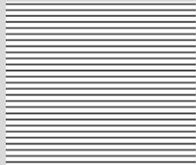




BOLETÍN DE JURISPRUDENCIA  
FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

nº 68  
ABRIL DE 2019

- 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

2019

número 68



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 nº. 39/2019

Fecha Sentencia: 26 de marzo DE 2019

Recurso de amparo núm. 5758-2018.

PONENTE: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.

**TEMA**

Alegación de falta de imparcialidad sin existencia de condena previa. Incidente de recusación resuelto por la Sala especial prevista en el art. 61 LOPJ con carácter definitivo en el marco de una causa especial ante el Tribunal Supremo, cuya sentencia será en su día también irrecurrible. Falta de agotamiento de la vía judicial previa: prematuridad por tratarse de garantía procesal y no concurrir lesión efectiva (inexistencia aun de eventual sentencia condenatoria).

**ASPECTOS EXAMINADOS**

- Antecedentes del caso

Se impugna en el recurso de amparo el auto de la Sala especial del Tribunal Supremo prevista en el art. 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) núm. 3/2018, de 13 de septiembre de 2018, dictado en el rollo núm. 5-2018, por el que se resuelven diversos incidentes de recusación dirigidos contra magistrados de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en la causa especial núm. 20907-2017 desestimando las recusaciones formuladas, entre otros, por los recurrentes respecto de determinados magistrados de la sala de enjuiciamiento.

- Motivos invocados

Como con más detalle se ha explicado en el apartado de antecedentes, en la demanda de amparo los recurrentes invocan el derecho a un proceso con todas las garantías desde la perspectiva del derecho a la imparcialidad judicial (art. 24.2 CE). Argumentan, en síntesis, que se ha producido la vulneración de este derecho por la doble circunstancia de que los magistrados recusados participaron en la admisión de la querrela dirigida contra los recusantes y de que, tratándose del procedimiento penal contra personas aforadas, se da cierta proximidad personal y profesional entre estos magistrados a los que se encomienda el enjuiciamiento y los que asumen funciones instructoras.

- Inadmisión del recurso por su carácter prematuro

El presente recurso está incurso en la causa de inadmisión consistente en la falta de agotamiento de la vía judicial previa [art. 44.1 a) LOTC], ya que el procedimiento penal en el que se ha dictado la resolución impugnada no ha finalizado.

Con carácter general, la jurisprudencia constitucional tiene declarado que la resolución desestimatoria de un incidente de recusación solo puede ser impugnada al finalizar el procedimiento principal argumentando que se trata de una cuestión que, en su caso, puede ser reproducida y ser objeto de un nuevo pronunciamiento en el seno del procedimiento que está desarrollándose en la vía judicial (así, recientemente, SSTC 130/2018, de 12 de diciembre, FJ 6, y 20/2019, de 12 de febrero, FJ 3).

En este caso concurre la peculiaridad de que, al tratarse de un incidente de recusación resuelto por la Sala especial prevista en el art. 61 LOPJ -por tanto, con carácter definitivo al ser su decisión irrecurrible y carecer dicha sala de superior funcional excepto el Tribunal Constitucional en lo que se refiere a garantías constitucionales- en el marco de una causa especial que se sigue ante el Tribunal Supremo -cuya sentencia será en su día también irrecurrible-, no existe en apariencia ningún remedio procesal para recabar un nuevo pronunciamiento sobre la cuestión. Esta circunstancia es, en principio, determinante de que la lesión alegada, de concurrir, no podrá ya ser reparada en el transcurso del proceso penal pendiente. No obstante, es procedente atenerse a la jurisprudencia constitucional sentada en el ATC 414/1997, de 15 de diciembre, FJ 2, en el que, en un supuesto idéntico al presente, en el marco de una causa especial ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, considerando que la Sala especial prevista en el art. 61 LOPJ había desestimado la recusación del presidente de la Sala de lo Penal, se declara que “[...] el hecho de que contra la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en la causa especial de la que dimana el presente recurso de amparo no exista recurso alguno ante los tribunales ordinarios, por tratarse de una

causa especial por razón de aforamiento, en la que el enjuiciamiento corresponde en única instancia a la Sala Segunda del Tribunal Supremo (art. 57.1.2 LOPJ), no impide calificar de prematuro el recurso de amparo”.

En efecto, tratándose de la invocación de una garantía procesal, la circunstancia de que no exista la posibilidad de un posible restablecimiento en la vía judicial no impide apreciar en el supuesto examinado el carácter prematuro del recurso de amparo. La acción de amparo constitucional, en efecto, está vinculada, entre otros requisitos, a la concurrencia de un gravamen ligado a la efectividad de la lesión alegada dimanante de una sentencia condenatoria. No puede afirmarse que concurra este gravamen hasta la finalización del procedimiento principal con dicha sentencia condenatoria (así, SSTC 129, 130 y 131/2018, de 12 de diciembre, FJ 5). Tal eventualidad, en el momento en que se formuló el presente recurso y en el momento actual en que se resuelve tiene un carácter meramente hipotético al no haber finalizado el proceso penal.



**DATOS SENTENCIA**

SENTENCIA TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. (Gran Sala)

Fecha Sentencia: 12 de marzo de 2019

Asunto: C 221/17.

**TEMA**

Ciudadanía de la Unión Europea. Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Pérdida ipso iure de la nacionalidad de un Estado miembro y de la ciudadanía de la Unión. Consecuencias. Proporcionalidad.

**ASPECTOS EXAMINADOS**

- El Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:  
El artículo 20 TFUE, a la luz de los artículos 7 y 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a la legislación de un Estado miembro, como la controvertida en el procedimiento principal, que prevé, con sujeción a determinados requisitos, la pérdida automática de la nacionalidad de dicho Estado miembro por imperativo de la ley (ipso iure), pérdida que lleva consigo, en el caso de las personas que no posean asimismo la nacionalidad de otro Estado miembro, la pérdida de la ciudadanía de la Unión y de los derechos vinculados a la misma, siempre que las autoridades nacionales competentes —con inclusión, en su caso, de los tribunales nacionales— estén en condiciones de examinar, con carácter incidental, las consecuencias de tal pérdida de nacionalidad y, eventualmente, de arbitrar el mecanismo adecuado para que las personas afectadas recuperen ex tunc la nacionalidad en el momento en que soliciten la obtención de un documento de viaje o de cualquier otro documento que haga constar su nacionalidad. En el marco del referido examen, las autoridades y los tribunales nacionales mencionados deberán verificar si la pérdida de la nacionalidad del Estado miembro de que se trate, que entraña la pérdida de la ciudadanía de la Unión, resulta conforme con el principio de proporcionalidad en lo que atañe a las consecuencias que tenga para la situación de cada persona afectada, y, en su caso, para la situación de los miembros de su familia, desde el punto de vista del Derecho de la Unión.
- Tal examen requiere la valoración de la situación individual de la persona afectada, así como la de su familia, a fin de determinar si la pérdida de la nacionalidad del Estado miembro de que se trate, cuando tal pérdida lleve consigo la pérdida de la ciudadanía de la Unión, tiene consecuencias que puedan afectar de manera desproporcionada, en relación con la finalidad perseguida por el legislador nacional, al normal desarrollo de la vida familiar y de la actividad profesional de la persona afectada desde el punto de vista del Derecho de la Unión. Tales consecuencias no podrán tener carácter hipotético o eventual.
- En el marco del referido examen de proporcionalidad, incumbe especialmente a las autoridades nacionales competentes — y, en su caso, a los tribunales nacionales— verificar si la pérdida de la nacionalidad resulta conforme con los derechos fundamentales consagrados en la Carta cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia y, muy especialmente, con el derecho al respeto de la vida familiar, tal como se formula en el artículo 7 de la propia Carta, que debe interpretarse en relación con la obligación de tomar en consideración el interés superior del niño, reconocido en el artículo 24, apartado 2, de la misma Carta (sentencia de 10 de mayo de 2017, Chávez-Vílchez y otros, C 133/15, EU:C:2017:354, apartado 70).
- En cuanto a las circunstancias relacionadas con la situación individual de la persona afectada, que pueden ser pertinentes a efectos de la valoración que las autoridades nacionales competentes y los tribunales nacionales deben llevar a cabo en este caso concreto, es necesario mencionar, entre otros, el hecho de que, como consecuencia de la pérdida automática, por imperativo de la ley, de la nacionalidad neerlandesa y de la ciudadanía de la Unión, la persona afectada se verá expuesta a limitaciones en el ejercicio del derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, que supondrán en su caso dificultades particulares para continuar desplazándose a los Países Bajos o a otro Estado miembro con el fin de mantener allí relaciones efectivas y continuadas con los miembros de su familia, de desarrollar su actividad profesional o de iniciar las gestiones y trámites necesarios para ejercer tal actividad. Resultan asimismo pertinentes, por una parte, el hecho de que la persona afectada no haya podido renunciar a la nacionalidad de un Estado tercero, resultándole por ello aplicable el artículo 15, apartado 1, letra c), de la Ley sobre la Nacionalidad, y, por otra parte, el riesgo fundado de deterioro sustancial

de la seguridad o de la libertad de movimientos al que se vería expuesta la persona afectada en razón de la imposibilidad con la que se encontraría, en el territorio del Estado tercero en el que reside, de beneficiarse de la protección consular en virtud del artículo 20 TFUE, apartado 2, letra c).

- En el caso de los menores, las autoridades administrativas o judiciales competentes deben tener además en cuenta, en el marco del examen individual que han de llevar a cabo, la eventual existencia de circunstancias de las que resulte que la pérdida de la nacionalidad neerlandesa por el menor —pérdida que el legislador neerlandés vincula a la pérdida de la nacionalidad neerlandesa por el padre o la madre, a fin de preservar la unidad de nacionalidad en el seno de la familia— no corresponde al interés superior del niño, reconocido por el artículo 24 de la Carta, en razón de las consecuencias que tal pérdida de nacionalidad tiene para el menor desde el punto de vista del Derecho de la Unión.

## DATOS SENTENCIA

SENTENCIA TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. (Sala Primera)

Fecha Sentencia: 8 de mayo de 2019

Asunto: C 486/18.

## TEMA

Trabajador con contrato de duración indefinida y a tiempo completo en situación de permiso parental a tiempo parcial. Despido. Indemnización por despido y subsidio por permiso de recolocación: Métodos de cálculo. Igualdad retributiva entre trabajadoras y trabajadores. Permiso parental a tiempo parcial del que hacen uso sustancialmente las trabajadoras: Discriminación indirecta ART. 157 TFUE.

## ASPECTOS EXAMINADOS

- El Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara:
- 1) La cláusula 2, apartado 6 y, del Acuerdo Marco sobre el permiso parental, celebrado el 14 de diciembre de 1995, que figura en anexo a la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo Marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, en su versión modificada por la Directiva 97/75/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que, cuando se despide a un trabajador contratado por tiempo indefinido y a tiempo completo mientras disfruta de un permiso parental a tiempo parcial, la indemnización por despido y el subsidio por permiso de recolocación que se han abonar a dicho trabajador se fijen, al menos parcialmente, sobre la base de la retribución, de menor importe, que percibe cuando el despido tiene lugar.
- 2) El artículo 157 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa como la controvertida en el litigio principal, que establece que, cuando se despide a un trabajador contratado por tiempo indefinido y a tiempo completo mientras disfruta de un permiso parental a tiempo parcial, dicho trabajador percibe una indemnización por despido y un subsidio por permiso de recolocación fijado, al menos parcialmente, sobre la base de la retribución, de menor importe, que percibe cuando el despido tiene lugar, en una situación en la que un número considerablemente mayor de mujeres que de hombres deciden disfrutar de un permiso parental a tiempo parcial y cuando la diferencia de trato que de ello resulta no puede explicarse por factores objetivamente justificados y ajenos a toda discriminación por razón de sexo.
  - *Con arreglo al artículo 157 TFUE, apartado 2, deberá entenderse por «retribución» el salario o sueldo normal de base o mínimo y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo.*
  - *70 Se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que el concepto de «retribución» en el sentido del artículo 157 TFUE, apartado 2, debe interpretarse en sentido amplio. Comprende, en particular, todas las gratificaciones en dinero o en especie, actuales o futuras, siempre que sean satisfechas, aunque sea indirectamente, por el empresario al trabajador en razón del trabajo de este, independientemente de que sea en virtud de un contrato de trabajo o de disposiciones legales o de que tengan carácter voluntario. Además, el hecho de que determinadas prestaciones sean pagadas una vez extinguida la relación laboral no excluye que puedan tener carácter de retribución, en el sentido de esta disposición (sentencias de 6 de diciembre de 2012, Dittrich y otros, C*

- 124/11, C 125/11 y C 143/11, EU:C:2012:771, apartado 35, y de 19 de septiembre de 2018, Bedi, C 122/17, EU:C:2018:734, apartado 33).
- 71 En lo que se refiere a las indemnizaciones abonadas por el empresario al trabajador con ocasión de su despido, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que constituyen una forma de retribución diferida, a la que tiene derecho el trabajador en razón de su relación de trabajo, pero que se le abona en el momento de cesar su relación de trabajo, con el fin de facilitar su adaptación a las nuevas circunstancias resultantes de la pérdida de empleo (sentencias de 17 de mayo de 1990, Barber, C 262/88, EU:C:1990:209, apartado 13, y de 19 de septiembre de 2018, Bedi, C 312/17, EU:C:2018:734, apartado 35).
  - 72 En el caso de autos, procede señalar que prestaciones como la indemnización por despido y el subsidio por permiso de recolocación cumplen los requisitos recordados en los apartados 70 y 71 de la presente sentencia. En estas circunstancias, tales prestaciones deben calificarse de «retribuciones», en el sentido del artículo 157 TFUE.
  - 73 Para determinar si existe una discriminación, cabe recordar que, según reiterada jurisprudencia, la discriminación consiste en la aplicación de normas distintas a situaciones comparables o en la aplicación de la misma norma a situaciones diferentes (sentencias de 13 de febrero de 1996, Gillespie y otros, C 342/93, EU:C:1996:46, apartado 16, y de 14 de julio de 2016, Ornano, C 335/15, EU:C:2016:564, apartado 39).
  - 74 A este respecto, el Gobierno francés alega que no cabe comparar a un trabajador en situación de permiso parental a tiempo parcial con un trabajador que presta servicios a tiempo completo, remitiéndose a la cláusula 4, apartado 2, del Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial, según la cual, «cuando resulte apropiado, se aplicará el principio de pro rata temporis».
  - 75 Dicho Gobierno, así como Praxair MRC, invocan también el apartado 63 de la sentencia de 16 de julio de 2009, Gómez-Limón Sánchez-Camacho (C 537/07, EU:C:2009:462), en el que el Tribunal de Justicia declaró que el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres no se opone a que, durante el período de permiso parental a tiempo parcial, un trabajador adquiera derechos a pensión de incapacidad permanente en función del tiempo de trabajo efectuado y del salario percibido, y no como si hubiera ejercido una actividad a tiempo completo. Por lo tanto, a su juicio no procede comparar a un trabajador en situación de permiso parental a tiempo parcial con un trabajador que ejerce sus funciones a tiempo completo.
  - 76 Sin embargo, es preciso distinguir entre, por un lado, los derechos que tienen en cuenta específicamente la situación de permiso parental a tiempo parcial y, por otro lado, los derechos que no se derivan específicamente de esta situación.
  - 77 A este respecto, como se desprende del apartado 53 de la presente sentencia, al tratarse de un trabajador empleado mediante un contrato a tiempo completo que disfruta de un permiso parental a tiempo parcial, debe considerarse que la extinción unilateral por el empresario se refiere al contrato a tiempo completo.
  - 78 Por consiguiente, como resulta de los apartados 51 y 55 de la sentencia de 22 de octubre de 2009, Meerts (C 116/08, EU:C:2009:645), en lo que atañe al derecho a prestaciones como la indemnización por despido y el subsidio por permiso de recolocación, la situación de un trabajador en permiso parental a tiempo parcial en relación con tales prestaciones es comparable a la de un trabajador a tiempo completo. Tal constatación se aplica también en el marco del artículo 157 TFUE.
  - 79 Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el principio de igualdad de retribución consagrado en el artículo 157 TFUE no solo se opone a la aplicación de disposiciones que establezcan discriminaciones directamente basadas en el sexo, sino también a la aplicación de disposiciones que mantengan diferencias de trato entre trabajadores de uno y otro sexo en virtud de criterios no fundados en el sexo, cuando tales diferencias de trato no puedan explicarse por factores objetivamente justificados y ajenos a toda discriminación por razón de sexo (véanse, en este sentido, las sentencias de 15 de diciembre de Helmig y otros, C 399/92, C 409/92, C 425/92, C 34/93, C 50/93 y C 78/93, EU:C:1994:415, C 167/92, EU:C:1999:92, apartado 20, y de 17 de julio de 2014, Leone, C 173/13, EU:C:2014:2090, apartado 40).
  - 80 Más concretamente, de constante jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que existe discriminación indirecta por razón de sexo cuando la aplicación de una medida nacional, aunque formulada de manera neutra, perjudique de hecho a un número mayor de trabajadores de un sexo que del otro. Tal medida solo es compatible con el principio de igualdad de trato en el supuesto de que la diferencia de trato entre ambas categorías de trabajadores que genera esté justificada por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo

(véase, en este sentido, la sentencia de 17 de julio de 2014, Leone, C 173/13, EU:C:2014:2090, apartado 41 y jurisprudencia citada).

- 81 *En el caso de autos, de la aplicación de una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal, que está formulada de modo neutro, resulta que, cuando se despide a un trabajador contratado por tiempo indefinido y a tiempo completo mientras está en permiso parental a tiempo parcial, dicho trabajador se encuentra en desventaja en relación con un trabajador despedido que presta servicios a tiempo completo, en la medida en que, para el trabajador en situación de permiso parental a tiempo parcial, la indemnización por despido y el subsidio por permiso de recolocación se fijan, al menos parcialmente, sobre la base de la retribución, de menor importe, que percibe en el momento de su despido.*
- 82 *El tribunal remitente expone en su tercera cuestión prejudicial que un número considerablemente más elevado de mujeres que de hombres optan por disfrutar un permiso parental a tiempo parcial. En la resolución de remisión indica que, según el Abogado General de la Cour de cassation (Tribunal de Casación), de las estadísticas nacionales del mes de marzo de 2016 resulta que, en Francia, el 96 % de los trabajadores que toman un permiso parental son mujeres.*
- 83 *En tal supuesto, una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal solo es compatible con el principio de igualdad de trato en el supuesto de que la diferencia de trato entre trabajadoras y trabajadores producida de este modo pueda estar justificada, en su caso, por factores objetivos ajenos a toda discriminación por razón de sexo. El Gobierno francés, en lo tocante a una diferencia de trato de este tipo, no invoca en sus observaciones escritas factores objetivamente justificados por razones ajenas a toda discriminación por razón de sexo.*

## DATOS SENTENCIA

SENTENCIA TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. (Sala Tercera)

Fecha Sentencia: 8 de mayo de 2019

Asunto C 161/18.

## TEMA

Igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social. Prohibición de toda discriminación por razón de sexo. Discriminación indirecta. Trabajo a tiempo parcial. Cálculo de la pensión de jubilación.

## ASPECTOS EXAMINADOS

- El Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara:
- El artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, sobre la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materias de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, según la cual el importe de la pensión de jubilación en la modalidad contributiva de un trabajador a tiempo parcial se calcula multiplicando una base reguladora, determinada en función de los salarios efectivamente percibidos y de las cotizaciones efectivamente satisfechas, por un porcentaje que depende de la duración del período de cotización —período al que se aplica un coeficiente de parcialidad equivalente a la relación existente entre la jornada a tiempo parcial efectivamente trabajada y la jornada realizada por un trabajador a tiempo completo comparable y que se ve incrementado por un coeficiente de 1,5—, en la medida en que esta normativa perjudique en particular a las trabajadoras respecto de los trabajadores de sexo masculino.
  - *En este sentido, debe recordarse que la mera circunstancia de que las cuantías de las pensiones de jubilación se ajusten pro rata temporis para tener en cuenta la duración reducida de la jornada laboral del trabajador a tiempo parcial en relación con la del trabajador a tiempo completo no se puede considerar, en sí misma, contraria al Derecho de la Unión (véase, en este sentido, el auto de 17 de noviembre de 2015, Plaza Bravo, C 137/15, EU:C:2015:771, apartado 27 y jurisprudencia citada).*

- 51 Sin embargo, el Tribunal de Justicia también ha declarado que una medida que implica una reducción del importe de una pensión de jubilación de un trabajador en una proporción mayor a la correspondiente a los períodos de ocupación a tiempo parcial no puede considerarse objetivamente justificada por el hecho de que la pensión sea, en ese caso, la contraprestación de una prestación de trabajo de menor entidad (sentencia de 23 de octubre de 2003, Schönheit y Becker, C 4/02 y C 5/02, EU:C:2003:583, apartado 93).
- 52 En el presente asunto, resulta del auto de remisión que la normativa nacional controvertida en el litigio principal comporta dos elementos que pueden reducir el importe de las pensiones de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial. En primer término, la base reguladora de la pensión de jubilación se calcula a partir de las bases de cotización, integradas por la remuneración efectivamente percibida en función de las horas trabajadas. Ello tiene como resultado que dicha base reguladora sea, en el caso de un trabajador a tiempo parcial, inferior a la de un trabajador a tiempo completo comparable. En segundo término, mientras que dicha base reguladora se multiplica por un porcentaje que depende del número de días cotizados, se aplica a ese mismo número de días un coeficiente de parcialidad que refleja la relación entre el tiempo de trabajo a tiempo parcial efectivamente realizado por el trabajador de que se trate y el tiempo de trabajo realizado por un trabajador a tiempo completo comparable.
- 53 Ciertamente, este segundo elemento queda atenuado por la circunstancia de que, según el artículo 248, apartado 3, de la LGSS, el número de días cotizados resultante de la aplicación del coeficiente de parcialidad se incrementa con la aplicación de un coeficiente de 1,5.
- 54 No obstante, debe destacarse que el primer elemento —esto es, el hecho de que la base reguladora de un trabajador a tiempo parcial sea inferior, en cuanto contrapartida de una prestación de trabajo de menor entidad, a la base reguladora de un trabajador a tiempo completo comparable— permite ya lograr el objetivo perseguido que consiste, en particular, en la salvaguardia del sistema de seguridad social de tipo contributivo.
- 55 Por lo tanto, la aplicación, adicional, de un coeficiente de parcialidad relativo al trabajo a tiempo parcial va más allá de lo necesario para alcanzar tal objetivo y representa, para el grupo de los trabajadores que prestaron sus servicios a tiempo parcial reducido, es decir, por debajo de dos tercios de un trabajo a tiempo completo comparable, una reducción del importe de la pensión de jubilación superior a la que resultaría únicamente de tomar en consideración su jornada de trabajo pro rata temporis.

#### DATOS SENTENCIA

SENTENCIA TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. (Gran Sala)

Fecha Sentencia: 7 de mayo de 2019

Asunto C 431/17.

#### TEMA

Acceso a la profesión de abogado. Monje que ha obtenido su título profesional de abogado en un Estado miembro distinto del de acogida. Requisito para la inscripción ante la autoridad competente del Estado miembro de acogida. Certificado de inscripción ante la autoridad competente del Estado miembro de origen. Denegación de la inscripción. Normas profesionales y deontológicas. Incompatibilidad de la condición de monje con el ejercicio de la abogacía.

#### ASPECTOS EXAMINADOS

- El Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:
- El artículo 3, apartado 2, de la Directiva 98/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, destinada a facilitar el ejercicio permanente de la profesión de abogado en un Estado miembro distinto de aquel en el que se haya obtenido el título, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que prohíbe a un abogado que tiene la condición de monje, inscrito como abogado ante la autoridad competente del Estado miembro de origen, inscribirse ante la autoridad competente del Estado miembro de acogida para ejercer en él la profesión con su título

profesional de origen debido a la incompatibilidad, prevista en esa normativa, de la condición de monje con el ejercicio de la abogacía.

- 28 *Por consiguiente, debe considerarse que los abogados que han adquirido el derecho a utilizar dicho título profesional en un Estado miembro, como el demandante en el litigio principal, y que presentan a la autoridad competente del Estado miembro de acogida el certificado de su inscripción ante la autoridad competente del primer Estado miembro cumplen todos los requisitos necesarios para su inscripción ante la autoridad competente del Estado miembro de acogida con el título profesional obtenido en el Estado miembro de origen.*
- 29 *Esta conclusión no queda desvirtuada por el hecho de que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 98/5 someta a los abogados que ejerzan en el Estado miembro de acogida con su título profesional de origen, independientemente de las normas profesionales y deontológicas a las que estén sujetos en su Estado miembro de origen, a las mismas normas profesionales y deontológicas que a los abogados que ejercen con el título profesional pertinente del Estado miembro de acogida para todas las actividades ejercidas en su territorio.*
- 30 *En efecto, es preciso distinguir entre, por una parte, la inscripción ante la autoridad competente del Estado miembro de acogida de un abogado que desee ejercer en dicho Estado miembro con su título profesional de origen, que únicamente estará sujeta, de conformidad con el artículo 3, apartado 2, de dicha Directiva, al requisito mencionado en los apartados 26 a 28 de la presente sentencia, y, por otra parte, el propio ejercicio de la abogacía en dicho Estado miembro, para el que el mencionado abogado está sujeto, en virtud del artículo 6, apartado 1, de la citada Directiva, a las normas profesionales y deontológicas aplicables en el mismo Estado miembro.*
- 31 *Sobre este particular, es preciso recordar que tales normas, a diferencia de las relativas a los requisitos previos exigidos para la inscripción, no han sido objeto de armonización y, por tanto, pueden diferir considerablemente de las vigentes en el Estado miembro de origen. Por lo demás, como lo confirma el artículo 7, apartado 1, de la Directiva, el incumplimiento de esas normas puede conducir a la aplicación de las sanciones previstas en la normativa del Estado miembro de acogida. Tales sanciones pueden incluir, en su caso, la cancelación de la inscripción en el colegio de abogados correspondiente de dicho Estado miembro (véase, en este sentido, la sentencia de 2 de diciembre de 2010, Jakubowska, C 225/09, EU:C:2010:729, apartado 57).*
- 32 *En el caso de autos, de las indicaciones facilitadas por el órgano jurisdiccional remitente se deduce que, según la autoridad competente del Estado miembro de acogida, el ejercicio de la abogacía por un monje no cumple las garantías, como las mencionadas en el apartado 18 de la presente sentencia, requeridas para dicho ejercicio con arreglo al Derecho de ese Estado miembro.*
- 33 *A este respecto, procede recordar que el legislador nacional puede establecer garantías de esta índole siempre que las reglas establecidas a tal efecto no vayan más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos perseguidos. En particular, la inexistencia de conflictos de intereses es indispensable para el ejercicio de la abogacía e implica, en particular, que los abogados estén en una situación de independencia frente a las autoridades, de las que conviene que no reciban influencia alguna.*
- 34 *No obstante, esta facultad ofrecida al legislador nacional no le permite añadir requisitos suplementarios relativos al respeto de exigencias profesionales y deontológicas a los requisitos previos exigidos para la inscripción ante la autoridad competente del Estado miembro de acogida, los cuales, como se ha recordado en el apartado 26 de la presente sentencia, han sido objeto de armonización completa. Pues bien, denegar a un abogado que desee ejercer en el Estado miembro de acogida haciendo uso de su título profesional de origen la inscripción ante las autoridades competentes de este Estado miembro por la mera razón de que ostenta la condición de monje equivaldría a añadir un requisito de inscripción a los que figuran en el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 98/5, siendo así que esa disposición no permite tal adición.*
- 35 *Por otra parte, como se ha recordado en el apartado 33 de la presente sentencia, para ser conformes con el Derecho de la Unión, las normas profesionales y deontológicas aplicables en el Estado miembro de acogida deben respetar, entre otros, el principio de proporcionalidad, lo que supone que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos perseguidos. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente llevar a cabo las comprobaciones necesarias en lo que respecta a la regla de incompatibilidad controvertida en el litigio principal.*

**DATOS SENTENCIA**

SENTENCIA TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sala Sexta.

