya dado principio a la ejecución de la acción.
- Investigación prospectiva. En la medida en que las diligencias acordadas en el curso de una investigación criminal se inmiscuyan o coarten los derechos fundamentales y libertades públicas de una persona, habrán de estar debidamente motivadas en la resolución judicial que así las acuerde, ser necesarias y adecuadas al fin que con las mismas se persigue y mantener una lógica correlación con la restricción individual que comportan, pues, de lo contrario, se estaría legitimando, con la excusa de seguirse una instrucción criminal, una suerte de inquisición general incompatible con los principios que inspiran el proceso penal de un Estado de Derecho como el que consagra la Constitución Española. En todo caso, el artículo 11 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, fija la encomienda policial de prevenir la comisión de actos delictivos (art. 11.1.f), investigar los delitos ya perpetrados, para descubrir a los presuntos culpables (art. 11.1.g), o captar, recibir y analizar cuantos datos tengan interés para el orden y la seguridad pública (art. 11.1.h); del mismo modo que el artículo 1 Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, contempla la salvaguarda de la seguridad ciudadana como función esencial del Estado, como requisito indispensable para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos, con sujeción a la Constitución y a las Leyes. La investigación del terrorismo islámico, reviste una gran complejidad, por la forma en que se genera, y por las amplias posibilidades de que el número de personas que puedan resultar seducidas por las predicaciones de fanáticos religiosos sea imprevisible y totalmente aleatorio. Por ello, no es reprochable que los servicios de inteligencia, o las unidades policiales, extiendan sus investigaciones a un amplio espectro de personas que pudieran sentirse atraídas por las prácticas que incitan a la violencia en nombre de creencias religiosas y, una vez agotadas sus posibilidades, centren sus sospechas en un número de personas que, finalmente, ponen a disposición de la autoridad judicial.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 12/2018

Fecha de sentencia: 16/01/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 998/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro.

TEMA

Delito de falsedad de tarjeta de crédito.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Carácter burdo de la falsedad: Inexistencia. El informe pericial que glosa la sentencia dice que la falsedad no aparecía a «simple vista» cuando la persona a la que se entrega no es «una persona no avezada o acostumbrada a analizar posibles

falsificaciones». Finalmente, como se dice en la impugnación del recurso, siendo circunstancial la determinación de lo inocuo en la falsedad, no se puede determinar apriorísticamente de una manera exacta y concreta, lo que es inane o inocuo y lo que es trascendente. Lo que hace que la mera constatación de las circunstancias objetivas del documento no basten, en principio, para demostrar error al no proclamarse tal naturaleza del documento que fue objeto del delito.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 11/2018
 Fecha de sentencia: 15/01/2018
 Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION
 Número del procedimiento: 471/2017
 Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

TEMA

Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Delito de peligro concreto.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: es cierto que el tráfico ilegal de personas encierra una dimensión pluriofensiva que proyecta sus efectos, de modo especial, sobre aquellos que, mediante el abandono de sus comunidades de origen, buscan la mejora de sus condiciones personales y laborales. La necesidad de un adecuado tratamiento jurídico-penal de la ofensa a algunos de los bienes jurídicos implicados está fuera de dudas. También lo es que la inmigración clandestina muta una y otra vez su fenomenología criminal en aras de la impunidad, lo que exige una diligente actuación de los poderes públicos para proporcionar los instrumentos normativos necesarios con los que hacer frente a aquellos delitos. Sin embargo, la producción legislativa de los últimos años en esta materia ha generado visibles problemas técnico-jurídicos de no fácil solución. La Ley Orgánica 4/2000, 11 de enero, la posterior Ley Orgánica 15/2003, 25 de noviembre y, más recientemente, la Ley Orgánica 13/2007, 19 de noviembre, no llegaron a resolver las importantes dudas concursales que suscitaba la aplicación de los preceptos modificados. Tampoco pusieron freno a algunos excesos que situaban la estricta determinación de la pena en una frontera muy próxima a los límites del principio de proporcionalidad. Ello obligó a esta Sala a un importante esfuerzo de complementación en el ejercicio de la tarea jurisdiccional que impone el art. 1.6 del Código Civil. Algunos de estos problemas han sido resueltos a raíz de la reforma operada por la LO 1/2015, 30 de marzo. Sin embargo, su censurable casuismo ha generado otras incógnitas que dificultan sobremanera la aproximación exegética a su renovado contenido. Pese a que la jurisprudencia no ha gozado de la deseable uniformidad, resulta evidente que calificar el tipo agravado del art. 318 bis 3 b) como delito de peligro concreto es más conforme a los principios que han de informar el sistema penal.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 14/2018
 Fecha de sentencia: 16/01/2018
 Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)
 Número del procedimiento: 10299/2017 P
 Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

TEMA

Derecho a la prueba: diligencias descartadas por la policía judicial. Publicidad procesal y publicación del proceso.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Derecho a la prueba: no incluye el derecho a conocer todas aquellas diligencias descartadas por la Policía Judicial por su falta de relación con los hechos investigados. En efecto, conforme al art. 299 de la LECrim, constituyen el sumario «...las

actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación». La lectura de este enunciado ya advierte de que aquello que hay que integrar en el sumario son las diligencias que permitan dejar constancia de la perpetración de los delitos. No existe un deber institucional de incorporar a la causa todas aquellas diligencias que, una vez practicadas, ponen de manifiesto su desconexión con la causa principal. No es obligado incluir en el abanico de sujetos investigados a todos y cada uno de los sospechosos policiales que, por una u otra circunstancia, son inicialmente llamados para la práctica de una diligencia de identificación y que, a la vista de su desenlace, son definitivamente descartados como hipotéticos responsables de los hechos investigados. La experiencia indica que la fase incipiente de la investigación, llevada a cabo por agentes de policía, puede llegar a exigir una criba previa de personas que, ya sea por el parecido con un retrato robot, ya por hallarse incorporadas a ficheros expresivos de un método delictivo semejante al empleado en el caso investigado, aconsejan un llamamiento a efectos puramente identificatorios y que, en función de su desarrollo, pueden abrir una línea de investigación o cerrarla para siempre.

Nuestro sistema no admite una instrucción policial con aroma de clandestinidad, que justifique la ocultación de líneas de investigación y que degrade la figura del Juez instructor a la condición de un distante espectador no interesado en el conocimiento de todo aquello que en la investigación va aflorando, unas veces con estrecha vinculación con los hechos, otras sin relación con ellos. Lo decisivo, sobre todo, es que esa tarea se realice conforme al mandato impuesto por el art. 2 de la LECrim a todas las autoridades y funcionarios que intervengan en el proceso penal, que «...cuidarán, dentro de los límites de su respectiva competencia, de consignar y apreciar las circunstancias así adversas como favorables al presunto reo». No existe en el presente caso dato alguno que alimente la idea de una ocultación interesada de información o datos que pudieran haber condicionado los términos de la investigación, hasta el punto de llevar el sumario a la errónea identificación del procesado llamado a soportar la acusación.

El razonamiento en contrario se opone al modelo de dependencia funcional de los agentes de la policía judicial respecto de los Jueces de instrucción. Conviene no olvidar que la propia LECrim incorpora desde su redacción decimonónica un precepto de especial valor interpretativo. Se trata del art. 315. En él se impone como criterio selectivo para filtrar el contenido del sumario la distinción entre las diligencias practicadas a instancia de parte y aquellas que se ordenan de oficio. Respecto de estas últimas, se establece que «...solamente constarán en el sumario aquellas cuyo resultado fuere conducente al objeto del mismo». El más clásico de los comentaristas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal justificaba el sentido de este precepto por «...el deber de simplificar el procedimiento, despojando el sumario de cuantas actuaciones fueren innecesarias y que ninguna utilidad pueda prestar a los fines de la instrucción».

El sumario no puede convertirse en un artificial e inmanejable recopilatorio de todas aquellas diligencias que, en la inicial búsqueda de un sospechoso, puedan haberse practicado por los agentes y que hayan arrojado un resultado infructuoso. La Sala no está avalando, claro es, una actividad de investigación desconectada de su genuino enlace funcional, que no es otro que el que vincula a los agentes con los Jueces de instrucción. Lo que queremos descartar es la alegada indefensión que la defensa sitúa en el desconocimiento de aquellas diligencias que, por su irrelevancia y desconexión con el hecho objeto de esclarecimiento, no fueron sumadas a la causa.

- Presunción de inocencia, publicidad procesal y publicación del proceso: que la presunción de inocencia incluye en su contenido constitucional una regla de tratamiento, está fuera de dudas. Todo investigado o acusado en un proceso penal es inocente mientras no se declare por la autoridad judicial y de manera definitiva lo contrario. Y como tal ha de ser tenido. Así lo ha precisado la jurisprudencia del TEDH en numerosos precedentes. La libertad de expresión y de comunicación implica el derecho de informar sobre procedimientos judiciales, y, por lo tanto, la posibilidad para las autoridades de hacer públicos los elementos objetivos derivados del procedimiento. Sin embargo, exige que estos elementos estén exentos de cualquier apreciación o prejuicio de culpabilidad. De ahí la importancia de los términos empleados por los agentes del Estado en las declaraciones que formulan antes de que una persona haya sido juzgada y se haya reconocido culpable de una infracción. No es tampoco la primera vez en que esta Sala constata su descontento por un distorsionado entendimiento del principio de "publicidad procesal", garantía procesal del constitucionalismo liberal que está siendo reemplazada, con mucha más frecuencia de lo tolerable, por una "publicación del proceso". Es entendible por ello la reacción frente a un tratamiento mediático en el que la culpabilidad se da ya por declarada, sobre todo, a partir de una información construida mediante filtraciones debidamente dosificadas, que vulneran el secreto formal de las actuaciones. La garantía que ofrece el principio de publicidad deja paso así a un equívoco principio de publicación, en el que todo se difunde, desde el momento mismo del inicio de las investigaciones, sin que el acusado pueda defender su inocencia. No podemos olvidar, además, que en el proceso penal convergen intereses de muy diverso signo. Y no faltan casos en los que ese tratamiento informativo despliega una repercusión negativa que llega a ser igualmente intensa y alcanza a otros bienes jurídicos, recrudesciendo el daño inicialmente ocasionado por el delito.

En todos los precedentes insistíamos –como ahora hacemos– en que lo verdaderamente decisivo es «...si el juicio de autoría proclamado en la instancia ha tenido como fundamento el material probatorio generado en el plenario o, por el contrario,

la percepción colectiva, anticipada e inducida por los medios de comunicación». Para la respuesta a esta cuestión basta un examen de la fundamentación jurídica de la sentencia cuestionada para observar que sólo la valoración de las pruebas practicadas en el plenario, con inmediatez y contradicción, están en la base de la declaración de responsabilidad de Antonio Ángel Ortiz. Ni la censurable locuacidad del máximo responsable de las fuerzas policiales que asumieron la investigación, ni la anticipada autoría proclamada en rueda de prensa –pese a que el vocablo "presunto" se repite entre las explicaciones–, tuvieron virtualidad para alterar una declaración jurisdiccional sólo basada en el resultado de la actividad probatoria desarrollada en presencia de los Magistrados llamados a su valoración.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 805/2017

Fecha de sentencia: 11/12/2017

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2019/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar.

TEMA

Imprudencia: causalidad, comportamiento de los responsables. Error de prohibición. Causalidad natural y causalidad normativa.

Imprudencia grave y menos grave. Imprudencia medica profesional. Homicidio imprudente: nexos causal

ASPECTOS EXAMINADOS

- Pabellón Madrid-Arena. Fiesta en la noche del 21 de octubre al 1 de noviembre de 2012. Muerte de cinco jóvenes y multitud de heridos. Las causas de la avalancha fueron las siguientes: sobreforo, cierre de cinco (de ocho) vomitorios que unen la pista central con el pasillo perimetral, aperturas del portón de cota cero y del portón de muelle Mónico para entrada de público, y la incorrecta gestión de flujos del público en las escaleras entre cota 5 y cota 0 en el sector A.
- Nos hallamos ante una cadena causal múltiple que origina la creación de un riesgo, que es incrementado en cada una de las acciones u omisiones causales. Comportamiento de los responsables de "Diviertt", empresa organizadora del espectáculo.
 - La sociedad mercantil "Diviertt": 1) vendió para el evento un número de entradas muy superior al autorizado, 2) no existió el debido control de acceso por plantas de los asistentes, 3) se procedió al cierre de diversas escaleras de comunicación entre las plantas, y 4) se procedió al cierre de la mayoría de los vomitorios de la cota 0, así a como la apertura (en sentido inverso) de las puertas de emergencia situadas en las cotas 0 y 5, para facilitar la entrada masiva del público a la pista, que ya se encontraba saturada.
 - Comportamiento de los responsables de Madridec, empresa municipal, del Ayuntamiento de Madrid, con funciones de control de seguridad en el desarrollo de los espectáculos celebrados en el pabellón municipal Madrid-Arena. Las sociedades participadas completamente por una corporación municipal, son, a los efectos de comprobar su grado de control del riesgo dañoso, como si se tratara del propio Ayuntamiento, ya que este delega en estas sociedades las funciones correspondientes a tal control, al ceder los inmuebles que son de propiedad municipal, y, a tal efecto, el superior control que ostenta el Ayuntamiento se transfiere a Madridec.

Se basa la responsabilidad de los responsables de Madridec en la orden de apertura del portón de cota cero, y ello porque: a) supone la entrada masiva de personas por una vía de evacuación; b) el público accede directamente a la pista central, ya sobresaturada; c) el portón no está previsto como entrada de público según el plan de autoprotección ni según los planos del evento realizados por el arquitecto municipal Sr. Martínez de Miguel; y d) concurre la relación de causalidad entre la apertura de cota 0 y el resultado producido. Desde que se produce la apertura del portón de cota 0, en torno a las 2:30 de la mañana, se empieza a sobresaturar la pista. Se generan pequeñas avalanchas indicativas de lo que después iba a suceder; la apertura del Muelle Mónico a las 3:12 horas, facilita la entrada de más de mil personas, muchas de las cuales pretenden ir a la pista central, que es donde se produce la falta avalancha.
 - Responsables de la seguridad: empresas Securiber y Kontrol 34. Seguridad exterior y seguridad interior del recinto.
- El delito imprudente exige la concurrencia de los siguientes requisitos: 1º) La infracción de un deber de cuidado interno (deber subjetivo de cuidado o deber de previsión). 2º) Vulneración de un deber de cuidado externo (deber objetivo de cuidado). 3º) Generación de un resultado. 4º) Relación de causalidad. Comportamientos activos y omisivos: características. Causalidad natural y causalidad normativa.

- Imprudencia grave y menos grave: las razones de la distinción es la modulación de la imprudencia delictiva entre grave y menos grave, lo que dará lugar a una mejor graduación de la responsabilidad penal en función de la conducta merecedora de reproche, pero al mismo tiempo permitirá reconocer supuestos de imprudencia leve que deben quedar fuera del Código Penal. La imprudencia menos grave no puede equipararse a la antigua imprudencia leve. Por otra parte, la nueva imprudencia menos grave tampoco se integra totalmente en la imprudencia grave, y no se nutre de las conductas más leves de la imprudencia, sino que constituye una nueva categoría conceptual. La imprudencia menos grave puede ser definida como la constitución de un riesgo de inferior naturaleza, a la grave, asimilable en este caso, la menos grave, como la infracción del deber medio de previsión ante la actividad que despliega el agente en el actuar correspondiente a la conducta que es objeto de atención y que es la causalmente determinante, única o plural, con el resultado producido, de tal manera que puede afirmarse que la creación del riesgo le es imputable al agente, bien por su conducta profesional o por su actuación u omisión en una actividad permitida social y jurídicamente que pueda causar un resultado dañoso. Así, mientras la imprudencia grave es la dejación más intolerable de las conductas fácticas que debe controlar el autor, originando un riesgo físico que produce el resultado dañoso, en la imprudencia menos grave, el acento se debe poner en tal consecuencia, pero operada por el despliegue de la omisión de la diligencia que debe exigirse a una persona en la infracción del deber de cuidado en su actuar (u omitir).

Estas nociones, naturalmente, constituyen generalmente conceptos jurídicos indeterminados, que necesitan del diseño, en el caso concreto, para operar en la realidad que ha de ser juzgada en el supuesto de autos.

La gravedad de la imprudencia se determina desde una perspectiva objetiva o externa y subjetiva o interna: 1º. Perspectiva objetiva o externa: que supone la determinación de la gravedad con arreglo a la magnitud de la infracción del deber objetivo de cuidado o de diligencia en que incurre el autor directamente vinculada con: a) el grado de riesgo no permitido generado por la conducta activa del imputado o con el grado de riesgo no controlado cuando tiene el deber de neutralizar los riesgos derivados de la conducta de terceras personas o de circunstancias meramente casuales. b) el grado de utilidad social de la conducta desarrollada por el autor (a mayor utilidad social mayores niveles de permisión de riesgo). c) la importancia o valor del bien jurídico amenazado por la conducta imprudente: a mayor valor, menor el nivel de riesgo permitido y mayores las exigencias del deber de cuidado. 2º. Perspectiva subjetiva o interna (deber subjetivo de cuidado): la gravedad se determina por el grado de previsibilidad o de cognoscibilidad de la situación de riesgo: a mayor previsibilidad, mayor nivel de exigencia del deber subjetivo de cuidado y más grave la vulneración.

Hemos dicho reiteradamente que, en los llamados delitos de resultado, para solucionar los problemas de la llamada relación de causalidad, la doctrina actual acude al concepto de imputación objetiva, entendiendo que hay tal relación de causalidad cuando el sujeto, cuya responsabilidad se examina, con su comportamiento origina un riesgo no permitido, o aumenta ilícitamente un riesgo permitido, y es precisamente en el ámbito de ese riesgo donde el resultado se produce.

- Con respecto a la actuación de los médicos, la sentencia recurrida refiere que, a la llegada a la enfermería, lejos de actuar con rapidez y hacer todo lo que estaba a su alcance, los acusados, médicos del servicio sanitario del evento y el Dr. Simón Viñals responsable del mismo, no realizó un correcto diagnóstico a Cristina Arce, ni comprobó si se encontraba en situación de parada cardiorrespiratoria ni le practicó una adecuada reanimación cardiopulmonar para intentar que se recuperara.
 - Con respecto a KKK, a pesar de no reconocerla para efectuar un diagnóstico y no prestarle ningún tipo de asistencia médica, no resultó acreditado «si cuando la misma llegó a la enfermería estaba en parada cardiorrespiratoria o había ya fallecido». Este aspecto del factum no puede ser tomado en consideración contra reo, puesto que no se conoce si entró en la enfermería viva, «o había ya fallecido». De manera que ineludiblemente la sentencia recurrida debe ser mantenida en su pronunciamiento absolutorio.
 - En el caso de CCC falleció sin que SSS le prestara «la asistencia médica que precisaba durante el tiempo que permanecieron en el botiquín que gestionaban antes de que llegara al mismo el Samur aumentando así la posibilidad de que no pudieran recuperarse de las lesiones sufridas», añadiendo como fundamento de la absolución que no ha resultado acreditado, sin embargo, que en el supuesto de que le hubiera prestado una asistencia correcta, la fallecida hubiera podido salvar su vida.
Señala la Audiencia que la actuación de SSS «fue claramente negligente», en tanto que el diagnóstico que efectuó a Cristina fue erróneo, entendiendo equivocadamente que se encontraba fallecida, por lo que su actuación fue claramente insuficiente.
- La obligación del personal médico con respecto al paciente no es de resultado sino de medios. El punto de vista de la Audiencia está desenfocado, no se trata de que no se haya probado qué hubiera pasado si se hubiese actuado correctamente por parte del médico, sino que lo que hubiera importado es que se hubiese acreditado, fuera de toda duda razonable, que, aunque hubiera hecho el acusado todo lo que estaba en su mano, la joven hubiese lamentablemente fallecido. Solamente así se le podría haber exonerado de su responsabilidad. Sin embargo, quien no actúa, y puede hacerlo, como ocurre en este caso, practicando y llevando a cabo el comportamiento necesario para intentar salvar la vida de la enferma, y no lo hace,

aumenta el riesgo previsible, tan en grado sumo, que ocasiona que el resultado se produzca, como así fue, aunque no se sepa con certeza qué hubiera ocurrido en caso contrario.

- El nexa causal entre el actuar negligente y el resultado mortal producido, resulta de la denominada doctrina de la imputación objetiva, que esta Sala Casacional sigue decididamente como corrección de las teorías más naturalísticas que tratan de explicar la relación de causalidad, que hoy se han impuesto en nuestra doctrina científica, y también en la jurisprudencia.

Es incuestionable la posición de garante de la vida y de la salud de CCC, en la que se encontraba el acusado SSS, en tanto que esta joven ingresó en el servicio médico que no solamente atendía, sino que dirigía el acusado, el cual, como declara probado la sentencia recurrida, no llevó a cabo las maniobras más elementales de reanimación, afirmando que no hay duda alguna – dicho así por la Audiencia en estos términos–, que se omitió toda diligencia debida. Respecto al resultado producido, está también fuera de toda duda, el luctuoso resultado para la vida de CCC. Y que se incrementó el riesgo para su vida como consecuencia de tal comportamiento, es igualmente un elemento innegable, en tanto que llegó viva a su servicio médico, y nada hizo el acusado por reanimarla.

No consideramos acertado el fundamento de su absolución, que reside en que no se ha podido probar, con una probabilidad rayana en la certeza, si con otra conducta el resultado hubiera sido el mismo. De ratificar este argumento, las actuaciones médicas partirían de una mecánica contraria a lo que es debido a un buen profesional, primero evaluar los resultados posibles de su actuación, y si se vislumbran fatales, abstenerse de actuar. Al punto de que podría llegarse a pensar que un médico contemplase una urgencia vital sin tomar medida alguna para intentar salvar la vida del paciente, en la seguridad de que nunca pudiera demostrarse, si fallece el enfermo, con esa seguridad rayana en la certeza, qué hubiera pasado en caso contrario.

En suma, la responsabilidad del médico surge porque ha incrementado el riesgo permitido, y lo ha hecho al haber actuado negligentemente, y con tal comportamiento ha contribuido al resultado, siéndole reprochada su conducta a través de la teoría de la imputación objetiva.