Fecha Sentencia: 11 de abril de 2019

Asunto: C 464/2018.

**TEMA**

Transporte aéreo: Determinación del órgano jurisdiccional competente para conocer de una demanda de indemnización por el retraso de un vuelo.

**ASPECTOS EXAMINADOS**

- **Determinación del órgano jurisdiccional competente para conocer de una demanda de indemnización por el retraso de un vuelo:** El artículo 7, punto 5, 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, debe interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro no es competente para conocer de un litigio relativo a una demanda de indemnización interpuesta en virtud del artículo 7 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, y dirigida contra una compañía aérea establecida en otro Estado miembro por el hecho de que dicha compañía tiene una sucursal en la demarcación del órgano jurisdiccional ante el que se ha presentado la demanda, no habiendo participado dicha sucursal en la relación jurídica entre la compañía y el pasajero afectado.

**DATOS SENTENCIA**

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

Fecha Sentencia: 3 de abril de 2019

Asunto: C 266/2018.

**TEMA**

Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Competencia territorial.

**ASPECTOS EXAMINADOS**

- **Cláusula que atribuye la competencia territorial al órgano jurisdiccional determinado en aplicación de las reglas generales:** El artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que no está excluida del ámbito de aplicación de dicha Directiva una cláusula contractual, como la controvertida en el litigio principal, que efectúa una remisión general al Derecho nacional aplicable en lo que atañe a la determinación de la competencia judicial para conocer de los litigios que puedan surgir entre las partes del contrato.
- **Cláusula del contrato, que permiten al profesional elegir, en el caso de una demanda en la que se alega el incumplimiento de un contrato por parte del consumidor, entre el órgano judicial competente del domicilio del demandado y el del lugar de ejecución del contrato:** El artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a unas normas procesales, a las que remite una cláusula del contrato, que permiten al profesional elegir, en el caso de una demanda en la que se alega el incumplimiento de un contrato por parte del consumidor, entre el órgano judicial competente del domicilio del demandado y el del lugar de ejecución del contrato, salvo que la elección del lugar de cumplimiento del contrato suponga para el consumidor condiciones procesales que puedan restringir excesivamente el derecho a la tutela judicial efectiva que le confiere el ordenamiento jurídico de la Unión, extremo que incumbe comprobar al tribunal nacional.



[https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6/es/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/es/)

**DATOS SENTENCIA**

Caso: Bjarni Ármannsson c. Islandia  
 Fecha sentencia: 16 de abril de 2019  
 Demanda nº 72098/14.

**TEMA**

Derecho a no ser juzgado o condenado dos veces (artículo 4 del Protocolo 7 CEDH). Vulneración por ser objeto de expediente administrativo sobre impuestos con recargo, y de causa penal por evasión de impuestos, expedientes que no pueden considerarse conexos.

**ASPECTOS EXAMINADOS**

- El demandante, Bjarni Ármannsson, súbdito islandés residente en Dinamarca. Entre septiembre de 1997 y abril de 2007 ocupó el puesto de Director General de Glitnir, uno de los bancos más grandes de Islandia.

En julio de 2009 la Dirección de Investigación Fiscal realizó un control de sus declaraciones fiscales para comprobar si había declarado los beneficios obtenidos de la venta de las participaciones recibidas al dejar su puesto de CEO de Glitnir. El informe se comunicó al demandante, que fue informado de su remisión para recalculer los impuestos, y de un posible procedimiento criminal, pospuesto a la notificación del resultado de la reevaluación de los impuestos.

En mayo de 2012 y a la vista de las objeciones del interesado se le notificó el resultado de la revaloración de los impuestos de 2007 a 2009, en que no había declarado importantes ingresos, y se le impuso un recargo del 25%. El demandante pagó los impuestos y el recargo sin recurrir la decisión que devino firme en agosto de 2012.

En marzo de 2012 se remitió el asunto, incluyendo la posible evasión de impuestos, al Fiscal especial, quien interrogó al demandante en septiembre de 2012, y formuló acusación en diciembre por no declarar ingresos. El demandante interesó el archivo, entre otros motivos, por infracción del artículo 4 del Protocolo 7 CEDH. Desestimada esta petición, en junio de 2013 se le condenó por negligencia grave a 6 meses de prisión y al pago de una multa equivalente a 241.000 euros (valorando para su determinación el recargo que había abonado). El recurso contra la sentencia, con base en el artículo 4 del Protocolo 7 CEDH, fue desestimado y la Corte Suprema mantuvo la multa impuesta y aumentó la condena de prisión a 8 meses.

El demandante acude al TEDH argumentando que, con la imposición de recargo fiscal y la condena por delito fiscal agravado, ha sido condenado dos veces por la misma infracción.
- El TEDH señala que, para resolver el asunto, debe determinar si la imposición de un recargo fiscal tiene naturaleza penal para el artículo 4 del Protocolo 7 CEDH, si la infracción por la que ha sido condenado es la misma que motivó el recargo, si era hubo una decisión final en el primero, y si existió duplicidad de procedimientos.

En otros casos el TEDH ya ha establecido que la imposición de recargos fiscales determinaba la consideración del procedimiento como penal no solo a efectos del artículo 6 CEDH sino también para para el artículo 4 del Protocolo 7 CEDH. Esto no se ha discutido. La noción de misma infracción se refiere sustancialmente a los mismos hechos. Tampoco hay discusión al referirse en ambos casos a falta de declaración de ingresos durante el mismo periodo de tiempo. No es necesario determinar, en este caso, si la resolución del primer expediente fue final ya que no aparece la existencia de combinación de procedimientos.

En cuanto a la duplicidad de procedimientos, destaca el TEDH que las consecuencias eran complementarias y previsibles en ambos casos. Que la pena establecida ha tenido en cuenta la sanción impuesta en el procedimiento fiscal. Que la policía ha llevado a cabo una investigación independiente que ha determinado la condena. La duración global ha sido de 5 años y 10 meses, pero los procedimientos solo se han desarrollado paralelamente entre marzo y agosto de 2012 (al devenir definitiva la decisión administrativa).

Teniendo en cuenta estas circunstancias, y en particular la falta de solapamiento en el tiempo y la independiente búsqueda y reunión de pruebas, el TEDH no considera que exista una conexión próxima en materia y tiempo entre los procedimientos administrativo y penal para ser compatibles con el criterio del artículo 4 del Protocolo 7 CEDH.

En consecuencia, el demandante ha sido juzgado y castigado por la misma –o sustancialmente la misma– conducta por diferentes autoridades en dos distintos procedimientos que carecían de la conexión requerida para considerar que forman parte de un esquema general de sanción bajo la ley aplicable.

- Por ello estima que ha existido violación del artículo 4 del Protocolo 7 CEDH y condena al Estado a pagar 5.000 euros por daño moral y 29.800 euros por costas y gastos procesales.

#### DATOS SENTENCIA

Caso: Guimon c. Francia  
Sentencia: 11 de abril de 2019  
Demanda nº 48798/14.

#### TEMA

Derecho al respeto a la vida privada y familiar (artículo 8 CEDH). No vulneración.

#### ASPECTOS EXAMINADOS

- Derecho al respeto a la vida privada y familiar de persona que cumple pena de prisión por delitos de terrorismo. Solicitud de la condenada de asistir y recogerse ante los restos mortales de su padre fallecido, necesidad de escolta reforzada para este traslado. Adecuada ponderación de los intereses presentes por lo que el Estado no ha sobrepasado el margen de apreciación del que disfruta.

La demandante, Laurence Guimon, es súbdita francesa, internada en el momento de los hechos en el Centro Penitenciario de Rennes.

Fue miembro activo de ETA hasta su detención en 2003 y fue condenada en tres sentencias, principalmente por participación en asociación de malhechores para preparar un acto terrorista, receptación de bienes obtenidos por extorsión en banda organizada, tenencia y transporte de armas y de sustancias o artefactos explosivos, y tenencia y uso de documentos administrativos falsos en relación con una empresa terrorista. Las condenas fueron de prisión de 8 años el 26 de abril de 2006, de 17 años de reclusión criminal en sentencia de 29 de noviembre de 2006 y de otros 17 años de reclusión criminal en sentencia de 17 de noviembre de 2008. Las última se confundió con la anterior, y el 2011 se acordó también la confusión parcial de la primera en cuantía de 5 años acumulándola a la de 17 años que quedaba (Conforme al derecho francés, conforman un concurso de infracciones las que una persona comete antes de ser condenado por una de ellas. En estos casos se puede acordar la confusión total o parcial de las penas de la misma naturaleza, de forma que las penas se absorben unas en otras total o parcialmente. Artículos 132-2 y siguientes del Code Pénal. Nota del redactor).

El 21 de enero de 2014 el abogado de la demandante presentó solicitud de salida con escolta para que pudiera acudir junto a su padre, fallecido el mismo día en una clínica de Bayona, señalando que su padre no ha podido visitarla en prisión por problemas de salud, que ella estaba muy unida a su padre y que era primordial para ella poder recogerse por última vez ante sus restos mortales en presencia de su madre, sus hermanos y su hija. Por correo del mismo día se añadió que la demandante padecía la enfermedad de Crohn por lo que precisaba acudir al baño regularmente. También se adjuntó documento de los servicios funerarios con la fijación de la introducción en el ataúd para el 22 de enero y del entierro para el 27 de enero.

El 22 de enero la demanda fue rechazada por el vicepresidente del Tribunal de Gran Instancia de París, a cargo de la aplicación de penas competente en materia de terrorismo, quien consideró que, si el fallecimiento de su padre podía constituir un motivo de salida con escolta, la solicitud debía valorarse a la vista de la personalidad de la interesada y de los riesgos de evasión. En este caso, las condenas muestran un anclaje duradero en el movimiento vasco y en acciones terroristas; se ha negado a ser examinada por peritos, por lo que no se disponen de informes sobre su personalidad y peligrosidad aunque se comporte correctamente en prisión; la fecha de cumplimiento es lejana y tiene apoyos exteriores, por lo que no puede excluirse el riesgo de evasión si se autoriza su salida; finalmente, la distancia del lugar al que ir y la necesidad de ir regularmente al baño hacen problemático un traslado con condiciones de seguridad suficientes en un plazo tan corto.

El 23 de enero, la Sra. Guimon interpuso recurso de apelación porque no existe riesgo de evasión. El 24 de enero fue confirmada la ordenanza (decisión judicial análoga al auto) de 22 de enero. La corte de apelación consideró que, si bien la

autorización solicitada resultaba perfectamente justificada en el plano humano, el riesgo de trastorno del orden público por el retorno en circunstancias emocionalmente difíciles a un lugar en que tenía numerosos apoyos, exigía una vigilancia particular por parte de la escolta, con exigencia aumentada por la lejanía geográfica que obliga a hacer noche en otra prisión (Gradignan), con lo que la organización de la escolta era materialmente imposible en un plazo tan corto conforme a la consulta hecha a los servicios competentes de la Gendarmería.

Esta decisión fue recurrida porque consideraba no precisar escolta reforzada y porque no le era imputable estar en una prisión tan lejana. La Corte de Casación, por ordenanza de 29 de abril de 2014, rechazó el recurso por ausencia de motivo serio de casación, ya que esta Corte no puede entrar a valorar elementos de hecho.

- La demandante invoca el artículo 8 CEDH (derecho al respeto a la vida privada y familiar) para quejarse del rechazo de las autoridades judiciales a autorizar una salida con escolta de la prisión para acudir al tanatorio de Bayona a recogerse ante los restos mortales de su padre.

El TEDH recuerda que la detención y toda otra medida privativa de libertad comportan, por naturaleza, una restricción de la vida privada y familiar del interesado. Sin embargo, es esencial –respecto a la vida familiar– que la administración penitenciaria autorice al detenido y le ayude a mantener el contacto con su familia próxima. También recuerda que es recomendable y que no choca con el Convenio la existencia de un cierto control de los contactos del detenido con el mundo exterior. Por otro lado, el Convenio no garantiza un derecho a obtener permisos de salida, y repetidas veces ha dicho que el establecimiento de un sistema de autorizaciones no es criticable en sí mismo.

En este caso no se discute que el rechazo de la solicitud constituye una injerencia en el derecho al respeto a la vida familiar garantizado por el artículo 8 CEDH. Esta injerencia no infringe el Convenio si está prevista por la ley, se dirige a un fin legítimo previsto en el artículo 8.2 CEDH, y puede considerarse necesaria en una sociedad democrática.

El TEDH destaca que el rechazo de la autorización de salida con escolta está previsto por la ley, que los riesgos de evasión y trastornos de orden público son inherentes a la salida temporal de un preso, siendo suficientemente previsibles los posibles motivos de rechazo. La injerencia para prevenir el riesgo de evasión y los trastornos de orden público se dirige a mantener la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención de infracciones penales.

Sobre si la injerencia era necesaria en una sociedad democrática debe atenderse a las exigencias normales y razonables del internamiento en prisión y al alcance del margen de apreciación reservado a las autoridades cuando regulan los contactos de un detenido y su familia. Corresponde al Estado demostrar que las restricciones a los derechos y libertades del detenido son necesarias y que se fundan en una necesidad social imperiosa.

En este caso las autoridades judiciales han examinado con diligencia la demanda en las dos instancias, y han juzgado que el fallecimiento del padre de la demandante era un motivo excepcional que podía justificar una autorización de salida con escolta.

El TEDH es consciente de que las salidas con escolta tienen problemas financieros y logísticos. Las autoridades han examinado el perfil de la solicitante, la gravedad de los crímenes cometidos, el contexto de la salida a organizar y los elementos de hecho, en particular la distancia (650 km), para considerar que la escolta debía ser particularmente reforzada. Aunque la demandante ha presentado la demanda con un espacio de 6 días para organizar la escolta, el TEDH no aprecia ningún elemento para cuestionar el análisis del Gobierno de que, una vez se acordase la autorización de salida, el plazo era insuficiente para organizar una escolta compuesta de agentes especializados para vigilar a una condenada por hechos de terrorismo con una localización previa de lugares. En las circunstancias del caso existía alternativa a la salida con escolta para la solicitud de la demandante y, aunque no había podido ver a su padre desde hacía varios años, se ha probado que recibía con regularidad visitas de parientes y amigos.

El TEDH considera que las autoridades judiciales han valorado los intereses en juego y que el Estado demandado no ha excedido el margen de apreciación de que disfruta en este campo; que el rechazo de la solicitud no es respuesta desproporcionada a las finalidades legítimas perseguidas y que, en consecuencia, no ha existido violación del artículo 8 CEDH.



**DATOS SENTENCIA**

Sentencia Pleno Nº201/19  
 RECURSO DE CASACION Nº2013/18  
 Fecha Sentencia: 03/04/2019  
 Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.

**TEMA**

Conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor.

**ASPECTOS EXAMINADOS**

- **Concejala animalista que escribe en su cuenta de Facebook un comentario sobre la muerte de un torero en la plaza de toros:** Las manifestaciones enjuiciadas están referidas a un personaje de cierta relevancia pública, como es un torero, y tienen relación con la polémica social que existe sobre la tauromaquia. Pero exceden del ámbito protegido por la libertad de expresión tanto por su contenido gravemente vejatorio como, especialmente, por el contexto en el que se producen, justo tras la muerte traumática de la persona vejada. Un elemento fundamental que hace que la ponderación entre los derechos en conflicto deba decantarse en favor de la protección del derecho al honor es el relativo a las circunstancias en que se produjeron las manifestaciones de la demandada, justo tras la muerte del torero. Como hemos dicho, los usos sociales delimitan la protección del derecho al honor, y entre los usos sociales de una sociedad civilizada se encuentra, como exigencia mínima de humanidad, el respeto al dolor de los familiares ante la muerte de un ser querido, que se ve agravado cuando públicamente se veja al fallecido.

**DATOS SENTENCIA**

Sentencia Pleno Nº202/19  
 RECURSO DE CASACION Nº2106/18  
 Fecha Sentencia: 3/04/2019  
 Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.

**TEMA**

Protección del derecho al honor.

**ASPECTOS EXAMINADOS**

- **Demanda interpuesta por el Abogado de la Generalitat en defensa del honor del pueblo catalán por las manifestaciones realizadas por un periodista:** No puede estimarse afectado el «honor del pueblo catalán» por unas declaraciones que se dirigen contra un determinado sector de la sociedad catalana. En el contexto de una contienda política, identifica el «pueblo catalán» con un determinado sector del mismo, que es fundamentalmente el identificado con el proyecto político de quienes ostentaban el gobierno de la Comunidad Autónoma, de forma que se excluye del concepto de «pueblo catalán» al discrepante que no participa de ese proyecto político.
- **Legitimación del Govern de la Generalitat y del Molt Honorable President de la Generalitat para accionar en defensa de la dignidad del pueblo catalán:** El President y el Govern de la Generalitat, representados por el Abogado de la Generalitat, estaban legitimados activamente para interponer una demanda de protección del honor del pueblo catalán. Nuestra sentencia 571/2003, de 5 de junio, declaró que «un gobierno tiene legitimación para actuar procesalmente cuando estime que se ha lesionado el crédito, dignidad, prestigio y autoridad moral de las instituciones de un Estado y, en particular, la dignidad de un pueblo».

**DATOS SENTENCIA**

Sentencia Nº181/19  
 RECURSO DE CASACION Nº2101/16  
 Fecha Sentencia: 21/03/2019  
 Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.

**TEMA**

Asociaciones: Derecho de participación.

**ASPECTOS EXAMINADOS**

- **Derecho de participación de los socios:** El derecho de participación de los asociados no impone necesariamente un determinado modelo de organización y funcionamiento de las asociaciones, que según los recurrentes sería el de una democracia asamblearia en la que todos los asociados tienen derecho de asistir por sí mismos a la asamblea general, intervenir en ella y votar. La libertad de organización de las asociaciones permite que los modelos de organización y funcionamiento sean diversos y que la asociación pueda decidir en sus estatutos qué modelo prefiere, con el único límite de no impedir completamente la posibilidad de participación de los asociados. Lo anterior se ve confirmado por el hecho de que la LODA, en su art. 7.e) y f), prevea la posibilidad de que existan distintas clases de asociados, con distintos derechos y obligaciones. Y, sobre todo, porque el Tribunal Constitucional, en la STC 135/2006, de 27 de abril.

**DATOS SENTENCIA**

Sentencia Nº215/19  
 RECURSO DE CASACION Nº3683/18  
 Fecha Sentencia: 05/04/2019  
 Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

**TEMA**

Guarda y custodia compartida: modificación de medidas: cambio de circunstancias.

**ASPECTOS EXAMINADOS**

- **Modificación de medidas. Cambio de circunstancias:** Como esta sala ha declarado en sentencia 31/2019 de 19 de diciembre, que cita las de 12 y 13 de abril de 2016, la modificación de medidas, tal como el cambio de sistema de custodia, exige un cambio "cierto" de las circunstancias y que se adopte en interés de los menores (art.º 91 del Civil).

**DATOS AUTO**

Competencia Nº23/19  
 Fecha auto 19/03/2019  
 Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

**TEMA**

Competencia territorial: Indemnización de daños por infracción del Derecho de la Competencia. "Cártel de los camiones"

**ASPECTOS EXAMINADOS**

- **Indemnización de daños por infracción del Derecho de la Competencia. "Cártel de los camiones":** El fuero más próximo a la regulación de las acciones de derecho privado de la competencia es el de competencia desleal, previsto en el artículo 52.1.

12º LEC. Este fuero atribuye la competencia al tribunal del lugar donde el demandado tiene su establecimiento, y, a falta de este, al del domicilio o lugar de residencia. Como último fuero subsidiario, cuando el demandado carezca de domicilio o lugar de residencia en España, se prevé un fuero electivo para el demandante: el lugar donde se haya realizado el acto o donde se produzcan sus efectos. El lugar de realización del acto dañoso, que es el acuerdo cartelizado, puede inducir a confusión, pero no ocurre lo mismo con el lugar de producción de efectos, que es donde el demandante ve repercutido el sobreprecio, y que puede identificarse sin problemas adicionales con el lugar de adquisición del vehículo. Este fuero ha de completarse con la previsión del 53.2 LEC, de tal suerte que, si la demanda pudiera corresponder a los jueces de más de un lugar, el demandante podrá optar por cualquiera de ellos. En igual sentido, ATS de 26 de febrero de 2019, conflicto n.º 262/2018.

**DATOS SENTENCIA**

Sentencia núm. 158/2019

Fecha de sentencia: 26/03/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10505/2018 P

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

**TEMA**

Hallazgos casuales. Abusos sexuales. Inexistencia de contacto físico entre el autor y las víctimas. Contacto a través del teléfono o de otras tecnologías de comunicación.

**ASPECTOS EXAMINADOS**

- Hallazgos casuales: Plantea el recurrente la licitud de la actuación policial y judicial en tanto que se procedió a investigar un nuevo delito sobre la base de indicios obtenidos casualmente en el curso de una intervención telefónica acordada para investigar otro distinto.

En la STS nº 400/2017, de 1 de junio, se examinaba con detalle esta cuestión, admitiendo la validez de la utilización de los datos obtenidos casualmente sobre un nuevo delito en curso de la investigación realizada sobre otros hechos delictivos. Se decía así lo siguiente: "2.4.1. Tomando como referencia la jurisprudencia más reciente de la Sala de Casación sobre los hallazgos o descubrimientos casuales (SSTS 717 o 991/2016), explica la segunda tomando como referencia la anterior y otros precedentes de esta propia Sala y del Tribunal Constitucional que: <<ha afirmado el Tribunal Constitucional en la sentencia 41/1998, de 24 de febrero, lo siguiente: "... el que se estén investigando unos hechos delictivos no impide la persecución de cualesquiera otros distintos que sean descubiertos por casualidad al investigar aquéllos, pues los funcionarios de Policía tienen el deber de poner en conocimiento de la autoridad penal competente los delitos de que tuviera conocimiento, practicando incluso las diligencias de prevención.. ". Y en la sentencia del mismo Tribunal 104/2006, de 3 de abril, se incide de nuevo en que es irrelevante que en dicha intervención se descubrieran otros hechos delictivos, pues como se sostuvo en la STC 41/1998, de 24 de febrero, "la Constitución no exige, en modo alguno, que el funcionario que se encuentra investigando unos hechos de apariencia delictiva cierre los ojos ante los indicios de delito que se presentaren a su vista, aunque los hallados casualmente sean distintos a los hechos comprendidos en su investigación oficial, siempre que ésta no sea utilizada fraudulentamente para burlar las garantías de los derechos fundamentales".- En la STC 220/2009, de 21 de diciembre, se advierte que el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan en los encargados de la investigación, ya que de otro modo se desvanecería la garantía constitucional (por todas, entre otras muchas, SSTC 49/1999, de 5 de abril; 166/1999, de 27 de septiembre; 167/2002, de 18 de septiembre; 259/2005, de 24 de octubre; 253/2006, de 11 de septiembre; 197/2009, de 28 de septiembre).- En la jurisdicción ordinaria, la STS 717/2016, de 27 de septiembre, remarca que cuando se trata de investigaciones realizadas mediante intervenciones telefónicas, entre los requisitos que deben ser observados se encuentra el de la especialidad de la medida, en el sentido de que la intervención debe de estar orientada hacia la investigación de un delito concreto, sin que sean lícitas las observaciones encaminadas a una prospección sobre la conducta de una persona en general. Lo que no excluye que los hallazgos casuales sugerentes de la posible comisión de otros delitos distintos no sean válidos, sino que la continuidad en la investigación de ese hecho delictivo nuevo requiere de una renovada autorización judicial (en este sentido, entre otras, SSTS 468/2012, de 11 de junio; 157/2014, de 5 de marzo; 425/2014, de 28 de mayo; 499/2014, de 17 de junio).- En la STS 1060/2013, de 23 de setiembre, se transcribe la STS 777/2012, de 17 de octubre, en la que se dice lo siguiente: Esta Sala Casacional ha declarado repetidamente que el hallazgo casual, es decir, el elemento probatorio novedoso que no está inicialmente abarcado por el principio de especialidad, puede ser utilizado en el propio o distinto procedimiento, bien por tratarse de un delito flagrante o bien por razones de conexidad procesal, siempre que, advertido el hallazgo, el juez resuelva expresamente continuar con la investigación para el esclarecimiento de ese nuevo delito, ante la existencia de razones basadas en los principios de proporcionalidad e idoneidad. El hallazgo no solamente se proyecta hacia el futuro, como en el caso de unas intervenciones telefónicas en donde resultan indicios de la comisión de otros delitos diferentes a los investigados, sino que también puede producirse hacia el pasado, como cuando en el curso de un registro domiciliario aparecen evidencias de otros ilícitos, o cuando las intervenciones telefónicas pueden arrojar datos sustanciosos acerca de la participación de los comunicantes en hechos no inicialmente

investigados por esa vía, con tal que, como hemos dicho, tal línea de investigación sea puesta de manifiesto ante el juez, y éste, valorando los intereses en juego, acceda a su incorporación al proceso, conjugando un elemental principio de proporcionalidad. Se trata, en suma, de aquellos descubrimientos casuales que pueden aportar luz para el esclarecimiento de los hechos de carácter novedoso (puesto que permanecían ocultos), y que han de ser investigados, siempre que la autoridad judicial pondere su importancia, salvaguarde el principio de especialidad y justifique su necesidad y proporcionalidad.- Y, por último, en la STS 616/2012, de 10 de julio, se afirma que por la denominada doctrina del hallazgo casual se legitiman aquellas evidencias probatorias que inesperadamente aparecen en el curso de una intervención telefónica, eventualmente en un registro domiciliario, de forma totalmente imprevista, aunque la doctrina de esta Sala ha exigido que, para continuar con la investigación de esos elementos nuevos y sorprendidos, se han de ampliar las escuchas, con fundamento en el principio de especialidad, a través del dictado de una nueva resolución judicial que legitime tal aparición y reconduzca la investigación, con los razonamientos que sean precisos, para continuar legalmente con la misma. En el propio sentido, la STS 768/2007, de 1 de octubre, declara que la doctrina de esta Sala ha entendido que el hecho de que el hallazgo de elementos probatorios de un determinado delito se produzca en el curso de la investigación autorizada para otro delito distinto no supone la nulidad de tal hallazgo como prueba de cargo>>.

La STS mencionada (991/2016) también cita y transcribe parcialmente la doctrina expuesta en la STS 636/2012, fundamentos primero y segundo, (es la citada por la Audiencia cuando se ocupa de esta cuestión en el apartado 3º, aunque aparece como 2º en el texto): exponiendo que la misma, <<con ocasión de denunciar también la infracción del principio de especialidad por la distancia temporal que medió entre el conocimiento de la noticia criminis por el Servicio de Vigilancia Aduanera y la transmisión de esa misma noticia al Juzgado de instrucción —un total de 24 días—, esta Sala consideró que no existió falta de control judicial, pues entendió que el tiempo fue el estrictamente necesario para conocer el verdadero alcance de los datos e informaciones que los agentes iban obteniendo durante las escuchas. E hizo especial hincapié en que la cristalización del objeto del proceso se verifica de forma paulatina y, por tanto, ajena a respuestas súbitas dictadas anticipadamente a lo que exige la sosegada ponderación de los hechos que las investigaciones van poniendo de manifiesto, precisando en la misma sentencia que es lógico que pase el tiempo indispensable para que los agentes de policía que llevan a cabo el seguimiento puedan detectar la información, analizarla, interrelacionarla y, por último, dar cuenta a la autoridad judicial>>.

También en la STS nº 747/2017, de 21 de noviembre, se admitía la utilización de los datos obtenidos en la investigación inicial durante el tiempo en que el Juez procede a autorizar la ampliación. Se decía en esta sentencia que “Si en el curso de unas intervenciones telefónicas legítimas aparecen indicios, como sucedió en este caso, de la comisión de otro delito (5) lo correcto según la jurisprudencia (y actualmente según la legalidad expresa: art. 579 bis LECrim) es dar cuenta inmediata al instructor. Este deberá decidir si se extiende la investigación o no a ese nuevo objeto procesal (lo que exige, entre otras cosas, evaluar la gravedad de la nueva infracción). Pero eso no significa que mientras el Instructor toma la decisión queden en suspenso las escuchas o que, de aparecer nuevos datos, sean inutilizables. No es así. La decisión final del instructor habrá de ser adoptada en un plazo prudencial y permitirá no solo la investigación de ese delito (hallazgo casual) sino además usar para acreditarlo los frutos de las escuchas; también de aquéllas producidas en ese periodo intermedio además de las iniciales en las que aparecieron esos indicios de una nueva infracción. No han de apartarse absurdamente las conversaciones intermedias. Contaban con autorización judicial. Mucho menos podemos derivar de ahí la ilegalidad de las posteriores conversaciones producidas cuando ya se había oficializado la investigación por la nueva infracción incoándose un nuevo procedimiento ad hoc”.

En consecuencia, nada impide utilizar en la investigación de un nuevo delito los elementos indiciarios o probatorios obtenidos casualmente en una investigación sobre otro delito distinto. En la actualidad esta posibilidad está contemplada legalmente en los artículos 588 bis i, en relación con el artículo 579 bis ambos de la LECrim.

- Abusos sexuales. Inexistencia de contacto físico entre el autor y las víctimas. Contacto a través del teléfono o de otras tecnologías de comunicación. Aunque en muchos casos el delito se llevará a cabo mediante una acción ejecutada por el autor sobre el cuerpo de la víctima, se ha admitido la comisión del delito sin que medie contacto físico entre uno y otro. Así, es posible considerar supuestos en los que, sin contacto físico entre autor y víctima, se ejecuten actos por el menor que atenten a su indemnidad sexual, simultáneos o no a otros ejecutados por el autor, el cual incita, impulsa, guía o condiciona los primeros. Y no solo en situaciones de proximidad física (STS nº 450/2018, de 10 de octubre). La utilización de las tecnologías de la comunicación para estos fines aparece frecuentemente. Es cierto que estas nuevas formas de actuación requieren una interpretación de los tipos penales que delimiten los espacios correspondientes a las figuras de los abusos sexuales del artículo 183; de la determinación a un menor a participar en un comportamiento de naturaleza sexual o a hacerle presenciar

actos de carácter sexual; o del grooming o el sexting, del artículo 183 ter. Pero ello no impide afirmar que la actuación del sujeto conduciendo o impulsando al menor a la realización de actos de naturaleza sexual sobre su mismo cuerpo, en los que de alguna forma participa aquel, constituyen un delito de abuso sexual.

En la STS nº 301/2016, de 12 de abril, se decía: “Son muchos los precedentes de esta Sala en los que la aplicación del art. 183 del CP no se ha visto obstaculizada por el hecho de que no mediara contacto físico entre agresor y víctima. Y no sólo en aquellos casos en los que la ausencia de relación física está ligada al escenario telemático en el que se desarrolla el abuso. Así, por ejemplo, en la STS 1397/2009, 29 de diciembre, decíamos que “...el delito de agresión sexual del art. 178 se consuma atentando contra la libertad sexual de otra persona sin que se exija que el sujeto necesariamente toque o manosee a su víctima. (...). Que la satisfacción sexual la obtenga (el acusado) tocando el cuerpo de la víctima o contemplándola desnuda mientras se masturba es indiferente para integrar para ello lo que es en ambos casos un comportamiento de indudable contenido sexual.

Pero más allá de aquellos supuestos en los que la falta de contacto físico se produce en un contexto de proximidad entre agresor y víctima, las nuevas formas de comunicación introducen inéditos modelos de interrelación en los que la distancia geográfica deja paso a una cercanía virtual en la que la afectación del bien jurídico, no es que sea posible, sino que puede llegar a desarrollarse con un realismo hasta ahora inimaginable. El intercambio de imágenes de claro contenido sexual, obligando a un menor a enviar fotografías que atentaban contra su indemnidad sexual (ATS 1474/2014, 18 de septiembre), la obtención de grabaciones con inequívocos actos sexuales ejecutados por menores de edad (STS 864/2015, 10 de diciembre), la introducción anal y vaginal de objetos por parte de dos niñas, inducidas por su propia madre para su observación por un tercero a través de Internet (STS 786/2015, 4 de diciembre), son sólo algunos ejemplos bien recientes de resoluciones de esta Sala en las que hemos considerado que el ataque a la indemnidad sexual del menor de edad puede producirse sin esa contigüidad física que, hasta hace pocos años, era presupuesto indispensable para la tipicidad de conductas de agresiones o abusos sexuales a menores”.

En la STS nº 377/2018, de 23 de julio, se insistió en la posibilidad de apreciar un delito de abuso sexual sin que hubiera existido contacto físico entre autor y víctima. Se decía entonces que “toma carta de naturaleza la comisión del delito de abuso sexual de carácter virtual o por internet, que no requiere de modo específico un contacto sexual directo por parte del autor del delito”.

Nuevamente se apreció este delito en la STS nº 450/2018, de 10 de octubre, al diferenciarlo del tipificado en el artículo 183 bis, en la redacción introducida por la LO 1/2015. Se decía así, que “la tipicidad en el delito de abuso sexual no requiere el contacto corporal entre dos sujetos. Lo relevante es el ataque a la libertad e indemnidad sexual llevado a cabo sin su consentimiento o contra un menor (Por todas, STS 377/2018, de 23 de julio). Cuando hemos referido la exigencia de un contacto físico o corporal, entre los sujetos activo y pasivo, ha de ser entendida como realización conjunta del hecho, sin la exigencia de un contacto corporal.

La STS 468/2017, de 22 de junio, constituye un antecedente de esta interpretación. En la misma dijimos que “la mención determinar a un menor de 16 años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual, enturbia su interpretación, pero únicamente es posible la interpretación que separe ambas conductas, si tomamos, primeramente en consideración que tal comportamiento, con la participación o no del autor, se limita llevar a cabo un comportamiento que no significa realizar actos de carácter sexual con un menor de 16 años, puesto que en este caso la aplicación preferente sería de 183 del Código penal; en segundo lugar considerando que el tipo penal del artículo 183 bis requiere la conducta de futuro, en tanto que se penaliza un acto preparatorio, mientras que el abuso sexual de menores del 183, se consuma mediante la realización de actos sexuales con menores, que lleguen a cristalizar en acciones directas entre el autor y su víctima. Es decir, en el momento en que de tal comportamiento de naturaleza sexual resulta el contacto físico o corporal con el menor por parte del autor, la encarnación delictiva debe ser era del abuso sexual de artículo 183 del Código penal”.

Y, continuaba diciendo esta Sala en la citada STS nº 450/2018: “El hecho probado describe los actos típicos del abuso sexual del artículo 183. De una parte, se declara un elemento objetivo que implica el contacto corporal en el sentido requerido por la norma y que hemos expuesto. El hecho probado dice que hasta en cinco ocasiones consiguió que el menor le acompañara a la ducha y al vestuario de chicos y allí se dijo que se bajara los pantalones y se masturbara indicándole cómo hacerlo, al tiempo que también se masturbó. Se trata de una conducta conjunta en la cual el sujeto activo a un menor, sin capacidad de autodeterminación sexual, le dice lo que tiene que hacer y cómo hacerlo y realizar lo propio en una acción conjunta. Esta conducta se realiza sobre un sujeto pasivo incapaz de determinarse libremente en el ámbito sexual, se trata un menor de 13 años y la conducta tiene un inequívoco contenido sexual. El elemento subjetivo surge del propio conocimiento de la acción y hecho probado lo refiere, con la finalidad de satisfacer su ánimo libidinoso. Si la conducta del sujeto activo es la de realizar

un acto de indudable naturaleza sexual como es la masturbación de los dos realizada con una finalidad de satisfacer su ánimo libidinoso o de satisfacer sus propios deseos sexuales, la subsunción es en el artículo 183 del Código penal. En todo caso hemos de recordar que la tipicidad del delito de abusos sexuales no requiere un contacto físico directo entre el acusado y su víctima. La jurisprudencia esta Sala ha declarado que la acción de atentar contra la libertad sexual de otro “existe cuando se la somete a comportamientos sexuales no queridos por ella como también es el tener que desnudarse y mostrar sus partes íntimas al agresor. Que la satisfacción sexual obtenga este tocando el cuerpo de la víctima o contemplándola desnuda mientras se masturba es indiferente para integrar lo que es en ambos casos un comportamiento de indudable contenido sexual, impuesto contra su voluntad o sin su consentimiento libre” (sentencia 1397/2009, de 29 diciembre, 301/2016, de 12 abril)”.

En la nueva redacción del artículo 183.2, tras la reforma operada por la ley Orgánica 1/2015, se establece la pena de cinco a diez años de prisión cuando los hechos del apartado anterior se cometan empleando violencia o intimidación, calificándolos como agresión sexual. Y se añade que las mismas penas se impondrán “cuando mediante violencia o intimidación compeliere a un menor de dieciséis años a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero o a realizarlos sobre sí mismo”. La introducción de esta nueva redacción puede resultar distorsionadora, en la medida en que permite plantearse cuál ha de ser la reacción penal cuando no concurra violencia o intimidación, pero nada se opone a entender que, tal como venía entendiendo la jurisprudencia, (vid. sentencias antes citadas), llevar a un menor mediante inducción, conducción, compulsión u otra conducta similar a la ejecución de actos sexuales sobre sí mismo, cuando no concurra violencia o intimidación, constituye un delito de abuso sexual.

En cuanto al delito del artículo 183 ter.1, (antes 183 bis), el llamado grooming, el tipo solamente requiere el contacto con el menor a través de las nuevas tecnologías, la proposición de un encuentro con el mismo para cometer cualquiera de los delitos de los artículos 183 y 189, y que la propuesta venga acompañada de actos materiales encaminados al acercamiento, sin que exija la ejecución de actos de naturaleza sexual que afecten a la indemnidad sexual del menor, que, en caso de existir, serían sancionados de forma independiente.

Y en el artículo 183.ter.2 (sexting) el tipo solamente exige el contacto con el menor a través del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación y la realización de actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor. Contemplándose, pues, un acto preparatorio respecto de las conductas previstas en el artículo 189 CP.

Respecto del delito de corrupción de menores del artículo 189.1.a) CP, es claro que la captación o utilización de menores de edad para elaborar cualquier clase de material pornográfico no exige el contacto físico entre el autor y la víctima.

Otro tanto ocurre con el delito de amenazas del artículo 171.1 CP.

#### DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 155/2019

Fecha de sentencia: 26/03/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2086/2018

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

#### TEMA

Delito de Hurto. Multirreincidencia. Misma naturaleza de los delitos de robo con fuerza y robo con violencia: Acuerdo Plenario de 6 de octubre de 2000. Distinta naturaleza del delito de robo con violencia y delito de hurto.

#### ASPECTOS EXAMINADOS

- Delito de hurto. Multirreincidencia: La STS 481/2017, de 28 de junio indica que para interpretar los arts. 234 y 235 del C. Penal en un sentido que resulte congruente el concepto de multirreincidencia con el propio concepto básico de reincidencia y que se respete al mismo tiempo el principio de proporcionalidad de la pena, ha de entenderse que cuando el texto legal se refiere a tres condenas anteriores éstas han de ser por delitos menos graves o graves, y no por delitos leves.

- Los delitos de robo con violencia y robo con fuerza, tienen la misma naturaleza: Acuerdo Plenario de 6 de octubre de 2000. Ahora bien, con respecto al otro tema planteado por el recurrente, acerca de si los delitos de robo y de hurto son, o no, de la misma naturaleza, hemos dicho que el fundamento de la reincidencia es la mayor peligrosidad que se acredita en el sujeto por su inclinación a cometer la misma clase de delito, por lo que el plus de punición se justifica por una razón de prevención especial orientada a la reforma de aquella inclinación, por más que, desde otra perspectiva más criminológica, la reincidencia acredite el fracaso de la respuesta penitenciaria. En todo caso, es obvio que la exigencia de que sean de la misma naturaleza supone que morfológicamente, la forma de ataque al bien jurídico sea o provenga desde y a través de una misma manera, y ello no ocurre en quien vende droga y luego –o antes– ha alterado sustancias alimenticias, aunque ambas infracciones estén en el mismo Título del Código.

En tal sentido las SSTS de 23 de julio de 1999 y 12 de mayo de 2000, interpretan la nota de "misma naturaleza" diciendo que ello exige una doble identidad: de bien jurídico protegido y del modo de ataque concreto que ha sufrido aquel.

Como se sabe, el legislador de 1995 ha combinado ambos sistemas: "hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza".

Por otro lado, la disposición transitoria séptima, dispone que "a efectos de la apreciación de la agravante de reincidencia, se entenderán comprendidos en el mismo Título de este Código, aquellos delitos previstos en el Cuerpo legal que se deroga y que tengan análoga denominación y ataquen del mismo modo a idéntico bien jurídico".

El artículo 22.8 del Código Penal vigente exige para apreciar la agravante de reincidencia que, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza. El entendimiento de estas exigencias puede plantear algunos problemas de interpretación que, en ocasiones, se incrementan cuando la condena anterior ha sido impuesta con arreglo al Código derogado, para cuya resolución se ha acudido a la propia Ley Orgánica 10/1995, que establece en la Disposición Transitoria Séptima, que, a efectos de la apreciación de la reincidencia, "se entenderán comprendidos en el mismo Título de este Código, aquellos delitos previstos en el Cuerpo legal que se deroga y que tengan análoga denominación y ataquen del mismo modo a idéntico bien jurídico". Con independencia de otras cuestiones que pueda plantear esta norma, que no resulta decisiva, entre otras razones porque se dirige a la aplicación de la revisión de sentencias para acomodarlas al nuevo texto (STS 1568/2001, de 15 de setiembre) y, aunque parece que se refiere solamente al entendimiento de la exigencia relativa a la ubicación del tipo de que se trate, no parece fácil desvincular la mención que en ella se hace al mismo modo de ataque a idéntico bien jurídico, de aquella otra que se contiene en el artículo 22.8 relativa a que se trate de delitos de la misma naturaleza, de manera que, siguiendo esta guía interpretativa, podrá afirmarse esta coincidencia esencial entre delitos cuando en ambos se aprecie el mismo bien jurídico y la misma forma de ataque.

El bien jurídico, como aquel objeto de tutela que, al ser merecedor de protección, justifica el castigo de quien ejecuta contra el mismo alguno de los ataques previstos en la ley penal, debiera aparecer en cada Título del Código Penal, como denominador común de los delitos incluidos en el mismo, aunque admita, en ocasiones, alguna precisión que permita agrupar determinados tipos delictivos de forma separada de otros, de modo que se pueda apreciar que, aun cuando protejan el mismo bien jurídico, su naturaleza difiere.

La doctrina jurisprudencial, manifestada en las sentencias de esta Sala 305/2000 de 16.2, 1050/2000 de 15.6, 1872/2000 de 5.12, 1566/2001 de 15.9, 1665/2001 de 28.9 y 2033/2001 de 5.11, considera que el robo con violencia e intimidación en las personas y el robo con fuerza en las cosas son figuras delictivas de la misma naturaleza, a los efectos de la apreciación de la agravante de reincidencia 8ª del art. 22 del Código Penal, de conformidad con el Acuerdo del Pleno de esta Sala de 6 de octubre de 2000. Se han señalado por la jurisprudencia citada como razones de la identidad de naturaleza del robo violento y el robo con fuerza las siguientes: a) Los dos delitos reciben en la Ley y en la doctrina el mismo "nomen iuris", están legalmente definidos de forma conjunta en el mismo precepto –el art. 237 del CP.– y a su regulación se dedica exclusivamente un capítulo del CP.; b) ambos delitos lesionan el mismo bien jurídico, es decir, el patrimonio ajeno; c) su morfología básica no es diferente, puesto que consiste en un desplazamiento de la posesión de una cosa mueble mediante el apoderamiento de la misma por el sujeto activo; y d) tanto en el delito de robo con fuerza en las cosas como en el delito de robo con violencia e intimidación en las personas, el autor despliega una mayor energía criminal que la utilizada en el puro y simple despojo, ya que ha de vencer, bien un dispositivo de defensa establecido por el propietario de la cosa, bien la resistencia personal del mismo manifestada a presunta.

La Sentencia 910/2000, de 22 de mayo, ya declaraba, a los efectos que enjuicamos, que en lo que se refiere al bien jurídico protegido, es evidente que el delito precedente (utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno) ataca el patrimonio de la víctima, exclusivamente, mientras que el delito de robo con violencia o intimidación y uso de medio peligroso es un tipo pluriobjetivo en el que existen dos bienes jurídicos agredidos, la propiedad y la integridad física de la persona asaltada que resulta amenazada y puesta en peligro como medio comisivo del acto depredatorio.

De lo que antecede, debemos señalar que la doctrina científica y la jurisprudencia han estimado que, en una primera aproximación interpretativa, el término naturaleza hace referencia al bien jurídico protegido.

Por tanto, solo en aquellos casos en que concorra identidad del objeto de protección podrá postularse la equiparación de los dos delitos.

El instrumento hermenéutico del «bien jurídico», sin embargo, no arrojará mucha luz en la determinación de la naturaleza de los delitos en cuestión, ya que el agrupamiento de los mismos distribuyéndolos en títulos, el legislador lo hace normalmente atendiendo al bien jurídico lesionado o puesto en peligro. Pero, tal sentido debe aquilatarse más, so pena de quedar reducida a nada, la expresión del Código, referida a la «misma naturaleza».

En primer término, existen títulos con un amplio catálogo de figuras delictivas, en las que se aprecian variantes y matizaciones sobre la delimitación del concreto bien jurídico atacado. El propio título del Código, a que se contrae la cuestión planteada, se intitula «delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico», y aunque el legislador no precise cuáles son unos y otros, constituye un primer elemento diferenciador radicado en la naturaleza del delito.

Un paso más, en este camino hermenéutico, nos lo brinda la sentencia de esta Sala de 23 de julio de 1999, que acudió a la Disposición Transitoria 7ª del Código Penal, lógicamente prevista para la resolución de conflictos de derecho transitorio, pero, a fin de cuentas, referida a la agravante de reincidencia. Nos habla dicha disposición de «atacar del mismo modo a idéntico bien jurídico», lo que nos indica que la modalidad comisiva o conducta desplegada por el agente para dañar o poner en peligro el bien jurídico que la norma penal protege, debe tomarse en consideración para precisar, aún más, la naturaleza del delito.

Si dentro de la protección que el legislador dispensa a un bien jurídico, desarrolla los tipos delictivos, atendiendo preferentemente, al modo de atacar los mismos y a la intensidad del ataque, estimamos, que no debe ser ajeno, a efectos de agrupar los delitos por razón de la naturaleza, la «gravedad de las conductas» deducida de la pena asignada por el legislador al tipo delictivo de que se trate.

El criterio de la modalidad comisiva, parece igualmente colegirse de la modalidad dolosa o imprudente, pues a la hora de suspensión de la pena, la ley distingue en base al menor desvalor de acción.

Junto a estas directrices interpretativas, deben mencionarse los antecedentes de esta Sala.

La aplicación más cercana o próxima, atendiendo a los delitos interrelacionados, la hallamos en la Sentencia antes referida de 23 de julio de 1999. En ella se hace una aplicación flexible, declarando de naturaleza jurídica diversa, al robo violento e intimidatorio y al cometido con fuerza en las cosas.

Esta postura que reputaba de distinta naturaleza a las dos modalidades de robo contempladas en nuestro derecho, fue definitivamente corregida en Sala General o Pleno no jurisdiccional de esta Sala, celebrado el 6 Oct. 2000, que dejó sentado, que las dos clases de robo son de la misma naturaleza.

Resulta de sumo interés, para la resolución del presente caso, aludir a las razones jurídicas que fundamentan la decisión adoptada, que eran precisamente las que hemos ido refiriendo en la argumentación precedente: el mismo «nomen iuris», mismo capítulo y análoga modalidad comisiva.

Existe, ciertamente, en relación al bien jurídico ofendido, una diferente configuración tipológica, entre el robo con violencia e intimidación en las personas y el robo con fuerza. En el primero se da un «plus» de ofensividad, al atacar, además del patrimonio, bien jurídico protegido en ambas clases de robo, a la libertad y seguridad de las personas, con riesgo para su integridad corporal.

Así y todo, se estimó, que estructuralmente, en ambos supuestos, se exigía del culpable, un mayor esfuerzo y resolución en la comisión del delito, al tener que vencer los obstáculos que le impedían el apoderamiento de las cosas muebles ajenas (modalidad comisiva). En el robo violento, superando la protección que le presta al bien, la persona que lo posee legítimamente o los que acuden en su ayuda para impedir el expolio, y en el robo con fuerza, salvando las barreras defensivas de protección derivadas de los obstáculos materiales que el propietario tuvo a bien proveer, como refuerzo tuitivo de sus bienes.

- El delito de robo con violencia o intimidación no tiene la misma naturaleza que el delito de hurto, a efectos de reincidencia. Nuestra jurisprudencia, sin embargo, nos enseña que aplicada la doctrina reseñada es clara la diferencia estructural y tipológica entre los delitos de hurto y robo, pudiéndose afirmar, que, dentro de los delitos contra el patrimonio, son de naturaleza distinta.

Partiendo de su distinta denominación («nomen iuris»), no están definidos en el mismo artículo, ni contenidos en el mismo Capítulo del Código, ni en ellos se descubre el mismo despliegue de energía criminal en el culpable, para alcanzar los objetivos propuestos. Existe, también distinta modalidad comisiva.

Se da entre ambos, al igual que entre las dos clases de robo, el aditamento en el robo violento, del ataque a la integridad y libertad de las personas, como bienes jurídicos lesionados, mientras que el hurto constituye la forma más simple de apoderamiento de las cosas muebles ajenas.

Criminológicamente hablando y en la línea de la inclinación delictiva de los sujetos que cometen unas y otras infracciones, también aparecen bien diferenciados. Gráficamente, nos dice la STS 545/2001, de 3 de abril de 2001, que «una persona, que no resistiría la apropiación de algo apetecido, que puede llevarla a cabo sin que nadie la advierta (apoderamiento subrepticio) sería incapaz, en general, de obtener eso mismo, atacando violentamente o intimidando a su poseedor legítimo».

En efecto, las diferencias no pasan de la nota común de un apoderamiento del patrimonio ajeno. Las formas de ejecución, la peligrosidad de sus autores, así como las personas que habitualmente pueden cometerlos, son absolutamente distintos.

En consecuencia, no son de la misma naturaleza, los delitos de robo con violencia o intimidación que contiene la hoja histórica del recurrente, que los delitos por hurto, que es el aspecto aquí cuestionado. En el caso, no pueden computarse los antecedentes por robo con violencia o intimidación, a los efectos del subtipo contemplado en el art. 235.1. 7ª del C. penal.

#### DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 157/2019

Fecha de sentencia: 26/03/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1114/2018

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

#### TEMA

Delito contra la integridad moral: elementos. Presunción de inocencia y declaración de la víctima.

#### ASPECTOS EXAMINADOS

- Delito contra la integridad moral. Con respecto al delito contra la integridad moral del art. 173.1 del Código penal, esta Sala ha declarado (Sentencia 819/2002, de 8 de mayo) que esa integridad protegida ha sido identificada con la idea de dignidad e inviolabilidad de la persona y, tomando como referencia la STC 120/1990, de 27 de junio, abarca su preservación no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular. En el contexto en que se encuentra el precepto aplicado, la integridad moral se ha identificado también con la integridad psíquica, entendida como libertad de autodeterminación y de actuación conforme a lo decidido.

Dicho delito de trato degradante requiere para su apreciación de la concurrencia de un elemento medial («infligir a una persona un trato degradante»), y un resultado («menoscabando gravemente su integridad moral»). Por trato degradante habrá de entenderse, según la STS de 29 de septiembre de 1998, «aquel que pueda crear en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso su resistencia física o moral».

La acción típica, pues, consiste en infligir a otra persona un trato degradante, de forma que se siga como resultado y en perfecta relación causal un menoscabo grave de su integridad moral. El núcleo de la descripción típica está integrado por la expresión «trato degradante», que —en cierta opinión doctrinal— parece presuponer una cierta permanencia, o al menos

repetición, del comportamiento degradante, pues en otro caso no habría «trato» sino simplemente ataque; no obstante ello, no debe encontrarse obstáculo, antes bien parece ajustarse más a la previsión típica, para estimar cometido el delito a partir de una conducta única y puntual, siempre que en ella se aprecie una intensidad lesiva para la dignidad humana suficiente para su encuadre en el precepto; es decir, un solo acto, si se prueba brutal, cruel o humillante puede ser calificado de degradante si tiene intensidad suficiente para ello.

De manera que por trato degradante deberá entenderse en términos generales cualquier atentado a la dignidad de la persona.

Por lo que hace referencia al resultado se precisará un menoscabo de la integridad moral, como bien jurídico protegido por la norma y que se configura como valor autónomo, independiente del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad o al honor, radicando su esencia en la necesidad de proteger la inviolabilidad de la persona. Se trata de un tipo residual que recoge todas las conductas, que supongan una agresión grave a la integridad moral.

Y en cuanto a la mecánica comisiva se sanciona cualquier trato degradante que menoscabe gravemente la integridad moral. Se trata de someter a la víctima, de forma intencionada, a una situación degradante de humillación e indignidad para la persona humana.

El atentado a la integridad moral debe ser, en consecuencia, grave, debiendo la acción típica ser interpretada a la vista de todas las circunstancias concurrentes en el hecho, pues cuando el atentado no revista gravedad podríamos estar ante una infracción de menor entidad punitiva.

En este caso, y conforme a los hechos probados que hemos transcrito más arriba, el hecho de obligar a la víctima a ponerse de rodillas largo tiempo con la excusa de ponerla derecha, dado que por su minusvalía no podía hacerlo e incluso por el hecho de "mirar a otro hombre" en la calle, al llegar a casa, le cortó el pelo como castigo, y sobre todo el episodio, repetido al menos en dos ocasiones, en los que el procesado al disponerle el baño, pese a estar próximo al invierno, lo hizo con agua fría, llegando a verter sobre la mujer agua muy caliente de la ducha quemándole la piel y a sumergirla a la fuerza en el agua, conducen sin duda a la correcta calificación delictiva a la que ha llegado la Sala.