Nosotros nos inclinamos en esta interpretación por aquella que satisface mejor la defensa del bien jurídico protegido por la norma jurídica, que no es otro que la defensa de la vida y la integridad física de la persona, y que conduce a resultados plenamente satisfactorios desde el punto de vista de lo que entendemos debe ser la actuación médica, de la que se predica constantemente que es una ciencia de medios y no de resultados, de forma tal que siempre el profesional de la medicina debe intentar salvar la vida del paciente, con todos los medios a su alcance, e igualmente con la diligencia debida en su actuar, sin incrementar el riesgo en sentido negativo para la vida del paciente.

No se trata el delito de imprudencia de una infracción de peligro, sino de resultado, pero es precisamente el peligro el que incrementa el riesgo, y con él, se produce el resultado. Es claro que sin resultado no puede existir delito de imprudencia, y en este caso, el fatal resultado está fuera de toda duda. La prueba de la negligencia es igualmente concluyente, pues partimos en este caso de la declaración al efecto de la Audiencia que así lo afirma rotundamente.

- La imprudencia profesional supone, según la jurisprudencia, un "plus" de antijuridicidad consecutivo a la infracción de la "lex artis" y de las precauciones y cautelas más elementales, imperdonables e indisciplinables a personas que deben tener unos conocimientos propios de una actividad profesional. De manera que su diferencia con la imprudencia que podríamos llamar común es puramente cuantitativa y no cualitativa, por lo que para que pueda ser apreciada deben concurrir los mismos requisitos que en ésta exige la jurisprudencia, que se concretan en la existencia de la infracción de un deber de cuidado tanto subjetivo como objetivo, y una relación de causalidad entre la acción del autor o autores y el resultado producido, lo que en este caso está fuera de toda duda, la omisión completa del comportamiento debido.
- La posibilidad de convertir en condenatoria una sentencia absolutoria en esta instancia casacional, resulta de doctrina ya muy consolidada tanto del Tribunal Constitucional como del TEDH, cuando no se modifican los hechos probados, máxime en este caso en que tratándose de imprudencia no hay que declarar ningún ánimo tendencial. Véase la Sentencia del TEDH de 22 de octubre de 2013 (asunto Naranjo Acevedo contra España).

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 48/2018

Fecha de sentencia: 29/01/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10387/2017 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

TEMA

Acumulación de condenas.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Condenas impuestas y ejecutadas en otro país: no cabe su refundición con condenas nacionales a los efectos del art. 76 CP. Decisión Marco 2008/675/JAI, de 24 de julio de 2008

DATOS SENTENCIA

Recurso Casación núm. 179/2017

Sentencia núm. 175/2018

Fecha Sentencia: 6 de febrero de 2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

TEMA

Derechos fundamentales. Nombramiento de Fiscal de la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada.

ASPECTOS EXAMINADOS

- La plaza en cuestión fue convocada para su provisión por el sistema de libre designación por la Orden JUS/3/2017, de 4 de enero, publicada en el Boletín Oficial del Estado del 9. Las solicitudes de los interesados debían presentarse dentro de los diez días naturales a contar desde el siguiente al de la publicación. El Sr. FF y otro Fiscal, don SSS, además del que fue nombrado, don TTT la solicitaron. La Sala en el fundamento jurídico sexto dice: 1.- De las razones por las que la demanda sostiene que debe ser declarada la nulidad del Real Decreto impugnado nos parece fuera de toda duda que carecen de fundamento las relativas a la inexistencia de la Sección Permanente de Valoración en la Inspección Fiscal. Dice sobre ella el artículo 13.2 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal: «En la Inspección Fiscal se creará una Sección Permanente de Valoración, a los efectos de centralizar toda la información sobre méritos y capacidad de los Fiscales, con la finalidad de apoyar al Consejo Fiscal a la hora de informar las diferentes propuestas de nombramientos discrecionales en la Carrera Fiscal». Tal como refleja la sola lectura del precepto y nos ha dicho el Ministerio Fiscal, no es esta Sección la llamada a informar en los procedimientos de provisión de puestos. Su cometido es instrumental a la función del Consejo Fiscal que es el que ha de ser oído y lo ha sido efectivamente. Por otra parte, no ha puesto de manifiesto el recurrente que careciera este Consejo de información sobre los méritos y capacidad de los tres aspirantes. Al contrario, la demanda revela que esa información está en el expediente ya que con ella el Sr. FFF ha podido identificar, clasificar y comparar minuciosamente con los suyos los méritos de los otros dos solicitantes de la plaza en litigio. El Consejo Fiscal, por tanto, ha dispuesto de los elementos de juicio necesarios y suficientes que le han permitido efectuar ese contraste y pronunciarse por unanimidad. En consecuencia, ningún efecto lesivo de su derecho cabe advertir a causa de la inexistencia de la mencionada Sección. 2.- El reproche basado en la ausencia de baremo tampoco supone la infracción que alega la demanda. Es verdad que la disposición de un baremo introduce elementos de objetividad en el procedimiento y suministra criterios que, al tiempo que limitan el margen de apreciación de la Administración, reducen las posibilidades de ejercicio arbitrario de su potestad. No obstante, tiene razón nuevamente el Ministerio Fiscal: no se desprende de la Ley Orgánica del Poder Judicial la exigencia de someter a baremo nombramientos como el del caso ni hay fundamento en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal para ello. El baremo al que se refieren el artículo 313.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 17.3 del Reglamento 2/2011 ha de aplicarse al procedimiento de ingreso en la Carrera Judicial en la categoría de magistrado por juristas de reconocida competencia con más de diez años de ejercicio profesional. No es de eso de lo que se trata aquí, no estamos ante el ingreso en la Carrera Fiscal. De otro lado, no hay impedimentos a la utilización del sistema de libre designación siempre que esté justificada por la naturaleza del puesto de trabajo y que se motive la decisión correspondiente. En este caso, esa motivación resulta con claridad del acta del Consejo Fiscal de 22 de febrero de 2017 y el recurrente no ha discutido la realidad de los hechos en los que los miembros de ese órgano han fundamentado su valoración. La demanda no niega ni la mayor antigüedad, ni la superior experiencia del nombrado en la Fiscalía Especial a la que pertenece la plaza. Los argumentos que ofrece el recurrente se dirigen a defender que deberían ser otros los criterios a considerar, como los resultados alcanzados, las publicaciones o las actividades internacionales. Pero la preferencia manifestada a favor de la antigüedad en la Carrera Fiscal, de la experiencia en la Fiscalía Especial de destino y del correspondiente conocimiento de la misma es plenamente razonable y más que suficiente para descartar la arbitrariedad en el informe, en particular a la vista de que el recurrente no reunía el requisito de haber prestado servicio durante más de diez años según vamos a explicar a continuación. 3.- Este último extremo, cuyo esclarecimiento no es tan sencillo como el de los dos anteriores, ayuda a descartar la argumentación con la que la demanda intenta demostrar la arbitrariedad del nombramiento. Si conforme al régimen jurídico al que está sujeto no cumple un requisito imprescindible para aspirar al puesto objeto de provisión, mal se puede sugerir que se le ha apartado ilegalmente para que sus superiores méritos no sean un obstáculo a la adjudicación de la plaza al candidato más dúctil, operación para la que, además, se habría "ninguneado" al tercero. En cambio, aparece claramente que se ha preferido sencillamente al más antiguo en la Carrera Fiscal que, además, llevaba tiempo en la Fiscalía Especial y, por eso, y por las responsabilidades allí desempeñadas, la conoce mejor. En efecto, el artículo 36.1 del Estatuto Orgánico dice en lo que interesa «Para los cargos de Fiscal de la Audiencia Nacional y de Fiscal Jefe de Fiscalía Provincial será preciso contar con, al

menos, diez años de servicio en la carrera y pertenecer ya a la categoría segunda. Igual antigüedad se exigirá a los Fiscales de las Fiscalías Especiales y al Teniente Fiscal de la Secretaría Técnica». La cuestión conflictiva es la exigencia de "diez años de servicio en la carrera". Para la demanda el tiempo en que ha permanecido como funcionario en prácticas se debe añadir al servido tras tomar posesión del primer destino. Apoya ese planteamiento en diversos preceptos legales y reglamentarios de los que deduce la existencia en el ordenamiento de la función pública una suerte de regla según la cual, tras el nombramiento y toma de posesión, se produce la acumulación de ese período de permanencia en el Centro de Estudios Jurídicos a todos los efectos, incluido el de computarlos para la carrera administrativa. De ese modo, el Sr. FFF sí cumpliría el requisito legal. Puede parecer razonable esa conclusión. Si se acepta, como se acepta por la legislación sobre función pública, contar ese tiempo a efectos de trienios y clases pasivas, de vacaciones u otros de semejante naturaleza, podría aceptarse igualmente que contara para establecer la antigüedad en el cuerpo o carrera o, como aquí hace falta, el tiempo de servicio en ellos. Sin embargo, ocurre que, mientras hay normas legales o reglamentarias que sí atribuyen relevancia al período de prácticas a esos efectos retributivos o de derechos pasivos o de vacaciones, no sucede lo mismo para el cómputo de los servicios cuando se exigen unos determinados para participar en concursos o procedimientos de provisión de puestos de trabajo. No hay ninguna disposición que establezca esa acumulación. Desde luego no lo hacen los preceptos mencionados en la demanda. Ni el artículo 210.2 del Reglamento de la Carrera Judicial que, efectivamente, se refiere al período de descanso anual, ni el artículo 31 del Real Decreto 1276/2003 que se refiere a las remuneraciones y al reconocimiento del tiempo de permanencia en el Centro de Estudios Jurídicos como de ejercicio de la profesión de jurista ya que no es lo mismo que ejercer como fiscal. Es claro que los preceptos aplicables a los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía no son trasladables a la Carrera Fiscal ni tampoco los del Estatuto de los Trabajadores ya que su ámbito normativo es distinto. Por otra parte, si atendemos al tenor del artículo 36.1 reproducido parece que la interpretación que surge con naturalidad del mismo es la que se ha aplicado. Los servicios a considerar son los prestados como fiscal, en el ejercicio de la función que es propia a los integrantes del Ministerio Público y para ello es indispensable el previo nombramiento y la toma de posesión de un destino de la Carrera Fiscal. En el Centro de Estudios Jurídicos no se ejercen las funciones del Ministerio Fiscal, sino que se completa el proceso de selección con un período formativo. No es irrazonable sino todo lo contrario concluir que ese tiempo no puede ser considerado como de servicio en la Fiscalía. A falta de disposición legal que diga otra cosa, como ha sucedido con los otros efectos, hemos de confirmar el proceder observado. Así, pues, el Sr. FFF no contaba con el requisito necesario para solicitar la plaza y la consecuencia de no considerar su candidatura para adjudicarla no produce la vulneración de su derecho fundamental a permanecer y progresar en la función pública en condiciones de igualdad con los requisitos señalados por las leyes. Por tanto, el recurso ha de ser desestimado

DATOS AUTO

Recurso Casación núm. 1921/2015
 Fecha Auto: 7 de febrero de 2018
 Ponente: Excmo. Sr. D. Nicolás Maurandi Guillén.

TEMA

Recusación: causas y características

ASPECTOS EXAMINADOS

- Recurso contencioso administrativo contra la Sentencia de 24 de abril de 2015, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, en el procedimiento ordinario 430/2013, desestimatoria del recurso interpuesto contra la Orden de 15 de diciembre de 2011, de la Consejería de Universidades, Empresa e Investigación de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, por las que se autorizan nuevas tarifas del servicio de agua potable de Murcia, a iniciativa del Ayuntamiento de Murcia. Por providencia de 29 de junio de 2017 fue designado ponente del presente recurso el Magistrado de esta Sala Excmo. Sr. D. Joaquín Huelin Martínez de Velasco; y los recurrentes, a través de su representación procesal y mediante escrito presentado en este Tribunal el día 24 de julio de 2017, han presentado un escrito por el que solicitan su abstención, y de no aceptarla, formulan su recusación.
- Los recurrentes alegan que concurren las causas de abstención 9ª y 10ª del artículo 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), consistentes respectivamente en "amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de las partes", y "tener interés directo o indirecto en el pleito o causa"; y sostienen la concurrencia de estas causas de abstención en las siguientes

conductas que refieren al Excmo. Sr. Huelin: "ha aceptado conocer de un procedimiento donde AGBAR /EMUASA/AYUNTAMIENTO DE MURCIA le ha publicado (y presumimos que pagado, pues el libro se vende por la editorial MARCIAL PONS, al precio de rebajado de 23,75€, sin rebaja 26€) su ponencia en un libro intitulado "EL PRECIO DEL AGUA" (título de por sí suficientemente explícito), a propósito precisamente del objeto del presente recurso, donde sostenemos que es tasa y no precio. Asimismo, tenemos la legítima sospecha que el magistrado recusado participó en los cursos de formación en derecho del agua en Barcelona, organizados por la misma entidad aquí codemandada, en base a un convenio suscrito entre el CGPJ y la mercantil AGBAR, que fue rescindido como consecuencia de una denuncia interpuesta por el partido político SOBERANÍA, según informa la revista ATLÁNTICA XXII, en su número de 22 julio 2016". La Sala, tras referirse al informe del Magistrado al que es referida la recusación (FJ 3), al informe del Ministerio Fiscal (FJ4) formula en el (FJ 5) unas precisiones conceptuales previas que son convenientes para decidir la solicitud de abstención, son las concernientes a: 1.- La doble faceta subjetiva y objetiva de la imparcialidad. 2º.- El carácter tasado de las causas de recusación y la interpretación restrictiva de las mismas. 3.-La necesidad de que la recusación se apoye en datos objetivos y no en meras sospechas. 4.- La doble perspectiva, subjetiva y objetiva, desde la que pueden y deben ser examinadas algunas causas legales de recusación y 5º.- Las causas de recusación necesariamente han de ir referidas a controversias concretas y no a cuestiones jurídicas abstractas. En el (FJ 7) se analiza el carácter tasado de las causas de abstención y la interpretación restrictiva de las mismas, en el (FJ 8), se estudia la necesidad de que la recusación se apoye en datos objetivos y no en meras sospechas. Analizándose en los FJ 9 y 10, la doble perspectiva, subjetiva y objetiva, desde la que pueden ser examinadas algunas causas legales de recusación y la necesidad de que las causas de recusación vayan referidas a controversias concretas y no a cuestiones jurídicas abstractas. El FJ 11 rechaza la causa de recusación de la amistad íntima (artículo 219.9ª LOPJ), refiriendo que: No siendo ocioso, de todas formas, dejar constancia de que, enfrentado a una alegación que guarda algunas similitudes con la que ahora se nos presenta, el ATS, Sala 1ª de 21 de septiembre de 2016, recurso. 455/2014, dice que: "La participación del magistrado ponente en cursos, conferencias, presentaciones y otros actos en los que haya intervenido el letrado de una de las partes recurridas no se revela en el caso como capaz de menoscabar con la suficiente intensidad la imparcialidad, ni de fundamentar de modo objetivo una sospecha de predisposición anímica o inclinación a favor o en contra de una de las partes. Dichas intervenciones se han realizado en calidad de Magistrado de la Sala Primera con exposiciones sobre la jurisprudencia en la materia tratada. En estos actos han intervenido no solo otros magistrados sino también otros operadores jurídicos que permiten tratar una determinada materia desde las distintas perspectivas jurídicas. La coincidencia en el tiempo con operadores jurídicos expertos en determinadas materias que, como tales, en muchas ocasiones intervienen como defensores ante el Tribunal Supremo, y la consecuente cortesía profesional derivada de dicha coincidencia dista mucho de ser calificada como una amistad que seriamente pueda ser calificada como íntima, y ni tan siquiera como relevante para comprometer la imparcialidad presumible de un Magistrado". En el (FJ 12) se rechaza la causa de recusación del interés directo o indirecto en el pleito o causa íntima (artículo 219.10ª LOPJ) y a modo de recapitulación en un análisis desde la perspectiva subjetiva, se dice: Así pues, a modo de recapitulación de cuanto se ha apuntado, cuando la actividad profesional contemplada puede calificarse de estrecha, regular, continuada y remunerada de forma significativa, habrá base para sostener la recusación. Por el contrario, si es episódica, aislada, discontinua y retribuida de forma no destacable, difícilmente podrá esgrimirse victoriosamente la causa de abstención que nos ocupa. Entre uno y otro extremo, habrá que valorar de forma matizada las circunstancias concurrentes en cada asunto, con arreglo al casuismo propio del ejercicio de la función jurisdiccional. Retomando ahora, sobre la base de cuanto acabamos de exponer, el análisis del presente caso, resulta evidente que desde el plano subjetivo en que ahora nos movemos no hay aquí sustento alguno para apreciar la concurrencia de la causa de abstención invocada por los recusantes. única y aislada vinculación entre el recusado y la empresa demandada que estos han podido argüir se reduce a una sola ponencia a cargo del recusado en un seminario de índole técnico-científica sobre Derecho de Aguas, patrocinado por aquella empresa, que tuvo lugar años antes de que se planteara el presente litigio, y que con toda seguridad no fue retribuida en términos llamativos por atípicamente elevados. Tras esa colaboración episódica ni siquiera se alegan con la mínima concreción exigible otros contactos o relaciones ulteriores, más allá de meras conjeturas carentes incluso de un principio de prueba que las respalde. Así las cosas, resulta inconsistente afirmar que la impartición de una sola conferencia en un congreso científico patrocinado por una fundación vinculada de algún modo a la empresa demandada, pero desarrollada mucho antes de que esta controversia que ahora nos ocupa se haya manifestado, es una circunstancia que evidencia por sí misma un interés del recusado en el pleito como el mentado en el artículo 219.10º LOPJ de tanta cita. En suma, no hay en la relación existente entre el recusado y esa Fundación regularidad, ni cercanía, ni continuidad, ni un nivel de retribución inusualmente elevado. Sólo una colaboración puntual y remota que por sí sola resulta totalmente irrelevante en cuanto concierne a las causas de recusación invocadas. Ni siquiera acudiendo a la llamada "teoría de las apariencias" cabría sostener esa causa de recusación, pues mal puede decirse que una relación tan episódica, lejana y aislada resulte suficiente para dar pie a una duda objetiva fundada, sobre la neutralidad e imparcialidad del magistrado recusado, que exija su apartamiento del presente litigio. Descartadas vinculaciones subjetivas entre el Magistrado recusado y la empresa demandada que pudieran justificar la recusación queda por analizar, desde una perspectiva más objetiva, la

incidencia que pudiera comportar el hecho de que el propio recusado haya podido exteriorizar antes de ser designado ponente para este recurso, al hilo de su actividad académico-docente y de producción científica, opiniones o criterios desfavorables a la tesis que ahora sostienen los recurrentes/recusantes, y en alguna medida favorables a la tesis opuesta por la empresa demandada. Sobre este particular enfoque de la cuestión, hay que comenzar por recordar que el hecho de que un juzgador tenga opiniones propias sobre los problemas jurídicos que se suscitan en la vida cotidiana, lejos de ser censurable, resulta consustancial a la incardinación de los jueces en la sociedad en la que viven y a la que sirven. La idea de un juzgador que se enfrenta a la interpretación y aplicación del Derecho con la mente en blanco y con total ausencia de criterios predefinidos es una abstracción imposible e incluso indeseable. (ATC 18/2006, de 24 de enero, recurso de amparo 7703/2005). Por último, la sala finaliza en el (FJ 13) diciendo: que las afirmaciones que el escrito de recusación efectúa, sobre la existencia de unas relaciones entre el Sr. Huelin y el grupo AGBAR con entidad bastante para comprometer su imparcialidad jurisdiccional, son, además de gratuitas, maliciosas. Por lo siguiente: (a) su absoluta carencia de fundamento jurídico según lo que con anterioridad ha sido razonado; (b) la gravedad de la acusación que se viene a hacer al recusado (haberse apartado de la rectitud y el criterio profesional que han de presidir su cometido jurisdiccional por la simple causa de las retribuciones que ha percibido de la demandada); y (c) el dato adicional de que tan gravísima acusación haya sido formulada con base única en meras suposiciones y sin elementos fácticos o explicaciones que permitan advertir un mínimo de razonabilidad o verosimilitud en dicha imputación. Desestima la recusación, con imposición de las costas al recurrente, apreciando también mala fe en su planteamiento lo que hace procedente la imposición de una multa de 2000 euros (artículo 228 de la LOPJ).

DATOS AUTO

Recuso Casación núm. 53/2017.

Cuestión de Competencia

Fecha Auto: 31 de enero de 2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis María Díez-Picazo Giménez.

TEMA

Cuestión de competencia negativa. O.N.C.E. impugnación de resoluciones de Corporaciones de Derecho Público cuya competencia se extiende a todo el territorio nacional.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Cuestión de competencia negativa suscitada entre el Juzgado de lo Contencioso Administrativo Nº 17 de Madrid, la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y el Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo Nº 11, para conocer del recurso interpuesto contra la resolución del Consejo Nacional de la organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE) de 5 de agosto de 2015, por la que se acuerda imponer al recurrente una sanción consistente en la suspensión de la condición de afiliado durante 3 años.
- La Sala declara que el acto recurrido "emana del Consejo General de la Organización Nacional de Ciegos Españoles". El artículo 1.1 del Real Decreto 394/2011, de 18 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 358/1991, por el que se reordena la Organización Nacional de Ciegos Españoles, establece que «La Organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE) es una Corporación de Derecho Público de carácter social, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar y de autoorganización. cuyos fines sociales se dirigen a la consecución de la autonomía personal y plena integración de las personas ciegas y con deficiencia visual grave, mediante la prestación de servicios sociales, que ejerce en todo el territorio español funciones delegadas de las administraciones públicas, bajo el protectorado del Estado» y considera que, en consecuencia, estamos ante un acto proveniente de la Administración corporativa, sobre la que la Ley jurisdiccional efectúa una atribución expresa de la competencia cuando se trata de impugnaciones contra los actos de las Corporaciones de Derecho Público cuya competencia no se extienda a todo el territorio nacional -ex artículo 8.3 de la LJCA-, pero guarda silencio en relación a las impugnaciones contra los actos de dichas Corporaciones cuya competencia se extienda a todo el territorio nacional, como ocurre en el presente caso, por lo que la competencia para el conocimiento de estas impugnaciones corresponde a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia en virtud de la cláusula residual contenida en el artículo 10.1.m) de la LJCA, y de entre las mismas, a la del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en virtud de la regla primera del artículo 14 de la LRJCA. En este sentido, las Sentencias de esta Sala del Tribunal supremo de 17 de mayo de 2012 y 12 de marzo de 2015 (cuestiones de competencia números 9/2012 y 48/2014), entre otras. En

conclusión, la competencia para conocer del recurso interpuesto contra la resolución del Consejo General de la Organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE) de 5 de agosto de 2015, corresponde a la, Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, a cuya Sección Décima deberán remitirse las actuaciones.