- Presunción de inocencia y Declaración de la víctima: La declaración inculpativa de la víctima, es prueba, por sí misma, suficiente para enervar la presunción de inocencia de los procesados, siempre que aparezca rodeada de los parámetros interpretativos para su apreciación que esta Sala ha declarado de forma muy reiterada (ausencia de incredulidad subjetiva derivada de alguna situación que la incapacite por razones personales, la misma verosimilitud de la versión ofrecida por la víctima, y persistencia en su testimonio), pero es también necesario que la declaración de la víctima se encuentre rodeada de datos corroboradores, externos y objetivos, que la doten de una especial potencia convictiva. En el caso, la versión de la víctima es objetivamente verosímil y ha sido corroborada por distintos medios de prueba. Como hemos dicho, los familiares de la mujer son testigos de referencia en cuanto a lo que conocen por comunicación de ésta, pero son testigos directos en cuanto que comprobaron las señales corporales de los actos de maltrato que les refirió, y el parte médico forense y el parte de asistencia también constatan las lesiones.

#### DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 162/2019

Fecha de sentencia: 26/03/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1354/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.

#### TEMA

Presunción de Inocencia y recursos de Apelación y casación. Recurso de Apelación y Recurso de Casación: ámbitos en relación con el control del juicio fáctico. Ámbito del recurso de apelación de sentencias condenatorias en lo que se refiere a la impugnación del relato histórico. Delito contra los derechos de los trabajadores: relación de alterne. Principio acusatorio y responsabilidad penal de la persona jurídica titular del establecimiento en delito art. 311 CP.

#### ASPECTOS EXAMINADOS

- Presunción de Inocencia y recursos de Apelación y Casación: Centrando el análisis en el principio de presunción de inocencia, que es un motivo de impugnación común a la casación y a la apelación, es doctrina constante que a través del derecho a la presunción de inocencia se permite constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en: a) Una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito; b) Una prueba constitucionalmente obtenida, es decir que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas; c) Una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba ; d) Y una prueba racionalmente valorada, lo que implica que de la prueba practicada debe inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el iter discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado (STS 377/2016, de 3 de mayo, con cita de las SSTS 383/2014 de 16 de mayo; 596/2014 de 23 de julio; 761/2014 de 12 de noviembre; 881/2014 de 15 de diciembre y 375/2015 de 2 de junio)

En palabras del Tribunal Constitucional a la luz de la presunción de inocencia no se puede “revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta. De modo que sólo podemos considerar insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable (STC. 123/2006 de 24 de abril)”.

El control de la valoración de la prueba por el cauce de la presunción de inocencia exige una valoración de conjunto del material probatorio. El Tribunal Constitucional en alguna de sus resoluciones también lo ha precisado. Así en la STC 126/2011, de 18 de julio, señaló que “constituye doctrina reiterada de este Tribunal (por todas STC 80/2003, de 28 de abril, FJ 9) que cuando se aduce la vulneración del derecho a la presunción de inocencia nuestro análisis debe realizarse respecto del conjunto de estos elementos sin que quepa la posibilidad de fragmentar o disgregar esta apreciación probatoria, ni de considerar cada una de las afirmaciones de hecho acreditadas de modo aislado, pues como ya hemos afirmado en no pocas ocasiones no puede realizarse una operación de análisis aislado de los hechos acreditados por el Tribunal sentenciador, ni de desagregación de los distintos elementos de prueba, ni de disgregación de la línea argumental llevada a cabo por el Tribunal Supremo [léase por el órgano judicial]. Es doctrina del Tribunal absolutamente asentada que el derecho fundamental a la presunción de inocencia no puede ser invocado con éxito para cubrir cada episodio, vicisitud, hecho o elemento debatido en el proceso penal, o parcialmente integrante de la resolución final que le ponga término. Los límites de nuestro control no permiten desmenuzar o dilucidar cada elemento probatorio, sino que debe realizarse un examen general y contextualizado de la valoración probatoria para puntualizar en cada caso si ese derecho fue o no respetado, concretamente en la decisión judicial condenatoria, pero tomando en cuenta el conjunto de la actividad probatoria (SSTC 105/1983, de 23 de noviembre, FJ 10; 4/1986, de 20 de enero, FJ 3; 44/1989, de 20 de febrero, FJ 2; 41/1998, de 31 de marzo, FJ 4; 124/2001, de 4 de junio, FJ 14; y ATC 247/1993, de 15 de julio, FJ 1)”.

Por tanto y según acabamos de razonar, en el marco de la presunción de inocencia el tribunal no puede sustituir la convicción alcanzada por el tribunal de instancia por otra convicción propia y distinta. Lo que debe hacer es comprobar si la justificación del tribunal de instancia es razonable, si la prueba que valora tiene un sentido razonable de cargo. Por este cauce, en fin, el tribunal revisor no decide el hecho, sino que controla el ejercicio de la función jurisdiccional del tribunal de instancia a través de la forma en que ha aplicado el derecho. El legislador deja libertad al órgano de instancia para apreciar el hecho, pero establece un posterior control jurídico para analizar la racionalidad de esa decisión.

Es cierto que ha habido una tendencia por parte de esta Sala a ensanchar los límites del análisis sobre el juicio histórico a través de la presunción de inocencia por la ausencia de un recurso de apelación para las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en primera instancia. Se hacía necesario posibilitar una revisión amplia del relato de hechos probados para cumplir con las exigencias de la doble instancia, pero esta Sala siempre se ha manifestado reacia a permitir que a través de la presunción de inocencia se procediera a una reevaluación completa de la valoración probatoria realizada por el tribunal de instancia. En esa dirección es doctrina reiterada que, “salvo supuestos en que se constate irracionalidad o arbitrariedad, este cauce casacional no está destinado a suplantar la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas de manera directa, como las declaraciones testificales o las manifestaciones de los imputados o coimputados, así

como los dictámenes periciales, ni realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración del Tribunal sentenciador por la del recurrente o por la de esta Sala, siempre que el Tribunal de instancia haya dispuesto de prueba de cargo suficiente y válida, y la haya valorado razonablemente”.

Es decir, que a esta Sala de casación no le corresponde formar su personal convicción tras el examen de unas pruebas que no ha presenciado y, a partir de ellas confirmar la valoración del Tribunal de instancia solo en la medida en que ambas sean coincidentes. Lo que ha de examinar es, en primer lugar, si la valoración del Tribunal sentenciador se ha producido a partir de unas pruebas de cargo constitucionalmente obtenidas y legalmente practicadas, y, en segundo lugar, si dicha valoración es homologable por su propia lógica y razonabilidad. La posibilidad de revocar sentencias penales, tanto a través del recurso de casación como del recurso de apelación, se ha visto notablemente limitada en el caso de sentencias absolutorias o de sentencias condenatorias en que se pretenda una agravación de la condena.

Es bien conocido que a partir de la STC 167/2002, de 18 de septiembre, inspirándose en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (entre otras, SSTEDH de 26 de mayo de 1988, caso Ekbatani c. Suecia o de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumania) el máximo intérprete constitucional ha establecido para estos casos que “[...] el respeto a los principios de publicidad, intermediación y contradicción, que forman parte del contenido del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), impone inexorablemente que toda condena articulada sobre pruebas personales se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente en un debate público, en el que se respete la posibilidad de contradicción [...]”.

El Tribunal Constitucional consideró que para la revocación de este tipo de sentencias y para cumplir con las exigencias de un juicio justo era necesario que en la vista de apelación se oyera al acusado y se examinaran directamente las pruebas, y dado que las normas reguladoras del recurso de apelación hacían inviables estos trámites, la consecuencia de esta doctrina fue la imposibilidad (salvo contadas excepciones) de revocar sentencias absolutorias o de imponer en segunda instancia condenas más graves, cuando el pronunciamiento de primera instancia se hubiera producido a partir de la valoración de pruebas personales.

Ante la nueva situación debía arbitrarse alguna herramienta que posibilitara la corrección de clase de sentencias cuando fueran manifiestamente erróneas y el Legislador afrontó el problema mediante la Ley 41/2015, de 5 de octubre, que dio nueva redacción a los artículos 790.2 y 792.2 de la LECrim, haciendo posible, no la revocación, sino la nulidad “cuando se justifique la insuficiencia o falta de racionalidad en la motivación fáctica, el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión sobre todas o alguna de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada”.

No es momento de recordar aquí todos los matices de la doctrina del Tribunal Constitucional, por no ser necesario para la resolución del caso que nos ocupa, pero debe enfatizarse que este criterio jurisprudencial sólo se aplica a las sentencias absolutorias o a las condenatorias cuando se pretende un agravamiento de condena.

Por tal motivo y por citar dos ejemplos en la STC 201/2012, de 12 de noviembre, FJ 4, se denegó una petición de amparo señalando que para confirmar una sentencia absolutoria no era necesario reiterar las pruebas de primera instancia, sino que el órgano de apelación podía valorarlas directamente por más que no las hubiera presenciado. El tribunal de apelación había confirmado la absolución y la acusación planteó que de la misma forma que para condenar a quien ha sido absuelto era necesario oír al acusado para confirmar la absolución había que proceder de la misma manera y el Tribunal Constitucional rechazó semejante planteamiento indicando que la doctrina de la STS 167/2002 tiene un alcance limitado y sólo es aplicable al tipo de sentencias al que nos venimos refiriendo.

En la misma dirección en la STC 184/2013, de 4 de noviembre, se analizó el caso de un tribunal de apelación que confirmó una sentencia condenatoria con el argumento de que no podía entrar a valorar la prueba porque no la había presenciado, aplicando la doctrina de la STS 167/2002, y el máximo intérprete constitucional rechazó semejante planteamiento señalando que negarse a valorar la prueba, “sobre la base de una errónea apreciación de la doctrina de nuestra STC no solo revela el déficit de motivación aducido y de incongruencia con sus pretensiones, sino, como consecuencia, la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) por privarse al recurrente de su derecho a la revisión de la sentencia condenatoria”.

- **Recurso de Apelación y Recurso de Casación: ámbitos en relación con el control del juicio fáctico.** La valoración de la prueba es un proceso complejo. De un lado existen pruebas que dependen de la intermediación en las que el juez o tribunal de instancia, que presencia la práctica de la prueba, es el que está en mejor posición para apreciarlas. El juez o tribunal presencia lo que se dice y cómo se dice, no sólo por su contenido literal, sino por su expresión gestual y por el contexto de su declaración. Sin

embargo, la interpretación de ese testimonio, la motivación de la percepción de ese testimonio, otorgándole credibilidad o no, o deduciendo concretas inferencias es una operación racional, que no depende de la inmediatez.

De otro lado, en los procesos judiciales normalmente se ponderan pruebas distintas, de naturaleza diferente y con un peso incriminatorio también distinto. Las pruebas, además, pueden ser contradictorias entre sí, y acreditar hechos también contradictorios, y el juez o tribunal debe apreciar las pruebas, optar entre unas u otras, darles mayor o menor relevancia para llegar a una conclusión final sobre la culpabilidad o inocencia. La ponderación de ese conjunto de pruebas también es una operación racional ajena a la inmediatez y así se deduce de la propia LECrim, que en sus artículos 741 y 717 dispone que el juez valorará la prueba en conciencia y de modo racional.

La jurisprudencia de esta Sala ha establecido desde hace muchos años que “la estimación en conciencia no debe entenderse o hacerse equivalente a un cerrado e inabordable criterio personal e íntimo del juzgador, sino a una apreciación lógica de la prueba, no exenta de directrices o pautas de rango objetivo” (STS 29 de enero de 1988). Y también venimos afirmando que el principio de libre valoración probatoria corresponde al juez o tribunal de instancia de forma que debe comparar, valorar, dar más o menos crédito a cada prueba y decidir. En esta actividad entra en juego el principio “in dubio pro reo”, según el cual procede la absolución si no se llega al convencimiento de culpabilidad más allá de toda duda razonable.

En el recurso de casación la revisión del juicio fáctico se puede realizar a través del análisis de la presunción de inocencia (artículo 852), del error en la valoración de la prueba basado en documentos literosuficientes (artículo 849.2) y por defectos de forma de la sentencia (artículos 851.1º y 2º).

En el recurso de apelación, en cambio, la competencia es más amplia porque, además de la posible invocación de la presunción de inocencia y de cualquier defecto de forma de la sentencia, se puede combatir el relato fáctico a través de la invocación del error en la valoración de la prueba, cuya justificación no se ciñe o limita a la valoración de documentos literosuficientes. En la apelación el error puede derivarse no sólo de documentos sino de cualquier prueba y de su valoración conjunta.

- Ámbito del recurso de apelación de sentencias condenatorias en lo que se refiere a la impugnación del relato histórico. En nuestro sistema penal hay dos regulaciones de la apelación penal no del todo coincidentes. La establecida para las sentencias dictadas por el Magistrado-presidente del Tribunal del Jurado, que permite la revisión del juicio fáctico a través de la vulneración del principio de presunción de inocencia (artículo 846 bis c, apartado e) y la establecida para el resto de sentencias, que se rige por lo dispuesto en los artículos 790 a 792 de la LECrim.

El artículo 790.2 de la ley procesal arbitra como motivos de apelación el quebrantamiento de las normas y garantías procesales, el error en la apreciación de las pruebas y la infracción de normas del ordenamiento jurídico, entre las que se encuentran las normas constitucionales y, singularmente, el derecho a la presunción de inocencia, proclamado en el artículo 24 de la Constitución.

Por lo tanto, el recurso de apelación regulado en el artículo 790 y siguientes de la LECrim permite una revisión del juicio fáctico que no se limita a la comprobación de la vulneración de la presunción de inocencia. La revisión es más amplia, ya que posibilita un análisis completo de la valoración probatoria para determinar si ha habido error. Más adelante se irán perfilando los límites de esa revisión.

El recurso de apelación regulado en los artículos 790 a 792 de la LECrim se configura como una verdadera segunda instancia, de modo que el Tribunal superior puede controlar de forma efectiva “ [...] la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena en el caso concreto [...]” (STC Pleno 184/2013 de 4 nov. FJ7, con cita de otras SSTC).

En principio y con las limitaciones que luego describiremos, el Tribunal de apelación está en la misma posición que el juez a quo para la determinación de los hechos a través de la valoración de la prueba, para examinar y corregir la valoración probatoria realizada por el juez de primera instancia y para subsumir los hechos en la norma (STC Pleno 167/2002, de 18 de septiembre y STC Pleno 184/2013, de 4 de noviembre FJ 6º).

Así lo ha proclamado el Tribunal Constitucional en muchas sentencias de la que destacamos por su claridad la STC 157/1995, de 6 de noviembre, afirmando sobre el recurso de apelación que “existen varias modalidades para los recursos y entre ellas la más común es la apelación, cuya naturaleza de medio ordinario de impugnación está reconocida por todos y conlleva, con el llamado efecto devolutivo que el juzgador ad quem asuma la plena jurisdicción sobre el caso, en idéntica situación que el Juez a quo no sólo por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba. En tal sentido hemos explicado muchas veces que el recurso de apelación otorga plenas facultades al Juez o Tribunal ad quem para resolver cuantas cuestiones se planteen, sean de hecho o de

Derecho, por tratarse de un recurso ordinario que permite un novum iudicium" (SSTC 124/83, 54/85, 145/87, 194/90 y 21/93)".

Esa facultad deriva del derecho de toda persona declarada culpable de un delito a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior, que controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena en el caso concreto (SSTC 70/2002, de 3 de abril, FJ 7; 105/2003, de 2 de junio, FJ 2; y 136/2006, de 8 de mayo, FJ 3).

Ese derecho está consagrado en el art. 14.5 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos y en el art. 2 del Protocolo 7 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (ratificado por España el 28 de agosto de 2009) y que forma parte de las garantías del proceso justo consagradas en el art. 24.2 CE (por todas, SSTC 42/1982, de 5 de julio, FJ 3; 76/1982, de 14 de diciembre, FJ 5; 70/2002, de 3 de abril, FJ 7; y 116/2006, de 24 de abril, FJ 5). En el recurso de apelación, por tanto, las posibilidades de revisión crítica de la valoración probatoria de una sentencia condenatoria son más amplias, aun reconociendo que no es fácil precisar ese mayor ámbito de decisión frente al cauce de la presunción de inocencia.

Dejando al margen las sentencias absolutorias y las condenatorias en que se pretenda un agravamiento de condena, que como hemos visto tienen un régimen singular de impugnación, en caso de sentencias condenatorias el tribunal de apelación puede rectificar el relato histórico cuando un ponderado y detenido examen de las actuaciones ponga de relieve un claro error del juzgador que haga necesaria su modificación. "[...] El único límite a esa función viene determinado por la inmediatez en la percepción de la actividad probatoria, es decir, la percepción sensorial de la prueba practicada en el juicio oral, lo que el testigo dice y que es oído por el tribunal y cómo lo dice, esto es las circunstancias que rodean a la expresión de unos hechos [...]" (STS 107/2005, de 9 de diciembre).

En efecto, el tribunal de apelación puede, de un lado, llevar a cabo una nueva valoración cuando se practiquen nuevas pruebas en la segunda instancia, según autoriza el artículo 790.3 de la LECrim, y, de otro, puede realizar una función valorativa de la actividad probatoria, en todos aquellos aspectos no comprometidos con la inmediatez. Puede tomar en consideración, por ejemplo, si la narración descriptiva contiene apreciaciones inexactas que conlleven inferencias erróneas; puede apreciar la existencia de errores de valoración evidentes y de importancia, de significación suficiente para modificar el fallo; puede apreciar la falta de valoración de algunas pruebas cuya apreciación conlleve una conclusión probatoria diferente y, en general, puede hacer un análisis crítico de la valoración probatoria, dejando al margen aquellos aspectos del juicio que dependen substancialmente de la inmediatez.

Siendo cierto que la función del tribunal de apelación no consiste en reevaluar la prueba sino revisar críticamente la valoración realizada por el tribunal de instancia, si aprecia error debe rectificar la declaración fáctica y sustituirla por una propia, respetando todos aquellos aspectos que dependan exclusivamente de la inmediatez y justificando el cambio de criterio no en simples apreciaciones subjetivas sobre el peso o valor de determinadas pruebas. Su decisión debe ajustarse a parámetros objetivos, que pongan de relieve la racionalidad del cambio de criterio y, por supuesto, deben expresarse mediante la adecuada motivación. Además, el Tribunal debe respetar, en todo caso, la prohibición de la reforma peyorativa, en virtud de la cual el órgano "ad quem" no puede exceder los límites en que esté planteado el recurso, acordando una agravación de la sentencia impugnada que tenga su origen exclusivo en la propia interposición de éste (STC 17/2000, de 31 de enero).

Proyectando las anteriores consideraciones al caso que centra nuestro examen casacional tiene razón el impugnante al discrepar con la argumentación de la sentencia en este punto. Compartimos en buena medida los argumentos del recurso, no la consecuencia pretendida. En el fundamento jurídico primero de la sentencia de instancia porque delimita erróneamente el ámbito del recurso de apelación al afirmar que la competencia del tribunal de apelación se limita a la revisión del juicio fáctico a través de la presunción de inocencia y a través del error en la valoración de la prueba únicamente cuando quede de manifiesto a partir de documentos que obran en autos, al modo en que se regula para la casación en el artículo 849.2 de la LECrim. Se hace una identificación entre apelación y casación que no es admisible. Sin embargo, no compartimos las consecuencias que se pretenden ya que a pesar de lo que acabamos de exponer el Tribunal Superior de Justicia en el fundamento jurídico tercero de la sentencia ha argumentado con suficiencia las razones por las que se entiende que la prueba ha sido valorada correctamente. Ha ratificado el acierto y la racionalidad de la valoración probatoria de la sentencia de instancia y se ha remitido a ella para justificar su decisión, lo que en el presente caso resulta suficiente para motivar la decisión confirmatoria, ya que poco más se puede añadir.

- Delito contra los derechos de los trabajadores: relación de alterne. Se alega que aunque se admitiera que las 38 mujeres no estuvieran dadas de alta en la Seguridad Social, la conducta no sería subsumible en el precepto citado ya que no es posible

dar de alta a esas mujeres para el ejercicio de la prostitución, citando, al efecto, numerosa jurisprudencia de la Sala IV de este Tribunal Supremo en la que se ha establecido la doctrina de que no cabe reconocer la existencia de relación laboral para la actividad de alterne cuando lleva aparejada el ejercicio de la prostitución. En el relato fáctico de la sentencia aun cuando se afirma inicialmente que el club Model's estaba dedicado a la actividad de "alterne y prostitución", también afirma en relación con las mujeres que fueron identificadas y de las que se afirma que no estaban dadas de alta en la Seguridad Social, se declara que "se encontraban como camareras de alterne, captadoras de clientes para las distintas actividades de la empresa" y en la fundamentación jurídica se insiste en que las mujeres "llevaban a efecto una actividad de alterne".

La sentencia de instancia no ha afirmado con rotundidad que las señoritas que prestaban servicios se dedicaran singularmente a la prostitución y, mucho menos, que lo hicieran por cuenta ajena. Ese el hecho del que debemos partir para dar respuesta al motivo que se nos plantea.

El artículo 311.2 sanciona penalmente a quien dé ocupación simultánea a una pluralidad de trabajadores sin comunicar su alta al régimen de la Seguridad Social que corresponda o, en su caso, sin haber obtenido la correspondiente autorización de trabajo. No cabe duda que en este caso la actividad desarrollada tiene connotaciones singulares, que han dado lugar a cuestionar si se trata de una actividad lícita y si puede dar lugar a una relación laboral.

Este dilema se ha planteado en muchas otras ocasiones anteriores y la doctrina de la Sala IV del Tribunal Supremo se mantiene constante. De un lado, se define la actividad de alterne como aquella consistente en la captación y entretenimiento de clientes, induciéndose a realizar consumiciones y obteniendo por ello una contraprestación de las propias consumiciones. La actividad será de prostitución cuando además de esa actividad de alterne se lleve a cabo el ejercicio de la prostitución. Desde la perspectiva de la jurisdicción social en el primer caso no cabe duda que es factible la existencia de una relación laboral, si se dan las notas que caracterizan dicha relación (dependencia y ajenidad) y en el segundo caso no cabe la existencia de relación laboral por ilicitud de la causa, conforme a los artículos 1.271. 1.275 y concordantes de la LECrim.

En efecto, la Sala IV de este alto tribunal ha señalado "[...]el hecho de concertar entre las partes una actividad consistente en prestar servicios, mediante la permanencia en un determinado periodo de tiempo en el local, sometida a horario para la captación de clientes, al objeto de consumir bebidas, evidencia una actividad en la que concurren las notas tipificadoras de toda relación laboral, cuales son la prestación de servicios por cuenta ajena, habitualidad en los mismos, dependencia, retribución y jornada; llegando a precisar que la relación que mantienen las señoritas de alterne con el titular del establecimiento donde desempeñan su cometido es de naturaleza laboral. [...]" (SSTS. 1390/2004 de 22 de noviembre y 1084/2016, de 21 de diciembre y 1.099/2016, de 21 de diciembre).

En la jurisdicción penal este problema tiene otros matices.

Ha habido una tendencia jurisprudencial a ampliar el marco de la protección penal a las relaciones concernientes a personas que estén en situación de desprotección por más que no tuvieran las condiciones exigibles legalmente para intervenir en un contrato de trabajo. Es el caso de los inmigrantes clandestinos o el caso de determinadas actividades cuya licitud puede ser cuestionada, como las que se desarrollan en los locales de alterne. En muchos casos estas personas son sometidas a condiciones de trabajo contrarias a la dignidad humana y manifiestamente abusivas, y no es razonable excluirlas de la protección penal.

Por esa razón y en relación con el artículo 312.2 del Código Penal hay abundantes precedentes en que al empresario que en su establecimiento desarrolla actividades de prostitución en condiciones de trabajo contrarias a la dignidad humana, desconociendo los derechos laborales de las personas explotadas, comete no sólo el delito que corresponda por la explotación de la prostitución sino también un delito contra los derechos de los trabajadores, por más que éstos no tengan las condiciones necesarias para ser sujetos de una relación laboral.

Citaremos por su expresividad la STS 208/2010, de 18 de marzo en la que se recuerda (con cita de la STS 372/2005, de 17 de marzo) que "[...] la conducta que describe el art. 312.2, sanciona la explotación laboral, en cualquier actividad al contratar a trabajadores extranjeros, que no cuentan con permiso de trabajo, y además, para ser distinguido este comportamiento de la sanción administrativa, la ley penal anuda un desvalor especial que se traduce en que las condiciones impuestas deben ser notoriamente perjudiciales para el trabajador, de modo que se originen situaciones de explotación en el trabajo. No importa que la clase de trabajo llevado a cabo haya sido la prostitución[...]"

En la sentencia de esta Sala núm. 995/2000, de 30 de junio vino a señalar en relación a la contratación de los inmigrantes ilegales, que su interpretación debe efectuarse desde una perspectiva constitucional (no olvidando la afirmación con que se inicia la Constitución, que en su art. 1 califica el Estado de "social"), en la medida que el llamado derecho penal laboral, del que el tipo que se comenta es elemento central, sanciona fundamentalmente situaciones de explotación, que integran ilícitos laborales criminalizados, de suerte que el bien jurídico protegido está constituido por un conjunto de intereses concretos y

generales que protegen la indemnidad de la propia relación laboral, mediante la sanción de aquellas conductas que atenten contra los derechos y condiciones laborales de los trabajadores.

Más recientemente la STS 425/2009, de 14 de abril, señaló que “[...] la jurisprudencia interpretativa del artículo 312 del Código Penal, siempre ha incluido en su contenido, al empleador que atenta contra los derechos y condiciones laborales de los trabajadores, independientemente de que estos sean legales o ilegales. Lo valorable, a efectos punitivos, son las condiciones de trabajo impuestas. Siempre se ha considerado que comprende a todas aquellas personas que presten servicios remunerados por cuenta ajena, entre las que se deben incluir, según sentencia de esta Sala, de 18 de Julio de 2003, las conocidas como chicas de alterne[...]” (en igual sentido SSTs 995/2000, 438/2004, 221/2005, 372/2005, 1360/2009, 308/2010, 503/2010, 160/211 y 378/211).

En la sentencia que acabamos de citar, con abundante cita de precedentes tanto de las Sala II y IV del Tribunal Supremo como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se insiste en que la actividad de “alterne” puede dar lugar a una relación laboral y distingue entre la prostitución ejercida por cuenta propia y la ejercida por cuenta ajena, haciendo referencia a una lejana sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 27/11/2004 en la que se afirmaba que únicamente “la explotación de la prostitución por cuenta ajena es una relación laboral no permitida por nuestro ordenamiento”.

Partiendo de estas consideraciones iniciales no ofrece duda alguna que las actividades que se desarrollan en un club de alterne, según la doctrina jurisprudencial que acabamos de reseñar, constituyen una relación laboral por la que el empleador viene obligado a dar de alta en la Seguridad Social a sus trabajadoras. El incumplimiento de este deber en las proporciones establecidas en el artículo 311.2 CP constituye delito, tal y como acontece en este supuesto. En los hechos probados no se declara que en el local investigado se ejerciera la prostitución ni por cuenta propia ni ajena por lo que las señoritas que prestaban servicios en ese local en actividad de “alterne” estaban vinculadas por la empresa por una relación laboral que obligaba a su alta en la Seguridad Social.

- Principio acusatorio y responsabilidad penal de la persona jurídica titular del establecimiento en delito art. 311 CP: Se argumenta que en los escritos de conclusiones no se interesó pena alguna para la mercantil XXX SL y no se pidió la pena de suspensión respecto de AAA, por lo que la pena de suspensión de actividades que se le ha impuesto infringe el principio acusatorio.

El tipo penal contemplado en el artículo 311 CP no puede dar lugar a la responsabilidad penal de la persona jurídica titular del establecimiento, dado que esa eventualidad no se prevé expresamente, conforme a lo que exige el artículo 31 bis. Esta exclusión ha sido criticada doctrinalmente, pero, al margen de las opiniones que se puedan tener sobre la misma, es incuestionable.

El artículo 318 CP prevé una consecuencia singular para los delitos contra los derechos de los trabajadores. Cuando los hechos sean realizados en el ámbito de actuación de una persona jurídica responderán penalmente los administradores o encargados del servicio y no la propia sociedad, tal y como ha ocurrido en este caso, y se añade que podrá decretarse, además, alguna o algunas de las consecuencias accesorias del artículo 129 CP, entre las que se encuentran la suspensión de actividades por tiempo que no exceda de 5 años (artículo 33.37 CP). Para acordar esta suspensión no se exige que exista una previa declaración de responsabilidad penal de la sociedad titular del establecimiento, que no es posible, sino que la actividad delictiva se desarrolle en el ámbito de actividad de la empresa y que se haya declarado la responsabilidad penal del administrador o del encargado del servicio que hayan sido responsables del hecho y que, conociendo la situación, no hayan adoptado medidas para remediarla. Así se ha procedido en este caso, sin que la medida adoptada cause ningún género de indefensión porque la sociedad titular del establecimiento y a quien afecta de forma directa la decisión de suspensión fue citada a juicio y pudo ejercitar con plenitud su derecho de defensa. No ha habido lesión del principio acusatorio porque la consecuencia accesoria había sido oportunamente solicitada en las conclusiones provisionales y definitivas del Ministerio Fiscal (folio 355 vuelto) y tampoco ha habido lesión del derecho de defensa porque la sociedad titular del establecimiento fue parte procesal en el juicio y pudo ejercitar dicho derecho con plenitud.

#### DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 169/2019

Fecha de sentencia: 28/03/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 365/2018  
 Ponente: Excm. Sra. D. <sup>a</sup> Carmen Lamela Díaz.

## TEMA

Abuso sexual. Declaración de la víctima. Valor documento privado no impugnado. Recurso de casación: conversaciones por dispositivo electrónico (pantallazos).

## ASPECTOS EXAMINADOS

- Tal y como reiteradamente viene declarando este Tribunal (sentencia 644/2013, de 19 de julio, con expresa cita de las sentencias núm. 187/2012, de 20 de marzo, 688/2012, de 27 de septiembre y 724/2012, de 2 de octubre) "... la declaración de la víctima puede ser considerada prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, aunque sea la única prueba concurrente, lo que es frecuente que suceda en casos de agresión sexual. También es reiterada la doctrina jurisprudencial que sostiene que la credibilidad del testimonio de las víctimas corresponde valorarla al órgano de enjuiciamiento, que es el que dispone de inmediación. Lo que compete a este Tribunal de Casación, a través del motivo casacional por presunción de inocencia, es el control de la racionalidad de la valoración realizada por el Tribunal de Instancia, en función de los parámetros de la lógica, la ciencia y la experiencia.
- Es constante la doctrina que insiste en que para verificar la estructura racional de dicho proceso valorativo se establecen notas o parámetros que coadyuvan a su valoración y que consisten, en síntesis, en el análisis de su credibilidad subjetiva, de su credibilidad objetiva y de la persistencia en la incriminación. Pero incluso en el caso de que alguno de estos tres elementos no fuere, en todo o en parte, favorable a la credibilidad del testimonio de la víctima, puede el órgano judicial concederle validez como prueba de cargo siempre, eso sí, que motive suficientemente las razones de su proceder.

- Credibilidad subjetiva: La misma doctrina jurisprudencial reitera que la falta de credibilidad de la víctima o perjudicado puede derivar de la existencia de móviles espurios o abyectos, en función de las relaciones anteriores con el sujeto activo, pues pueden concurrir razones vinculadas a las previas relaciones acusado — víctima, indicadoras de móviles de odio, resentimiento, venganza o enemistad (STS 22 de octubre de 2012). También hemos señalado (sentencia núm. 636/2018, de 12 de diciembre) que la falta de credibilidad subjetiva de la víctima puede derivar de las características físicas o psíquicas del testigo (minusvalías sensoriales o síquicas, ceguera, sordera, trastorno o debilidad mental, edad infantil), que sin anular el testimonio lo debilitan, o de la concurrencia de móviles espurios, en función de las relaciones anteriores con el sujeto activo (odio, resentimiento, venganza o enemistad), o de otras razones (ánimo de proteger a un tercero o interés de cualquier índole que limite la aptitud de la declaración para generar certidumbre).

En el caso de autos, el Tribunal parte del relato de la víctima que califica de "realmente escaso y literalmente sonsacado". Ello no obstante comienza exponiendo la conclusión a la que llega tras analizar detenidamente el resto de las pruebas de las que ha dispuesto y que examina a continuación. Afirma de esta manera que, pese a ese relato de la víctima, "la Sala no alberga duda alguna de la autoría del acusado respecto de los hechos que se le imputan". Para ello en primer lugar, y pese a la valoración inicial que efectúa en relación al testimonio de la víctima, pone de manifiesto el bloqueo emocional que en la actualidad sufre la misma, el cual ha podido ser comprobado por todos los especialistas que la han reconocido, tanto el psicólogo al que acude la joven como los propios peritos forenses —médicos y psicóloga— que la examinaron.

Y añade que todos ellos —sin efectuar un examen de veracidad, pues ante la falta de relato libre no se pudo concluir mediante las técnicas utilizadas al efecto— son contestes en afirmar que resulta creíble lo manifestado por la joven, y sin duda la afectación psicológica que presenta es compatible con la vivencia de una situación de abuso.

Tal afirmación resulta del contenido de sus informes y fue reiterada por todos ellos en el acto del juicio oral.

Y aun cuando el Tribunal no ha podido obtener de primera mano un testimonio detallado y exhaustivo por parte de la víctima, su exploración en el acto del juicio oral le ha permitido valorar otros extremos, como son lo que no expresa, los motivos de su silencio, sus reacciones ante las diversas preguntas que le fueron formuladas, el sufrimiento que revela puesto de manifiesto en varias ocasiones por el propio Tribunal, e incluso el lenguaje corporal.

Junto a ello ha valorado las afirmaciones que ha venido efectuando AAA en su denuncia inicial ante la policía y en la declaración prestada ante el Instructor de la causa. Es cierto que tales declaraciones fueron prestadas sin la

presencia del Letrado defensor del acusado, pero no lo es menos que ninguna objeción ha sido puesta de manifiesto por este motivo a lo largo de todo el procedimiento, pese a que la exploración en el juzgado de instrucción se llevó a cabo el día 5 de diciembre de 2013. En todo caso, tales exploraciones pudieron ser contrastadas en el acto del juicio oral, donde fue nuevamente explorada con intervención directa de las partes y por tanto con pleno respeto del principio de contradicción. Y ello aun cuando la actitud y estado de AAA le llevara a no ofrecer detalle sobre los hechos.

También han podido ser examinadas por el Tribunal las circunstancias personales de la víctima, como su edad, estado mental y la significación y consecuencias que los hechos tuvieron para ella, así como el modo de comunicarlo a terceras personas.

No existían previamente desavenencias entre AAA y el acusado. Sobre este particular, analiza el Tribunal que el acusado se ha limitado a negar los hechos señalando que pasaba periodos muy cortos de tiempo en casa pues estaba embarcado, recordando en el plenario, en contra de lo sucedido en instrucción, que la crema le pertenecía, pero estaba a disposición de toda la familia. Únicamente refiere como hecho que podría haber propiciado la denuncia que ésta se llevó a cabo como reacción ante la petición de custodia de su hija menor por parte de la madre de AAA, comprobando no obstante el Tribunal que el conocimiento de la madre de Lara de tal petición no pudo ser antes de diciembre de 2013, momento en que se admitió la demanda y se dio y posterior traslado a la madre de AAA, lo cual tuvo lugar después de la fecha de formulación de la denuncia que tuvo lugar el día 6 de noviembre de 2013. Además, AAA señaló que acompañaba a su hermana pequeña a casa del acusado cuando correspondía a éste estar en su compañía para que a la pequeña no le pasara lo mismo que a ella, lo que pone de relieve, al menos, la cordial relación existente entre el acusado y AAA, no refiriéndose por ninguno de ellos incidente alguno que pudiera haber hecho surgir en AAA resentimiento o venganza frente al acusado por hechos ajenos a los que han sido objeto de denuncia.

Por ello, no cabe apreciar motivo espurio de ningún tipo que pueda desvirtuar la credibilidad del testimonio de AAA.

- El segundo parámetro de valoración de la declaración de la víctima consiste en el análisis de su credibilidad objetiva o verosimilitud del testimonio, que según las pautas jurisprudenciales debe estar basada en la lógica de la declaración (coherencia interna) y en el suplementario apoyo de datos objetivos de carácter periférico (coherencia externa).

Conforme señalábamos en la sentencia ya citada núm. 636/2018, de 12 de diciembre, ha de distinguirse la ausencia de contradicciones en el seno del relato de los hechos realizados por la víctima, o de elementos fácticos escasamente verosímiles, que es lo que caracteriza la coherencia interna, y dota a la versión acusatoria de credibilidad objetiva, de la ausencia de contradicciones entre las distintas versiones aportadas a lo largo del procedimiento, que constituye un elemento que ha de analizarse en el ámbito de la persistencia de la declaración. En nuestro caso, la Audiencia Provincial destaca una serie de datos y pruebas que corroboran la fiabilidad de aquel testimonio.

Examina, en primer lugar, las capturas de conversaciones mantenidas, según refiere AAA, entre el acusado y ella en la red social Facebook.

Se refiere la defensa en este punto al contenido de la sentencia de esta Sala núm. 300/2015, de 19 de mayo, en la que se señalaba 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.”

Ello, no obstante, olvida el recurrente que, en aquel caso, se había producido una impugnación formal del medio probatorio por su falta de autenticidad. La Sala estimó que, si la fiabilidad se impugna en tiempo y forma, el proponente de la prueba tiene la carga probatoria de justificarla, a través de la correspondiente pericial sobre el

origen de la comunicación, la identidad de los comunicadores y la integridad de su contenido. Sin embargo, si dicha impugnación se realiza extemporáneamente, la misma ha de carecer de toda virtualidad.

En el presente caso, la defensa del acusado en momento alguno ha impugnado la prueba aportada por la víctima el día 10 de febrero de 2015 ante la Comisaría de Policía, a requerimiento de la autoridad judicial llevado a cabo el día 28 de enero de 2015. Ello tuvo lugar después de que la parte presentara escrito en el juzgado instructor el día 16 de septiembre de 2014, en el que ponía de manifiesto la existencia de las conversaciones en Facebook entre el acusado y Lara solicitando que se investigara dicho extremo y ofreciendo presentar el teléfono de AAA para que pudieran ser objeto de transcripción por el Letrado de la Administración de Justicia. Es significativo que, entre los pantallazos realizados por la madre de la menor y la aportación de la documentación ante la policía el día 10 de febrero de 2015, el perfil de identidad de Facebook fuera eliminado por su usuario.

En su escrito de conclusiones provisionales, la defensa no solo no impugnó los citados documentos, sino que dio por reproducida toda la documental obrante en las actuaciones. Tampoco efectuó manifestación alguna al respecto en el trámite de cuestiones previas al inicio del juicio oral.

- Valor documento privado no impugnado Se trata de fotocopias cuya aportación al proceso se ha realizado en los términos establecidos en el artículo 268.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de aplicación supletoria en el proceso penal por disposición del artículo 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme al cual “Si la parte sólo posee copia simple del documento privado, podrá presentar ésta, ya sea en soporte papel o mediante imagen digitalizada en la forma descrita en el apartado anterior, que surtirá los mismos efectos que el original, siempre que la conformidad de aquélla con éste no sea cuestionada por cualquiera de las demás partes.” Y su eficacia probatoria resulta de lo dispuesto en los artículos 324 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por lo que conforme a lo dispuesto en el artículo 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil “harán prueba plena en el proceso, en los términos del artículo 319, cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudiquen.”

En consecuencia, la documentación comentada constituye prueba lícita y obtenida con las garantías legales, por lo que podía ser valorada en conciencia por el Tribunal junto al resto de la prueba practicada en el acto del juicio oral. Respecto a las citadas conversaciones señala el Tribunal que “son altamente reveladoras, pues de ellas se desprende que están ambos (acusado y víctima) en el domicilio, y que ya había nacido NNN porque el acusado refiere que tiene que ir a recogerla. Y en todo el intercambio de la conversación se observa que algo pasó que le agradó al acusado Iván y que no quiere repetir AAA, y que el acusado, al que llega a llamar por el nombre en alguna ocasión AAA, le dice que si se repite le dará el dinero que quiere. Esta conversación y el usuario de Facebook fue borrado de la red social, y refiere el acusado que le hackearon la cuenta, pero en la documental que aporta en el acto del juicio el remitente es GMAIL y habla de recuperación de una cuenta de hotmail.com.” Rechaza también el Tribunal la explicación que ofrece el acusado en el sentido de que “hackeó la ‘cuenta de Facebook’ una mujer con quien refiere que mantuvo una relación sentimental paralela” y que trata de acreditar mediante la aportación de unas conversaciones con la presunta hacker, razonando el Tribunal para ello que “lo cierto es que esa tercera persona no tendría cabida usurpando la conversación que aporta AAA en atención a cómo se desarrolla la misma, dentro del domicilio y comunicando que tiene que ir a recoger a su hermana, por tanto tienen que ‘darle eso’ antes de las ocho y media” considerando que son detalles que difícilmente conocen terceras personas ajenas a familia. Por último, destaca el Tribunal como elemento de corroboración los informes emitidos los peritos que examinaron a la menor, concretamente la psicóloga del Instituto de Medicina Legal, señalando que es muy difícil fingir sentimientos. Igualmente expresa el Tribunal su propia apreciación, al haber podido constatar el sufrimiento de AAA en el plenario para relatar los hechos sucedidos para concluir con el tormento padecido por la denunciante. Y aun cuando no pudiera realizarse el análisis de la credibilidad del testimonio, los Médicos Forenses pusieron de manifiesto que le realizaron el test de Maci (Inventario Clínico para Adolescentes de Millon) habiendo puntuado muy alto respecto al sexo y alto en abusos en la infancia, pese a que también recogen en su informe que en la escala de síndromes clínicos no hay nada especialmente significativo.

- El tercer parámetro de valoración consiste en el análisis de la persistencia en la incriminación, lo que conforme a la jurisprudencia supone: a) ausencia de modificaciones esenciales en las sucesivas declaraciones prestadas por la víctima; b) concreción en la declaración; c) ausencia de contradicciones, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre las diversas versiones narradas en momentos diferentes.

En este punto, la sentencia de instancia destaca que los datos ofrecidos por la víctima desde su primera declaración se han mantenido en las distintas manifestaciones que ha realizado ante el instructor, y, también en las efectuadas ante los distintos especialistas que la han examinado, quienes en sus informes recogen algunas exposiciones de hechos realizadas ante ellos por AAA.

- Y por lo que se refiere a la responsabilidad civil, el Tribunal no ha sustentado la indemnización que reconoce a favor de la perjudicada sobre la base de que esté o haya estado sometida a tratamiento, sino en atención a la manifestación efectuada por la psicóloga del IMEL. en el plenario en el sentido de que el hecho de que no tenga huella psíquica no excluye que pueda tener síntomas derivados de los abusos, así como en atención al sufrimiento de la víctima que pudo apreciar directamente el tribunal y que corrobora el parecer de la citada perito. También expresa el Tribunal que es una máxima de experiencia que estos hechos sufridos en la infancia dejan siempre un poso que ha de ser indemnizado. Y aun cuando los Médicos Forenses hayan señalado que no se detecta en la actualidad huella psíquica derivada de un posible abuso sexual, añadieron que sí resulta compatible con esta condición el estado mental referido cuando la llevaron al psicólogo en la adolescencia.
- Todo ello pone de manifiesto cómo el Tribunal de instancia ha procedido a realizar una valoración ponderada, racional y razonable de todas las pruebas lícitas practicadas con la intervención de las partes, analizando una por una, tanto las aportadas por las acusaciones como también por la defensa. Y ofrece una explicación lógica de los motivos por los que da mayor o menor credibilidad a cada una de ellas y porqué rechaza otras.

En definitiva, el Tribunal de instancia ha llegado a la conclusión plasmada en la sentencia a través de pruebas válidas, sometidas a contradicción y con un significado incriminatorio suficiente (más allá de toda duda razonable) para estimar acreditada la participación del acusado en los hechos por los que ha resultado condenado; pruebas que, además, han sido valoradas con arreglo a las máximas de la experiencia y a criterios lógicos y razonables, constando en la sentencia el razonamiento lógico de la convicción alcanzada por el Tribunal a partir de las circunstancias relatadas. Se trata en definitiva de una conclusión valorativa ciertamente racional y razonada, careciendo esta Sala de casación de motivos para invalidarla. Tal como esta Sala viene señalando de forma reiterada (auto núm. 1133/2018, de 6 de septiembre, con expresa remisión a la sentencia 689/2014, de 21 de octubre), "el control que le corresponde realizar a este Tribunal sobre la eventual vulneración del derecho a la presunción de inocencia se extiende a verificar si se ha dejado de someter a valoración la versión o la prueba de descargo aportada, exigiéndose ponderar los distintos elementos probatorios, pero sin que ello implique que esa ponderación se realice de modo pormenorizado, ni que la ponderación se lleve a cabo del modo pretendido por el recurrente, requiriendo solamente que se ofrezca una explicación para su rechazo", como, en efecto sucede en el caso que nos ocupa. Continúa el citado auto señalando que "en cuanto a la tesis alternativa planteada por el recurrente, hemos afirmado en numerosos precedentes (STS 636/2015, de 21 de octubre, entre otras), que nuestro papel como órgano de casación no consiste en seleccionar cuál de las versiones sobre el hecho objeto del proceso resulta más atractiva, la que ofrece la defensa del recurrente o la que ha proclamado el Tribunal a quo. Tampoco podemos desplazar el razonamiento del órgano decisorio, sustituyéndolo por la hipótesis de exclusión formulada por el recurrente, siempre que, claro es, aquél resulte expresión de un proceso lógico y racional de valoración de la prueba", como en efecto sucede en el presente caso, de conformidad con lo expuesto en los párrafos precedentes.

- Recurso de casación: conversaciones por dispositivo electrónico (pantallazos). Efectivamente, tal y como señala la sentencia de esta Sala núm. 300/2015, de 19 de mayo, alegada por el recurrente, (con cita expresa de las sentencias núm. 956/2013 de 17 diciembre; 1024/2007, 1157/2000, 18 de julio y 942/2000, 2 de junio), las conversaciones mantenidas a través de un dispositivo electrónico, incorporadas a la causa mediante "pantallazos", 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, por más que consten en un soporte escrito o incluso sonoro.

#### DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 171/2019

Fecha de sentencia: 28/03/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10405/2018 P  
 Ponente: Excm. Sra. D. <sup>a</sup> Susana Polo García.

## TEMA

Organización para la comisión de delitos contra la salud pública. Agente Encubierto: requisitos; actuación pasiva del mismo, no provocación delictiva. Infracción del derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley: requisitos. Delitos contra la Salud Pública: conspiración.

## ASPECTOS EXAMINADOS

- Organización para la comisión de delitos contra la salud pública. El delito de grupo criminal requiere exclusivamente la unión de más de dos personas y la finalidad de cometer concertadamente delitos. Es necesario, tal y como indicábamos en nuestra sentencia 386/2016, de 5 de mayo, distinguir el grupo criminal de los supuestos de mera codelincuencia, la cual se apreciaría, en primer lugar, en aquellos casos en los que la unión o agrupación fuera sólo de dos personas. Cuando el número de integrantes sea mayor, no siempre será posible apreciar la presencia de un grupo criminal. El criterio diferenciador habrá de encontrarse en las normas internacionales que constituyen el precedente de las disposiciones del Código Penal y que, además, constituyen ya derecho interno desde su adecuada incorporación al ordenamiento español. En concreto, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecha en Nueva York de 15 de noviembre de 2000, que fue firmada por España en Palermo el 13 de diciembre de 2000, y ratificada mediante Instrumento de 21 de febrero de 2002, por lo que constituye derecho vigente en nuestro país.

En el artículo 2 de la citada Convención se establece en el apartado c) que por "grupo estructurado" ("grupo") se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada.

Interpretando la norma del Código Penal en relación con la contenida en la Convención de Palermo, la codelincuencia -acaba afirmando la STS 309/2013- se apreciaría en los casos de agrupaciones o uniones de sólo dos personas, o cuando estando integradas por más de dos personas, se hubieran formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito.

La jurisprudencia ha distinguido, pues, entre participación plural de personas, encuadrable en el ámbito de la coautoría, y aquella otra que se integra en una modalidad agravada, al hallarse configurada por varias personas coordinadas que integran un aliud y un plus frente a la mera codelincuencia, por hallarse integrada por más de dos personas y no haberse formado fortuitamente para la comisión inmediata de un solo delito (SSTS 706/2011, de 27 de junio; 940/2011, de 27 de septiembre; 115/2011, de 17 de noviembre y 223/2012, de 20 de marzo).

La aplicación de la anterior doctrina lleva a la inadmisión del motivo. En el caso presente existe una unión de más de dos personas realizada no para la comisión inmediata de un delito, sino con la finalidad de cometer delitos contra la salud pública de forma persistente, tal y como se recoge en los hechos probados, cuyo tenor literal hemos de respetar dado el cauce casacional elegido, además, el recurrente tenía unas funciones totalmente perfiladas, en concreto el mismo, tal y como analiza la sentencia en el Fundamento de Derecho Segundo 2.1., actuaba como intermediario entre el resto de los miembros de las dos organizaciones criminales y el Agente encubierto. En relación con la droga aprehendida en la reunión de 27 de mayo de 2015 admite que habían perdido un millón trescientos mil (1.350.000) euros, de los que doscientos cinco mil (205.000) euros los habían puesto entre ZZZ y él, de lo que se deduce que la función de este acusado no consiste únicamente en actuar como intermediario buscando "Agentes corruptos", sino que también ejerce el rol de inversor económico para hacer posible los envíos de droga. *La sentencia también considera relevantes, a los efectos analizados, otras conversaciones con otros acusados que se citan ...así como los volcados en sus dispositivos que acreditan su relación con otros acusados a través de fotos...*

En consecuencia, concurren todos los elementos necesarios para apreciar la agravación de organización, tal y como analiza la sentencia de instancia, ya que no estamos ante un caso de agrupaciones o uniones de más de dos personas, que han se formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito, el relato de hechos probados es concluyente al respecto, ya en la primera reunión mantenida con el Agente Encubierto el día 19 de febrero de 2015, MMM se identifica como intermediario de un individuo conocido como "el GGG" -ZZZ- interesado en introducir importantes cantidades de cocaína a través del puerto de Algeciras, en la reunión del día del día 16 de marzo le explican que AAA era el contacto con los suministradores -"la oficina"-, MMM el intermediario, y el que disponía de la infraestructura empresarial para dar cobertura

legítima al envío; el día 21 de abril de 2015 ZZZ (el jefe), le informa de un envío preparado en plátanos entregándole datos del exportador y del importador, le entregan 3000€ al agente, así como un móvil encriptado; el día 21 de mayo le informa el recurrente junto con NNN de que va a llegar un contenedor a Algeciras con 150 kilos de cocaína, con datos concretos de la embarcación –alijo que fue aprehendido el 27 de mayo-; en la reunión de 15 de junio le informa el recurrente al Agente que tiene interés en traer envíos desde Marruecos, así como que “la señora o madre” quiere traer 250 kilos de Colombia; en la reunión del 30 de septiembre con RRR y BBB, el acusado les informa de un nuevo envío de 150 kilos de coca; el 8 de octubre le entregaron listas y documentación de exportadores e importadores. Todo ello no implica una participación plural de personas, sino que, de varias personas coordinadas, grupo que no se forma fortuitamente para la comisión de un solo delito, sino que actúan conjuntamente con labores repartidas y de forma organizada para la comisión de varios delitos contra la salud pública.

- Agente Encubierto: requisitos; actuación pasiva del mismo, no provocación delictiva. Fuentes de información: Elección Ministerio Fiscal para autorización de infiltración de un Agente Encubierto. La Sentencia de esta Sala nº 690/2010, de 1 de julio, señala que "en el delito provocado resulta ante todo imprescindible el hecho de la inexistencia previa de cualquier actividad delictiva en trance de comisión del concreto delito de que se trate, de modo que si la ejecución del mismo da comienzo sólo a partir de la intervención del funcionario o agente provocador, pudiendo llegar a afirmarse con seguridad que de no haberse producido tal intervención provocativa el delito no se hubiera llegado a cometer, al menos en las circunstancias concretas en las que el mismo se produjo, sí que deviene procedente la calificación, como "delito provocado", de esa conducta ilícita y, por consiguiente, con fundamento en lo inadmisibles de dicha provocación por parte de las Autoridades entendida como contribución eficaz y determinante a la comisión de un delito, la procedencia de su carácter impune. Pero cuando, como aquí, no es que se hubiese iniciado la ejecución del ilícito sino que los actos realizados por los diferentes partícipes, poseyendo y trasladando la sustancia prohibida, ya podían considerarse integrantes de la consumación de semejante infracción, el que uno de los funcionarios, en concreto un guardia civil, objeto de ofrecimientos constitutivos de delito de cohecho activo, simulase, siguiendo instrucciones de sus superiores, atender a dichos requerimientos delictivos, a fin de colaborar en el completo conocimiento, y posterior acreditación, de las actividades de quienes pretendían corromperle, en modo alguno puede significar "provocación" para la comisión de un delito que, como decíamos, ya se había cometido antes de la intervención, por otro lado no buscada por él, del referido guardia que tan ejemplarmente actuó".

Señala la doctrina que en el delito provocado, la intervención se realiza generalmente por un agente policial o un colaborador de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad -el agente provocador- antes de que los posibles autores hayan comenzado la preparación del hecho punible [SSTS 23 de junio de 1999 y 25 de enero de 2007] y se realiza en virtud de la inducción engañosa que, con el objetivo de conocer la propensión al delito de una persona sospechosa y con la finalidad de constituir pruebas de un hecho criminal, convence al presunto delincuente para que lleve a cabo la conducta delictiva que se espera [STS 16 de febrero de 2006], incitándole a perpetrar una acción, que previamente no tenía propósito de cometer, de forma que, de no existir ésta, el delito no se habría producido [SSTS 3 de marzo de 2004, 6 de junio de 2006 y 13 de noviembre de 2006], pues la voluntad de delinquir no surge por su propia y libre decisión [STS 13 de junio de 2006], sino a través de una especie de instigación o inducción [STS 15 de septiembre de 1993], en los términos del art. 28.