DATOS SENTENCIA

Recurso Casación núm. 702/2017
 Sentencia núm.51/2018,
 Fecha Sentencia: 18 de enero de 2018
 Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

TEMA

Libertad sindical: representatividad mínima con que ha de contar un sindicato que no forma parte de la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas para integrarse en la Mesa General de Negociación de materias comunes al personal funcionario y laboral.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Recurso de casación núm. 702/2017, sobre derechos fundamentales interpuesto por el sindicato independiente de la policía local de Asturias- Confederación de Seguridad Local, contra la Sentencia núm. 956, de 28 de noviembre de 2016, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en el recurso 231/2016, en el que se impugnó la desestimación presunta de la petición dirigida al Ayuntamiento de Gozón sobre la constitución de la mesa general de negociación en dicho Ayuntamiento.
- La Sección Primera de esta Sala, por auto de 29 de mayo de 2017 admitió, como se ha dicho en los antecedentes, este recurso de casación y centró el interés casación objetivo, según se ha visto también en los antecedentes, en la respuesta a la pregunta sobre la representatividad mínima con que ha de contar un sindicato que no forma parte de la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas para integrarse en la Mesa General de Negociación de materias comunes al personal funcionario y laboral según el artículo 36.3 del Estatuto Básico del Empleado Público. Cuando este precepto, que es el que el auto de la Sección Primera quiere que interpretemos, exige una representatividad mínima del 10%, ¿se está refiriendo al total de los empleados públicos concernidos o está exigiendo que se alcance ese porcentaje tanto entre el personal funcionario cuanto entre el personal laboral por separado? Para las sentencias de instancia y apelación ha de reunirse en ambos colectivos, mientras el recurrente en casación defendió y defiende que basta con sea en el conjunto de los empleados públicos, en este caso, municipales. El auto de 29 de mayo de 2017 apunta que en el anterior de la misma Sección Primera de 16 de mayo de 2017 (casación n.º 685/2017) en el que se plantean los mismos problemas que aquí, apreció interés casacional porque (i) la interpretación combatida trasciende al caso concreto; y (ii) existen al respecto pronunciamientos judiciales contradictorios. De manera que se dan los supuestos previstos en los apartados a) y o) del artículo 88.2 de la Ley de la Jurisdicción. Igualmente, precisa (iii) que, en este caso, estamos en un proceso de protección de los derechos fundamentales con lo que se da el supuesto del apartado i) de ese precepto. También explica la Sección Primera que nos hemos pronunciado sobre un extremo sustancialmente idéntico en la sentencia n.º 534/2017, de 28 de marzo (casación n.º 632/2016), en la que hemos hecho valer la misma interpretación que los tribunales asturianos. No obstante, advierte que el supuesto considerado entonces no es plenamente coincidente con el de ahora, ya que en aquél caso el sindicato recurrente formaba parte de la Mesa General de Negociación de la Administración del Estado. Además, precisa que cuando SIPLA-CSL recurrió en casación no se conocía nuestra sentencia. En fin, recuerda que una sola no constituye jurisprudencia conforme al artículo 1.6 del Código Civil. Por su parte, SIPLA-CSL, además de insistir en su escrito de interposición en las diferencias que existen entre el caso presente y el resuelto por la sentencia de esta Sección a la que se refiere el auto de admisión, expone los argumentos principales siguientes en defensa de su pretensión de nulidad de la constitución de la Mesa General de Negociación del Ayuntamiento de Gozón y de su derecho a formar parte de ella. En primer lugar, admite que tanto la interpretación que realizaron los tribunales asturianos cuanto la que viene manteniendo en su recurso caben dentro de la lógica del artículo 36.3 del Estatuto Básico del Empleado Público en relación con el artículo 7.2 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical. No obstante, inmediatamente afirma que debe prevalecer la que propugna por ser más favorable a la efectividad del derecho fundamental a la libertad sindical del que el derecho a la negociación colectiva es un contenido adicional. En este sentido, destaca que, en realidad, exigir una representatividad mínima del 10% tanto entre los funcionarios como entre los contratados laborales significa requerir un 20% de representatividad. Y que, debiendo ser necesariamente funcionarios los miembros de la policía local, SIPLA-CSL nunca podría obtenerla entre los laborales de

manera que se le cierra el camino a participar en la negociación de las materias comunes a funcionarios y laborales. En fin, explica que el tenor del artículo 36.3 apunta más a la solución que está defendiendo que a la seguida por la Sala de Oviedo y antes por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Asturias. Se refiere a que el precepto utiliza la conjunción "o", cuyo sentido es disyuntivo mientras que si hubiera querido demandar una representatividad del 10% tanto entre el personal funcionario cuanto entre el personal laboral por separado hubiera utilizado la conjunción "y" de sentido copulativo. Refuerza su argumentación el sindicato recurrente insistiendo en la autoridad académica del profesor Sánchez Morón, cuyo dictamen presentó ante el Juzgado, y en los pronunciamientos coincidentes con su tesis de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Santa Cruz de Tenerife y de la Sala de la Audiencia Nacional. La Sala, expone su juicio en el (FJ4 del siguiente modo: Hemos de decir, ante todo, que, efectivamente, tal como apunta el Ministerio Fiscal, la cuestión controvertida no sólo presenta el interés casacional objetivo advertido por el auto de la Sección Primera sino también posee trascendencia constitucional. El recurso de SIPLA-CSL no plantea solamente cuestiones de legalidad ordinaria, además, incide en el contenido del derecho fundamental a la libertad sindical al que se añade el derecho a la negociación colectiva, según viene diciendo el Tribunal Constitucional. De ahí que, pese a centrarse el litigio en la interpretación que ha de darse al artículo 36.3 del Estatuto Básico del Empleado Público, no hay duda de que, de tener razón el recurrente, se habría producido una vulneración de ese precepto que comportaría una lesión del derecho fundamental. Es decir, se daría el supuesto previsto expresamente por el artículo 121.2 de la Ley de la Jurisdicción. Preciado ese extremo y corregida, por tanto, la interpretación de la sentencia recurrida en ese punto, debemos señalar ya que ha entendido correctamente el citado artículo 36.3 que dice lo siguiente: Para la negociación de todas aquellas materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral de cada Administración Pública, se constituirá en la Administración General del Estado, en cada una de las comunidades autónomas, ciudades de Ceuta y Melilla y entidades locales una Mesa General de Negociación. Son de aplicación a estas Mesas Generales los criterios establecidos en el apartado anterior sobre representación de las organizaciones sindicales en la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas, tomando en consideración en cada caso los resultados obtenidos en las elecciones a los órganos de representación del personal funcionario y laboral del correspondiente ámbito de representación. Además, también estarán presentes en estas Mesas Generales, las organizaciones sindicales que formen parte de la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas siempre que hubieran obtenido el 10 por 100 de los representantes a personal funcionario o personal laboral en el ámbito correspondiente a la Mesa de que se trate».

Dicho de otro modo, es ajustado no sólo al tenor literal sino también al sentido de la regulación de la que forma parte mantener que la representatividad mínima que exige para que una organización sindical que no forma parte de la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas esté presente en la Mesa que negocia las cuestiones comunes a funcionarios y laborales debe poseerla por separado en ambos ámbitos: el del personal funcionario y el del personal laboral. Este es el criterio que viene manteniendo la Sala en las sentencias indicadas por el Ministerio Fiscal, no sólo en la que indica el auto de la Sección Primera. Es más, en la de 11 de octubre de 2016 (casación 2651/2014) ya se enfrentó esta Sección Cuarta con unos argumentos semejantes a los que ha utilizado aquí el SIPLA-CSL. Dijimos para rechazarlos lo siguiente: «La interpretación que ha seguido es respetuosa con la literalidad de los artículos 7,2 de la Ley Orgánica 11/1985 y 36,3 del Estatuto Básico del Empleado Público y no vulnera el derecho fundamental a la libertad sindical en su contenido adicional del derecho a la negociación colectiva. El desarrollo del mismo mediante la Ley Orgánica 11/1985 que relaciona la capacidad de negociación colectiva con la representatividad sindical y que vincula a determinados niveles de la misma la participación en las instancias en las que se lleva a cabo esa negociación con las Administraciones Públicas, no ha merecido reproches desde el punto de vista de su constitucionalidad. Y, en lo que ahora nos interesa, no es cuestionado por la recurrente. Lo que se discute (...) es, únicamente, cómo se ha de calcular ese 10% de representatividad del que venimos hablando. Pues bien, puestos a interpretar estas disposiciones legales nos encontramos con que la recurrente no niega que puedan ser entendidas como la sentencia de instancia ha considerado correcto. En realidad, lo acepta, pero dice que hay otra interpretación posible, más favorable a la efectividad del derecho fundamental: la que [la recurrente] defiende pues le abriría el paso a esa mesa en que se negocian extremos comunes a los distintos colectivos de empleados públicos. Sin embargo, la recurrente hace supuesto de la cuestión ya que no ha demostrado que sea más favorable al ejercicio del derecho fundamental franquear el acceso a una instancia negociadora de proyección general, es decir que tratará de cuestiones relativas a funcionarios, personal estatutario y laboral, a sindicatos que no alcanzan la representatividad mínima considerada necesaria. En efecto, la regulación legal del acceso a la negociación con las Administraciones Públicas ha tratado de conjugar el criterio de favorecer la pluralidad sindical con el de la suficiente implantación de las organizaciones llamadas a esa negociación. De ese modo, busca que se tengan en cuenta con la mayor amplitud los intereses de los trabajadores que los sindicatos están llamados a expresar y defender (artículo 7 de la Constitución) y, también, que los acuerdos que se alcancen, de un lado, respondan a esos Intereses y, de otro, que cuenten con el apoyo de quienes poseen una representatividad significativa. Desde estas premisas, no sólo resulta que es posible interpretar esos artículos 7.2 y 36.3 como se ha hecho sino que ha de hacerse así desde la consideración del sentido de la negociación colectiva y de su conexión con la representatividad sindical, Es más,

estas razones privan a la conjunción "y" del artículo 7,2 de todo sentido disyuntivo y se ven reflejadas en el artículo 36.3, que refiere claramente la exigencia de representatividad a cada uno de los ámbitos de los empleados públicos, tal como ha puesto de manifiesto la sentencia citada por el Ministerio Fiscal». Luego, en la sentencia de 28 de marzo de 2017 (casación 632/2016) confirmamos otra de la Sala de Madrid para la que la representatividad superior al 10% del sindicato allí recurrente entre los funcionarios no le legitima para estar presente en todos los foros en que se trate de cuestiones relativas a funcionarios, entre ellos la mesa del artículo 36.3 del Estatuto Básico del Empleado Público. A estas consideraciones solamente debemos añadir ahora que, en contra de lo que afirma la recurrente, el criterio que consideramos acertado no significa imponer algo que no exige el precepto de referencia ni convertir el requisito del 10% en otro del 20%. Para que sucediera esto último, sería necesario que el artículo sólo requiriera el 10% y de ser así sobraría toda discusión y no habría existido el pleito. De otro lado, el sentido que haya que dar a la conjunción "o" depende del contexto en que se use. A este respecto, se debe tener en cuenta que el apartado 3 del artículo 36 se remite, en lo relativo a la representatividad necesaria para acceder a las Mesas comunes, a los criterios aplicables a la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas, que son los de los artículos 6 y 7 de la Ley Orgánica 11/1985, con lo que valen también aquí las interpretaciones que se han dado del apartado 2 de este último. Además, esa conjunción la utiliza el precepto en el tercer párrafo del artículo 36.3 y SIPLA-CSL ha precisado que contempla su caso es el párrafo segundo en el que si se utiliza la conjunción y tampoco advertimos el exceso que denuncia el SIPLA-CSL ni encontramos fundada la queja de que se le impide indebidamente participar en la negociación de las cuestiones comunes a funcionarios y laborales. Es verdad que la disposición legal le cierra el camino para acceder a esa Mesa, pero lo hace del mismo modo que se la cierra a cualquier organización que no alcance la representatividad necesaria. Esa es una consecuencia de la necesidad de arbitrar soluciones que hagan operativa la negociación colectiva. Igualmente, por su limitada representatividad, mejor dicho, por carecer de ella entre el personal laboral, no parece justificado que participe en la negociación de condiciones de trabajo que afectan también a este último. La Sala fija la interpretación expuesta y no da lugar al recurso.

DATOS SENTENCIA

Recurso Casación núm. 27/2017
 Sentencia núm. 154/2018
 Fecha Sentencia: 5 de febrero de 2018
 Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Cudero Blas.

TEMA

Recurso de revisión: requisitos.

ASPECTOS EXAMINADOS

- En la demanda de revisión deducida con fecha 22 de mayo de 2017 se alega, en síntesis, que concurren los presupuestos del artículo 102.1.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pues ha aparecido (se ha "obtenido") un documento esencial que evidencia el error en que incurrieron las resoluciones judiciales impugnadas: se trata de una resolución administrativa expresa, dictada con posterioridad a la sentencia por el Organismo Autónomo de Recaudación y Gestión Tributaria de la Diputación de Cáceres, en la que "se reconoce el carácter indebido de las cantidades efectivamente recibidas por cuenta del Ayuntamiento en el expediente de apremio" en el que se dictó la providencia de apremio recurrida en su momento. La aplicación al caso de autos de la doctrina jurisprudencial de la Sala (Sentencias de 18 de julio de 2016, Rec. Revisión 42/2015 y 19 de diciembre de 2016, Rec. Revisión núm.14/2016, obliga a concluir que la demanda de revisión no puede en absoluto prosperar en la medida en que el documento aducido por la parte actora no reúne los requisitos establecidos en el precepto legal anteriormente mencionado en los términos en que ha sido interpretado por la jurisprudencia. Y es que aquel documento ni es "anterior" a la data de la sentencia firme objeto de la revisión ni, por tanto, ha podido estar "retenido" por fuerza mayor o por obra o acto de la parte favorecida con la resolución firme.
- Repárese, en efecto, que el documento esencial que evidencia el error en que habrían incurrido las resoluciones judiciales impugnadas es una resolución administrativa expresa, dictada con posterioridad a la sentencia dictada en apelación por el Organismo Autónomo de Recaudación y Gestión Tributaria de la Diputación de Cáceres, en la que "se reconoce el carácter indebido de las cantidades efectivamente recibidas por cuenta del Ayuntamiento en el expediente de apremio" en el que se dictó la providencia de apremio recurrida en su momento. Es, por tanto, documento no apto para que pueda prosperar la revisión que se ejercita con la demanda. Ello es así no solo por tratarse de un documento posterior a la sentencia firme, sino

porque en modo alguno podrían tener el carácter de "decisivo" —ni siquiera provisional o indiciariamente- en la medida en que la razón de decidir de las sentencias atacadas por el interesado está claramente alejada de lo que el "nuevo" documento establece. Recordemos que ambas sentencias rechazan la impugnación de la vía de apremio por una única razón: la imposibilidad de cuestionar -con ocasión del recurso contra la providencia de apremio- la legalidad del fondo de la liquidación de la que trae causa cuando esa misma liquidación —tal y como consta en autos-no fue discutida en tiempo y forma por el interesado. En definitiva, el documento que se trae al proceso no es de aquellos a los que se refiere el artículo 102.1.a) de la Ley de esta Jurisdicción, lo que impide que pueda prosperar la pretensión revisora ejercitada.

DATOS SENTENCIA

Recurso Casación núm. 1578/2017
Sentencia núm. 108/2018,
Fecha Sentencia: 29 de enero de 2018
Ponente: Excmo. Sr. D. José Luís Requero Ibáñez.

TEMA

Libertad Sindical y Negociación colectiva del personal estatutario de las Administraciones Públicas del ámbito sanitario.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Se impugnaban por infracción del artículo 28.1 de la Constitución los Pactos de Gestión suscritos entre las distintas Gerencias de los hospitales públicos madrileños y los distintos Servicios o Unidades para establecer la mejora de la lista de espera quirúrgica en el Hospital Universitario Ramón y Cajal, Hospital Clínico San Carlos, Hospital 12 de Octubre, Hospital Universitario La Paz, Hospital General Universitario Gregorio Marañón, los hospitales universitarios de El Escorial, Getafe, Móstoles, Puerta de Hierro, Severo Ochoa y Unidad Central de Radiodiagnóstico.
- En virtud de auto de 26 de junio de 2017, la Sección de Admisión de la Sala III, acordó lo siguiente: «Primero. Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la Federación de Sanidad y Sectores Socio-Sanitarios del Sindicato Comisiones Obreras de Madrid (CC.00,) contra la sentencia de 2 de diciembre de 2016 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección Séptima), recaída en el recurso de apelación núm. 832/2016.» Segundo. Precisar que las cuestiones que revisten interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia son las siguientes: »Si, en relación con el personal estatutario de las Administraciones Públicas, el derecho de libertad sindical, en conexión con el derecho de negociación colectiva se ejerce en los mismos términos que rigen para el conjunto de los empleados públicos, o si existen singularidades jurídicas que permiten un tratamiento diferenciado y, en consecuencia, más restrictivo desde la mencionada óptica iusfundamental, concretamente en relación con la negociación colectiva a la que habrían de someterse —o no- las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización y que repercutan sobre las condiciones de trabajo de los empleados públicos en atención a que éstos sean funcionarios o personal estatutario .»Si, en tal sentido, el artículo 37.1 EBEP queda desplazado en el ámbito de la Administración sanitaria por el artículo 80.2 EMPE, circunstancia que comportaría que es conforme a Derecho una medida - adoptada sin negociación colectiva - por la cual un conjunto de empleados públicos vinculados con la Administración por una relación estatutaria se adhieren de forma voluntaria a una propuesta para prestar servicios fuera del horario laboral ordinario con el objetivo de reducir las listas de espera quirúrgicas, siendo así que -para la adopción de una medida de idénticas características en relación con los funcionarios y conforme al régimen general del EBEP- en principio se requerirla tal negociación colectiva. »Y si, en el caso de que se entendiera que es necesaria con carácter general la negociación colectiva cuando las decisiones administrativas modifiquen las condiciones de trabajo del personal estatutario, cabría excluir esa negociación cuando el contenido de aquellas decisiones sólo incida en la autonomía individual de tales empleados públicos, que verán alteradas sus condiciones de trabajo solo cuando y en la medida en que acepten, voluntariamente, su adscripción a aquel sistema de prestación de servicios fuera del horario laboral ordinario. » Tercero. Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación las contenidas en los artículos 31, 33 y 37.1 EBEP, así como los artículos 18.d), 78, 79 y 80,2 EMPE, en relación con el artículo 28 de la Constitución.» Cuarto. Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo. Quinto. Comunicar inmediatamente a la Sala de Instancia la decisión adoptada en este auto.» Sexto. Para su tramitación y decisión, remitir las actuaciones a la Sección Cuarta de esta Sala, competente de conformidad con las normas de reparto.»
- La Sala fija los criterios interpretativos expresados en el fundamento decimoquinto: 1º Que cuando la Administración sanitaria ejerce sus potestades de organización, si sus decisiones pueden repercutir sobre las condiciones de trabajo del personal estatutario, éste a través de sus representantes puede ejercer el derecho a la negociación colectiva en los mismos

términos que el resto de los empleados públicos, sin que se adviertan singularidades objetivas que justifiquen un trato diferente. 2º Que siendo preceptiva por razón de lo dicho la negociación colectiva en tales supuestos, no debe quedar excluida cuando los aspectos en que consista y que afecten a las condiciones de trabajo sean de adscripción voluntaria. Finalmente, se estima el recurso de casación contra la sentencia de 2 de diciembre de 2016; se estima el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 17 de mayo de 2016 y se estima el recurso contra los pactos de gestión relacionados en el antecedente primero de la sentencia, que se anulan con retroacción de las actuaciones para su negociación en la Mesa Sectorial de Sanidad.

DATOS SENTENCIA

Recurso Casación núm. 16/2017
Sentencia núm.46/2018,
Fecha Sentencia: 17 de febrero
Ponente: Excmo. Sra. D^a. María del Pilar Teso Gamela.

TEMA

Derecho a la Huelga: Servicios mínimos: criterios para su determinación

ASPECTOS EXAMINADOS

- La sentencia que se impugna estimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de Unión Sindical de Controladores Aéreos (USCA), seguido por el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona, contra la Resolución del Ministerio de Fomento, de fecha 6 de julio de 2015, que fijó los servicios mínimos de los servicios públicos esenciales para la comunidad a mantener en el tránsito aéreo, que presta la entidad pública empresarial ENAIRE, durante la huelga convocada por la citada Unión Sindical de Controladores Aéreos (USCA), para los días 11, 12, 25 y 26 de julio de 2015, mediante la realización de paros parciales, los días 11 y 25, entre las 10.00 y las 13.00 horas, y los días 12 y 26, entre las 17.00 y las 20.00 horas, del horario peninsular español.
- El recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado se sustenta sobre un único motivo, en el que, por el cauce procesal del artículo 88.1,d) de nuestra Ley Jurisdiccional, se denuncia la infracción de normas de ordenamiento jurídico, en concreto de los artículos 28.2 de la CE y 54 de la Ley 30/1992.El sindicato recurrido se opone al recurso de casación, solicitando la inadmisión o subsidiariamente la desestimación, al considerar que el escrito de interposición del recurso de casación es copia del escrito de demanda, y, por tanto, el recurso ha de ser inadmitido. También aduce que en el escrito de interposición no se hace ningún análisis comparativo entre los casos que resuelven las sentencias que cita, con las del caso resuelto por la sentencia impugnada. Respecto del fondo del recurso debemos incidir en que «el recurso ha de ser desestimado pues la sentencia dictada por la Sala de la Audiencia Nacional no incurre en infracción legal o jurisprudencia alguna. Los escritos presentados por las partes en la instancia y en esta vía casacional ponen de relieve la existencia de una reiterada doctrina fijada en sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo según la que la autoridad gubernativa llamada a asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales para la comunidad con motivo de la convocatoria de una huelga, ha de explicar a la hora de ejercer esa responsabilidad que, efectivamente, tiene por objeto o afecta a servicios esenciales para la comunidad y, además, que las medidas que dispone son las imprescindibles para que funcionen, no en condiciones de normalidad, sino de suficiencia en su prestación esos servicios. Justificaciones estas que ha de hacer esa autoridad, no en general, sino en concreto. Es decir, atendiendo a las singulares circunstancias que concurren en la huelga de que se trata. Son exigencias que se dirigen a garantizar que la limitación que por esta vía se impone al derecho fundamental a la huelga es únicamente la necesaria y proporcionada para el objetivo indicado por la Constitución. Son suficientes los argumentos que la Administración emplea para calificar como esencial el servicio de control del tránsito aéreo, y ello es totalmente correcta pues la resolución de 3 de junio de 2015 atiende a factores o criterios de indudable relevancia a tal fin, como son (1) las dificultades que el hecho insular supone por las limitaciones de los modos de transporte utilizables y por las mayores distancias a recorrer, situación extrapolable al caso de Ceuta y Melilla; (2) el carácter de sector estratégico del transporte aéreo y sus peculiares características, con el efecto multiplicador que la interrupción del servicio genera en ámbitos ajenos a la empresa, con incidencia en la libre circulación de las personas y su particular percusión en los intereses económicos de la Nación, incluido el sector turístico,' (3) las particularidades de la prestación del servicio, que necesariamente ha de dar cobertura a tránsitos internacionales ya tengan destino final en España o meramente sobrevuelen el territorio nacional; (4) la condición de la entidad pública empresarial Enaire de principal proveedor civil de servicios de navegación aérea en España, facultada por la legislación vigente para determinar la configuración operativa, conforme a la

demanda de tráfico y a los condicionantes técnicos y meteorológicos concurrentes, así como para asignar las instalaciones, los servicios técnicos y el personal indispensable para la adecuada prestación de los servicios de tránsito aéreo. Consideramos que con ello se da plena satisfacción a la doctrina constitucional que, respecto de la consideración como esenciales de los servicios públicos, se establecen en sentencias del Tribunal Constitucional como la n° 148/1993, de 29 de abril. Pero no ocurre lo mismo en la actividad desplegada por la Administración para establecer los servicios mínimos con los que debería prestarse ese servicio esencial los días de celebración de la huelga. Como dijimos en nuestra sentencia de 28 de mayo de 2015 (Recurso 1148/2014) <<El estudio de lo suscitado en ese único motivo de casación aconseja recordar, en primer lugar, la doctrina de esta Sala sobre el significado general de la "causalización" o motivación de los servicios mínimos (expresada, entre otras, en las sentencias de 11 de mayo de 2006, Recurso de Casación 2430/2003 , 19 de diciembre de 2007, Recurso de casación 7759/2004 , 8 de julio de 2009, Recurso de casación 5682/2006 , 21 de julio de 2010, Recurso de Casación 43172009 , y 19 de noviembre de 2013, Recurso de Casación 2215/201.3). Esa doctrina viene declarando que se cubrirá satisfactoriamente el canon constitucionalmente exigible para la validez de dichos servicios mínimos cuando se cumpla con esta doble exigencia. En primer lugar, que sean identificados los intereses afectados por la huelga (el inherente al derecho de los huelguistas y el -o los- que puedan ostentar los afectados por el paro laboral). Y en segundo lugar, que se precisen también los factores de hecho y los criterios que han sido utilizados para llegar al concreto resultado plasmado en los servicios mínimos que hayan sido fijados; esto es, cuáles son los hechos y los estudios concretos que se han tenido en cuenta para determinar las actividades empresariales que deben continuar durante la situación de huelga y el preciso número de trabajadores que dichas actividades requieren para que queden garantizados esos otros intereses o derechos, tan relevantes como el derecho de huelga, cuya atención pretende garantizarse a través de los servicios mínimos. La primera de esas exigencias impone señalar los intereses de los afectados por la huelga que, por encarnar un derecho fundamental o un interés de urgente atención constitucionalmente tutelado, o por estar así dispuesto en una norma, merecen ser considerados servicios esenciales. La segunda exigencia, relativa a la ponderación de los intereses en conflicto, se traduce en la debida observancia en dicho juicio del principio de proporcionalidad. Y esta Sala y Sección ha declarado (sentencia de 8 de octubre de 2004 -Recurso de casación 5908/2000-, entre otras) que, con arreglo al criterio inherente a dicho principio, la validez de los servicios mínimos depende en último término de lo siguiente: que el contraste entre, de un lado, el sacrificio que para el derecho de huelga significan tales servicios mínimos y, de otro, los bienes o derechos que estos últimos intentan proteger, arroje como resultado que aquel sacrificio sea algo inexcusable o necesario para la protección de esos otros bienes o derechos, o de menor gravedad que el quebranto que se produciría de no llevarse a cabo los servicios mínimos. Las sentencias de 15 de enero de 2007 (casación 7145/02) y 26 de marzo de 2007 (casación 1619/2007) han perfilado el alcance de estas exigencias de la motivación señalando lo siguiente: "...no basta para satisfacer las exigencias constitucionales con manifestar ante quienes convocan una huelga qué servicios considera la Administración que han de ser garantizados y el personal llamado a prestarlos. La concreción que exige la jurisprudencia significa que han de exponerse los criterios en virtud de los cuales se ha llegado a identificar tales servicios como esenciales y a determinar quiénes han de asegurarlos a la luz de las circunstancias singulares de la convocatoria de que se trate, son, precisamente, esos los datos relevantes para examinar si se ha observado la necesaria proporción entre el sacrificio que comportan para el derecho de los trabajadores y los bienes o intereses que han de salvaguardar...".>>.

- En el caso que analizamos es posible admitir, Incluso, que alguno de los criterios antes mencionados, los que empleo la resolución impugnada para justificar la esencialidad del servicio afectado por la huelga, contienen aspectos o manifestaciones que puedan servir de base para justificar la imposición de unos servicios mínimos superiores a los de otros sectores, pero lo que sin duda alguna es cierto, como pone de relieve la sentencia, es que la citada resolución de 3 de junio de 2015 no hace exposición de los concretos criterios tomados en consideración para ello, con referencia a las características y circunstancias de los distintos centros de trabajo, e los servicios que deberían prestarse en las fechas de la convocatoria de huelga. Junto a ello hay que decir que los cuadros incorporados en los Anexos de la resolución se limitan a designar en forma genérica el número de efectivos que deberán prestar servicio los días de la huelga en los distintos centros de trabajo, en función de turnos y jornada, pero no contienen tampoco referencia a alguna a criterios que los justifiquen y estos, como acabamos de decir, no se encuentran en el contenido del citado acto administrativo. De esta manera debemos confirmar el vicio de falta de motivación que la sentencia impugnada aprecia para llegar a afirmar la efectiva vulneración del derecho fundamental invocado --derecho de huelga- pues sin esos criterios de determinación del nivel de los servicios no es posible valorar su suficiencia ni la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho de huelga que se impone a los convocantes y los derechos e intereses que resulten afectados por ella. Es evidente que esa ponderación exige del órgano administrativo competente la correspondiente individualización y la inclusión en su decisión de un razonamiento suficiente sobre la necesidad del concreto porcentaje de servicios mínimos que ha de establecerse para garantizar la protección del correspondiente servicio esencial para la comunidad. Y esa es, cabalmente, la doctrina que aplica la Sala de instancia al analizar la legalidad de la resolución administrativa»

DATOS AUTO

Recurso Casación núm. 54/2017.
 Cuestión de Competencia
 Fecha Auto: 19 de febrero de 2018
 Ponente: Excmo. Sr. D. Luís María Díez-Picazo Giménez.

TEMA

Cuestión de Competencia: responsabilidad patrimonial de la Administración ordinaria o común: actos y disposiciones del Consejo de Ministros.

ASPECTOS EXAMINADOS

- La Sala, tras expresar los datos a tener en cuenta, declara: El art. 12.1.a) LJCA atribuye a esta Sala el conocimiento en única instancia de los recursos que se deduzcan contra las disposiciones y actos del Consejo, de Ministros es bien sabido. Pero dista de ser evidente que el autor del acto administrativo de 31 de marzo de 2017, cuyas peculiares características han quedado expuestas más arriba, sea efectivamente el Consejo de Ministros. Dos consideraciones abonan esta afirmación. Por un lado, el presente caso no versa sobre una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado legislador, supuesto en que efectivamente la competencia judicial correspondería a esta Sala. El tenor de lo pretendido por la recurrente tanto en vía administrativa como jurisdiccional no permite pensar que así sea. Se trata de una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración ordinaria o común. De aquí, además, que la cita de la STS de 20 de junio de 2016 hecha por la Sala de instancia resulte irrelevante. Por otro lado, el acto administrativo de 31 de marzo de 2015 reunía todos los requisitos necesarios para ser completo y eficaz sin necesidad alguna de que, al final de su texto, se elevase al Consejo de Ministros: contiene una exposición de los hechos y una motivación, resuelve la solicitud formulada, es adoptado por el órgano administrativo legalmente competente y dice de sí mismo que es definitivo en vía administrativa, advirtiendo al destinatario de que puede impugnarlo ante la Audiencia Nacional. En pocas palabras, se trataba de un acto administrativo completo, al que la aprobación o ratificación por el Consejo de Ministros no podía añadir nada, por lo que la única finalidad concebible de su remisión al Consejo de Ministros es la puramente informativa. Declarando la competencia de la Audiencia Nacional.

DATOS AUTO

Recurso Casación núm. 49/2017.
 Cuestión de Competencia
 Fecha Auto: 7 de febrero de 2018
 Ponente: Excmo. Sr. D. Luís María Díez Picazo Giménez.

TEMA

Cuestión de Competencia: la recurrida proviene de la Comisión Delegada para Asuntos Económicos, si bien la exteriorización de la misma adopta la forma de orden del ministerio correspondiente.

ASPECTOS EXAMINADOS

- La presente exposición tiene su origen en la impugnación por la Asociación Cultural Alfa Salud Total de la Orden SSI/1305/2016, de 27 de julio, por la que se procede a la actualización en 2016 del sistema de precios de referencia de medicamentos en el Sistema Nacional de Salud. La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional considera que la competencia objetiva para conocer del recurso contencioso-administrativo interpuesto corresponde a esta Sala del Tribunal Supremo, y ello en virtud del artículo 12.1.a) de la LJCA, pues la Orden recurrida proviene de la Comisión Delegada para Asuntos Económicos, si bien la exteriorización de la misma adopta la forma de orden del ministerio correspondiente. La Orden recurrida se dicta de acuerdo con la habilitación específica prevista en el artículo 5,1 del Real Decreto 177/2014, de 21 de marzo, por el que se regula el sistema de precios de referencia y de agrupaciones homogéneas de medicamentos

en el Sistema Nacional de Salud, y determinados sistemas de información en materia de financiación y precios de los medicamentos y productos sanitarios, en la redacción dada por la Disposición Final vigésimo primera de la Ley 45/2015, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016, y que establece: «Con carácter anual y previo informe, á. la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, la persona titular del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad por medio de la correspondiente orden, actualizará el sistema de precios de referencia mediante el establecimiento de los nuevos conjuntos de referencia y los precios de referencia de las presentaciones de medicamentos incluidas en los mismos, la revisión de los precios de referencia de las presentaciones de medicamentos incluidas en los conjuntos ya existentes y, en su caso, supresión de los conjuntos cuando dejen de cumplir los requisitos establecidos en el artículo 3. En el citado informe se recogerá de forma expresa la metodología seguida en el procedimiento de elaboración de la correspondiente orden y, particularmente, los criterios de aplicación de los supuestos contemplados en el artículo 4.4. A tal efecto, la tramitación de la citada orden de actualización anual se iniciará, cada año, en el mes de abril y se utilizará la información del Nomenclátor oficial de la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud de aplicación el día 1 del mes de abril en que se inicie la tramitación de la correspondiente orden». Por otra parte, la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos informó sobre el proyecto de la anterior orden en reunión celebrada el día 14 de julio de 2016. Es criterio de este Tribunal Supremo que lo decisivo, para atribuir la competencia objetiva a esta Sala del Tribunal Supremo ex artículo 12.1.a) LJCA, es que la Orden sea dictada previa autorización de la Comisión Económica Delegada para Asuntos Económicos -por todos, auto de 19 de noviembre de 2014, dictado en el recurso ordinario núm. 877/2014-, y en el presente caso la Orden recurrida la dicta el ministro de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, y no lo hace previa autorización de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, sino que lo hace previo informe de la citada Comisión, por así preverlo el artículo 5.1 del Real Decreto 177/2014, de 21 de marzo, en la redacción dada por la Disposición Final vigésimo primera de la Ley 45/2015, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016, que difiere respecto a la redacción anterior, que exigía el previo acuerdo de la citada Comisión para_ que la persona titular del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad pudiera actualizar el sistema de precios de referencia Por lo tanto, procede concluir que la Orden recurrida se dicta por propia autoridad del ministro de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, por lo que la competencia objetiva corresponde a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, y ello de conformidad con lo dispuesto por el artículo 11.1.a) LJCA, que establece que dicha Sala conocerá «De los recursos que se deduzcan en relación con las disposiciones generales y los actos de los Ministros y de los Secretarios de Estado en general [...]». En el mismo sentido, autos de esta Sala de 13 de septiembre y 25 de octubre de 2017, dictados en las cuestiones de competencia números 27/2017 y 34/2017, respectivamente.

DATOS SENTENCIA

Recurso Casación núm. 37/2015
 Sentencia núm.329/2018,
 Fecha Sentencia: 5 de marzo de 2018
 Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Montero Fernández.

TEMA

Error judicial: carácter fáctico y jurídico.

ASPECTOS EXAMINADOS

- El Ministerio Fiscal en su informe ya puso de manifiesto que el pretender fundamentar el fallo en un presupuesto fáctico-jurídico inexistente podría en su caso constituir un error patente en el razonamiento judicial determinante de una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Deja constancia de la finalidad instrumental del ejercicio de la acción de declaración de error judicial dirigida a obtener una reparación económica a cargo del Estado, y si bien no es su objeto incompatible con la interposición de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, si conduce simultáneamente ambos recursos a resultados que dan lugar a la inoperancia del recurso de error judicial, pues de estimar el Tribunal Constitucional el recurso de amparo se anularía la sentencia desapareciendo el posible error y de desestimarlo dejaría sin sustento la base argumental del recurso de error judicial. Nos ilustra la parte recurrente que en dicho recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional ha recaído providencia de 19 de noviembre de 2015 inadmitiéndolo; lo que a su entender conlleva desvirtuar las alegaciones del Ministerio Fiscal sobre el carácter supuestamente condicionante. Sin embargo, la conclusión a la que conduce la decisión del Tribunal Constitucional debe determinar la suerte del presente. Contra la sentencia de 18 de noviembre de 2014 se interpuso incidente de nulidad de actuaciones, basado en las tres quiebras hechas valer en el presente recurso de error judicial, por considerar la vulneración de los derechos referidos en el art. 53.2 de la CE, concretándola en la

vulneración de la tutela judicial efectiva, en tanto que los errores imputados inciden directamente en este principio básico. El auto de 5 de mayo de 2015 desestimó el incidente de nulidad. Le corresponde al Tribunal Constitucional, a través del recurso de amparo, la protección frente a la vulneración de los derechos y libertades reconocidas en los arts. 14 a 29 y 30.2 de la CE, asignadas, también, por resoluciones judiciales (art. 44). Si el Tribunal Constitucional ha decidido inadmitir el recurso de amparo, tras haberse dictado el auto desestimando el incidente de nulidad, cuyos motivos ya se han puesto de manifiesto, coincidentes con los hechos valer en el presente recurso de error judicial, no siendo posible entrar a dilucidar la concurrencia de los errores denunciados sin un previo enjuiciamiento sobre la vulneración del principio de tutela judicial efectiva, y debiendo estar a lo resuelto y decidido por el Tribunal Constitucional no reconocida la vulneración de dicho derecho constitucional no es posible identificar error judicial alguno. A más abundamiento, cabe añadir que la posible falta de claridad e incluso el propio silencio en la resolución judicial respecto de cuestiones que hayan podido plantearse no pueden conformar el error judicial, pues el error judicial sólo es posible identificarlo de las manifestaciones fácticas o jurídicas realizadas en la resolución judicial cuestionada, esto es, en la naturaleza de la respuesta dada. Silencios u omisiones, podrán dar lugar, en su caso, a otras queiebras que pudieran resultar trascendentes para la validez de lo resuelto, pero que resultan ajenas conceptualmente al error judicial que ahora interesa. El error judicial relevante debe ser inequívoco, de suerte que no quepa duda alguna del desacierto en las conclusiones tácticas o en la absoluta improcedencia del Derecho aplicado, y además dicha equivocación ha debido ser determinante para la decisión adoptada. Por ello puede afirmarse que el objeto del proceso por error judicial no es enjuiciar la corrección de la decisión judicial adoptada, sino verificar si resulta injustificable táctica o jurídicamente. Sobre el error judicial para la denegación de la subvención del año 2000, a nuestro modo de ver, sin embargo, no sólo no es posible atender al razonamiento que acompaña la parte recurrente para llevarnos al convencimiento de que se denegó la subvención del año 2000, por dicho único motivo, pues si hubiera entendido que el Programa Operativo tuvo una duración bianual, y no trianual como era normativamente preceptivo para su validez, lo procedente era negar la procedencia de la subvención de las tres anualidades en cuanto se había incumplido la duración mínima, no de la anualidad correspondiente a 2000, sino también las de 2001 y 2002, lo que no fue el caso. Aparte de que ya la sentencia de la Sala en su Fundamento Cuarto, tras distinguir los años 2001 y 2002, recogen un conjunto de incumplimientos referidos globalmente.

- Sobre el error judicial de orden fáctico al seleccionar el material probatorio respecto de la denegación de los años 2001 y 2002, ya se ha dejado dicho que no cabe confundir lo que son queiebras in procedendo por omisión o por falta de motivación suficiente, que de concurrir, que a nuestro criterio no es el caso, tendrían que subsanarse a través de los cauces previstos al efecto, con lo que constituye un error judicial en el que ha de atenderse a la naturaleza de lo expresado en la resolución judicial. No cabe, pues, hablar de error judicial cuando lo que se denuncia es la errónea valoración de una prueba o incluso su falta de valoración. Además el Informe Pericial de 31 de agosto de 2006 contesta a los extremos planteados: 1. Importe de las inversiones admitidas al Programa Operativo. 2. Valor de la producción comercializada a los efectos del cálculo del límite máximo de la ayuda financiera comunitaria, 3. Importe máximo de la ayuda financiera comunitaria. 4. Aportaciones de los socios al Programa Operativo aplicado en los años 2000, 2001 y 2002. Atendiendo a los términos en que se pronuncia la sentencia a la que se le achaca el error judicial, se constata indubitablemente que los motivos de la denegación de las subvenciones correspondientes a los años 2001 y 2002 superan y exceden palmariamente de los puntos que fueron objeto del informe pericial; basta leer la misma para comprobar, siguiendo las conclusiones de la Administración, que se distingue, Fundamento Jurídico Cuarto, como ampliamente se recogen los incumplimientos relativos a 2001, a 2002 y al conjunto del Programa, que se suceden no sólo incumplimientos materiales sino formales, determinantes para la denegación de la denegación.
- Sobre el error judicial de carácter jurídico por inaplicación del artículo 3.2b del Reglamento Comunitario 609/2001, respecto de la subvención 2002. Dicho lo anterior, resulta evidente que decaen los argumentos que sobre este punto realiza la parte recurrente. Ya hemos indicado que en el Fundamento Jurídico Cuarto de la sentencia de la Audiencia Nacional, se recogen numerosísimos incumplimientos impeditivos del reconocimiento de las subvenciones en las distintas anualidades cuestionadas, y respecto del año 2002 expresamente se recoge el de la obligación de abrir una determinada cuenta, lo que constituye un incumplimiento más y que desde luego, visto el monto de incumplimientos desmiente el presupuesto sobre el que el recurrente monta esta alegación, cual es que el único motivo de la denegación es el que pone de manifiesto en las conclusiones de BDO AUBIBERIA, lo cual mal se compadece con la realidad que pone de manifiesto la sentencia. En el Fundamento Quinto la sentencia entra sobre unas concretas alegaciones realizadas al respecto por la recurrente, que desde luego ni desdice ni corrige lo expresado en el Fundamento anterior, suficiente para la denegación de la subvención correspondiente a 2002.

DATOS AUTO

Recurso Casación núm. 1310/2017

Fecha Auto: 9 de marzo de 2018

Ponente: Excm. Sra. D^a Celsa Pico Lorenzo.

TEMA

Recurso de casación: ausencia manifiesta de interés casacional para la formación de jurisprudencia.