La sentencia de instancia analiza de forma pormenorizada y acertada la alegación que ahora se plantea por el recurrente en el apartado 1.1.5. del Fundamento de Derecho Primero, y en primer término, recuerda que todo surge como consecuencia de informaciones procedentes de la inteligencia nacional e internacional, y tras unos contactos previos con el acusado MMM y AAA, produciéndose una primera reunión con Jesús, en la que el mismo asegura que sería el intermediario con una organización de la que se responsabiliza un individuo al que llama "El Gordo" el cual residiría en Valencia, y que estaría interesado en introducir grandes partidas de cocaína por el puerto de Algeciras, razón por la cual querrían corromper a AAA, el cual trabajaría en el citado puerto. También, el acusado explica que la organización del "Gordo" podría tener preparados 140 kg en Colombia, y que podrían enviar por el método de "gancho perdido" en un contenedor marítimo, ofreciéndole al agente encubierto 500.000 euros por la introducción de 100 kg. También es MMM el que pregunta por la posibilidad de visitar el puerto de Algeciras por parte de la organización del "Gordo" los cuales querrían hacer también diversas preguntas a AA, accediéndose a realizar esa reunión y esa visita. Durante esta reunión MMM se interesa por todas las posibilidades de introducir droga a través del puerto, tanto contenedores con cocaína como camiones de hachís y pregunta a AAA sobre los métodos que permitirían introducir la sustancia estupefaciente en España sin ser detectada, afirmando que tendrían una empresa de Málaga con la que podrían realizar las operativas ilícitas. Finalizada la reunión se fija una nueva reunión para la

semana del 2 al 8 de marzo, donde podría acudir el individuo conocido como "el Gordo" probable responsable de la operativa ilícita". Indica el Tribunal que todos estos extremos han sido ratificados por el Agente Encubierto en el acto del juicio oral.

Pero, es más, sigue afirmando la sentencia, que del examen de las comunicaciones mantenidas con MMM, así como las posteriores con otros acusados, y del contenido de lo tratado en las reuniones, se acredita la total pasividad del agente encubierto y la proclividad e iniciativa de los acusados, los cuales son los que le ofrecen un terminal telefónico para realizar las comunicaciones. No hay actuación activa del agente encubierto encaminada a que los acusados cometan delito alguno, sino a hacer aflorar su voluntad preexistente. Por ello, no puede existir delito provocado cuando los acusados desde un inicio entregan todos los efectos necesarios para corromper al agente encubierto (dinero) y para cometer el delito (papeles empresas, teléfonos, sistemas encriptación etc.).

De todo lo argumentado por el Tribunal no se desprende provocación alguna del delito por parte del Agente Encubierto, sin duda el mismo tuvo que actuar mostrando su conformidad, ya que debía engañar a los acusados con su actuación, pero ello no se debe confundir con la incitación o provocación para delinquir, el Agente no actuó de forma proactiva sino pasiva, ni un solo dato apunta que el Agente incitara a la perpetración del delito, que previamente no tenían propósito de cometer de forma que, de no existir ésta, el delito no se habría producido, sino todo lo contrario, el acusado estaba interesado en introducir grandes partidas de cocaína por el puerto de Algeciras y le comunicó al Agente que el "Gordo" podría tener preparados 140 kg en Colombia, y que podrían enviar por el método de "gancho perdido" en un contenedor marítimo, ofreciéndole al agente encubierto 500.000 euros.

Tal y como de forma acertada pone de relieve el Tribunal no puede darse provocación delictiva cuando la actuación del Agente Encubierto se produce en un delito ya decidido por los acusados, y se limita al seguimiento y descubrimiento y constatación de la comisión de un delito, como es el caso, sin que se encuentre obligado a evitar su consumación.

La participación posterior del Agente Encubierto también se analiza de forma exhaustiva en la sentencia de instancia, en concreto su participación en todas las reuniones posteriores a la del 19 de febrero, los días 27 de mayo y 21 de abril, destacando que en esta última la entrega de 3000 € al agente y un terminal telefónico marca BlackBerry con un programa instalado de encriptación, siendo en la reunión del 21 de mayo donde se le informa al Agente Encubierto que había sido enviado un contenedor con cocaína en su interior y que tenía prevista su llegada al puerto de Algeciras el 27 de mayo de 2015 a las 02:00 horas, donde le enseñan fotografías y le dan una descripción total del envío, nombre del barco, pies, longitud y número de referencia del mismo; así como de la reunión posterior en la que asisten junto con el recurrente, RRR y BBB, donde le entregan 23 folios de empresas dedicadas a la exportación de fruta desde Sudamérica y que viajan todas las semanas al Puerto de Algeciras, y también le informan que quieren aprovechar las rutas de esas empresas para introducir partidas de cocaína.

Por tanto, en todo momento la actuación del Agente Encubierto nunca ha sido de agente provocador, así se desprende del relato de Hechos Probados y de la fundamentación de la sentencia, criterio que comparte este Tribunal.

En cuanto al silencio de la sentencia en cuanto al origen y fuente de la información y sobre quien pone en contacto al agente encubierto con MMM y a quién y cómo se concertaron las primeras citas, que entiende el recurrente que es una grieta estructural en la validez de la prueba, tal y como hemos dicho en sentencia 591/2018, 21 de noviembre, la metodología a seguir en estos casos "no excluye la posibilidad del contacto previo agente sospechoso". Y ello no desnaturaliza la corrección del proceder de la fiscalía y los agentes. Así, esta Sala del Tribunal Supremo en Sentencia 575/2013, de 28 Jun. 2013, Rec. 11276/2012 se pronuncia en el sentido de recoger que: "La existencia de un contacto previo entre el recurrente y el agente encubierto, enmarcados en una relación derivada de las labores de prevención y captación de información propias de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en modo alguno conlleva una infracción de alcance constitucional... Carecería de sentido, con el fin de sostener la validez de la diligencia de prueba, la exigencia de que la autorización del agente encubierto se produzca a ciegas, con exclusión de cualquier contacto previo entre la persona que va a infiltrarse en la organización y quienes aparecen como miembros sospechosos de una red delictiva. Es contrario a elementales máximas de experiencia concebir la infiltración en un grupo criminal como la respuesta a una invitación formal a un tercero que, de forma inesperada, curioseara entre los preparativos de una gran operación delictiva. La autorización judicial, por sí sola, no abre ninguna puerta al entramado delictivo que quiere ser objeto de investigación. Antes, al contrario, la cerraría de forma irreversible. De ahí que esa resolución tiene que producirse en el momento adecuado que, como es lógico, no tiene por qué ser ajeno a una relación previa que contribuya a asentar los lazos de confianza".

En los términos apuntados se ha pronunciado este Tribunal en supuestos similares, también en nuestra sentencia 1546/2016, de 6 de abril, que rebate la alegación de que un agente encubierto había empezado a actuar sin contar con autorización judicial, con cita de la STS 835/2013, de 6 de noviembre, con el siguiente argumento: "La primera objeción no es atendible

porque, de seguirse a la letra, haría ilegítima, incluso imposible, cualquier actuación de las que permite el art. 282 bis LECrim. En efecto, pues el precepto habla de investigaciones relativas a la delincuencia organizada, esto es, de indagaciones policiales, obviamente ya en marcha, generadoras de una información de cierta calidad y, por eso, apta para hacer pertinente y dotar de fundamento el recurso a la medida que se considera; que, es obvio, por su carácter extraordinario, solo podría adoptarse a la vista de datos de evidente consistencia. Por lo demás, las actividades criminales de que se trata, por su particular envergadura y complejidad, tienen ritmos y tiempos que pueden dilatarse a lo largo de meses, como habría sido el caso; que demandan un seguimiento previo, al objeto de contrastar los datos obtenidos y con el fin de evitar actuaciones precipitadas.

Por eso, cuestionar la existencia de investigaciones previas a la entrada en acción del agente encubierto como tal, y, al mismo tiempo, pedir que su habilitación cuente con apoyo en elementos de juicio dotados de suficiente base empírica para dar racionalidad a la medida, tiene algo de contradictorio.

En el caso, no cabe duda, los propios datos aportados ahora por el recurrente y que constan en las actuaciones, permiten advertir que quien luego se convertiría en agente encubierto, venía actuando durante algunos meses, antes de recibir esta investidura judicial conforme a la ley; es decir, ejerciendo, pura y simplemente, un cometido propio de policía, que podría muy bien haber tenido otro desenlace, de haber sido también otro el curso de las acciones objeto de investigación. Y lo cierto es que lo que consta al respecto no sugiere la existencia de ninguna incorrección. Y, no solo, sino que, a tenor de todo lo que ahora se sabe, cabe hablar más bien de un comportamiento regular, pues desembocó en la solicitud de esa especial cobertura judicial, justo cuando el desarrollo de los acontecimientos iba a exigir del agente una mayor y más delicada implicación en ellos...".

La sentencia pone de relieve que toda la operación surge como consecuencia de informaciones procedentes de la inteligencia nacional e internacional, y tras unos contactos previos entre el acusado MMM y AAA, refiriéndose a la cuestión planteada en el apartado 1.1.2. del Fundamento de Derecho Primero, donde se hace constar que el oficio policial inicial contextualiza el origen de la información en la intensa labor de recopilación de información por parte de la Unidad Central Operativa de la Guardia Civil respecto de Organizaciones internacionales de Narcotráfico, se dice que como consecuencia de ello se pudo conocer la identidad de MMM, y a través de contactos con el mismo se constató el interés de éste en identificar y contactar con un miembro de las fuerzas de seguridad que fuera corrupto, con el fin de trabajar con una organización criminal asentada en Valencia, y que el mismo describe en cuanto a sus medios y modus operandi, de lo que se deja constancia en el oficio, algo que será inmediatamente contrastado por el propio Agente Encubierto en la primera de las reuniones celebrada el 19 de febrero.

Debemos poner de relieve que, en ocasiones como la presente, estamos ante una actuación llevada a cabo por los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado que, actúan profesionalmente, en búsqueda de la verdad de los hechos objeto de investigación, cumpliendo independientemente con la misión que a este respecto tienen atribuida por la legislación que regula su actividad con carácter general. Y, que no es contrario a la ley el hecho de que la policía utilice confidentes, y que tampoco es ilegítimo que la actuación de esos confidentes se oculte a la hora de redactar un atestado, o el correspondiente oficio policial.

Tal y como hemos afirmado, entre otras en sentencia 591/2018, de 26 de noviembre "...no puede considerarse esencial que el instructor en la declaración del juicio no haya sido más preciso en cuanto a quien concretamente se reunió antes de que se autorizara el agente encubierto. Lo que importa es que una vez que se dan las informaciones mínimamente consistentes, la policía actúa correctamente solicitando la autorización para intervenir."

En base a ello, debemos concluir que, ese contacto previo, no excluye la validez de la petición policial de autorización posterior, y, por consecuencia, no se invalida el proceder de la actuación policial del agente encubierto que no viene viciada por los encuentros previos.

En el desarrollo del cuarto motivo se denuncia no haber aportado al proceso los miembros de la UCO toda la información obtenida por el Agente Encubierto, así como la forma en la que se transmitió, ya que todos los agentes que depusieron el Plenario expusieron que no existía comunicación directa con el agente encubierto, ya que el mismo facilitaba la información a un coordinador de la Unidad de Encubiertos que no declaró en el Plenario, y éste se encargaba de transmitir la información a la Unidad Operativa que era quien redactaba por escrito la información, la cual no era toda sino la que consideraba de interés para la causa, infringiendo por ello el art. 282 bis 3 de la LECrim.

Tal y como recoge la sentencia, la forma en la que se trasmite la información al proceso, se desarrolla a través de una cadena de transmisión de información que consiste en el que el Agente Encubierto traspasa aquella al jefe de su unidad, y éste al responsable de la investigación de la UCO, y éste a su vez al Juzgado a través de los pertinentes oficios que describen la

actividad del agente. Lo que entendemos, al igual que el Tribunal de instancia, que es una forma concreta de actuar ya que ello no implica ningún tipo de irregularidad o incumplimiento de lo que previene la ley, la actuación del agente es objeto de control constante a través de los informes que se remiten regularmente al Juzgado y no existe previsión legal que exija que el informe sea directo desde el infiltrado al órgano judicial; se trata de un protocolo interno de actuación, y lo importante es hacer partícipe al juzgado de cada hecho relevante de su actuación y esto se ha cumplido.

Por otro lado, no se hace alegación alguna sobre cuál es la información que obtuvo el Agente Encubierto y no ha sido transmitida al proceso, ni en el juicio, ni el recurso, solo se apunta que la información pasada no es total, la que los agentes consideraban de interés. De la simple lectura de los oficios policiales –de 13 de febrero y ss.- se desprende que el conjunto de información que se facilita a la Fiscalía es suficiente para la autorización que se insta en aras a la actuación de un miembro de esa Unidad Operativa como Agente Encubierto.

- Infracción del derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley: requisitos. por el recurrente se afirma que se infringido el derecho al Juez ordinario legalmente predeterminado, que expresamente contempla el artículo 24.2 de la Constitución Española, porque la causa se encontraba ya judicializada, y la información había sido suministrada por la UCO.

Al respecto, la sentencia de instancia afirma que, de la prueba practicada, por un lado, ha quedado acreditado que efectivamente la UCO puso en conocimiento de la unidad de Algeciras la posible existencia de droga en el interior del contenedor, y por otro, que la Unidad de Análisis de Riesgo ya había identificado a este contenedor como susceptible de ser inspeccionado por sus especiales circunstancias (lugar de procedencia...etc.). También se razona, aparte de que la noticia criminis la facilita el acusado NNN, que el 28 de mayo, en el oficio la Policía Judicial que se dirige al Juzgado, (folio 85 y ss. Pieza separada AE) se da cuenta al JCI 3 de la aprehensión el día anterior del contenedor, informándose al Juez acerca de los agentes que realizaron la aprehensión, el Juzgado competente de Algeciras y el número de diligencias previas incoadas, así como se hace constar que “No obstante, y con el fin de adoptar unas medidas de seguridad acordes a la intervención del Agente Encubierto, se pretende desvincular en un principio esta aprehensión de droga con la Unidad Central Operativa de la Guardia Civil. Todo ello ante la posibilidad de que la organización criminal haya previsto esta medida como comprobación...”.

Rechaza el Tribunal la alegación a la que ahora se refiere el recurrente, partiendo de que la noticia la ofrecen los acusados, y de que la policía judicial es la que propone el modo de actuar al Juez ante la inconveniencia de desvelar la aprehensión, por dos razones: “porque hasta que no se produjo no se podía saber si trataba de un ardid por parte de los acusados para poner a prueba al agente encubierto, (tengamos presente que uno de los acusados, ZZZ, había desconfiado del mismo puesto que al introducir el TIP del mismo por parte del acusado Guardia civil, no existía, teniendo que introducir el TIP falso en la base de datos del personal de la Guardia Civil), y en segundo lugar, se trataba de mantener desvinculada la investigación de la aprehensión del contenedor para mantener a salvo la infiltración del agente, y así que los acusados pensaran que efectivamente se había producido la aprehensión como consecuencia del simple análisis de riesgos, algo que también se produjo. Por ello, avanzada la investigación criminal con relación a otros hechos, y una vez que a la labor del infiltrado había finalizado, el Ministerio Fiscal solicitó que se requiriera de inhibición al Juzgado de Algeciras, (f. 3066) y ello para recabar las Diligencias Previas nº1229/2015, incoadas por la intervención de un contenedor el 27 de mayo de 2015 en el puerto de Algeciras, cuya introducción se atribuía a los acusados en este procedimiento, de manera que se debía unir al mismo.”.

Argumentos del Tribunal de instancia que compartimos, ya que salvada la actuación llevada a cabo por la agentes de Vigilancia Aduanera, en el marco de sus facultades de prevención de delitos en su doble vertiente de investigación y aseguramiento del cuerpo del delito, se encuentra sin lugar a dudas el examen de un contenedor que haya podido levantar sospechas, como es el caso de autos, el hecho de que se requiriera de inhibición al Juzgado de Algeciras para recabar las DP nº1229/2015 con posterioridad a la aprehensión, debidamente informado el JCI 3, no vulnera el derecho al juez predeterminado por la ley, ya que como han señalado reiteradamente el Tribunal Constitucional las cuestiones de competencia reconsiderables al ámbito de la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de dicha competencia entre órganos de la jurisdicción ordinaria no rebasan el pleno de la legalidad careciendo por tanto de relevancia constitucional (SSTC. 43/84, 8/98, 93/98, 35/2000). El derecho al Juez predeterminado por la Ley únicamente puede quedar en entredicho cuando un asunto se sustraiga indebida o injustificadamente al órgano al que la Ley lo atribuye para su conocimiento, manipulando el texto de las reglas de distribución de competencias con manifiesta arbitrariedad, como señala la STC 25/2000 recogiendo lo ya expresado en la STC. 262/94, de 3.10.

El mismo Tribunal Constitucional, en su Sentencia 193/1996, de 26 de noviembre, declara que el derecho al llamado juez legal comprende, entre otras consideraciones, la exclusión de las distintas modalidades del Juez «ad hoc», excepcional o

especial, junto a la exigencia de la predeterminación del órgano judicial, predeterminación que debe tener por origen, una norma dotada de generalidad, y que debe haberse dictado con anterioridad al hecho motivador del proceso, respetando en todo, la reserva de ley en la materia (vid. STC 38/1991, con cita de otras muchas).

Por otro lado, este Tribunal también ha tenido ocasión de pronunciarse en el mismo sentido, afirmando en nuestra sentencia 104/2011, de 1 de marzo, que: "El concepto de Juez ordinario predeterminado por la ley, a que se refiere el art. 24.2 de la CE, guarda, según recogen las SSTC 75/1982, de 13-12 y 4/1990, de 18-1), una innegable conexión con las cuestiones de competencia y puede quedar vulnerado cuando un asunto se sustrae indebida o injustificadamente de la jurisdicción ordinaria y se atribuye a una jurisdicción especial. Cuando la disputa se centra en cuál debe ser el órgano jurisdiccional, al que, dentro de la jurisdicción ordinaria corresponde al conocimiento de determinado asunto, la decisión que resuelve tal disputa, aunque pueda entenderse contraria a las normas procesales, no entraña por sí misma una vulneración del derecho constitucional garantizado... En el supuesto que examinamos de acuerdo con la doctrina que se acaba de dejar expresada, en modo alguno se vulneró el derecho al Juez predeterminado por la Ley al conocer de la instrucción de la causa un Juez ordinario, investido de jurisdicción y competencia con anterioridad a los hechos, sin que en el proceso que desembocó en la sentencia impugnada se hubiera producido indebido desplazamiento del Juez ordinario por el Juez especial, pues partiendo de que en casos dudosos la competencia ha de decantarse por los criterios ordinarios de fijación, pues la competencia de la Audiencia Nacional es lo excepcional (por todas STS. 24.5.2002), y que cuando no conste acreditada inequívocamente la concurrencia de los elementos que determinan la competencia de la Audiencia Nacional, ha de cederse la competencia al órgano territorialmente competente por los propios razonamientos expresados en el tribunal de instancia."

En el presente caso, la intervención del Juzgado de Algeciras, tras la comunicación de la intervención de la unidad aduanera de la citada localidad, que podía actuar sin necesidad de autorización judicial tras el análisis de riesgo, incoando las Diligencias Previas, fue la correcta, pues el órgano judicial estaba investido de jurisdicción y competencia antes del hecho que motiva su actuación, sin perjuicio de que como consecuencia del oficio policial de comunicación al JCI 3 -al día siguiente de la aprehensión-, de la necesidad, por razones de seguridad, de desvincular al Agente Encubierto de la aprehensión de droga de la UCO ante la posibilidad de que la organización criminal tuviera prevista la comprobación, solo se requirió de inhibición por el Juez Central de Instrucción cuando no había riesgo para el mismo y para la operación, lo que no implica vulneración alguna de Juez ordinario predeterminado por la ley.

- Delitos contra la Salud Pública: conspiración: requisitos: La jurisprudencia de esta Sala con respecto a la conspiración en los delitos de tráfico de drogas, la resume, entre otras, nuestra sentencia 714/2018, de 16 de enero de 2019, afirmando que las STS 321/2007, de 20 de abril, 227/2009, de 13 de abril y 689/2014, de 21 de octubre, tiene declarado que es una conducta delictiva de pura intención, que existe cuando dos o más personas se concertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo. Pertenece a la categoría de las resoluciones manifestadas y ya se trate de fase de "iter criminis" anterior a la ejecución, entre la mera ideación impune y las formas ejecutivas imperfectas, o bien se considere como una especie de coautoría anticipada, la conspiración caracterizada por la conjunción del concierto y la firme resolución es incompatible con la iniciación ejecutiva material del delito, que supondría ya la presencia de coautores o partícipes de un delito intentado o consumado (STS 872/2006, de 11 de septiembre).

En este sentido la STS 1129/2002, de 18 de junio, recuerda que es necesario que este delito de pura intención no se haya iniciado en su ejecución pues (obvio es decirlo) de así ocurrir entraríamos en el campo de la tentativa, figura distinta a la de la conspiración, de ahí que en múltiples ocasiones sea muy difícil de diferenciar este tipo delictivo de las formas imperfectas de ejecución.

En la STS 5/2009, de 8 de enero, se argumenta que conforme al tenor legal (arts. 373, 368, 17.1 CP) existirá conspiración cuando dos o más personas se concerten para la ejecución de uno de los delitos de tráfico de drogas y resuelvan ejecutarlo, teniendo la voluntad y la aptitud para llevar a cabo el delito (STS de 5-5-98). Se trata de un acto preparatorio del tráfico de drogas igualmente punible por expreso deseo del legislador. No obstante, la conspiración, caracterizada por la conjunción del concierto previo y la firme resolución, es incompatible con la iniciación de la ejecución material del delito (STS 1579/1999, de 10-3-2000). Tal infracción desaparece y se disipa como forma punible sancionable cuando el hecho concertado pasa a vías ulteriores de realización cualquiera que estas sean, ya que entonces esas ejecuciones absorben por completo los concertos e ideaciones anteriores al ser estos puestos en marcha (STS 543/2003, de 20-5). En esta clase de delitos las tareas de concertación del tráfico o entrega de las sustancias estupefacientes marcan el comienzo del proceso consumativo. Los delitos contra la salud pública son de peligro abstracto o de mera actividad por lo que sus efectos sobre el bien jurídico protegido se anticipan al momento en que existe la posibilidad de disponer de la droga, aunque materialmente no se la

posea (STS 596/2008, de 5-5). Y la actividad de facilitación del consumo ilícito de sustancias estupefacientes no requiere para entenderse consumada que haya tenido efectiva realización (STS de 24-4-03).

En la sentencia 477/1999, de 29 de marzo, se dice que la ejecución del hecho delictivo comienza con la ejecución del plan por uno de los coautores (generalmente desconocido), es decir, con la adquisición de la que la acción de tenencia para el tráfico no requiere la posesión material de todos los coautores, sino que es suficiente con que uno de ellos disponga de ella y que los otros tengan acceso a la misma.

La proyección de la doctrina jurisprudencial que se acaba de exponer al supuesto ahora enjuiciado aboca necesariamente al rechazo del argumento del recurrente. Pues tal como razona la sentencia impugnada el delito está consumado, ya que las características específicas de las infracciones contra la salud pública están en los verbos nucleares que consisten, entre otros, en promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas, y la importación y transporte subrepticio de una droga, como es la cocaína para ser vendida en España, habiendo sido traída desde lugares donde se produce, encaja entre las conductas favorecedoras o facilitadoras de su ilegal consumo, y su tenencia, mientras se deposita y se transporta, es una forma de posesión de esta encaminada a fines favorecedores o facilitadores del consumo. Y si bien la llegada a su destino de la ilícita mercancía transportada no llegó a materializarse al ser interceptada en el puerto de entrada, no impide el grado de consumación delictiva al tratarse la figura que nos ocupa de un delito de mera actividad.

Pero, es más, el Tribunal de instancia declara acreditado que ZZZ era la persona que gestionaba de manera continua negocios comerciales entre distintas partes geográficas (Sudamérica, Costa Occidental Africana, Golfo Pérsico, etc.), actuando como transitario a través de distintas empresas en las que normalmente no figura como titular, pero era el responsable de la puesta a disposición del Agente Encubierto de medios necesarios para la comisión del delito. Además, le trasladó al agente encubierto un conocimiento muy amplio en cuanto a los distintos métodos utilizados para introducir droga, así como del funcionamiento de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en este ámbito, invirtió dinero en el envío de droga intervenido en Algeciras el 27-05-2015, desde el principio asumió ante el Agente Encubierto la existencia de la organización criminal, así como su papel preponderante y responsable en la misma. Además, ZZZ es la persona que aporta un terminal encriptado con tecnología "PGP" (Pretty Good Privacy) al Agente Encubierto, y el dinero al mismo para comprar su voluntad, quedando acreditada, tal y como determina el Tribunal la relación de supeditación que tenían MMM y NNN con el mismo.

#### DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 205/2019

Fecha de sentencia: 12/04/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 856/2018

Ponente: Excm. Sra. D. <sup>a</sup> Carmen Lamela Díaz.

#### TEMA

Delito de abuso sexual con prevalimiento. Indemnización por daño moral.

#### ASPECTOS EXAMINADOS

- Abuso sexual: menor de edad, retraso mental ligero, diferencia de edad, acusado psicólogo y orientador de la menor. En el caso de autos, el cauce del artículo 849.1 elegido por el recurrente es erróneo. Los hechos probados de la sentencia recurrida consideran acreditado que el acusado realizó las conductas que se describen aprovechando la ascendencia que tenía sobre la MMM, de 15 años de edad, como profesor y educador, así como el déficit mental que presentaba y la conflictiva situación familiar que atravesaba, con abuso de la situación de vulnerabilidad de la menor. La sentencia recurrida ha calificado adecuadamente los hechos como constitutivos de un delito continuado de abuso sexual del artículo 181.1, 3 y 4 del Código Penal. Nos encontramos ante un supuesto en el que se produjeron al menos tres accesos carnales, consentidos y con penetración vaginal, realizados sin violencia o intimidación y valiéndose de un consentimiento viciado, que se deriva de la situación de superioridad manifiesta del sujeto activo que coarta la libertad de la víctima. Conforme reiterada Jurisprudencia de esta Sala, el tipo penal por el que ha resultado condenado el Sr. Sánchez resulta de aplicación en los casos en que el sujeto activo se aprovecha dolosamente en una situación de superioridad con respecto a la víctima. No se integra por la ausencia de consentimiento, sino por el hecho de obtenerlo prevaliéndose de una situación de

superioridad. Dicha superioridad ha de ser notoria y eficaz esto es objetivamente apreciable y no solo subjetivamente percibida por una de las partes, así como suficiente para restringir de modo relevante la capacidad de la víctima para decidir libremente. Basta con la existencia de una situación de superioridad o ventaja del sujeto activo de la que se aprovecha. La Jurisprudencia ha considerado la existencia de esa superioridad en casos de escaso coeficiente intelectual de la víctima (STS núm. 456/2000, de 21 de marzo) cuando el profesor se aprovecha de su situación sobre el alumno, tratándose el acusado de un profesor maduro que se aprovechaba de su condición docente y de la temprana edad de su discípulo, de quince años, para abusar sexualmente del mismo, coartando con su autoridad la libertad del menor, con lo que se produjo un consentimiento viciado por el abuso de superioridad (STS núm. 223/2000, de 21 de febrero), o cuando existe una situación equiparable a la familiar. También la jurisprudencia incluye en el tipo penal casos de desproporción entre la edad del sujeto activo y pasivo, aunque el dato cronológico no puede operar de forma automática sino solo en la medida en que contribuya efectivamente a colocar a una persona en una de situación de desequilibrio respecto de otra, en lo que se refiere a la capacidad de autodeterminarse sobre el uso del propio cuerpo en relaciones de contenido sexual (STS núm. 379/2002, de 6 de marzo). Se aprecia prevalimiento cuando, además de la diferencia de edad, la víctima presenta un defecto de madurez o de la capacidad para determinar con plena libertad el uso del propio cuerpo en la concreta relación sexual y dicha circunstancia es conocida y aprovechada por el mayor de edad para obtener el consentimiento del menor a la relación sexual. Conforme señalábamos en las sentencias de esta Sala 512/2013, de 13 de junio, con referencia a la sentencia anterior 1287/2003, de 10 de octubre, "El abuso sexual con prevalimiento no exige la exteriorización de un comportamiento coactivo, pues es la propia situación de superioridad manifiesta por parte del agente y de inferioridad notoria de la víctima, la desproporción o asimetría entre las posiciones de ambos, la que determina por sí misma la presión coactiva que condiciona la libertad para decidir de la víctima, y es el conocimiento y aprovechamiento consciente por el agente de la situación de inferioridad de la víctima que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente, lo que convierte su comportamiento en abusivo." (STS de 10 de octubre de 2003) (ATS 14-5-10)".