ASPECTOS EXAMINADOS

- La Sala de admisión declara que no desconoce que, en asuntos similares aunque no idénticos pero, relacionados con la cuestión que subyace en el presente recurso, se han dictado diversos autos de admisión (recursos de casación 1135/2017, 2470/2017, 2531/2017 y 3972/2017), en los que suscita interés casacional la cuestión de, si la imposición por la Administración pública competente de la sanción por la comisión de la infracción en materia de defensa de los consumidores y usuarios contemplada en el artículo 49.1 letra 1) del RDL 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (introducción de cláusulas abusivas en los contratos) requiere la previa declaración del carácter abusivo de la cláusula por parte de la jurisdicción civil, o si, por el contrario, basta con que la resolución administrativa sancionadora califique, motivadamente, como cláusula abusiva, extendiéndose a tal razonamiento, a título prejudicial, el enjuiciamiento del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.
- El criterio contenido en algunos de esos autos, de acordar la admisión, pese a haberse dictado sentencia de fecha 16 de septiembre de 2017, en el recurso de casación en interés de la ley núm. 2452/2016 (que fija doctrina legal en sentido contrario a lo reclamado por la recurrente en el presente recurso de casación) por el hecho de que el órgano jurisdiccional no tuvo posibilidad de integrarla en la fundamentación de su fallo al ser la sentencia de esta Sala posterior, y que estaba amparado por la actual regulación del recurso de casación para preparar el recurso en los términos realizados, debe ser modificado en el caso presente. Aquí el recurso no se formula por la administración sino por la entidad bancaria. Por ello la fijación de la doctrina legal expresada, y recogida en el Fundamento Jurídico primero de este auto ("«La Administración puede sancionar la utilización de cláusulas abusivas en los contratos con consumidores y usuarios en aplicación de los tipos infractores previstos en Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, en relación con los artículos 82 y 85 a 90, sin necesidad de previa declaración judicial del orden civil»"), revela en el presente recurso la ausencia manifiesta de interés casacional para la formación de jurisprudencia y, por tanto, de un pronunciamiento de la Sección de Enjuiciamiento.

SECCIÓN SOCIAL

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 93/2018

Fecha Sentencia: 5/02/18 (SENTENCIA DE PLENO)

Recurso de casación en unificación de doctrina nº 680/16

Ponente: Excm. Sra. D^a. M.^a Lourdes Arastey Sahún.

TEMA

Prestaciones por cuidado de hijo (falta de contradicción).

ASPECTOS EXAMINADOS

- El objeto de la demanda es el reconocimiento del derecho a percibir prestaciones por cuidado de hijo enfermo. En el recurso se denuncia la infracción del art. 135 quater LGSS, aportando como contradictoria una sentencia del TSJ de Cataluña que reconoce el derecho a la prestación en un supuesto en que se trataba del cuidado de una menor que es diagnosticada de diabetes mellitus tipo I a los 6 años de edad. Solicitada la prestación casi dos años después, la sentencia parte de la necesidad de control por parte de los progenitores del desarrollo de la enfermedad de su hija, poniendo de relieve, precisamente, la singularidad y circunstancias concurrentes en cada caso. En el caso objeto del recurso se constata que el menor se halla escolarizado y que una profesora se ofreció a efectuar el suministro de insulina y la realización de los controles de glucemia, circunstancias de hecho que no existen en la sentencia de contraste. La Sala del Alto Tribunal entiende que es éste un elemento decisivo para negar que concurra la contradicción del art. 219.1 LRJS. En este sentido la propia sentencia de contraste ya puso de relieve la necesidad de que este tipo de situaciones haya de valorarse caso por caso. Argumenta la sentencia que, si ninguna duda cabe de la naturaleza de la enfermedad, al estar incluida de modo expreso en el Anexo del RD 1148/2011, de 29 de julio, que desarrolla el precepto legal invocado en el recurso, no puede obviarse el que el derecho a la prestación se vincula a la concurrencia de la misma con la circunstancia de la necesidad de cuidado directo, continuado y permanente del menor, lo cual excluye el automatismo del nacimiento del derecho a la prestación.
- Dado, pues, que las circunstancias específicas de cada supuesto habrán de ser valoradas para discernir si se dan todos los presupuestos para el reconocimiento del derecho, la diferencia fáctica apreciada en este caso entre la sentencia recurrida y la de contraste impide la consideración de que las doctrinas que se plasman en las sentencias comparadas sean opuestas y, por ello, justificativas de la unificación doctrinal a la que el recurso de casación se dirige. Por el contrario, ambas sentencias acometen el análisis de los respectivos litigios con un mismo planteamiento, señalando la necesidad de valorar las particularidades del caso y no la mera aparición de la enfermedad, en línea ya seguida por la STS de 28/06/16, rec. 80/15.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 94/18

de 6/02/18 (SENTENCIA DE PLENO)

Recurso de casación en unificación de doctrina nº 1080/16.

Ponente: Excm. Sra. D^a. M.^a Milagros Calvo Ibarlucea.

TEMA

Reclamación cantidad (aplicación plazo prescripción, no de caducidad)

ASPECTOS EXAMINADOS

- La cuestión objeto de debate se refiere al instituto aplicable, caducidad o prescripción, y por tanto a las normas contenidas en los artículos 44 y 43 de la LGSS en relación a un premio de antigüedad que la Universidad demandada abona con motivo de la jubilación forzosa de sus trabajadores. En el caso de la demandante el premio había sido reconocido, pero en cantidad inferior a la que considera procedente la actora que al recurrir alega la infracción de los artículos 44.1 y 43.1 del Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20 de junio por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
- A la demandante se le reconoció el premio que acompaña a la jubilación forzosa, pero en una cuantía que discute al haber sido calculada sobre la base de un salario que corresponde a la jornada a tiempo parcial.

- El art. 44 LGSS dispone lo siguiente: "Caducidad. - 1) El derecho al percibo de las prestaciones a tanto alzado y por una sola vez caduca al año, a contar desde el día siguiente a de haber sido notificada en forma al interesado su concesión. 2.- Cuando se trate de prestaciones periódicas, el derecho al percibo caducará al año de su respectivo vencimiento". En ambos supuestos, prestaciones de pago periódico y prestaciones a tanto alzado, razón por la que acciona la recurrente, el precepto hace referencia al "derecho al percibo", contrastando con los términos empleados por el art. 43 LGSS que contempla el régimen de la prescripción, sin distinción entre prestaciones de pago periódico o a tanto alzado, lo que es lógico pues la técnica del reconocimiento no reviste diferencia alguna entre ambas, y la del pago sí que la posee dada la forma repetitiva en el tiempo que forzosamente reviste el pago periódico. Así, este precepto se limita a disponer que el derecho al reconocimiento de las prestaciones prescribirá a los cinco años, contados desde el día siguiente a aquel en que tenga lugar el hecho causante de que se trate, sin perjuicio de las excepciones que se determinen en la ley y de que los efectos de tal reconocimiento se produzcan a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud, particularidad ésta última que lógicamente solo puede afectar a las pretensiones de pago periódico.
- La sentencia examinada hace referencia a la Jurisprudencia de la Sala sobre el distinto ámbito de aplicación del instituto de la caducidad y de la prescripción, y argumenta que no cabe aplicar un plazo de caducidad cuya utilidad se ciñe a prestaciones reconocidas, pacíficas en su cuantía e impagadas. El plazo dentro del cual puede reclamar la demandante es el que afecta al reconocimiento de un derecho pues la actora no considera satisfecha su pretensión al no ajustarse, según su criterio, a la cuantía convencional. Procedería el plazo de caducidad si, reconocido el premio en la totalidad que la actora considera adecuada, dicha cuantía hubiera sido satisfecha solo en parte o la demandada no la hubiera hecho efectiva en ningún momento, pero no es ese el supuesto objeto del pleito, sino el de una decisión no ajustada a derecho, en opinión de la beneficiaria, a la que se enfrenta interponiendo una demanda cuya presentación tuvo lugar transcurrido más de un año y menos de cinco años desde el acto de su reconocimiento, de donde resulta aplicable el plazo de prescripción regulado en el art. 43 LGSS en lugar del artículo 44 del mismo texto legal cuyo único objeto es el de regular la caducidad en relación a prestaciones reconocidas e indiscutidas. Con estos argumentos se estima el recurso declarando la inexistencia de caducidad

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 118/18

Fecha Sentencia: 8/02/18 (SENTENCIA DE PLENO)

Recurso de casación en unificación de doctrina N.º 404/16

Ponente: Excmo. Sr. D. D. Sebastián Moralo Gallego.

TEMA

Derechos (reingreso tras excedencia voluntaria; falta de contradicción respecto de uno de los motivos de recurso).

ASPECTOS EXAMINADOS

- El demandante en este pleito es un tripulante de cabina de pasajeros de la Cía. Iberia que solicitó excedencia voluntaria por el periodo de 1 de enero de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2008, siéndole concedida; solicitó prórroga de la excedencia por un periodo de cuatro años, desde el 1 de enero de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2012, siéndole concedido por la empresa. Mediante correo electrónico de 16 de septiembre de 2012 solicitó la reincorporación al mismo puesto de trabajo que ocupaba o a otro similar, comunicándole la empresa, mediante escrito de 14 de diciembre de 2012, la inexistencia de vacante y que contactarían con él tan pronto las necesidades productivas de la empresa así lo requirieran. Consta también en HP que mediante resolución de la Dirección Provincial del INSS se declaró, en fecha 18 de abril de 2013, a una tripulante de cabina de pasajeros en vuelo, en situación de IPT, pasando a prestar servicios en tierra; así como que desde el 1 de enero de 2013 se han producido siete extinciones de contratos de trabajadores con la misma categoría que el actor, cinco por despido disciplinario y dos por renuncia del propio trabajador. En ERE se acordó utilizar como vía extintiva los instrumentos previstos en el mismo, durante el periodo 2013-2015, entre los que se encontraban: bajas incentivadas; prejubilaciones; extinción del contrato para TCP con pérdida definitiva de licencia de vuelo; funcional TCP; recolocación diferida; y novación contrato empleo estable.
- La sentencia de Suplicación resulta desestimatoria de la demanda por entender que, si bien es cierto que se han producido vacantes en puestos de trabajo de la misma categoría que el ocupado por el actor -uno por declaración de la trabajadora en situación de IPT, cinco por despido disciplinario y dos por renuncia del propio trabajador-, dichas extinciones de contrato no imponen a la empleadora la obligación de cubrirlos, como pretende el actor.

- En el primero de los motivos del recurso se alega la incongruencia de la sentencia solicitando su nulidad, pero la Sala aprecia la inexistencia de contradicción: En la recurrida, la Sala del TSJ, al resolver el recurso de suplicación formulado por IBERIA, estima el motivo formulado por la parte, en el penúltimo párrafo del motivo primero, a saber, que la existencia de algunos despidos en realidad no supone que existan vacantes ya que dichos puestos han quedado vacíos de contenido y no han sido ocupados por otros trabajadores, alegación que aparece por vez primera en el escrito de formalización del recurso de suplicación, pero que la parte recurrida en su escrito de impugnación del recurso no puso de relieve que, en su caso, se estaba planteando en el recurso una "cuestión nueva" no alegada en la instancia. La Sala no ha introducido esa cuestión "ex officio" al resolver el recurso de suplicación, sino que ha estimado el motivo de recurso formulado por el recurrente. Por el contrario, en la sentencia de contraste se decreta la nulidad de la sentencia de instancia porque se aprecia que la misma ha incurrido en incongruencia "extra petitem", al introducir la Sala de instancia una causa de pedir que no fue propuesta por la parte demandante en la demanda, ni tampoco fue objeto de contradicción en el juicio. En definitiva, mientras en la sentencia recurrida la Sala estima el motivo propuesto por la parte en el recurso de suplicación -aunque no había sido alegado en la instancia- en la de contraste es el propio Tribunal el que introduce una causa de pedir que no había sido propuesta por el actor en su demanda. Ante la disparidad de hechos, la Sala aprecia que no concurre el requisito de la contradicción.
- Para el segundo de los motivos sí se aprecia la existencia de contradicción porque en ambos supuestos (recurrida y referencial) se trata de trabajadores de Iberia que solicitan excedencia voluntaria y cuando, tras finalizar ésta solicitan el reingreso, la empresa se lo deniega manifestando que no tiene vacantes de su categoría. Queda acreditado que se han producido vacantes de la categoría de los actores, alegando la empresa que el hecho de que se hayan producido algunos despidos, o declaración de trabajadores en situación de IPT, no supone que existan vacantes ya que dichos puestos han quedado vacíos de contenido y no han sido ocupados por otros trabajadores. La sentencia recurrida ha entendido que no cabe identificar el derecho potencial o expectante del excedente voluntario, condicionado a la existencia de vacantes, con el deber de la empresa de llamar al trabajador excedente cuando tiene lugar alguno de los supuestos referidos -extinciones de contrato, declaración de IPT- si no se ha contratado a personal externo. Por el contrario, la sentencia de contraste razona que constando que una trabajadora, con la categoría del actor excedente, causó baja en la empresa por IPT, a falta de otros elementos más determinantes, se ha de concluir que existe una vacante de la categoría profesional del actor.
Se alega la interpretación errónea y vulneración del art. 46.5 ET. La Sala del Alto Tribunal parte de la base de que estamos ante un supuesto de excedencia voluntaria común, es decir, la que tiene su origen en una decisión unilateral e interés propio del trabajador, no en un pacto con el empresario para la suspensión del contrato de trabajo en los términos que se hubieren podido acordar al amparo del art. 45. 1º a) y b) ET. Señala que la excedencia voluntaria no es un supuesto legal de suspensión del contrato de trabajo, puesto que, a diferencia de la forzosa, no se encuentra incluida entre las causas de suspensión del art. 45 ET, sino que constituye una situación jurídica muy peculiar que queda estrictamente limitada a los términos del derecho expectante al reingreso que se le atribuye al trabajador, tal y como pone de manifiesto el art. 46.5 ET. El excedente voluntario "solo" conserva un derecho "preferente" para reingresar en las vacantes que pudieren existir en la empresa de igual o similar categoría a la suya; no se le reconoce un derecho automático e incondicionado al reingreso, ni tan siquiera un derecho a secas, sino un derecho al que de forma expresa se asigna el adjetivo "preferente", una primacía o ventaja sobre otra persona, a la hora de ocupar cualquier vacante de igual o similar categoría que pudiere existir en la empresa. El legislador está contemplando la situación en la que el empleador cubre una vacante de igual o similar categoría, y bajo ese presupuesto entra en juego la regla que activa la preferencia reconocida al excedente para ocuparla con carácter prioritario frente a otros trabajadores.
- La Sala hace referencia a su Jurisprudencia más reciente sobre la materia, de la que deduce que durante el periodo de duración de la situación de excedencia voluntaria la empresa no está obligada a reservar al excedente voluntario las vacantes que pudieren producirse, sino que puede disponer de ellas y cubrirlas con nuevas contrataciones, o reasignando y distribuyendo sus cometidos laborales entre otros trabajadores, o bien incluso procediendo a la amortización de la misma, en el correcto ejercicio de sus facultades de dirección y organización del trabajo. También se señala que una vez que el trabajador excedente ya ha formulado la solicitud de reingreso, no es admisible que la empresa proceda a ocupar puestos de trabajo de igual o similar categoría, no ya solo mediante la contratación de personas hasta ese momento no vinculadas a la empresa, sino tampoco mediante la conversión de contratos de duración determinada y a tiempo parcial en contratos indefinidos y a tiempo completo, porque no puede oponerse la transformación del empleo temporal y parcial frente al derecho preferente del excedente (STS 12/02/2015).
- De este cuerpo doctrinal surgen dos consideraciones: a) que el análisis del derecho del trabajador excedente no puede prescindir del adjetivo preferente al que va indisolublemente unido, y se debe decidir en cada caso hasta qué punto debe prevalecer el mejor derecho del excedente sobre la fórmula o herramienta que haya utilizado el empresario para atender las vacantes existentes en la fecha de la solicitud; y b) que ese derecho preferente se activa cuando la actuación de la empresa evidencia la existencia de necesidad de mano de obra permanente y de las características del actor, esto es, la existencia de vacantes adecuadas para el reingreso.

- Precisa la sentencia que examinamos que la cuestión que subyace en asuntos como el presente, no es otra que la de determinar si realmente puede considerarse que hay vacantes en una empresa privada cuando el empleador decide no cubrir las bajas que se producen tras la extinción de uno o varios contratos de trabajo. En la Administración Pública los puestos de trabajo pueden estar perfectamente cuantificados e individualmente identificados, existiendo incluso la obligación legal de cubrir las vacantes mediante los oportunos sistemas de concurso y oposición. Pero en las empresas privadas no hay ninguna norma legal que imponga con carácter general al empresario la obligación de cubrir los puestos de trabajo que quedan vacantes, a salvo, por supuesto, de las obligaciones que en esta materia puedan establecer los convenios o pactos colectivos, o las especiales circunstancias concurrentes en casos específicos, por ejemplo, los contratos de relevo. Al margen de esas singularidades, el derecho a la libertad de empresa que consagra el art. 38 CE, y las facultades de dirección y organización que el art. 20 ET atribuye al empresario, le habilitan para adoptar la decisión de no cubrir la vacante producida tras la extinción del contrato de trabajo.
- Entiende la Sala que lo que debemos preguntarnos es si realmente existe tal vacante cuando el empresario deja sin contenido el puesto de trabajo desempeñado por el trabajador cuyo contrato se extingue, y lo suprime, de tal forma que, simplemente, dejen de realizarse las funciones y tareas que venía desempeñando, o se redistribuyan entre las demás trabajadoras de la empresa. Si en esa situación la empresa decide contratar a un nuevo trabajador para asumir esas tareas, se demuestra con ello la existencia de una vacante, y ninguna duda cabe que opera la preferencia de la que es titular el excedente voluntario que ha solicitado el reingreso. Pero si la empresa no recurre a ninguno de estos mecanismos para seguir llevando a cabo los cometidos de aquel puesto de trabajo, y lo que hace es, simplemente, suprimirlos y dejar de realizarlos, no puede entonces admitirse que exista una vacante a la que tenga derecho el excedente. Esto liga con la doctrina de la Sala que afirma que la empresa puede amortizar el puesto de trabajo vacante, y que los trabajadores en excedencia voluntaria no han de estar incluidos en un despido colectivo por cierre de la empresa. Ningún requisito de carácter formal impone nuestra legislación para que la empresa proceda a la amortización de la vacante que se produzca y a cuya cobertura aspira el excedente, por lo que a salvo de lo que pudiere haberse acordado en Convenios o pactos colectivos, la vacante debe entenderse amortizada si el puesto de trabajo queda vacío de contenido porque sus funciones desaparecen y dejan de prestarse, o bien incluso, cuando fue amortizada por reasignación de sus cometidos laborales a otros trabajadores. De los hechos probados únicamente se desprende que se han extinguido las relaciones laborales de varios trabajadores de su misma categoría profesional con posterioridad a la solicitud de reingreso, pero en la medida en que la empresa ha dejado sin contenido esos puestos de trabajo al no haber activado ningún mecanismo para su cobertura, no cabe considerar que exista vacante a la que en el momento actual tenga derecho el demandante, y sin perjuicio de que pueda presentarse esa situación en el futuro mientras no haya prescrito la acción de reingreso de la que sigue titular.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 195/18

Fecha Sentencia: 22/02/18 (SENTENCIA DE PLENO)

Recurso de casación N.º 192/17

Ponente: Excm. Sr. D^ª Rosa María Virolés Piñol.

TEMA

Despido Colectivo (buena fe negocial; aportación documentos; causas técnicas y organizativas)

ASPECTOS EXAMINADOS

- En este pleito de despido colectivo, el Sindicato demandante y recurrente alega la infracción del art. 124.11 LRJS, del art. 51.2 ET y de los arts. 3.2 y 5 del RD 1483/12, Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada. Se alega por el recurrente que la sentencia recurrida no declara que la decisión extintiva de los despidos llevados a cabo en el marco del Despido Colectivo tramitado, es nula, o en su caso, no ajustada a derecho; también que ni en el inicio de la tramitación del periodo de consultas, ni con posterioridad, la empresa ha aportado la documentación exigida legalmente que le fue requerida, y en concreto la Memoria Explicativa de las causas del despido; que no se ha celebrado el periodo de consultas legalmente indispensable, puesto que la postura de la empresa ha sido inamovible en el sentido de extinguir los contratos de los 10 trabajadores sin relación con causa objetiva alguna; que la empresa ha incurrido en mala fe negocial, puesto que ha impedido la negociación efectiva y real al no suministrar a la parte social la información sobre la situación real de la empresa ni la memoria explicativa en relación a la causa técnica u organizativa alegada; por último, señala que el despido debió declararse nulo, o subsidiariamente no ajustado a derecho, por cuanto del

contenido de la documental y de la pericial practicada en el acto del juicio oral, no han quedado acreditadas las causas técnicas u organizativas que se alegan para proceder al despido colectivo.

- La Sala recuerda su doctrina relativa a la denunciada falta de aportación documental, manifestando que la finalidad de tal exigencia es la de que los representantes de los trabajadores tengan una información suficientemente expresiva para conocer las causas de los despidos y poder afrontar el periodo de consultas adecuadamente, y también recuerda que no todo incumplimiento de las previsiones contenidas en el precepto reglamentario puede alcanzar la consecuencia de nulidad que se pueda desprender del art. 124 LRJS, sino tan sólo aquella que sea trascendente a los efectos de una negociación adecuadamente informada. Recuerda la sentencia que, a pesar de los claros términos en que se expresan los arts. 6.2 RD 801/11 y 4.2 RD 1483/12, así como del 124 LRJS, de todas formas la enumeración de documentos que hace la norma reglamentaria no tiene valor «ad solemnitatem», y no toda ausencia documental por fuerza ha de llevar a la referida declaración de nulidad, sino que de tan drástica consecuencia han de excluirse -razonablemente- aquellos documentos que se revelen «intrascendentes» a los efectos que la norma persigue.
- Ya en relación con los autos, se pone de manifiesto que la sentencia recurrida en sus indiscutidos hechos probados hace constar la documentación entregada a los representantes de los trabajadores en relación con las causas alegadas técnicas y organizativas justificativas del despido colectivo, número y clasificación profesional de los trabajadores empleados en el último año y criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados, así como informe emitido por la Inspección de Trabajo que refiere las causas técnicas y organizativas que se exponen en la memoria explicativa, por lo que debe afirmarse que hubo suficiente información.
- En cuanto a la denunciada ausencia de buena fe negocial, se hace igualmente referencia a la doctrina de la propia Sala que pone de manifiesto el carácter de innegable generalidad del concepto de la buena fe, sosteniendo que la previsión legal no parece sino una mera especificación del deber general de buena fe que corresponde al contrato de trabajo (art. 1258 del Código Civil) y que en el campo de la negociación colectiva especifica el art. 89.1 ET. En el caso de autos se celebraron las reuniones del periodo de consultas (días 19/12/2016, 23/12/2016 y 29/12/2016) levantándose las correspondientes actas en las que se detalla la negociación, las alegaciones formuladas por los trabajadores y las medidas acordadas por la empresa en cuanto a la implantación de nueva maquinaria que hace más productivo el centro y conlleva la reorganización de la plantilla. Asimismo, constan los criterios tenidos en cuenta para la selección de los trabajadores, y no puede obviarse que la empresa, en la comunicación operada ante la Autoridad Laboral, ponía en conocimiento de la misma del despido de los 10 trabajadores por causas técnicas y organizativas, manteniendo su oferta de reubicar a los trabajadores afectados en otro centro de trabajo, con el compromiso de posterior nueva reubicación para cubrir eventuales vacantes. Todo ello denota que hubo una auténtica negociación.
- En cuanto a la alegación de que en la comunicación colectiva del despido no se indica con claridad la causa técnica y organizativa alegada para articular una correcta defensa procesal, para finalmente deducir que la causa, en su caso, es económica, la sentencia sostiene que las causas alegadas son técnicas u organizativas, como en todo momento ha puesto de manifiesto la empresa. El art. 51.1 del ET establece que "Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción" y "causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción". En el presente caso, han de considerarse acreditadas las causas técnicas y organizativas alegadas por la empresa en justificación del despido colectivo acordado, ello con base en el "Informe sobre industria extractora de aceite de semillas en Tarancón (Cuenca)", efectuado por un ingeniero industrial, conforme al cual, el centro de trabajo comenzó su actividad en el año 1980, presentando en la actualidad una notable pérdida de productividad y consiguiente rentabilidad, cuyo alcance económico se analiza en el estudio técnico presentado, debido a la obsolescencia de la maquinaria empleada para la actividad de producción de aceites y harinas oleaginosas. Concluye el informe señalando que con la implantación de los nuevos equipos industriales se ha hecho necesaria una reorganización del personal para ajustarla al nuevo sistema de producción, y que la utilización de nuevos equipos de trabajo supone una indudable innovación técnica con la consiguiente mejora en la rentabilidad del centro.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 209/18

Fecha Sentencia: 27/02/18

Recurso de casación en unificación de doctrina N.º 112/16.

Ponente: Excm. Sr. D^ª M.^ª Luisa Segoviano Astaburuaga.

TEMA

DESPIDO (responsabilidad de la empresa adquirente de unidad productiva en el seno de concurso; jurisdicción competente; sucesión empresa).

ASPECTOS EXAMINADOS

- La cuestión que se plantea en este recurso se ciñe a determinar si es responsable de las obligaciones del empleador -en situación de concurso- con sus trabajadores el adquirente, en el seno del concurso, de la unidad productiva autónoma empresarial, cuando en el Auto de adjudicación de la misma el Juez Mercantil ha hecho constar que no existe sucesión de empresa.
- La sentencia de Suplicación entendió que el Auto del Juez Mercantil excluía la responsabilidad de la empresa adquirente en el pago de la indemnización que pudiera derivarse con ocasión de la declaración de improcedencia del despido de la actora, en tanto que el mismo se produjo antes de la adjudicación, que la misma no se encontraba entre los trabajadores subrogados y que expresamente dicha resolución hacía constar que no se produciría la sucesión entre las empresas. Dicha resolución se dictó en el marco del artículo 148 de la Ley Concursal, que dispone que el Juez Mercantil aprobará la oferta en los términos que, en definitiva, estime convenientes y optando el mismo por aprobar la oferta sin introducir las limitaciones previstas en el art. 149.2 LC, por lo que la empresa recurrente no debe responder solidariamente con la empresa empleadora de las consecuencias de la declaración de improcedencia del despido de la actora.
- Recurre la actora en casación alegando la vulneración de los arts. 44 ET y 148 y 149 de la Ley Concursal, aduciendo que la Compañía adjudicataria ha de hacerse cargo de las deudas contraídas por la cesionaria. La Sala entra en el examen de los preceptos que han de ser tenidos en cuenta para resolver la cuestión debatida: La Directiva 2001/23/CE del Consejo, La Ley 22/03 Concursal en la redacción -teniendo en cuenta la fecha del Auto de adjudicación del Juzgado de lo Mercantil – dada por la Ley 38/11 (arts. 100, 109, 148, 149, 146 bis (introducido por la Ley 9/15), y el art. 44 ET
- En primer lugar se plantea la Sala el orden jurisdiccional competente para resolver si se produce transmisión de empresa en un supuesto en el que una empresa adquiere una unidad productiva en virtud de la liquidación efectuada en el seno de un procedimiento concursal, cuestión que ha sido resuelta de forma reiterada en el sentido de que la competencia para resolver esa cuestión es de la jurisdicción social, porque en la resolución de ese problema se encuentra implicada la recurrente, quien no ha sido parte en el proceso concursal, ni como deudor ni como acreedor, al haberse limitado a comprar una unidad productiva de la concursada, razón por la que su relación con el concurso de acreedores se ha limitado a la compra de un activo de la masa. Esta solución ha sido seguida, igualmente, por la Sala Especial de Conflictos de Competencia del art. 42 LOPJ en sus Autos de 9 de diciembre de 2015 (Conflicto 25/2015) y de 9 de marzo de 2016 (Conflicto 1/2016).
- A continuación, se plantea la Sala la incidencia que en el asunto tiene la declaración efectuada por el Juez de lo Mercantil de que la adjudicación de la unidad productiva no supone que exista sucesión de empresa entre las empresas adjudicataria y la titular de los bienes adjudicados. A este respecto hemos de tener en cuenta que el Juez de lo Mercantil es competente para pronunciarse sobre dicha cuestión, si bien con carácter prejudicial, en los términos establecidos en el art. 9 LC. La sentencia examina si efectivamente existe o no tal sucesión de empresa, a cuyo efecto se hace referencia a su doctrina sobre la materia (art. 44 ET) y a la del TJCE, poniendo énfasis en que el elemento relevante para determinar la existencia de una transmisión, a los efectos examinados, consiste en determinar si la entidad de que se trata mantiene su identidad, lo que se desprende, en particular, de la circunstancia de que continúe efectivamente su explotación o de que ésta se reanude. Entiende el Alto Tribunal que en el presente supuesto ha quedado acreditado que el adquirente se ha hecho cargo de una unidad productiva autónoma por lo que, en virtud de lo establecido en el art. 44.1 y 2 ET, existe sucesión de empresa, lo que, en principio, acarrea las consecuencias previstas en el apartado 3 del precitado artículo 44 en orden a la responsabilidad de cedente y cesionario respecto a las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la cesión.
- A continuación se entra en el examen de si, cuando la adquisición de una unidad productiva se produce en virtud de la adjudicación que el Juez Mercantil efectúa en la fase de liquidación del concurso, nos encontramos ante el fenómeno de la sucesión de empresa regulado por el art. 44 ET, norma de carácter imperativo por lo que, únicamente en el supuesto en el que existiera una disposición que estableciera que en estos particulares supuestos de empresas en situación de concurso no se produce la sucesión de empresa, habría de admitirse que no opera el fenómeno de la sucesión. La clave para la solución

del supuesto aparece en el apartado 4 del artículo 148 LC, que dispone: "En el caso de que las operaciones previstas en el plan de liquidación supongan la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, incluidos los traslados colectivos, o la suspensión o extinción colectivas de las relaciones laborales, previamente a la aprobación del plan, deberá darse cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 64" -procedimiento para la modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo, incluidos los traslados colectivos y de suspensión o extinción colectivas de las relaciones laborales, una vez declarado el concurso-. Si la adquisición de una unidad productiva autónoma en el seno del concurso no supusiera que existe sucesión de empresa, esta previsión normativa sería superflua, ya que la adquisición de la unidad productiva autónoma no conllevaría la asunción de los trabajadores de la empleadora, por lo que el plan de liquidación habría de limitarse a contemplar las condiciones de la realización de bienes y derechos del concursado, pero sin previsión alguna respecto a la situación de los trabajadores. Si del precepto resultare que no hay sucesión de empresa sería única y exclusivamente la empleadora la responsable de adoptar las medidas legales para la modificación sustancial de condiciones de trabajo, extinciones colectivas, etc. de sus trabajadores, pero estas medidas no tendrían que aparecer ligadas a la aprobación del plan de liquidación de los bienes de la masa activa, ya que la adquirente sería por completo ajena a la suerte de los trabajadores de la empleadora. La Sala, por tanto, concluye que la norma no ha excluido que la adquisición de una unidad productiva en el seno del concurso suponga sucesión de empresa sino, al contrario, de forma indirecta está admitiendo que en dicho supuesto se produce sucesión de empresa, sin que ello se oponga a lo dispuesto en el art. 5 de la Directiva 2002/23/CE que regula el supuesto de traspaso de empresa cuando el cedente se halle incurso en un procedimiento de quiebra que esté bajo la supervisión de una autoridad pública. Ello es así ya que, tal y como dispone el artículo 8 de la norma, la misma no afectará a la facultad de los Estados miembros de aplicar o adoptar disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables para los trabajadores, que es, en definitiva, lo que resulta del art. 148 LC. Sigue razonando la sentencia que tal conclusión tampoco contradice lo dispuesto en el art. 149 LC, al establecer las reglas legales supletorias para el supuesto de que no se aprobase el plan de liquidación, y que dispone, en su apartado 2: "Cuando como consecuencia de la enajenación...una entidad económica mantenga su identidad...se considerará, a los efectos laborales, que existe sucesión de empresa", ya que la sucesión de empresa opera por mor de lo dispuesto por el art. 44 ET con carácter imperativo, siempre que no exista una norma que la excluya expresamente.

- Habiéndose producido sucesión de empresa entre la empleadora de la trabajadora demandante y la adquirente, en el seno del concurso, de la unidad productiva autónoma, resta por determinar las responsabilidades exigibles a esta última, teniendo en cuenta que la adquirente, si bien se subrogó en los contratos de 28 trabajadores de la empleadora, no se subrogó en el contrato de la actora, que había sido despedida con anterioridad. En virtud de lo establecido en el art. 44.3 ET, el cedente y el cesionario responden solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas, y teniendo en cuenta la doctrina de la Sala sobre la materia, de la que se hace un pormenorizado examen, la sentencia considera que la interpretación que procede hacer del precepto cuestionado ha de ser la misma que ya fue tradicional en nuestro derecho histórico, o sea, la que entiende que el legislador español, yendo más allá del comunitario, ha establecido que, en caso de sucesión empresarial no solo se produce la subrogación de la nueva en los derechos y obligaciones del anterior empresario respecto de los trabajadores cedidos, sino que ha mantenido la responsabilidad solidaria de ambas empresas respecto de las deudas laborales que la empresa cedente tuviera pendientes de abonar, ante lo que desestima el recurso de la empresa adquirente.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 221/18

Fecha Sentencia: 27/02/18

Recurso de casación en unificación de doctrina N.º 2031/16.

Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel López García de La Serrana

TEMA

Seguridad Social (jubilación; régimen especial minería del carbón; planteamiento cuestión nueva; doctrina TJUE; cómputo de las cotizaciones ficticias para el cálculo del porcentaje de la pensión que debe satisfacer la SS española).

ASPECTOS EXAMINADOS

- La cuestión planteada en el presente recurso de casación para unificación de doctrina consiste en determinar si, dentro del régimen especial de la minería del carbón, las llamadas cotizaciones ficticias o por bonificación de edad se computan, además

de para causar la pensión, para fijar el porcentaje de la pensión que "a prorrata temporis" debe abonar la Seguridad Social Española, cuando la pensión se causa con aplicación de los Reglamentos de la CE.

- El INSS, al impugnar el recurso, plantea que el recurrente suscita una cuestión nueva, inadmisibles, con su recurso de casación unificadora, por cuanto en suplicación pidió una pensión de jubilación con cargo al INSS exclusivamente por importe equivalente al 100 por 100 de la base reguladora, mientras que ahora pide que sea a prorrata temporis y que el INSS solo pague el 78'21 por 100. La sentencia desestima tal excepción porque en todo momento, incluso en la vía administrativa previa, se ha controvertido la cuantía de la pensión y el porcentaje de la misma a cargo del INSS, y no hay que olvidar el principio de que quien pide lo más pide lo menos; en casación no se ha planteado una cuestión nueva, sino, como desde el principio, la cuantía del porcentaje que procedía aplicar conforme a la normativa aplicable.
- Se denuncia por el actor la infracción, por interpretación errónea, de los arts. 52-1 b) ii) y 56-1 del Reglamento 883/2004, en relación con el artículo 94 del Decreto 298/73, de 8-2-1973, sobre Régimen Especial de Seguridad Social para la Minería del Carbón. La Sala argumenta que la cuestión del efecto de las bonificaciones o cotizaciones ficticias que las normas de Seguridad Social contienen en determinados casos, como en el supuesto de la prestación de servicios en determinadas circunstancias de especial penosidad, y, más concretamente, si esas cotizaciones ficticias son computables para el cálculo del porcentaje de la pensión a cargo de España en los supuestos de aplicación de la normativa europea, ya ha sido resuelto por la Sala en supuestos como el de autos en favor de las tesis mantenidas por el recurso y por la sentencia de contraste. Esta solución se justifica por argumentos que se resumen diciendo: en la STS/4ª/Pleno de 17 julio 2007 (rcud. 3650/2005) - con criterio posteriormente reiterado en la STS/4ª de 6 noviembre 2007 (rcud. 4239/2005), 30 septiembre 2008 (rcud. 1044/2007), 29 abril 2009 (rcud. 4519/2007) y 29 febrero 2012 (rcud. 1510/2011), se acogía y extendía al caso de los trabajadores del mar la tesis plasmada en la STJCE de 3 octubre 2002 (Asunto Barreira Pérez, C-347/00), que da respuesta a la cuestión prejudicial del juez nacional español en relación a la Disp. Trans. 2ª de la OM de 1 enero 1967 que otorga una cotización ficticia en atención a la edad del trabajador y a los efectos del porcentaje de la pensión de jubilación. En ese tipo de supuesto, si bien dichos períodos de bonificación no se tienen en cuenta a la hora de calcular el período de carencia necesario para el nacimiento del derecho a la pensión de jubilación, sí que se añaden a los períodos de seguro real para el cálculo del importe de la pensión, en la medida de tales períodos configuran el importe del porcentaje de la base reguladora de la pensión a reconocer. La doctrina del TJUE -acorde con la STJCE de 18 febrero 1992, Asunto Di Prinzio, C-5/91 - es plenamente aplicable aquí. Si, como sucede en este caso, la ficción tiene por objeto compensar la penosidad de los trabajos, es evidente que los períodos son necesariamente anteriores al cumplimiento de la edad de jubilación, pues la bonificación surge únicamente para aquellos períodos en que el trabajador desarrolló determinadas actividades.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 234/18

Fecha Sentencia: 1/03/18

Recurso de casación en unificación de doctrina N.º 1422/16.

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Vicente Sempere Navarro.

TEMA

Recurso de casación para unificación de doctrina: indemnización daños y perjuicios (competencia objetiva; exigencia de contradicción).

ASPECTOS EXAMINADOS

- La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar si la jurisdicción social es competente para conocer de la demanda en la que se reclama por una funcionaria de carrera una indemnización de daños y perjuicios, derivada de accidente de trabajo, por infracción de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales, al considerar que existe acoso laboral. Estamos, pues, ante una demanda de responsabilidad civil empresarial por contingencias profesionales.
- El Juzgado de lo Social dicta Auto en el que declara la incompetencia del orden jurisdicción social, remitiendo a las partes ante el orden contencioso-administrativo. La STSJ recurrida, estima el recurso y declara la competencia del orden social de la jurisdicción para conocer de la demanda planteada por la recurrente. Considera que la competencia de esta jurisdicción se extiende a las acciones que puedan plantear los funcionarios frente a su Administración empleadora cuando se denuncian incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales, incluido el acoso, no siendo tal acción identificable con una responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

- La sentencia entra en primer lugar en una serie de consideraciones acerca del requisito de la contradicción:
- Se pone de manifiesto en primer lugar que nuestra doctrina acepta la formulación de una demanda por vulneración de derechos fundamentales mediante la modalidad especial que regula la LRJS y en la que también se reclamen la reparación de las consecuencias derivadas del acto anticonstitucional. Igualmente, que se ha dicho que el proceso especial de tutela es un proceso de objeto limitado al conocimiento de la lesión del derecho fundamental, sin posibilidad de acumulación de acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos a la tutela del citado derecho (art. 178.1 LRJS) y que, por tanto, la infracción de normas de legalidad ordinaria quedarían fuera del conocimiento del mismo, sin perjuicio de que la parte pueda acudir al proceso ordinario en el que hacerlas valer. Los recursos objeto de esta sentencia no cuestionan que la jurisdicción social pueda conocer de las reclamaciones de daños y perjuicios como consecuencia del incumplimiento empresarial de obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales; se trata de establecer si la concreta acción que ha formulado la demandante queda fuera de ese ámbito de competencia que tiene atribuida esta jurisdicción.
- En el presente caso no concurre la preceptiva contradicción entre las sentencias comparadas porque existen diferencias relevantes entre las acciones planteadas y los procedimientos activados en uno y otro caso: La sentencia recurrida se ha dictado en un proceso ordinario en el que la funcionaria presenta una demanda de reclamación de cantidad, en concepto de indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad en materia de accidente de trabajo. La reparación del daño no se ampara en la regulación recogida en el art. 183 LRJS que regula las "indemnizaciones" como consecuencia de "haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados". Pero lo cierto es que en nuestro caso: 1º) No se sigue un proceso por vulneración de derechos fundamentales. 2º) La demandante no interesa declaración de nulidad de la conducta empresarial ni reposición de la situación al momento anterior a producirse la misma. 3º) La demanda describe conductas objetivamente vulneradoras de normas de seguridad y salud laboral. 4º) El Ministerio Fiscal solo ha intervenido cuando se ha cuestionado la competencia jurisdiccional. Por el contrario, las sentencias de contraste responden a demandas de tutela de derechos fundamentales, con citación del Ministerio Fiscal, y afectante a otros preceptos procesales que, con sus particularidades, impiden apreciar la identidad sustancial respecto de la formulada en el caso de la sentencia recurrida.
- Una vez aclarada la inexistencia de contradicción la Sala entra en el examen de si, al suscitarse una cuestión relativa a la competencia objetiva, debe resolver de oficio la cuestión competencial, prescindiendo del requisito de la contradicción. Pone de manifiesto que la doctrina de la Sala es clara en orden a que, salvo supuestos excepcionales vinculados con la competencia funcional de la Sala o a la falta de jurisdicción, rige también la exigencia de la contradicción previa que el art. 219 LRJS fija como presupuesto de admisión de todo recurso de casación unificadora como signo definidor de su naturaleza especial. En todo caso, señala que el acceso al recurso de casación para la unificación de doctrina de las cuestiones procesales está condicionado a la existencia de contradicción, salvo excepciones relativas a la manifiesta falta de jurisdicción, la competencia funcional de la Sala, o la cosa juzgada. En este caso, el debate suscitado lo es sobre la competencia objetiva que no se encuentra comprendida en la ausencia de jurisdicción.
- Con estos argumentos se desestima el recurso por falta de contradicción.

SECCION DE LO MILITAR

DATOS SENTENCIA

RECURSO DE CASACIÓN N.º 101/31/2017.
 Sentencia N.º 129/2017
 Fecha Sentencia: 19/12/2017.
 Ponente, Excmo. Sr. D. Benito Gálvez Acosta.

TEMA

Delito de abandono de destino o residencia.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Este delito está actualmente regulado en el Artículo 56 del Código Penal Militar de 2015, disponiéndose:

<<...1. El militar que, incumpliendo la normativa vigente, se ausentare de su Unidad, destino o lugar de residencia por más de tres días o no se presentare, pudiendo hacerlo, será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión.

2. En situación de conflicto armado o estado de sitio, la ausencia del militar o su falta de incorporación por tiempo superior a veinticuatro horas será castigada con la pena de prisión de tres a seis años...>>.
- Esta sentencia analiza la doctrina jurisprudencial que sobre este delito se ha mantenido tras la derogación del artículo 175 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley Orgánica de Derechos y Deberes de los Militares. Resulta relevante en este sentido lo siguiente:

<<... PRIMERO. - Citada sentencia, en su fundamento jurídico primero, trae a colación los arts. 11 y 23 de la LO 9/11 de Derechos y Deberes de los Militares. Singularmente su párrafo segundo que dispone: "el militar tiene la obligación de comunicar en su Unidad el lugar de su domicilio habitual o temporal, así como cualquier otro dato de carácter personal que haga posible su localización si las necesidades del servicio lo exigen".

Igualmente, alude al art. 20 de las Reales Ordenanzas, e instrucción 1/13 que en su epígrafe segundo establece: "sobre todo militar recae la obligación de residir, durante el tiempo que dure la baja, en el lugar donde tenga autorizado su domicilio habitual..."

SEGUNDO. - No habiéndose cuestionado la resultancia fáctica, intangible ésta en consecuencia, el somero recurso queda limitado al simple alegato de no concurrir los factores que constituyen los elementos del tipo penal, por encontrarse el recurrente antes y después de los "hechos" en situación de baja.

Ello establecido hemos de recordar, respecto a la configuración penal del delito de abandono de residencia, que el derogado artículo 175 de las Reales Ordenanzas decía que dicho deber no queda excluido por el hecho de encontrarse el recurrente de baja por enfermedad; pues ésta, por sí misma, no permite a los miembros de las Fuerzas Armadas residir en lugar distinto del de su destino o de aquél que se le autorice. Lo que tiene por finalidad permitir que el mando pueda, en todo momento, controlar la situación médica, y la baja o aptitud para el servicio del militar afectado.

Mas, derogado dicho precepto, la sentencia de 30 de mayo de 2014, refiriendo otras anteriores en relación al también derogado art. 119 Código Penal Militar, precedente del vigente artículo 56 Código Penal Militar, afirmaba "que el art. 119 CPM no es tipo en blanco que se nutra o integre de otra normativa complementaria, sino que es norma penal completa y autónoma que incorpora la prohibición de faltar al deber de residencia que, en cualquier caso, resulta exigible a los militares como presupuesto para el cumplimiento de las misiones que la Constitución y las Leyes imponen a las Fuerzas Armadas, y cuya infracción conlleva consecuencias punitivas".