En el marco de este delito, coartar equivale a obstaculizar o limitar de manera relevante el uso por un sujeto de su capacidad para autodeterminarse, en un marco de relaciones que tienen por objeto alguna forma de ejercicio de la sexualidad (STS núm. 781/2004, de 23 de junio).

El tipo penal contemplado en el artículo 181.2 es de aplicación cuando la víctima, más allá de la pura expresión formal o aparente al aceptar la relación sexual, no ha prestado un verdadero y auténtico consentimiento valorable como tal, porque su patología excluye la actitud de saber y conocer la trascendencia y repercusión en la relación sexual, sin lo cual no hay libre voluntad ni verdadero consentimiento en el ejercicio libre de autodeterminación sexual. Sin embargo, el tipo penal del artículo 181.3 será en cambio apreciable si el trastorno mental padecido no es tan grave como para privar totalmente al sujeto de esa capacidad de conocer y decidir su comportamiento sexual en libertad, pero si limita su autodomínio colocándolo en desventaja respecto a una persona totalmente normal, de lo que se prevale o aprovecha el autor. Por tanto, respecto del consentimiento que implica el ejercicio de la libertad sexual, el valor excusante del consentimiento del sujeto pasivo no ofrece dudas, pues en legislador ha establecido, de todos modos, dos circunstancias que lo excluyen: por un lado la incapacidad del sujeto pasivo para prestar su consentimiento (artículo 181.2), y por el otro la coacción y la obtención del consentimiento derivado del prevalimiento de una situación de superioridad manifiesta que coarta la libertad de la víctima (artículo 181.3). Con apoyo en estas consideraciones, la distinción se debe practicar considerando que los casos de falta de consentimiento se caracterizan por el carácter relevante del mismo, como consecuencia de la incapacidad de la víctima para prestarlo, mientras que las situaciones de abuso de superioridad, como la que nos ocupa, no presuponen la incapacidad de la víctima para prestar consentimiento sino el aprovechamiento por parte del autor de circunstancias que reduzcan su libertad de decisión.

En el supuesto de autos, el recurrente analiza individualmente cada uno de los factores que el Tribunal ha valorado para alcanzar la conclusión que plasma en el apartado de hechos probados, tales como la edad de la víctima, su retraso mental ligero, la diferencia de edad entre víctima y acusado, la condición de psicólogo profesor y educador de la menor por parte del acusado y la conflictiva situación familiar que atravesaba MMM.

Si cada uno de estos factores individualmente considerados podría ser fundamento o base para la apreciación en la actuación del acusado de una situación de superioridad manifiesta de la que abusó o se aprovechó frente a su víctima, en el supuesto examinado se da la circunstancia de que concurren todos ellos. Efectivamente, no es solo un factor sino la concurrencia de todos ellos lo que a juicio del tribunal hacía especialmente vulnerable a MMM. Además, el tribunal pone de relieve en la fundamentación jurídica de la sentencia que acusado y víctima mantenían en secreto su relación, que el acusado le hacía regalos y le daba dinero, incluso le suministró un teléfono móvil para comunicarse con él sin que su familia se percatara de

ello. Todo ello evidencia una asimetría entre las posiciones de acusado y víctima que condicionó de manera significativa la libertad para decidir de la menor. Efectivamente, todas las circunstancias descritas colocaban en una situación de inferioridad a MMM y limitaban su capacidad para decidir libremente. Además, eran conocidas por el acusado precisamente por su condición de psicólogo que trabajaba como orientador en el Centro de Educación Especial al que acudía la menor, a la que trató personalmente, manteniendo también entrevista con su madre, teniendo conciencia por ello de la situación de vulnerabilidad y desprotección de MMM y de su limitada capacidad para decidir libremente.

Por ello, los elementos constitutivos del tipo, aparecen perfectamente diseñados en el relato fáctico, al describir al menos tres actos de penetración vaginal y un aprovechamiento simultáneo de la debilidad de voluntad de la víctima.

- Indemnización por daño moral. El Tribunal ha denegado una indemnización a MMM al entender que la misma no presenta ninguna afectación psíquica significativa derivada de los hechos denunciados pues la vivencia no fue traumática, sin que se pueda inferir, por tanto, ningún impacto emocional que en su formación integral y desarrollo pudiera tener en el futuro el abuso padecido.

Es cierto que MMM no presenta ninguna afectación psíquica como consecuencia de los hechos enjuiciados y tampoco parece que hayan dejado en ella secuelas significativas. Conforme reiterada doctrina de esta Sala recogida en la sentencia núm. 636/2018, de 12 de diciembre, “en los casos de daños morales derivados de agresiones sexuales la situación padecida por la víctima produce, sin duda, un sentimiento de indignidad, legitimada o vejada, susceptible de valoración pecuniaria sin que haya en ello nada que se identifique con pura hipótesis, suposición o conjetura determinante de daños desprovistos de certidumbre o seguridad, este caso, el daño moral resulta de la importancia del bien jurídico protegido —libertad e indemnidad sexual— y de la gravedad de la acción que lo ha lesionado criminalmente (SSTS. 105/2005 de 29 de enero, 40/2007 de 26 de enero).

El daño moral, además, -dice la STS 1366/2002, 22 de julio-, no deriva de la prueba de lesiones materiales, sino de la significación espiritual que el delito tiene con relación a la víctima.

Y en relación a la falta de prueba de que la víctima haya quedado afectada psicológicamente, hay que insistir en que los daños morales no es preciso tengan que concretarse en relación con alteraciones patológicas o psicológicas sufridas por las víctimas, bastando que sean fruto de una evaluación global de la reparación debida a las mismas, de lo que normalmente no podrán los Juzgadores contar con pruebas que faciliten la cuantificación económica para fijarla más allá de la expresión de la gravedad del hecho, su entidad real o potencial relevancia repulsa social, así como las circunstancias personales de los ofendidos, (SSTS 957/1998, 16 de mayo y 1159/1999, 29 de mayo, entre otras).”

En el mismo sentido, señalábamos en la sentencia núm. 445/2018, de 9 de octubre, que el daño moral resulta de “la importancia del bien jurídico protegido, la indemnidad sexual y de la afectación al mismo; no deriva de la prueba de lesiones materiales, sino de la significación espiritual que el delito tiene con relación a la víctima. En su consecuencia, como indica la STS núm. 702/2013 de esta Sala, para la apreciación del daño moral no es preciso que el mismo se concrete en determinadas alteraciones patológicas o psicológicas (así STS núm. 744/1998), de 18 de septiembre; siendo que es valorable a tal efecto el menoscabo de la dignidad (STS núm. 1490/2005, de 12 de diciembre).”

Ahora bien, conforme a la jurisprudencia que se acaba de exponer, el daño moral no deriva del daño físico o lesiones psicológicas o materiales que pudiera haber sufrido la víctima, los cuales responderían a otro concepto indemnizatorio, sino que el daño moral tiene su dimensión en el ámbito propio de la víctima, sujeto pasivo de una acción grave que atentó contra su indemnidad sexual, y especialmente vulnerable como consecuencia del retraso mental ligero que padecía junto a un grado importante de desafección familiar. Además, la acción fue ejecutada por quien ostentaba la condición de psicólogo, profesor y educador de la menor a la que doblaba la edad, por quien se suponía que debía ayudarla y orientarla y en quien MMM confiaba y se apoyaba precisamente como consecuencia de esa desafección familiar.

## DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 206/2019

Fecha de sentencia: 12/04/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10475/2018 P

Ponente: Excm. Sra. D. <sup>a</sup> Susana Polo García.

**TEMA**

Delitos de abusos sexuales. Continuidad delictiva. Legislación penal aplicable en supuestos continuidad delictiva. Progresión delictiva, situación concursal, aplicación de lo prevenido en el artículo 74.1 CP.

**ASPECTOS EXAMINADOS**

- Delitos de abusos sexuales. Continuidad delictiva. Legislación penal aplicable en supuestos continuidad delictiva. Progresión delictiva, situación concursal, aplicación de lo prevenido en el artículo 74.1 CP. La cuestión que ahora se plantea por el recurrente, en principio, sí sería revisable en casación ya que se alega infracciones de preceptos penales sustantivos, cuya subsanación beneficia al reo, pues se apunta que “la última redacción del artículo 183 ya no distingue entre menores de 13 años y mayores de ese límite de edad”, y afirma que ello debe tenerse en cuenta a la hora de ponderar los supuestos delitos por los que se condena, en virtud el principio conforme al cual la ley penal posterior más favorable debe favorecer al acusado en el caso de verse condenado. Ahora bien, la vaguedad y falta de concreción argumental del recurrente -no se analizan los textos legales aplicables, ni los tipos concretos ni sus penas, ni se hace petición concreta de las mismas-, en una cuestión que se alega ex novo, en cierta medida, impide un análisis pormenorizado por parte de este Tribunal de la cuestión que realmente quiere plantear el recurrente.

No obstante, la sentencia de instancia tipifica los hechos como: 1°. - Dos delitos continuados de abusos sexuales a menor de trece años, previstos y penados en el artículo 181 puntos 1, y 2 del C. Penal, con relación al art. 74 C Penal, (todo ello conforme a lo dispuesto en LO 11/1999, de 30 de abril atendiendo a la fecha de los hechos). 2°. - Dos delitos continuados de abusos sexuales a menor mayor de trece años, con acceso carnal, previstos y penados en los arts. 181. 1, 3 y 4 del C. Penal, (todo ello conforme a lo dispuesto por en la LO 5/2010, dado que la continuidad de los hechos va más allá de la fecha de la entrada en vigor de esta norma, 23 de diciembre de 2010, si bien, a los efectos punitivos la consideración sigue siendo la misma en un momento que en otro, lo único que varía es que antes la referencia normativa a tal efecto era al art. 182.1 del C. Penal). Estimamos que la citada calificación no es correcta, ya que con pleno respeto al relato de hechos probados, estamos ante progresión delictiva en la que se avanza desde los tocamientos a las víctimas, a la penetración de las mismas, y desde el simple aprovechamiento de la minoría de edad, al prevalimiento, confluyendo en una situación concursal, en concreto ante un supuesto de dos delitos continuados de abusos sexuales con acceso carnal, durante un periodo comprendido entre los años 2002 a 2014, en el que las dos víctimas, inicialmente, eran menores de 13 años y, posteriormente, mayores de 13 años, calificando el Tribunal los hechos por dos preceptos distintos, dos delitos durante la minoría de edad sin acceso carnal, y otros dos delitos con acceso carnal una vez alcanzados los 13 años, cuando se trata de preceptos de naturaleza semejante, siendo de aplicación lo prevenido en el artículo 74 1º del Código Penal.

Tanto las conductas que se han calificado de abuso sexual sin acceso carnal del art. 181. 1 y 2, como las que han sido calificadas por el art. 181. 3 y 4, pueden considerarse incluidas en los dos delitos continuados y sancionadas con la pena señalada a la infracción más grave, en su mitad superior.

Según el relato de hechos probados que en atención al cauce casacional empleado nos vincula, los hechos tuvieron lugar entre el 2002 y 2014, aproximadamente, ya que los mismos se inician cuando XXX contaba con siete u ocho años de edad (nacida el 3 de diciembre de 1995), y se prolongan hasta que la misma cumple 17 años, y con respecto a ZZZ, cuando contaba con 9 años (nacida el 16 de octubre de 1996), prolongándose, al menos, hasta su mayoría de edad, por lo que estamos ante dos delitos continuados.

En referencia a la continuidad delictiva, que se discute su aplicación en este caso por el recurrente, debemos apuntar, que este Tribunal ha apreciado la continuidad delictiva en aquellos supuestos en que se trata de ataques a un mismo sujeto pasivo ejecutados en el marco único de una relación sexual, de una cierta relación, mantenida en el tiempo y obedeciendo a un dolo único o unidad de propósito o al aprovechamiento de similares ocasiones por parte del sujeto activo (SS de 10 de julio de 2002, 13 de mayo de 2005, 5 de noviembre de 2008 y 19 de abril de 2010). Por el contrario, ha estimado que existe unidad natural de acción cuando se dan dos o más actos de contenido sexual si el hecho se produce entre las mismas personas y en un mismo ámbito espacio temporal, por ser todo ello realizado en una misma situación y consecuencia de un mismo dolo. En este segundo supuesto no hay pluralidad de acciones, sino una sola, por lo que no cabe hablar en estos casos ni de pluralidad de delitos ni de delito continuado, sino de uno solo que absorbe o consume en la infracción penal más grave las que lo son menos, sin que se trate de reproducir los hechos en diversas ocasiones idénticas, sino de apreciar

progresivamente una sola acción desarrollada en una misma situación y sobre una misma persona (Sentencia de 19 de abril de 2010 y auto de 10 de abril de 2014).

En nuestra sentencia núm. 265/2010, de 19 de febrero, señalábamos que "cuando se trata de abusos sexuales deberá aplicarse la continuidad delictiva cuando del relato fáctico de la sentencia surge una homogeneidad de actos ilícitos y punibles que atacan el mismo bien protegido, que responde a un único plan de autor, difícilmente aislables unos de otros, que son expresión de un dolo unitario no renovado en cada acto, cuyo fin se trata de conseguir a través de esa sucesión de actos, porque entonces se está construyendo la unidad objetiva y subjetiva que judicialmente se realiza a través de la continuidad delictiva".

Consecuencia de lo anterior, resulta aplicable el texto penal según redacción dada al mismo por la LO 5/2010, de 22 de junio, ya que estamos ante un supuesto de continuidad delictiva que finaliza en el año 2014, aunque la pena a imponer tanto en el texto vigente tras la reforma por LO 1/1999, como la operada por LO 1/2015, de 30 de marzo, es coincidente para supuesto de víctimas mayores de 13 años en la primera y mayores de 16 años en la segunda, en las que el abuso sexual tiene lugar con acceso carnal –en este caso Olga contaba con 17 años y Alexia tenía al menos 18 años–, de cuatro a diez años de prisión. En los aspectos analizados, la redacción de los artículos citados, tras la LO 5/2010 era la siguiente:

- Artículo 181 "1. El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses.
  2. A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, así como los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto.
  3. La misma pena se impondrá cuando el consentimiento se obtenga prevaliéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que cuarte la libertad de la víctima.
  4. En todos los casos anteriores, cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de cuatro a diez años.
  5. Las penas señaladas en este artículo se impondrán en su mitad superior si concurriere la circunstancia 3. a o la 4. a, de las previstas en el apartado 1 del artículo 180 de este Código".
- El art. 180. 3ª dispone que "cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, y en todo caso, cuando sea menor de trece años.", y el 180.4ª "cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.".
- Por tanto, la pena más grave, se corresponde con el delito de abuso sexual con acceso carnal del art. 181.4 redactado por la LO 5/2010, siendo la pena tipo a imponer la de 7 años y 1 día a 10 años de prisión al concurrir la agravación de prevalimiento apreciada por el Tribunal a quo –art. 180.4ª–, y si, a su vez, aplicamos la continuidad delictiva apreciada por el Tribunal, la pena mínima a imponer es la de 8 años 6 meses y 1 día, por lo que conforme a los parámetros establecidos en la sentencia de instancia para la fijación de la pena, la misma debe ser impuesta en su mínima extensión, en ambos delitos. El motivo se estima parcialmente.

#### DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 211/2019

Fecha de sentencia: 23/04/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 366/2018

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

#### TEMA

Delito de descubrimiento y revelación de secretos. Perdón del ofendido: ámbito. Ministerio Fiscal: Vulneración del derecho a la intimidad: solicitud directa a una entidad bancaria datos de las cuentas del recurrente, y aportación de tales datos al inicio del juicio oral.

#### ASPECTOS EXAMINADOS

- Delito de descubrimiento y revelación de secretos. En el tercer motivo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim, denuncia la infracción de los artículos 197.2 y 4 y 198 del Código Penal (CP). Argumenta que en los hechos probados se refiere que el recurrente tenía autorización para consultar la base de datos de la AEAT, lo cual nos situaría en el ámbito del artículo 417.2 CP. Y, dado que no ha existido acusación por ese delito, procedería la absolución.

Como hemos dicho en numerosas ocasiones, este motivo de casación permite cuestionar la corrección de la subsunción de los hechos en el precepto penal aplicado por el Tribunal de instancia. En definitiva, permite examinar si los preceptos aplicados son los pertinentes y si han sido interpretados y aplicados correctamente. Pero siempre en relación con los hechos que se han declarado probados, sin prescindir de ninguno de ellos y sin añadir otros diferentes.

En el caso, se declara probado que el recurrente, funcionario del Servicio de Vigilancia Aduanera de la AEAT con destino en Barcelona, “abusando de su condición como tal y de la autorización que por tal puesto tenía para consultar bases de datos de dicho organismo en relación con la investigación del posible blanqueo en materia de importaciones y exportaciones aduaneras, contraviniendo los deberes propios de su puesto y teniendo conocimiento de la ilicitud de su proceder, sin tener un motivo por razón de este cargo y autorización que lo justificase, accedió...”, precisando a continuación los distintos accesos a los datos tributarios de PPP y del Grupo CCC.

De este relato fáctico resulta, con toda claridad, que el recurrente, como funcionario de la AEAT tenía autorización para acceder a las bases de datos, pero solo “en relación con la investigación del posible blanqueo en materia de importaciones y exportaciones aduaneras”. De forma que otras consultas, no relacionadas con ese ámbito de sus funciones no estaban autorizadas. E igualmente resulta, con la misma claridad, que el acceso a los datos de los citados contribuyentes lo llevó a cabo, no solo “contraviniendo los deberes propios de su puesto y teniendo conocimiento de la ilicitud de su proceder”, sino además “sin tener un motivo por razón de este cargo y autorización que lo justificase”.

De los hechos probados, por lo tanto, no se desprende que los accesos a los referidos datos los hiciese dentro del marco de la autorización de la que disponía para el cumplimiento de sus funciones.

La conducta del recurrente, pues, no es subsumible en el artículo 417 CP, que parte de un acceso lícito a los datos reservados.

- Perdón del ofendido: ámbito. Acerca del artículo 201.3 CP, decíamos en la STS nº 534/2015, de 23 de setiembre, que este precepto “dispone de forma muy general que el perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal o la pena impuesta. Previsión que viene precedida de otra norma según la cual no será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior para proceder por los hechos descritos en el artículo 198 de este Código, ni cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas.

La disponibilidad sobre la acción penal o sobre la pena que supone el ejercicio del perdón se relaciona directamente con la necesidad de que, en los delitos en los que resulta relevante, el ejercicio de las acciones penales sea impulsado por el propio ofendido, por su representante legal o, en casos específicamente establecidos, por el Ministerio Fiscal. Con otras palabras, el perdón del ofendido no es contemplado por el legislador cuando se trata de delitos que afectan a intereses generales o a bienes jurídicos respecto de los que el ofendido no tiene una especial disponibilidad. Incluso, en ocasiones, aunque el inicio de la causa penal queda en manos del ofendido, una vez iniciada aquella, el eventual perdón del ofendido podría carecer de eficacia alguna. Por ello, aunque la generalidad de la redacción del artículo 201.3 pudiera inducir a confusión, y considerar que el perdón es eficaz en todos los delitos del capítulo, se ha excluido la posibilidad del perdón cuando el hecho afecte a intereses generales, casos en los que es preciso incluir aquellos previstos en el artículo 198, en los que el delito es cometido por una autoridad o funcionario público prevaliéndose de su cargo, pues es claro que tal clase de conductas afectan a intereses generales concretados en la necesidad de un comportamiento correcto y respetuoso con las leyes por parte de los servidores públicos. Estas consideraciones explican también que cuando así ocurre no sea precisa la denuncia del agraviado o de su representante legal, según el artículo 201.2 del Código Penal.

La cuestión fue examinada por esta Sala en un caso similar en la STS nº 725/2004, de 11 de junio en la que se afirmó que “es claro que el perdón del ofendido no opera respecto de los casos que se subsumen bajo el art. 198 CP. Tal como lo hemos expuesto con anterioridad, estos supuestos comprenden una doble infracción de deberes: la del deber de respetar la intimidad y la implícita en el abuso del cargo público. Esta última no es disponible para el sujeto pasivo y por la misma razón

que el art. 201.2 CP no exige la denuncia del perjudicado en estos casos, tampoco es posible extender a ellos el perdón del ofendido, dado que es de la esencia del perdón que sólo puede recaer sobre actos que hayan lesionado derechos o bienes propios”.”.

La aplicación de la anterior doctrina conduce directamente a la desestimación del motivo, pues el recurrente ha sido condenado aplicando el artículo 198, dada su condición funcional y el aprovechamiento de la misma para la comisión del delito. Además, la posibilidad de concurrencia en el mismo delito de autores a los que se aplica el artículo 198 y de otros a los que no resulta aplicable conduce a afirmar que el perdón del ofendido puede beneficiar a algunos de los autores con independencia de que no alcance a otros dadas las circunstancias particulares de los mismos. Por otro lado, las razones del otorgamiento del perdón, que quedan a la decisión del ofendido, no siempre resultan aplicables a todos los autores o partícipes.

- Ministerio Fiscal: Vulneración del derecho a la intimidad: solicitud directa a una entidad bancaria datos de las cuentas del recurrente, y aportación de tales datos al inicio del juicio oral. En cuanto a la primera cuestión, aunque el recurrente menciona una posible vulneración de su derecho a la intimidad, reconoce que el Ministerio Fiscal actuó conforme a la ley. Así, después de enumerar los requisitos que la STC 233/2005, de 26 de setiembre, considera necesarios para que la afectación del derecho a la intimidad constitucionalmente protegido resulte conforme con el artículo 18.1 de la Constitución, en relación con el segundo de ellos, consistente en que la intromisión en el derecho esté prevista en la ley, argumenta que tal requisito se cumpliría en el caso, ya que el artículo 11.2 de la Ley Orgánica de Protección de datos dispone que los datos de carácter personal solo podrán comunicarse a terceros en cumplimiento de los fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario, previo consentimiento del interesado, el cual no será necesario cuando la comunicación sea dirigida al Ministerio Fiscal en el ejercicio de sus funciones.

En el caso, es claro que la actuación de la acusación pública se ejecutó en el marco de sus funciones en el proceso penal; que se perseguía un fin constitucionalmente legítimo; que la intromisión estaba prevista en la ley; y que la medida era proporcionada a las circunstancias, teniendo en cuenta las características de los hechos.

En segundo lugar, alega el recurrente que la legislación vigente no autoriza al Ministerio Fiscal a actuar como lo hizo.

La actuación que se cuestiona consiste en la aportación de documentos al inicio del juicio oral para que sean valorados como prueba documental. La propia argumentación del recurrente conduce a afirmar que no existe irregularidad alguna en la actuación del Fiscal. El artículo 773 de la LECrim, citado en el motivo, que se refiere a la actuación del Ministerio Fiscal en el procedimiento abreviado, le permite aportar los medios de prueba de los que pueda disponer, como alternativa a solicitar del Juez la práctica de los mismos. Y, específicamente para el juicio oral, el artículo 785 de la ley procesal, permite al Ministerio Fiscal y a las partes, hasta el inicio de las sesiones del juicio oral, incorporar a la causa los informes, certificaciones y demás documentos que estimen oportuno y el Juez o Tribunal admitan. Finalmente, el artículo 786 prevé la apertura de un turno de intervenciones, tras la lectura de los escritos de acusación y defensa, para que las partes puedan exponer lo que estimen oportuno acerca de, entre otros aspectos, el contenido y finalidad de las pruebas propuestas o que se propongan para practicarse en el acto.

Es cierto que la aportación de nuevas pruebas en esos momentos procesales puede suponer la imposibilidad, o una seria dificultad, de realizar un adecuado examen por las demás partes y que, desde esa perspectiva, pudiera apreciarse indefensión. Sin embargo, sin perjuicio de la declaración previa de pertinencia a efectos de su admisión, lo cual corresponde al Tribunal, y excluyendo generalmente los casos de mala fe o abuso del derecho, ello no implica que las pruebas deban ser rechazadas, sino que impone al Tribunal la obligación de examinar, si las partes lo reclaman, la pertinencia de conceder un plazo suficiente para que se instruyan de las nuevas pruebas y puedan reaccionar adecuadamente, respetando el derecho a una defensa efectiva.

En el caso, la defensa del recurrente se limitó a interesar la inadmisión de los documentos y a expresar su protesta ante la resolución del Tribunal, pero no solicitó un plazo para preparar su defensa ante las nuevas pruebas ni propuso nuevos elementos probatorios para neutralizar los aportados por la acusación. Por lo tanto, no puede apreciarse indefensión alguna.

#### DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 212/2019

Fecha de sentencia: 23/04/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 762/2018

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

## TEMA

Responsabilidad civil directa de la compañía de seguros. Conducta dolosa del asegurado. Seguro de suscripción obligatoria de los Corredores de Seguros. Doctrina general sobre la obligación de pago a los perjudicados, sin perjuicio del derecho de repetir contra el asegurado. Acuerdo Plenario de 24 de abril de 2007. Referencia exclusiva a la determinación del concepto de hecho de la circulación en el ámbito del seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos de motor. Intereses moratorios. Oposición basada en causa razonable. No se aplica.

## ASPECTOS EXAMINADOS

- Responsabilidad civil directa de la compañía de seguros. Conducta dolosa del asegurado. Seguro de suscripción obligatoria de los Corredores de Seguros. Doctrina general sobre la obligación de pago a los perjudicados, sin perjuicio del derecho de repetir contra el asegurado. Acuerdo Plenario de 24 de abril de 2007. Referencia exclusiva a la determinación del concepto de hecho de la circulación en el ámbito del seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos de motor. La primera parte de la cuestión planteada ha sido resuelta por la jurisprudencia en varias ocasiones. El art. 117 del C. Penal dispone que «Los aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando, como consecuencia de un hecho previsto en este Código, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda». La literalidad del precepto permite entender, como se ha hecho, que la referencia a un hecho previsto en este código incluye tanto los hechos dolosos como los imprudentes. Partiendo de esa constatación, la jurisprudencia ha afirmado que la exclusión de la posibilidad de asegurar el dolo significa que la compañía de seguros no estará obligada en ningún caso a indemnizar al asegurado por los daños causados dolosamente por el mismo, pero que ello no implica que, por razones de tipo social, venga obligada a indemnizar al tercero perjudicado en esos casos, sin perjuicio de repetir contra el asegurado. De esta forma, éste no se beneficia de su propia conducta dolosa, y la víctima tampoco resulta perjudicada por la acción de aquel, ejecutada dentro del ámbito previsto en una póliza de seguros de responsabilidad civil.

En la STS nº 526/2018, de 5 de noviembre, se señalaba que, en estos casos, el precepto específico que debe ser aplicado es el art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro, según el cual “El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero.

La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido”.