Se evidencia así, que la "residencia", a que la norma penal se refiere, funciona como elemento normativo del tipo; habiendo elevado el legislador el rango del bien jurídico protegido al máximo nivel punitivo, por cuanto resulta necesario en la organización castrense para el logro de la esencial disponibilidad permanente de los militares, imprescindible en la realización de las misiones que las Fuerzas Armadas tienen encomendadas (vid. art. 4.1, Primera, Ley 39/2007, de la Carrera Militar, y art. 20 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, aprobadas por RD. 96/2009, de 6 de febrero).

Más a ello no obsta que a los militares corresponde, por principio, el mismo régimen de derechos y libertades fundamentales que al resto de los ciudadanos; de manera que cualquier limitación de sus libertades públicas deberá articularse en los términos previstos en el art. 53.1 CE. Por consiguiente, la libertad de residencia autoriza a su titular, ciertamente, a fijarla libremente dentro del territorio nacional; lógicamente con conocimiento del mando a efectos de localización y control militar. Efectivamente la elección de residencia, también para los militares, es derecho subjetivo individual cuyo contenido positivo legítima la libre fijación y cambio de la misma. Y en su vertiente negativa conlleva la abstención de los poderes públicos, en lo que al caso interesa, de interferir en aquella decisión, salvo lo dispuesto en el art. 53.1 CE.

Pero ello establecido, como citada sentencia de 13 de mayo de 2014 indicaba, «la anterior afirmación se ha de complementar con la consideración de que ello no excluye posibles modulaciones del concreto ejercicio del derecho de que se trata, entre las que se ha de destacar la aceptación de residencias determinadas, fruto de pactos y compromisos alcanzados como expresión de la autonomía de la voluntad, que producen sus efectos claramente en el sector privado (vgr. contrato de trabajo a prestar en lugar prefijado); y también en el ámbito de la función pública; de modo explícito mediante la suscripción de compromisos de incorporación a los Ejércitos.

Tampoco pueden descartarse en la función pública límites implícitos al ejercicio del derecho de residencia, el cual no tiene carácter absoluto, como sucede en los casos de aceptación de nombramientos para ciertos cargos que comportan la obligación de estar y permanecer en lugar determinado. O incluso su modulación puede derivarse del ejercicio racional del derecho por los militares, en condiciones en que la libre elección de la residencia sea compatible con el cumplimiento de los deberes profesionales (vid. art. 45.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, según el cual los militares tendrían derecho a residir libremente en el territorio de los Estados miembros).

Deber concreto de residir los militares, en el lugar por ellos designado, que tiene carácter instrumental al servicio del cumplimiento del deber jurídico que tutela la norma penal, que no es otro que su permanente disponibilidad (arts. 4.1 Ley 39/2007 y 20 RROO del año 2009), cuya efectividad es presupuesto imprescindible para el cumplimiento de las misiones que a las Fuerzas Armadas encomiendan la Constitución y las Leyes. En tal sentido, el art. 23 de la Ley de Derechos y Deberes de los Miembros de las Fuerzas Armadas, de 28 de julio de 2011, establece: "El lugar de residencia del Militar será el del municipio de su destino. También podrá ser uno distinto siempre que se asegure el adecuado cumplimiento de sus obligaciones, en los términos y con las condiciones que se establezcan por orden el Ministerio de Defensa. El Militar tiene la obligación de comunicar en su Unidad el lugar de su domicilio habitual o temporal, así como cualquier otro dato de carácter personal que haga posible su localización si las necesidades del servicio lo exigen".».

Atendidas precedentes consideraciones, no ha de merecer favorable acogida la pretensión que el recurrente efectúa en el motivo de recurso, que es objeto de atención en el presente análisis. La inalterada resultancia fáctica evidencia que el soldado don Lorenzo, abandonó deliberadamente la plaza de la Isla de Tenerife, lugar de su residencia como militar, y el domicilio fijado por el mismo en su solicitud de "baja", sin autorización de sus mandos, y pese a ser conocedor de que carecía de la misma. Contrariando aún, e incluso, la comunicación de éstos, y trasladándose, sin su conocimiento, por vía aérea a la ciudad de Málaga el 7 de septiembre de 2016; permaneciendo en paradero desconocido hasta el 8 de noviembre de 2016, en que se reincorporó a su unidad tras varios e infructuosos requerimientos efectuados por el auxiliar de la Plana Mayor del Regimiento, subteniente don Victorio. Traslado que, aun en el caso de que se encontrara relacionado con su baja por enfermedad, no ha quedado en modo alguno acreditado que la entidad de la misma determinara su necesidad. No constando, de otro lado, recomendación médica al efecto, ni haberse instado, por demás, declaración testifical de algún médico que pudiera corroborar aludida necesidad de traslado...>> (Fundamentos Jurídicos Primero y Segundo).

DATOS SENTENCIA

Sentencia N.º 1/2018,
 Fecha Sentencia: 17-1-2018
 A.P. Zamora, Sec. 1ª
 Ponente: Pte.: Ilma. Sra. Dña. Descalzo Pino, Ana.

TEMA

Responsabilidad civil solidaria del art. 61.3 LORPM.

ASPECTOS EXAMINADOS

- La responsabilidad civil solidaria “en cascada” del art. 61.3 LORPM no tiene un carácter excluyente, pero debe atenderse para poder declararla, en cada caso, al ejercicio efectivo de las facultades de vigilancia y control sobre el menor de los distintos responsables.
- “...La responsabilidad civil viene determinada legalmente en el art. 61 con un carácter objetivo en relación a quien ejerce las funciones de custodia del menor, y en este caso no cabe duda que es la administración recurrente la que tenía conferida la guarda legal de la misma, por lo que no cabe eludir su responsabilidad

Las distintas Audiencias Provinciales en las Apelaciones contra resoluciones dictadas por los Juzgados de Menores sobre esta materia, han venido señalando mayoritariamente que el legislador ha introducido en el citado precepto un nuevo sistema de responsabilidad civil de mayor alcance y severidad que el vigente hasta entonces, con una doble finalidad: en primer lugar, amparar mejor los derechos de las víctimas al liberarlas de tener que probar la culpa del responsable civil, protegiéndolas inequívocamente frente a la frecuente insolvencia del menor infractor y asegurando de este modo, mediante un sistema cuasi-objetivo la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por tales víctimas; y, en segundo lugar, conseguir una mayor implicación de los padres, tutores o guardadores de hecho en el proceso de socialización de los menores, imponiéndoles consecuencias reparadoras de las infracciones que éstos cometan (Así SSAP de la Sección 4ª de la AP de Madrid de fechas 31/3/2014, 13/1/2014, 10/6/2013 o 13/11/2012 ; de la Sección 3ª de AP de Barcelona de 10/5/2012; Sección 1ª AP de Navarra de 10/10/2012, AP de Zaragoza de 28/4/2004 , AP de Cantabria de 23/12/2003 , SAP de Asturias de 19/6/2003 , SSAP Jaén 10/1/2003 y 28/12/2002 y SSAP Burgos 30/12/2002 y 12/4/2002 ,SAP Sección 3ª Badajoz 25/1/200, entre otras muchas) .

De lo hasta aquí expuesto y sin perjuicio de respetar las críticas que al letrado de la Comunidad Autónoma le merece dicha regulación, parece claro que la norma cuestionada ha sido aplicada correctamente por el Juzgador a quo, pues la misma no reduce las posibilidades de aplicación, como al parecer pretende el recurrente, a las de la tutela o guarda administrativa en el seno de las instituciones de protección de menores previstas en el art. 172 del Código Civil , más allá de la responsabilidad parental, sino que se refiere claramente a los responsables sean legales o de hecho en todo el sentido de estos términos. La restricción y la aplicación en cascada pretendida por la Comunidad Autónoma es contrario a la búsqueda de mayor implicación en los procesos de recuperación social de menores infractores-, lo cual no es lo querido por el legislador. La interpretación gramatical se impone sobre la subjetiva de la apelante y confluye con la interpretación teleológica con arreglo al sistema normativo especializado de Responsabilidad Penal de Menores.

La llamada responsabilidad "en cascada" es rechazada por la jurisprudencia mayoritaria que es favorable a considerar que debe atenderse a las efectivas facultades que los diversos responsables tengan atribuidas sobre el menor y que se corresponden con los consiguientes deberes jurídicos de educación y control o vigilancia (SAP Girona, de 14-6-2006 ; SAP Santa Cruz de Tenerife, de 19-10-2007 ; y SAP Alicante, de 26-9- 2007), de forma tal que la responsabilidad civil sólo debería atribuirse a las personas citadas en primer lugar en el precepto, de forma exclusiva, cuando agotaran la titularidad y el ejercicio de todas esas funciones. Pero cuando no sucede así y existen otras personas de los grupos subsiguientes, que sean titulares o ejerciten funciones integradas en ese conjunto de facultades, debe declararse su responsabilidad civil.

Esto es acorde con un criterio de interpretación sociológico y teleológico pues el modelo previsto ha de extenderse no sólo a los progenitores sino a los responsables en los procesos educativos y, en último caso a la comunidad. El orden previsto legalmente en el art. 61.3 de la LORPM no supone un orden de exclusión automática, de modo que existiendo padres se excluya al tutor, al acogedor o guardador, pues ello sólo sería así, si la existencia del mismo va acompañada del ejercicio de la totalidad o haz de facultades que integran la patria potestad; lo que no ha sucedido en este caso en el que la menor infractora se encontraba fugada de la Unidad de Socialización de la Fundación DIRECCION000" DIRECCION001" de la Administración Autonómica recurrente sobre la que recaía, tal y como expresa la sentencia recurrida, el deber de vigilancia

y control efectivo del proceso educativo y las obligaciones de la guarda, custodia y formación de la menor que se encontraba internada en dicha Fundación desde el 2 de enero de 2017.

DATOS SENTENCIA

Sentencia N.º 111/2017

Fecha Sentencia: 5-10-2017

La Rioja, Sec.1ª,

Ponente: Ilmo. Sr. D. Solsona Abad, Fernando.

TEMA

Prueba de captura de pantalla en teléfono móvil.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Los “pantallazos” de móvil no tienen carácter de prueba documental, sino de prueba personal documentada, cuya autenticidad es preciso que acredite quien la aporta. Procedencia de su inadmisión por el “Juez a Quo”.

“...esas conversaciones que la apelante pretendía exhibir en el acto del plenario, ya obraban en las actuaciones como documental, por lo que nada de novedoso podría aportar que en el plenario se volviera a exhibir esas misas conversaciones, esta vez en el teléfono móvil. La decisión del juzgador de considerar no pertinente esta prueba no puede considerarse ilógica y menos todavía, generadora de indefensión. Efectivamente, analizadas las actuaciones, observamos que constan en el expediente de reforma los referidos "pantallazos" de la conversación telemática que tuvo lugar entre el menor expedientado y Azucena después de los hechos (ver 216 y ss. de la causa), pues la propia representación procesal de la parte hoy recurrente los aportó. Y estos documentos ("pantallazos" de conversaciones), fueron específicamente y minuciosamente analizados, valorados y ponderados por el juez "a quo", que dedicó a ellos todo el fundamento de derecho tercero de la sentencia, concluyendo muy motivadamente que carecían de garantías para ser considerados prueba eficaz de cargo. La extensa y pormenorizada argumentación del titular del Juzgado de menores no es empero combatida en el recurso, pues no alude para nada a ella, por lo que debe estarse a dicha valoración, por otra parte, correcta, en la medida en que es conforme a la doctrina del Tribunal Supremo, singularmente la establecida por la conocida Sentencia del Tribunal Supremo Sala 2ª, de 19 de Mayo de 2.015, N.º 300/2015, rec. 2387/2014 Pte.: Marchena Gómez, Manuel, que dice que (los) " pantallazos " obtenidos a partir del teléfono móvil de la víctima, no son propiamente documentos a efectos casacionales. Se trata de una prueba personal que ha sido documentada a posteriori para su incorporación a la causa. Y aquéllas no adquieren de forma sobrevenida el carácter de documento para respaldar una impugnación casacional. Así lo ha declarado de forma reiterada esta Sala en relación, por ejemplo, con las transcripciones de diálogos o conversaciones mantenidas por teléfono, por más que consten en un soporte escrito o incluso sonoro (por todas, SSTS 956/2013 de 17 diciembre; 1024/2007, 1157/2000, 18 de julio y 942/2000, 2 de junio). (...)Respecto a la queja sobre la falta de autenticidad del diálogo mantenido por Eufrosia con Ángel Jesús a través del Tuenti, la Sala quiere puntualizar una idea básica. Y es que la prueba de una comunicación bidireccional mediante cualquiera de los múltiples sistemas de mensajería instantánea debe ser abordada con todas las cautelas. La posibilidad de una manipulación de los archivos digitales mediante los que se materializa ese intercambio de ideas, forma parte de la realidad de las cosas. El anonimato que autorizan tales sistemas y la libre creación de cuentas con una identidad fingida, hacen perfectamente posible aparentar una comunicación en la que un único usuario se relaciona consigo mismo. De ahí que la impugnación de la autenticidad de cualquiera de esas conversaciones, cuando son aportadas a la causa mediante archivos de impresión, desplaza la carga de la prueba hacia quien pretende aprovechar su idoneidad probatoria. Será indispensable en tal caso la práctica de una prueba pericial que identifique el verdadero origen de esa comunicación, la identidad de los interlocutores y, en fin, la integridad de su contenido.”
- En consecuencia, no constando en el presente supuesto la práctica de prueba pericial efectuada por técnico competente con la finalidad de acreditar la autenticidad de tales pantallazos aportados con la denuncia, prueba que igualmente faltaría en relación a las que eventualmente hubieran podido ser exhibidos en el plenario, resultó correcta la decisión del juez "a quo" de inadmitir en el plenario por impertinente este medio de prueba.”

DATOS AUTO

Auto N.º 396/2017

Fecha Auto: 28-11-2017

Jaén, Sec 2ª,

Ponente: Ilmo. Sr. D. Aguirre Zamorano, Pío.

TEMA

Internamiento cautelar cerrado en agresión sexual de los arts. 178 y 179 CP.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Para la adopción de la medida cautelar de internamiento no es precisa la redacción y emisión por parte del equipo técnico del informe del art. 27.1 LORPM, sino simplemente ser oído en la preceptiva comparecencia del art. 28 LORPM "…El art. 28.1 de la L.O. 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores dispone que " El Ministerio Fiscal, de oficio o a instancia de quien haya ejercitado la acción penal, cuando existan indicios racionales de la comisión de un delito y el riesgo de eludir u obstruir la acción de la justicia por parte del menor o de atentar contra los bienes jurídicos de la víctima, podrá solicitar del Juez de Menores, en cualquier momento, la adopción de medidas cautelares para la custodia y defensa del menor expedientado o para la debida protección de la víctima. Dichas medidas podrán consistir en internamiento en centro en el régimen adecuado, libertad vigilada, prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez, o convivencia con otra persona, familia o grupo educativo." El punto segundo del citado precepto dispone que: "Para la adopción de la medida cautelar de internamiento se atenderá a la gravedad de los hechos, valorando también las circunstancias personales y sociales del menor, la existencia de un peligro cierto de fuga, y, especialmente, el que el menor hubiera cometido o no con anterioridad otros hechos graves de la misma naturaleza.".
- Pues bien, en este caso los hechos se pueden considerar presuntamente como graves, pues se trata de una agresión sexual (violación) de los arts. 178 y 179 C.P., delito castigado, de ser el menor mayor de edad, con la pena de seis a doce años de prisión. También existen indicios de la participación del menor como se deduce de la declaración de la víctima (menor también) y del parte médico y forense y, por último, con esta medida se evita que el menor pueda atentar, de nuevo, contra la víctima que, recordemos, es menor de edad.

TERCERO. - Alega, por último, la defensa del menor que la adopción de esta medida cautelar se ha tomado sin el preceptivo informe del Equipo Técnico. Pues bien, como informa el Ministerio Fiscal en su oposición al recurso de apelación "La comparecencia tuvo lugar el día 23 de octubre de 2017, apenas 36 horas después de haber sido detenido el menor, al día siguiente de incoarse el Expediente de Reforma. Tal y como prescribe el artículo 27.1 LORPM "durante la instrucción del Expediente, el Ministerio Fiscal requerirá del Equipo Técnico... la elaboración de un informe o actualización de los anteriormente emitidos, que deberá serle entregado en el plazo máximo de diez días...". La incoación del Expediente de Reforma fue notificada al Equipo Técnico el 23 de octubre de 2017, el mismo día de la comparecencia de medida cautelar, siendo a partir de entonces cuando deberá comenzar a contarse este plazo de diez días. Lo que dice el artículo 28 LORPM es que el Juez deberá oír al equipo técnico con carácter previo a adoptar la resolución relativa a la situación personal del menor. Y eso es lo que se hizo en la comparecencia; el equipo Técnico expuso su opinión y ésta fue escuchada por la juzgadora, sin que en ese momento existiera obligación alguna de tener redactado y aportado al Expediente de Reforma el informe al que se refiere el artículo 27 LORPM.".

NOVEDADES LEGISLATIVAS

ESTATALES

Ley 1/2018, de 6 de marzo, por la que se adoptan medidas urgentes para paliar los efectos producidos por la sequía en determinadas cuencas hidrográficas y se modifica el texto refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio. BOE de 7 de marzo de 2018-.

AUTONÓMICAS

EXTREMADURA

Ley 2/2018, de 14 de febrero, de coordinación intersectorial y de simplificación de los procedimientos urbanísticos y de ordenación del territorio de Extremadura. BOE de 3 de marzo de 2018.

Ley 4/2018, de 21 de febrero, por la que se modifica la Ley 6/2001, de 24 de mayo, del Estatuto de los Consumidores de Extremadura. BOE de 10 de marzo de 2018.

RESEÑA DE ARTÍCULOS DOCTRINALES DE ESPECIAL INTERÉS

“Fundamentos penitenciarios en contra de la constitucionalidad de la prisión permanente revisable”, María del Puerto Solar Calvo. Diario LA LEY, N.º 9166, de 26 de marzo de 2018.

“Un delito fiscal conceptual. La interpretación razonable de la norma en la regularización voluntaria”, José Antonio Choclán Montalvo. Diario LA LEY, N.º 9166, de 26 de marzo de 2018.

“La utilización de drones como diligencia de investigación tecnológica: consecuencias probatorias”, Federico Bueno de Mata. Diario LA LEY, N.º 16, Sección Ciberderecho, de 20 de marzo de 2018.

“Los polémicos plazos de instrucción penal: tratamiento legal y jurisprudencial (1)”, Jesús Conde Fuentes. Diario LA LEY, N.º 9162, de 20 de marzo de 2018.

“Medidas de investigación tecnológica a la luz de los Derechos Fundamentales, una cuestión pendiente”, Miriam Bahamonde Blanco. Diario LA LEY, N.º 9160, de 16 de marzo de 2018.

Los artículos de la revista La Ley pueden descargarse a texto completo en http://diariolaley.laley.es/subsección_opinión.

ÍNDICE REFERENCIAL POR MATERIAS

ACUMULACION DE CONDENAS

- Impuestas y ejecutadas en otro país Sec. Penal [STS 48/18 – 29/01/18](#)

APROPIACION INDEBIDA

- Cantidades entregadas al promotor de viviendas. Evolución jurisprudencial Sec. Penal [STS 42/18 – 25/01/18](#)

CAPACIDAD

- Capacidad procesal para ser parte pasiva del proceso penal Sec. Penal [STS 844/17 – 21/12/17](#)
- Proceso de modificación de la capacidad: reformatio in peius e incongruencia extra petita: flexibilización del procedimiento ordinario en relación con la doble instancia Sec. Civil [STS 124/18 – 07/03/18](#)

COMPETENCIA

- Concurso Medial: Juzgado de lo Penal Sec. Penal [STS 30/18 – 19/01/18](#)

CONCURSO

- Sucesión de empresa: responsabilidad de la empresa adquirente de unidad productiva en el seno del concurso; jurisdicción competente. Sec. Social [STS 209/18 – 27/02/18](#)

CONCURSO REAL

- Conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y negativa a realizar la prueba de alcoholemia en concurso real: bis in ídem Sec. Penal [STS 794/17 – 11/12/17](#)

CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACION

- Cláusula abusiva en contrato de préstamo hipotecario: nulidad. Atribución indiscriminada del pago de todos los gastos e impuestos al consumidor Sec. Civil [STS 148/18 – 15/03/18](#)
- Consecuencias de la nulidad en cuanto al impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados Sec. Civil [STS 148/18 – 15/03/18](#)

CONSUMIDORES

- Transporte aéreo: Acción de compensación dirigida contra el transportista aéreo encargado de efectuar el vuelo no domiciliado en un Estado miembro o con el que los pasajeros no tienen ningún vínculo contractual Sec. TJUE [STJUE C-274/16 – 07/03/18](#)
- Transporte aéreo: Vuelo de conexión operado por distintos transportistas aéreos. Concepto de “lugar de cumplimiento”. Sec. TJUE [STJUE C-274/16 – 07/03/18](#)

CONTRATO DE TRABAJO

- Prohibición de discriminación por motivos de edad: Normativa nacional que permite aplazar la finalización del contrato de trabajo establecida a la edad de jubilación ordinaria por la única razón de que el trabajador adquiere el derecho a pensión de jubilación. Sec. TJUE [STJUE C-46/17 – 28/02/18](#)

CUESTION DE COMPETENCIA

- Impugnación de resoluciones de Corporaciones de Derecho Público cuya competencia se extiende a todo el territorio nacional (O.N.C.E.) Sec. Cont.Adm. [ATS 53/17 – 31/01/18](#)
- Responsabilidad patrimonial de la Administración ordinaria o común: actos y disposiciones del Consejo de Ministros. Sec. Cont.Adm. [ATS 54/17 – 19/02/18](#)
- Resoluciones provenientes de la Comisión Delegada para Asuntos Económicos, aunque su exteriorización adopte la forma de orden del ministerio correspondiente. Sec. Cont.Adm. [ATS 49/17 – 07/02/18](#)

DAÑOS MORALES

- Responsabilidad Civil. Delitos relativos a la prostitución Sec. Penal [STS 812/17 – 11/12/17](#)

DECLARACIONES

- Dispensa de declarar entre parientes, art. 416.2 LECrim. Doctrina de la Sala. No comprende a los afines de segundo grado. Sec. Penal [STS 49/18 – 30/01/18](#)

DECLINATORIA DE JURISDICCION

- Competencia del Jurado. Acuerdo Pleno Sala 9.3.2017: competencia para conocer del conjunto de los delitos imputados, cuando existiendo la relación funcional

contemplada en el artículo 5.2 c) de la LOTJ al menos uno de ellos sea de su competencia	Sec. Penal	STS 664/17 – 11/10/17
DELITO CONTINUADO		
• Quebrantamiento de condena: prohibición de comunicación y aproximación a la víctima.	Sec. Penal	STS 846/17 – 21/12/17
DELITO CONTRA LA LIBERTAD RELIGIOSA		
• Delito contra la libertad religiosa: elementos del tipo. Error de prohibición	Sec. Penal	STS 835/17 – 19/12/17
DELITO CONTRA LA SEGURIDAD DEL TRAFICO		
• Conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y negativa a realizar la prueba de alcoholemia en concurso real: bis in ídem	Sec. Penal	STS 794/17 – 11/12/17
DELITO DE ABANDONO DE DESTINO O RESIDENCIA		
• Delito de abandono de destino o residencia: doctrina	Sec. Militar	STS 129/17 – 12/12/17
DELITO DE ABUSO SEXUAL		
• Agravación de recaer sobre personas de especial vulnerabilidad, por razón de su discapacidad: Desvalor del injusto no ponderado con anterioridad, por lo que no concurre bis in ídem	Sec. Penal	STS 823/17 – 14/12/17
• Con acceso carnal y prevalimiento de una relación de superioridad manifiesta: diferencia edad y relaciones con la familia de la víctima.	Sec. Penal	STS 823/17 – 14/12/17
DELITO DE APROPIACION INDEBIDA		
• Cantidades entregadas al promotor de viviendas. Evolución jurisprudencial	Sec. Penal	STS 42/18 – 25/01/18
DELITO DE ENALTECIMIENTO DEL TERRORISMO		
• Delito de enaltecimiento de terrorismo del art. 578 CP. Exigencias	Sec. Penal	STS 52/18 – 31/01/18
DELITO DE FALSEDAD		
• Delito de falsedad de tarjeta de crédito. carácter burdo de la falsedad	Sec. Penal	STS 12/18 – 16/01/18
DELITO DE PREVARICACION		
• Prevaricación por omisión: urbanismo. Reforma CP 2010	Sec. Penal	STS 58/18 – 01/02/18
DELITO DE QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA		
• Delito de quebrantamiento de condena: prohibición de comunicación y aproximación a la víctima. Delito continuado.	Sec. Penal	STS 846/17 – 21/12/17
DELITO DE TERRORISMO		
• Colaboración con organización terrorista. Adoctrinamiento activo. Concurrencia con auto-adoctrinamiento y desplazamiento a territorio extranjero controlado por organización terrorista.	Sec. Penal	STS 13/18 – 16/01/18
• Delito de desplazamiento a territorio controlado por organización terrorista.	Sec. Penal	STS 13/18 – 16/01/18
• Terrorismo: colaboración, adoctrinamiento activo, auto-adoctrinamiento. Principio de absorción.	Sec. Penal	STS 13/18 – 16/01/18
• Terrorismo: investigación prospectiva	Sec. Penal	STS 13/18 – 16/01/18
DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS		
• Dimensión pluriofensiva. Delito de peligros concreto	Sec. Penal	STS 11/18 – 15/01/18
DELITOS RELATIVOS A LA PROSTICUCION		
• Cabe Indemnización por daños morales: No obsta a su fijación, que la víctima no haya comparecido, no haya reclamado expresamente, o no esté localizada.	Sec. Penal	STS 812/17 – 11/12/17
DERECHO A LA INTIMIDAD		
• Conflicto con Libertad de información: relevancia pública o interés general	Sec. Civil	STS 101/18 – 28/02/18
DERECHO A LA INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO		

<ul style="list-style-type: none"> • Autorización para entrada en domicilio por un cónyuge en un ámbito común, en intereses contrapuestos contra el otro cónyuge, que es el investigado. Distingo entre registro y entrega del objeto por un comorador 	Sec. Penal	STS 35/18 – 24/01/18
DERECHO A LA HUELGA		
<ul style="list-style-type: none"> • Servicios mínimos: criterios para su determinación 	Sec. Cont.Adm.	STS 46/18 – 17/02/18
DERECHO A LA LIBERTAD		
<ul style="list-style-type: none"> • Derecho a que las peticiones de libertad se resuelvan en plazo breve: trascurso de 35 días entre la solicitud y la resolución 	Sec. TEDH	STEDH 39726/10 – 08/03/18
<ul style="list-style-type: none"> • Motivación de la decisión de rechazo de la libertad provisional: gravedad de los indicios, la complejidad de la causa e investigación en curso 	Sec. TEDH	STEDH 39726/10 – 08/03/18
<ul style="list-style-type: none"> • Vulneración del derecho fundamental a la libertad personal (art. 17.1 y 3 CE). Extensión del derecho a conocer los motivos y razones de la detención policial: forma, momento y contenido 	Sec. Const.	STC 21/18 – 05/03/18
<ul style="list-style-type: none"> • Vulneración del derecho fundamental a la libertad personal (art. 17.1 y 3 CE). Deber de información que recae sobre los poderes públicos de dar a conocer los motivos y razones de la detención policial: forma, momento y contenido 	Sec. Const.	STC 21/18 – 05/03/18
DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA		
<ul style="list-style-type: none"> • Derecho a la libertad religiosa y derecho de manifestación. 	Sec. Penal	STS 835/17 – 19/12/17
DERECHO A LA PRESUNCION DE INOCENCIA		
<ul style="list-style-type: none"> • Publicidad procesal y publicación del proceso 	Sec. Penal	STS 14/18 – 16/01/18
DERECHO A LA PRUEBA		
<ul style="list-style-type: none"> • No incluye el derecho a conocer todas aquellas diligencias descartadas por la Policía Judicial 	Sec. Penal	STS 14/18 – 16/01/18
DERECHO A SER ESCUCHADO POR EL TRIBUNAL DE APELACION		
<ul style="list-style-type: none"> • Convocados a audiencia pública en la que se ha dado la posibilidad de intervenir si lo deseaban, guardaron silencio, no hay violación art. 6 ya que son los demandantes los que han renunciado al ejercicio de esta posibilidad ofrecida por la Audiencia 	Sec. TEDH	STEDH 55517/14 – 13/03/18
DERECHO A UN JUICIO JUSTO		
<ul style="list-style-type: none"> • Condena en apelación: basada en prueba documental para fijar los hechos: no infracción art. 6 	Sec. TEDH	STEDH 55517/14 – 13/03/18
DERECHO DE ACCESO A LAS ACTUACIONES POLICIALES		
<ul style="list-style-type: none"> • Ámbito: Las esenciales para poder impugnar la legalidad de la detención o privación conocer los motivos y razones de la detención policial: forma, momento y contenido de libertad: fundamento, momento, forma y contenido 	Sec. Const.	STC 21/18 – 05/03/18
<ul style="list-style-type: none"> • Pleno acceso al atestado: inexistencia de facultad de acceso pleno al contenido de las actuaciones policiales o judiciales practicadas con anterioridad a la detención, o como consecuencia de la misma, que se plasman en el atestado 	Sec. Const.	STC 21/18 – 05/03/18
DERECHO DE MANIFESTACION		
<ul style="list-style-type: none"> • Derecho a la libertad religiosa y derecho de manifestación. 	Sec. Penal	STS 835/17 – 19/12/17
DERECHO SUCESORIO		
<ul style="list-style-type: none"> • Certificado sucesorio europeo. Ámbito de aplicación. Posibilidad de hacer constar la parte alícuota del cónyuge supérstite en el certificado sucesorio europeo. 	Sec. TJUE	STJUEC-558/16 – 01/03/18
DERECHOS FUNDAMENTALES		
<ul style="list-style-type: none"> • Nombramiento de Fiscal: plaza por sistema de libre designación. Derechos fundamentales 	Sec. Cont.Adm.	STS 179/17 – 06/02/18
DESPIDO		
<ul style="list-style-type: none"> • Colectivo: buena fe negocial; aportación documentos; causas técnicas y organizativas 	Sec. Social	STS 195/18 – 22/02/18
<ul style="list-style-type: none"> • Sucesión de empresa: responsabilidad de la empresa adquirente de unidad productiva en el seno de concurso; jurisdicción competente; sucesión empresa. 	Sec. Social	STS 209/18 – 27/02/18

DISCURSO DEL ODIO

- Se refiere a formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio fundadas en la intolerancia (en este caso se trata de una expresión simbólica de rechazo y de crítica política a una institución como es la monarquía) Sec. TEDH [STEDH 51168/15 – 13/03/18](#)

DIVORCIO

- Pensión compensatoria: momento en el que hay que apreciar la existencia de desequilibrio e Incidencia de las alteraciones de circunstancias posteriores por voluntad de alguno de los interesados Sec. Civil [STS 120/18 – 07/03/18](#)

EJECUCION DE PENAS

- Adaptación de la condena dictada por tribunal extranjero en virtud de convenio bilateral Sec. Penal [STS 71/18 – 08/02/18](#)

ENTRADA Y REGISTRO

- Autorización para entrada en domicilio por un cónyuge en un ámbito común, en intereses contrapuestos contra el otro cónyuge, que es el investigado. Distingo entre registro y entrega del objeto por un comorador Sec. Penal [STS 35/18 – 24/01/18](#)

ERROR

- De prohibición: Delito contra la libertad religiosa Sec. Penal [STS 835/17 – 19/12/17](#)

ERROR JUDICIAL

- De carácter fáctico y jurídico Sec. Cont.Adm. [STS 329/18 – 05/03/18](#)

EXCEDENCIA

- Voluntaria: reingreso tras excedencia voluntaria: derechos Sec. Social [STS 118/18 – 08/02/18](#)

HABEAS CORPUS

- Posibilidades de control que ofrece el procedimiento de habeas corpus respecto del derecho a conocer los motivos y razones de la detención policial y al acceso a las actuaciones policiales Sec. Const. [STC 21/18 – 05/03/18](#)

IMPRUDENCIA

- Causalidad: natural y normativa. Comportamientos de los responsables Sec. Penal [STS 805/17 -11/12/17](#)
- Homicidio imprudente: nexo causal Sec. Penal [STS 805/17 -11/12/17](#)
- Impudencia grave y menos grave Sec. Penal [STS 805/17 -11/12/17](#)
- Imprudencia profesional: medica Sec. Penal [STS 805/17 -11/12/17](#)

JUBILACION

- Régimen especial minería del carbón; doctrina TJUE; cómputo de las cotizaciones ficticias para el cálculo del porcentaje de la pensión que debe satisfacer la SS española. Sec. Social [STS 221/18 – 27/02/18](#)
- Prohibición de discriminación por motivos de edad: Normativa nacional que permite aplazar la finalización del contrato de trabajo establecida a la edad de jubilación ordinaria por la única razón de que el trabajador adquiere el derecho a pensión de jubilación. Sec. TJUE [STJUE C-46/17 – 28/02/18](#)

JUICIO ORAL

- Modificación de conclusiones por las acusaciones en el juicio oral. Sec. Penal [STS 58/18 – 01/02/18](#)

JURADO

- Competencia. Acuerdo Pleno Sala 9.3.2017: competencia para conocer del conjunto de los delitos imputados, cuando existiendo la relación funcional contemplada en el artículo 5.2 c) de la LOTJ al menos uno de ellos sea de su competencia Sec. Penal [STS 664/17 – 11/10/17](#)
- Homicidio. Dolo eventual frente a dolo directo: alternativa no propuesta al Jurado en el objeto del veredicto. Sec. Penal [STS 824/17 – 14/12/17](#)
- Utilización por el Magistrado Presidente del artículo. 49 LOTJ para excluir del objeto del veredicto los hechos relativos a la acusación por delito de violencia física y psíquica habitual. Recurso de casación: naturaleza jurídica del precepto. Sec. Penal [STS 77/18 – 07/02/18](#)

JURISDICCION SOCIAL

- Recurso para la unificación de doctrina: competencia objetiva; exigencia de contradicción Sec. Social [STS 234/18 – 01/03/18](#)

LIBERTAD CONDICIONAL

- Recurso de casación para unificación de doctrina en materia penitenciaria. Condiciones para la libertad condicional. Sec. Penal [STS 59/18 – 02/02/18](#)

LIBERTAD DE EXPRESION

- Delito de enaltecimiento de terrorismo del art. 578 CP y Libertad de Expresión Sec. Penal [STS 52/18 – 31/01/18](#)
- Provocación permitida para la transmisión de un mensaje crítico bajo el ángulo de la libertad de expresión (el recurso al fuego, la gran dimensión de la fotografía de los reyes y el ponerla boca abajo) Sec. TEDH [STEDH 51168/15 – 13/03/18](#)

LIBERTAD DE INFORMACION

- Conflicto entre libertad de información y derecho a la intimidad: criterio, información enjuiciada tiene o no relevancia pública o interés general Sec. Civil [STS 101/18 – 28/02/18](#)

LIBERTAD SINDICAL

- Negociación Colectiva del personal estatutario de las Administraciones Públicas del ámbito sanitario Sec. Cont.Adm. [STS 108/18 – 29/01/18](#)
- Representatividad mínima con que ha de contar un sindicato que no forma parte de la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas para integrarse en la Mesa General de Negociación de materias comunes al personal funcionario y laboral. Sec. Cont.Adm. [STS 51/18 – 18/01/18](#)

MENORES

- Medidas cautelares: Internamiento cautelar cerrado en agresión sexual de los arts. 178 y 179 CP., necesidad de oír al equipo técnico con carácter previo a adoptar la resolución Sec. Menores [AAP 396/17 – 28/11/17](#)
- Prueba: capturas de pantalla de teléfono móvil: naturaleza. Exigencias Sec. Menores [SAP 111/17 – 05/10/17](#)
- Responsabilidad civil solidaria “en cascada”: art. 61.3 LORPM no tiene un carácter excluyente, pero debe atenderse para poder declararla, en cada caso, al ejercicio efectivo de las facultades de vigilancia y control sobre el menor. Sec. Menores [SAP 1/18 – 17/01/18](#)

MINISTERIO FISCAL

- Nombramiento: plaza por sistema de libre designación. Derechos fundamentales Sec. Cont.Adm. [STS 179/17 – 06/02/18](#)
- Recurso de Revisión. Legitimación del Ministerio Fiscal. Doble condena por unos mismos hechos. Sec. Penal [STS 23/18 – 17/01/18](#)

NEGOCIACION COLECTIVA

- Negociación Colectiva y Libertad Sindical del personal estatutario de las Administraciones Públicas del ámbito sanitario Sec. Cont.Adm. [STS 108/18 – 29/01/18](#)

NULIDAD

- Cláusula abusiva en contrato de préstamo hipotecario: nulidad. Atribución indiscriminada del pago de todos los gastos e impuestos al consumidor Sec. Civil [STS 148/18 – 15/03/18](#)
- Consecuencias de la nulidad en cuanto al impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados Sec. Civil [STS 148/18 – 15/03/18](#)

PENAS

- Adaptación de la condena dictada por tribunal extranjero en virtud de convenio bilateral Sec. Penal [STS 71/18 – 08/02/18](#)

PENSION COMPENSATORIA

- Momento en el que hay que apreciar la existencia de desequilibrio e Incidencia de las alteraciones de circunstancias posteriores por voluntad de alguno de los interesados Sec. Civil [STS 120/18 – 07/03/18](#)

PRESTAMO HIPOTECARIO

- Cláusula abusiva en contrato de préstamo hipotecario: nulidad. Atribución indiscriminada del pago de todos los gastos e impuestos al consumidor Sec. Civil [STS 148/18 – 15/03/18](#)

<ul style="list-style-type: none"> Consecuencias de la nulidad en cuanto al impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados 	Sec. Civil	STS 148/18 – 15/03/18
PREVARICACION		
<ul style="list-style-type: none"> Prevaricación por omisión: urbanismo. Reforma CP 2010 	Sec. Penal	STS 58/18 – 01/02/18
PROCESOS DE MODIFICACION DE LA CAPACIDAD		
<ul style="list-style-type: none"> Procesos de incapacitación: reformatio in peius e incongruencia extra petita: flexibilización del procedimiento ordinario en relación con la doble instancia 	Sec. Civil	STS 124/18 – 07/03/18
PRUEBA		
<ul style="list-style-type: none"> Capturas de pantalla de teléfono móvil: naturaleza. Exigencias 	Sec. Menores	SAP 111/17 – 05/10/17
PRUEBA TESTIFICAL		
<ul style="list-style-type: none"> Dispensa de declarar entre parientes, art. 416.2 LECrim. Doctrina de la Sala. No comprende a los afines de segundo grado. Practicada con contradicción en fase de instrucción y recogida en soporte digital 	Sec. Penal Sec. Penal	STS 49/18 – 30/01/18 STS 848/17 – 22/12/17
RECURSO DE CASACION		
<ul style="list-style-type: none"> Ausencia manifiesta de interés casacional para la formación de jurisprudencia. Cuestión nueva; cómputo de las cotizaciones ficticias para el cálculo del porcentaje de la pensión que debe satisfacer la SS española. Hechos psíquicos integrantes del elemento subjetivo: superación doctrina de los juicios de valor referentes a la apreciación de los elementos subjetivos del delito y su control merced a la infracción de ley prevista en el art. 849.1º de la LECrim. Inadmisión: falta de imparcialidad: exigencia de previa formulación de la queja Jurado: utilización por el Magistrado Presidente del artículo. 49 LOTJ para excluir del objeto del veredicto los hechos relativos a la acusación por delito de violencia física y psíquica habitual. Recurso de casación: naturaleza jurídica del precepto Unificación de doctrina: falta de contradicción. Prestaciones para cuidado de hijo: valoración caso por caso Indemnización daños y perjuicios (competencia objetiva; exigencia de contradicción). 	Sec. Cont.Adm. Sec. Social Sec. Penal Sec. Penal Sec. Penal Sec. Social Sec. Social	ATS 1310/17 – 09/03/18 STS 221/18 – 27/02/18 STS 824/17 – 14/12/17 STS 848/17 – 22/12/17 STS 77/18 – 07/02/18 STS 93/18 – 05/02/18 STS 234/18 – 01/03/18
RECURSO DE REVISION		
<ul style="list-style-type: none"> Legitimación del Ministerio Fiscal. Doble condena por unos mismos hechos. Motivos del recurso: documentos 	Sec. Penal Sec. Cont.Adm.	STS 23/18 – 17/01/18 STS 154/18 – 05/02/18
RECUSACION		
<ul style="list-style-type: none"> Causas y requisitos 	Sec. Cont.Adm.	ATS 1921/15 – 07/02/18
RESPONSABILIDAD CIVIL		
<ul style="list-style-type: none"> Cabe Indemnización por daños morales: No obsta a su fijación, que la víctima no haya comparecido, no haya reclamado expresamente, o no esté localizada. Condiciones para la libertad condicional. Responsabilidad civil. Carácter inembargable de los ingresos inferiores al salario mínimo interprofesional. Menores: Solidaria “en cascada”: art. 61.3 LORPM no tiene un carácter excluyente, pero debe atenderse para poder declararla, en cada caso, al ejercicio efectivo de las facultades de vigilancia y control sobre el menor. Solo la renuncia expresa permite al Fiscal desistir de la acción civil. La renuncia no se presume (art. 108 LECrim). 	Sec. Penal Sec. Penal Sec. Menores Sec. Penal	STS 812/17 – 11/12/17 STS 59/18 – 02/02/18 SAP 1/18 – 17/01/18 STS 812/17 – 11/12/17
SEGURIDAD SOCIAL		
<ul style="list-style-type: none"> Jubilación; régimen especial minería del carbón; planteamiento cuestión nueva; doctrina TJUE; cómputo de las cotizaciones ficticias para el cálculo del porcentaje de la pensión que debe satisfacer la SS española. 	Sec. Social	STS 221/18 -27/02/18
SENTENCIA		
<ul style="list-style-type: none"> Congruencia: correlación entre la acusación y la sentencia 	Sec. Penal	STS 58/18 – 01/02/18
TRABAJO		

- Trabajo de duración determinada. Contratos celebrados con un empleador público. Medidas destinadas a sancionar el recurso abusivo a contratos de trabajo de duración determinada. Principios de equivalencia y de efectividad. Sec. TJUE [STJUE C-494/16 – 07/03/18](#)

VIGILANCIA PENITENCIARIA

- Recurso de casación para unificación de doctrina en materia penitenciaria. Condiciones para la libertad condicional. Sec. Penal [STS 59/18 – 02/02/18](#)

AUTORES

José Javier Huete Nogueras
Fiscal de Sala Coordinador de Menores
Coordinador del Boletín y autor de la Sección Penal

Manuel Campos Sánchez
Fiscal del Tribunal Supremo
autor de la Sección Contencioso Administrativo

Begoña Polo Catalán
Fiscal del Tribunal Supremo
autora de la Sección Civil

José Javier Huete Nogueras y Begoña Polo Catalán
Fiscal de Sala Coordinador de Menores y Fiscal del Tribunal Supremo
autores de la Sección Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Manuel Martínez de Aguirre
Fiscal del Tribunal Supremo
autor de la Sección del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

María Asunción Gómez Martín
Fiscal del Tribunal Supremo
autora de la Sección de lo Social

Jesús José Tirado Estrada
Teniente Fiscal de la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional
autor de la Sección Constitucional

Luis Pastor Mota
Fiscal de la Secretaría Técnica
autor de la Sección Secretaría Técnica

Francisco Manuel García Ingelmo
Fiscal adscrito al Fiscal de Sala Coordinador de Menores
autor de la Sección Menores

Adolfo Luque Regueiro
Comandante Auditor, Fiscal de la Sala Quinta del Tribunal Supremo
autor de la Sección de lo Militar