Y dice a continuación: “Esta norma es interpretada por la Jurisprudencia, tal como se especifica en la STS 338/2011, de 16 de abril, en el sentido de que, tratándose de riesgos cubiertos por seguro voluntario frente a terceros perjudicados, esta Sala tiene establecido que ni se excluye la responsabilidad por actos dolosos del asegurado, dentro de los límites de cobertura pactados, ni el asegurador puede hacer uso de las excepciones que le corresponderían frente a este último (SSTS 707/2005, de 2-6; y 2009, de 27-2). Y en la sentencia 232/2008, de 24 de abril, se argumenta, a la hora de compatibilizar lo dispuesto en los arts. 1, 19, 73 y 76 de la Ley de Contrato de Seguro con lo que se preceptúa en el art. 117 del C. Penal, que aquellos preceptos han de referirse a las relaciones de las partes contratantes, pero no en lo que respecta, tratándose de seguros voluntarios, a la protección de las víctimas, frente a las que deberán responder directamente los aseguradores.

Por lo tanto, la referida cláusula que cita la entidad aseguradora —remarca la sentencia 338/2011— no puede oponerse frente a la víctima o el tercero perjudicado. Su ámbito de eficacia ha de circunscribirse a las relaciones internas entre el asegurador y el asegurado, pero no con respecto a las terceras personas que resultaron perjudicadas por el siniestro, las cuales tienen derecho a reclamar directamente a la compañía aseguradora, sin perjuicio de que ésta después repercuta el pago contra el asegurado o contra la persona causante del siniestro con su conducta dolosa.

En la sentencia 365/2013, de 20 de marzo, que profundiza en todo lo referente al alcance, objetivo y funciones del art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro, se dice que “No se trata de sostener la asegurabilidad del dolo -que no cabe- sino de indagar

si el legislador de 1980, junto a ese principio general que se respeta en su esencialidad, ha establecido una regla en el sentido de hacer recaer en el asegurador la obligación de indemnizar a la víctima de la conducta dolosa del asegurado. El automático surgimiento del derecho de repetición frente al causante del daño salva el dogma de la inasegurabilidad del dolo: nadie puede asegurar las consecuencias de sus hechos intencionados. Faltaría la aleatoriedad característica del contrato de seguro. Lo que hace la Ley es introducir una norma socializadora y tuitiva (con mayor o menor acierto) que disciplina las relaciones de aseguradora con víctima del asegurado. La aseguradora al concertar el seguro de responsabilidad civil y por ministerio de la ley (art. 76 LCS) asume frente a la víctima (que no es parte del contrato) la obligación de indemnizar todos los casos de responsabilidad civil surgidos de la conducta asegurada, aunque se deriven de una actuación dolosa. En las relaciones internas y contractuales con el asegurado no juega esa universalidad: la responsabilidad civil nacida de un hecho intencionado ha de repercutir finalmente en el asegurado. Pero el riesgo de insolvencia de éste la ley quiere hacerlo recaer sobre la aseguradora y no sobre la víctima.

La acción directa otorga a la víctima un derecho propio que no deriva solo del contrato sino también de la ley. Por tanto, no se ve afectado por las exclusiones de cobertura. Al asegurador sólo le queda la vía del regreso. Que el regreso fracase por insolvencia del asegurado es parte de su riesgo como empresa».

(...) «Y es que cabalmente el art. 76 LCS rectamente entendido solo admite una interpretación a tenor de la cual la aseguradora, si no puede oponer el carácter doloso de los resultados (y según la norma no puede oponerlo en ningún momento: tampoco si eso está acreditado) es que está obligada a efectuar ese pago a la víctima, sin perjuicio de su derecho de repetir. Lo que significa, en definitiva, y eso es lo que quiso, atinadamente o no, el legislador, es que sea la aseguradora la que soporte el riesgo de insolvencia del autor y nunca la víctima. El asegurado que actúa dolosamente nunca se verá favorecido; pero la víctima tampoco se verá perjudicada.

Legalmente se asigna al seguro de responsabilidad civil una función que va más allá de los intereses de las partes contratantes y que supone introducir un factor de solidaridad social. La finalidad de la prohibición del aseguramiento de conductas dolosas (art. 19) queda preservada porque el responsable por dolo es en definitiva la persona a la que el ordenamiento apunta como obligado al pago. Pero frente a la víctima, la aseguradora no puede hacer valer esa causa de exclusión. El dogma "el dolo no es asegurable" permanece en pie. Cosa diferente es que modernamente el contrato de seguro de responsabilidad civil haya enriquecido su designio primigenio como instrumento de protección del patrimonio del asegurado. La ley le ha adosado otra función: la protección del tercero perjudicado. Si se quiere, es un riesgo no cubierto. No hay inconveniente en aceptarlo. Pero la ley -art 76- por razones de equidad ha querido expresamente obligar al asegurador al pago frente al tercero. La exclusión del riesgo en este caso, por voluntad explícita de la ley, solo hace surgir el derecho de regreso».

Se pronuncia en esta misma línea hermenéutica la sentencia de esta Sala 805/2017, de 11 de diciembre ("caso Madrid-Arena").

Esta es la doctrina de la Sala, y, por lo tanto, la regla de no asegurabilidad del dolo no conduce a excluir la obligación de la compañía aseguradora de indemnizar a los terceros perjudicados, sin perjuicio de su derecho de repetición contra el asegurado causante doloso de los daños o perjuicios indemnizados. En relación al segundo aspecto de esta segunda cuestión, relativa a la posibilidad de aplicar la doctrina de la Sala establecida en relación con la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos de motor, es cierto, como alega el recurrente, que esta Sala, en el Pleno no jurisdiccional de fecha 24 de abril de 2007 acordó lo siguiente: "No responderá la aseguradora con quien tenga concertado el seguro obligatorio de responsabilidad civil cuando el vehículo de motor sea instrumento directamente buscado para causar el daño personal o material derivado del delito. Responderá la aseguradora por los daños diferentes de los propuestos directamente por el autor".

En la STS nº 54/2015, de 11 de febrero, citada por la recurrente, al igual que en otras anteriores, se aplicaba este acuerdo, y se explicaban las razones de su adopción. En este sentido, se recordaba que "en la STS 427/2007, de 8 de mayo, se subraya como normativa aplicable a estos supuestos, en virtud de los compromisos internacionales adquiridos por España, el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor 2004/152063, que dispone en el art. 1: "1. El conductor de vehículos a motor es responsable, en virtud del riesgo creado por la conducción de éstos, de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación. (...). 4. Reglamentariamente, se definirán los conceptos de vehículos a motor y hecho de la circulación, a los efectos de esta ley. En todo caso, no se considerarán hechos de la circulación los derivados de la utilización del vehículo a motor como instrumento de la comisión de delitos dolosos contra las personas y los bienes". Y el art. 3 del Reglamento del Seguro Obligatorio (R.D. 7/2001, de 12 de enero) establece: "1. A los efectos de la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos a motor y del seguro de suscripción obligatoria regulado en este Reglamento, se

entienden por hechos de la circulación los derivados del riesgo creado por la conducción de los vehículos a motor a que se refiere el artículo anterior, tanto por garajes y aparcamientos, como por vías o terrenos públicos o privados aptos para la circulación, tanto urbanos como interurbanos, así como por vías o terrenos que sin tener tal aptitud sean de uso común"; en el mismo art. 3, su apartado 4 dispone: "Tampoco tendrá la consideración de hecho de la circulación la utilización de un vehículo a motor como instrumento de la comisión de delitos dolosos contra las personas y los bienes. En todo caso, será hecho de la circulación la utilización de un vehículo a motor en cualquiera de las formas descritas en el Código Penal como conducta constitutiva de delito contra la seguridad del tráfico, incluido el supuesto previsto en el artículo 383 de dicho Código Penal".

Por lo tanto, lo que determinaba la adopción del acuerdo era la existencia de unos preceptos que obligaban a excluir del ámbito cubierto por el seguro obligatorio aquellas conductas que no pudieran considerarse "hechos de la circulación", concretando la norma que nunca podrían ser considerados como tales los consistentes en la "utilización de un vehículo a motor como instrumento de la comisión de delitos dolosos contra las personas y los bienes". Lo importante, pues, no era que la ley excluyera siempre, con carácter general y para toda clase de seguro, los casos de dolo directo, sino la necesidad de determinar qué se entendía por hecho de la circulación. Y siempre dentro del ámbito del seguro obligatorio regulado para este campo de actividad. Congruentemente, el legislador, al aprobar la nueva regulación no modificó el artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro, que continuó vigente.

Por esa razón, en otras sentencias, como la STS nº 1077/2009, de 3 de noviembre, citada en la anterior, se decía de forma clara que "En consecuencia, lo decisivo no es tanto la presencia de dolo directo en la conducta sino la determinación del concepto de "hecho de la circulación", que a estos efectos no es identificable con todo suceso relacionado con la circulación de un vehículo, o con una acción realizada aprovechando que el vehículo es un objeto que circula. Quedarán incluidos los casos en los que, circulando un vehículo se cree un peligro no autorizado que después llega a concretarse en un daño o lesión, pero no será considerado hecho de la circulación el empleo del vehículo como instrumento, con dolo directo, encaminado a la causación del daño".

Y, más adelante, se razona que "El seguro obligatorio tiende a proteger a las víctimas de los daños causados por una conducta de riesgo como es la circulación de vehículos de motor; pero es el legislador, que lo establece como elemento de protección, quien ha decidido excluir de su ámbito indemnizatorio a las víctimas de acciones dolosas en las que el vehículo haya sido utilizado como instrumento directo".

Por lo tanto, debe concluirse que la exclusión de esas conductas dolosas del concepto de "hecho de la circulación" se debe a una decisión del legislador dirigida al ámbito concreto para el que se adopta, sin que ello signifique que sea extensible a cualquier otro ámbito, aunque sea el propio de otros seguros de suscripción obligatoria, de los que el legislador no ha considerado oportuno excluir determinadas conductas.

No existe en la regulación legal del seguro concertado por MMM S.L. ninguna norma que excluya expresamente determinadas conductas del ámbito de las aseguradas, ni puede decirse que concurran en la actividad asegurada en este caso las mismas características que explican la decisión del legislador respecto de la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos de motor. Una extensión general del tipo de la pretendida por la recurrente dejaría sin efecto, también con carácter general, las previsiones del primer párrafo del artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro, en la medida en la que, ejecutándose la conducta con dolo directo, nunca sería procedente la indemnización al tercero perjudicado y, por lo tanto, nunca existiría, por lo tanto, la posibilidad de repetición contra el asegurado prevista expresamente en dicho artículo.

Por lo tanto, no se considera procedente extender a cualquier clase de seguro obligatorio la exclusión prevista para los casos relacionados con la circulación de vehículos de motor cuando se trate de supuestos no incluíbles en lo que se considera "hecho de la circulación".

- Intereses moratorios. Oposición basada en causa razonable. No se aplica. Desestimación del motivo. La doctrina general de la Sala era ya entonces clara y constante respecto de las obligaciones de pago de la aseguradora a los perjudicados aun en caso de conducta dolosa del asegurado. No existen razones que conduzcan a extender analógicamente esa excepción a otros seguros obligatorios previstos para ámbitos distintos. Argumenta que no proceden cuando el retraso se deba a un planteamiento razonable por parte de la compañía aseguradora respecto de la cobertura del seguro, lo cual ha sido aquí cuestionado, tanto respecto de la fecha de la póliza y de los hechos que originan los daños, es decir, del siniestro, como en relación con la naturaleza de esos hechos dañosos, que considera no incluíbles en el ámbito de cobertura de la póliza suscrita o, finalmente, respecto de su naturaleza dolosa, que excluiría la obligación de indemnizar a los perjudicados.

La sentencia impugnada dedica a la cuestión el fundamento jurídico duodécimo. En su último párrafo se recoge que la Juez de instrucción dictó auto de 7 de diciembre de 2007 requiriendo a la aseguradora para que depositara en el plazo de una audiencia la cantidad de un millón de euros, presentando la compañía en el Juzgado el 29 de enero de 2009 un aval protocolizado notarialmente por tal importe, y presentando una ampliación de fianza el 11 de diciembre de 2014, como consecuencia de nuevo requerimiento.

Efectivamente, como se alega, el número 8 del citado artículo 20 establece una excepción a la imposición de los intereses moratorios a los que se refiere, con la siguiente redacción: “No habrá lugar a la indemnización por mora del asegurador cuando la falta de satisfacción de la indemnización o de pago del importe mínimo esté fundada en una causa justificada o que no le fuere imputable”.

La sentencia de instancia cita algunos precedentes en los que se examina la cuestión con carácter general. Así, se dice que la STS 774/2008 de 22 de junio, Sala 1ª, es una de las muchas que delimita la naturaleza “sancionadora” de la institución, lo que ha de inspirar su interpretación: “La respuesta a esta cuestión debe hacerse desde la consideración de que el recargo o los intereses establecidos en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro tienen desde su génesis un marcado carácter sancionador y una finalidad claramente preventiva, en la medida en que sirven de acicate y estímulo para el cumplimiento de la obligación principal que pesa sobre el asegurador, cual es la del oportuno pago de la correspondiente indemnización capaz de proporcionar la restitución íntegra del derecho o interés legítimo del perjudicado. Este carácter y finalidad, junto con la función económica a la que sirven, han propiciado una interpretación rigorista del precepto que se ha puesto de manifiesto, entre otros aspectos, a la hora de apreciar la concurrencia de una causa justificada capaz de excluir la mora del asegurador”.

Cita también la STS 670/2008, de 1 de julio, de la misma Sala, que, evocando la STC 5/93, de 14 de enero, insiste el carácter sancionatorio de esos intereses para aclarar a continuación: “... que no debe ignorarse que, según el apartado 8º del mismo artículo, esta sanción depende de que dicho retraso no sea debido a causa justificada o no imputable a la aseguradora y que, consecuentemente, la apreciación de esta excepción impide su imposición. Aun cuando la Ley de Contrato de Seguro no hace referencia a la culpa del asegurador como presupuesto para que incurra en mora, y se le imponga la consiguiente sanción, ciertamente, como ha dicho ya esta Sala, entre otras, en Sentencia de 4 de junio de 2007, con cita de la de 10 de diciembre de 2004, «emplea unos términos que, en definitiva, son semejantes, al requerir, para que el asegurador incurra en mora, que el resultado del incumplimiento de la obligación de satisfacer la indemnización en los plazos adecuados se deba a una conducta irresponsable del asegurador y que la causa de mora no esté justificada». En atención a lo expuesto, sólo se imponen intereses si la demora es imputable al asegurador; y por el contrario, la existencia de causa justificada implica la inexistencia de retraso culpable o imputable al asegurador, pues cabe recordar que no cabe reprochar retraso en el cumplimiento de sus obligaciones al deudor que, «actuando de manera objetivamente razonable y en virtud de un error de carácter excusable, haya ignorado la existencia de la obligación, o pueda discutir, de forma no temeraria, la validez del acto de constitución de la relación obligatoria».

En el caso, debe rechazarse la razonabilidad de la decisión de la aseguradora respecto de la falta de cobertura de los hechos, pues se trataba, como se recoge en los hechos probados, de actividades de mediación en la contratación de seguros. Si entendió que en algunos casos no era así, los señalados en el listado con referencia a un depósito o a un recibo, la ausencia del pago de la indemnización solo debería haberse limitado a éstos, sin que se justifique su actuación globalmente considerada. Lo mismo cabe decir en relación a la exclusión que pretende respecto de operaciones de fecha anterior a la vigencia de la póliza, que no justifica la falta del pago respecto de todas las demás. En ambos casos, pues, la ausencia de pago se puede achacar a la voluntad de retrasarlo en lo posible.

En cuanto a la oposición basada en la naturaleza dolosa de los hechos que dan lugar a los daños y perjuicios, se trata de una alegación que debe ser examinada en relación a cada caso concreto.

La exclusión de la obligación de indemnizar cuando la compañía opone la naturaleza dolosa de los hechos que originan el daño que se considera indemnizable ha sido aceptada en algunos casos. En la STS nº 365/2013, de 20 de marzo, se refiere a un caso en el que la aseguradora sostenía esa posición. En ella se afirma que “El proceso no puede ser una excusa para dificultar o retrasar el pago a los perjudicados. El hecho de que haya un litigio pendiente sin más no es causa justificada. Pero cuando la oposición de la Aseguradora en el proceso está bien fundada y afecta a la misma cobertura no es descartable la eficacia exoneradora del art. 20.8 LCS”. Y, tras recoger otras resoluciones jurisprudenciales, finaliza diciendo que “La STS Sala Primera 63/2005, de 20 de julio en un supuesto semejante (oposición de la Aseguradora por el carácter doloso de la conducta) excluyó por esa razón el interés del 20%: la aseguradora alegó que no estaba obligada por tratarse de un delito doloso. Lo razonable de esa interpretación sirvió a la Sala Primera para la exoneración”.

Sin embargo, la doctrina de esta Sala acerca de las obligaciones de pago de la indemnización a terceros perjudicados por parte de la aseguradora en casos de conducta dolosa del asegurado, estaba claramente establecida con carácter general con anterioridad al Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 24 de abril de 2007, al cual se hizo antes referencia. Según esa doctrina, la compañía aseguradora no puede oponer a los perjudicados la exceptio doli. Se decía en la STS nº 384/2004, de 22 de marzo, que "...sobre esta cuestión se dice en la sentencia 1137/1998, de 4 de diciembre, dictada con motivo de un delito de lesiones dolosas, en orden a que "el principio de no asegurabilidad del dolo, acogido en el artículo 19 de la Ley de Contratos de Seguro, lo que excluye es que el asegurador esté obligado a indemnizar al propio asegurado por un siniestro ocasionado por la mala fe de éste, pero no impide que el asegurador responda frente a los terceros perjudicados en el caso de que el daño o perjuicio causado a los terceros sea debido a la conducta dolosa del asegurado, disponiendo en este caso el asegurador de la facultad de repetición contra el asegurado reconocida expresamente por el artículo 76 de la Ley de Contratos de Seguro, o bien sea debido a un acto doloso de un tercero del que se derive responsabilidad civil subsidiaria para el asegurado".

La doctrina contenida en esta sentencia y en las que en ella se citan, se ha visto confirmada por la más reciente sentencia 1214/2002, de 1 de julio, sobre agresión sexual, en la que con cita de la sentencia de 11 de marzo de 2002, se insiste en que lo que el artículo 19 de la Ley del Contrato de Seguro excluye es que el asegurador esté obligado a indemnizar al asegurado un siniestro por él ocasionado de mala fe, pero que no impide que, en este caso, el asegurador responda frente a terceros perjudicados.

Lo que es conforme con lo acordado por el Pleno de esta Sala el 6 de marzo de 1997, si bien el mismo se ceñía a las sentencias condenatorias dictadas por delitos dolosos o culposos cometidos con vehículo de motor". En similar sentido, la STS nº 707/2005, de 2 de junio.

El legislador decidió incluir excepciones a esta doctrina mediante las modificaciones legales introducidas en la normativa reguladora del seguro obligatorio de responsabilidad civil en el ámbito de la circulación de vehículos de motor, lo que dio lugar al Pleno no jurisdiccional de 24 de abril de 2007 antes citado, en el que se precisó la anterior doctrina, pero ni en aquella nueva normativa ni en el texto del acuerdo del citado Pleno se hacía referencia a otros ámbitos distintos, de manera que la nueva regulación solo podía considerarse, desde perspectivas razonables, como una excepción al régimen general emanado de la aplicación de los artículos 19 y 76, principalmente, de la Ley de Contrato de Seguro, que no fueron modificados, de manera que no era extensible a todos los casos con ese alcance general que se defiende en el recurso.

En el sentido expuesto, en la STS nº 588/2014, de 25 de julio, examinando la posición de la aseguradora en relación con un Seguro de responsabilidad civil profesional contratado por el Consejo General de los Procuradores, se afirmaba que "El seguro de responsabilidad civil es aquel en el que "el asegurador se obliga a cubrir, dentro de los límites establecidos por la Ley y el contrato, el riesgo de quedar gravado el patrimonio del asegurado por el nacimiento de una obligación de indemnizar, derivada de su responsabilidad civil" (artículo 73 LCS), y su función social y económica es ofrecer una garantía en determinadas actividades de riesgo, para que quienes en ella participen tengan garantizado el resarcimiento de los daños que puedan sufrir, que no se deriven de culpa o negligencia por su parte (art 117 CP 95). En el ámbito profesional, el seguro de responsabilidad civil ofrece no solo una garantía sino un reforzamiento de la profesión ejercida, que aparece ante el público como segura y fiable, en la medida en que los daños que puedan derivarse de la mala praxis profesional, negligente o voluntaria, están cubiertos por el seguro, y su cobertura indemnizatoria no va a depender de la eventual solvencia del responsable. Es por ello que, para hacer compatible esta seguridad con el principio de inasegurabilidad del propio dolo, la norma legal introduce este razonable equilibrio de intereses. El asegurador responde en todo caso frente al perjudicado, pero con el derecho a repetir del asegurado en caso de dolo. No tendría sentido establecer legalmente la posibilidad de repetir frente al asegurado, si no fuera precisamente porque en dichos supuestos, el asegurador tiene la obligación de indemnizar al perjudicado".

Se continuaba precisando después que "El Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo del día 24 de abril de 2007, no es aplicable al caso enjuiciado, pues se refiere al seguro obligatorio de automóviles y trata de definir su ámbito de cobertura, excluyendo los siniestros que no constituyen hechos de la circulación". Añadiendo más adelante que "En cualquier caso, el acuerdo plenario invocado no resulta aplicable al caso ahora enjuiciado pues no nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad civil derivada de un hecho de la circulación, sino ante un supuesto de responsabilidad civil profesional".

En la fecha en la que la compañía de seguros recurrente fue requerida por el Juzgado, no existía ninguna resolución jurisprudencial que reconociese la posibilidad de extender a otros seguros obligatorios, distintos del que regula la responsabilidad civil en el ámbito de la circulación de vehículos de motor, la nueva normativa que, como una excepción al

régimen general, había sido aprobada para éste, en la que se excluían determinadas conductas del concepto de hecho de la circulación. Tampoco posteriormente. Por el contrario, la doctrina de esta Sala sobre las obligaciones de la compañía, aplicable a cualquier otro caso, era clara y constante, por lo que la oposición de la recurrente al pago no gozaba de un apoyo suficientemente consistente.

#### DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 214/19  
 Fecha de sentencia: 23/04/2019  
 Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)  
 Número del procedimiento: 10365/2018 P  
 Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

#### TEMA

Cuestión de competencia. Tráfico de drogas. Planteamiento de inhibición a la Audiencia Nacional.

#### ASPECTOS EXAMINADOS

- En este caso, la clave para determinar la competencia es la relativa a la producción de los efectos del tráfico de drogas y que se produzcan en lugares pertenecientes a diversas Audiencias, pero en ello no es clave donde estuviera ubicado el domicilio de alguno de los procesados, y, en consecuencia, donde se produjeran los registros de tales viviendas, que pueden ser otros distintos, sin atraer, por ello y sin más la competencia a la Audiencia Nacional.

Como señala la fiscalía, los indicios de criminalidad hasta ahora existentes en la investigación se centran en la organización criminal, que parece utilizar como tapadera una nave alquilada en la localidad de XXX sede de una empresa de cosmética (MMM). Desde el inicio de las investigaciones aparece, y así lo recoge el Auto de procesamiento, que también se explota una plantación de marihuana y que, en la citada actividad de distribución de cocaína, se emplean vehículos modificados y adaptados para ocultar la droga durante su transporte, alteración de vehículos que unas veces se lleva a cabo en la misma localidad, y otras, en los citados Talleres TTT. La distribución de la cocaína por parte de la organización se realiza desde la nave de XXX.

Constan la existencia de otros procedimientos tramitados al margen del presente que no pueden convertirse en razón ni causa para la aplicación del título competencial para atraer el art. 65.1 d) LOPJ.

La clave para entender atribuida la competencia a la Audiencia de BBB se centra, como propone la Fiscalía, y se deduce de las diligencias de investigación, en la posible existencia presunta de una tapadera y sede de la organización investigada está localizada en XXX, lugar desde el que se realiza la actividad principal de dicha organización consistente en la distribución de cocaína al por mayor en vehículos que salen cargados con la droga, todos ellos, de la citada nave y aprovechando la tapadera que constituye la empresa de cosméticos antes citada. Dicha nave era el lugar donde se escondía la droga y los vehículos para su transporte, así como el lugar desde el que salía dicha droga para su distribución. Es por ello por lo que se entiende que el delito no produce efectos en territorios pertenecientes a varias Audiencias.

Pero hay varios datos que evidencian la desestimación de la petición:

- 1.- Aparecen implicadas quince personas.
- 2.- Solo el recurrente plantea la cuestión de competencia en favor de la Audiencia Nacional.
- 3.- La Audiencia de BBB en ningún momento se ha cuestionado su competencia.
- 4.- Se deben desestimar las "inhibiciones tardías". Como señalamos en el auto de esta Sala del Tribunal Supremo de 16 Dic. 2015, Rec. 20763/2015 "esta Sala, en términos generales, ha considerado improcedentes las inhibiciones "tardías" cuando la investigación ha concluido y no ha habido una variación de los hechos que pudieran justificarlas (ver autos de 2 de julio de 2010, c de c 20146/10; 30 de noviembre de 2012, c de c 20584/12; 31 de enero de 2013, c de c 20774/12 entre otros). Así mismo hay que atender en estas cuestiones a la doctrina de la "perpetuatio iurisdictionis", que supone el mantenimiento de una competencia declarada una vez abierto el Juicio Oral, incluso en los casos en los que la acusación desistiera de la calificación más grave que dio lugar a la atribución de la competencia (ver sentencia 964/2011, 27 de septiembre; 697/2013, 25 de septiembre; 242/2015, 16 de abril). Pero

esos criterios no impiden que, en el procedimiento abreviado, en base al art. 786.2 LECrim, pueda cuestionarse al inicio del juicio oral la competencia del órgano judicial (ver auto de 21.11.2013, c de c 20452/2013).

En este caso se ha dictado ya el auto de procesamiento. Y en este se recoge en el primer párrafo que los investigados se venían dedicando, al menos desde noviembre de 2015, a la distribución de cocaína y cultivo de marihuana que distribuían a tramas criminales de menor entidad. Y acto seguido, se aborda toda la actividad realizada en torno a la nave alquilada por MMM.

Recordemos, a estos efectos, el auto de esta Sala del Tribunal Supremo, de 29 Ene. 2016, Rec. 20767/2015 donde se recoge que “los hechos objeto de acusación no tienen encaje en el art. 65.1 d) LOPJ. La competencia no puede resultar alterada por la existencia de una pluralidad de lugares de adquisición de: productos químicos, sustancias de corte, o cocaína, dado que dichas adquisiciones, necesarias para el procesamiento y elaboración de cocaína, son accesorias, previas y necesarias para la acción objeto de acusación. La ubicación del laboratorio de procesamiento y elaboración de cocaína que los acusados tenían en la localidad de Vila-Seca, actuación que marca la competencia territorial tanto en la fase de instrucción como de enjuiciamiento.

Los efectos del tráfico de drogas no se producen en lugares pertenecientes a diversas Audiencias, con independencia de que en ellos se adquieran las drogas y demás productos necesarios para la elaboración de la sustancia que es cosa bien distinta. Es en Vila-Seca donde se sitúa el laboratorio. Al no concurrir los requisitos señalados en el art. 65.1 d) LOPJ a la Audiencia de Tarragona le corresponde la competencia.

Lo determinante es la ubicación de la nave, sede y tapadera, en XXX, desde donde parte la actividad de distribución de droga, objeto de investigación y que determinó la competencia territorial tanto en la fase de instrucción como de enjuiciamiento, con independencia de actuaciones accesorias que siempre pueden llevarse a cabo con ramificaciones en otros territorios si se trata de una organización que puede distribuir el producto.

También, como señala el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 157/2014 de 5 Mar. 2014, Rec. 1778/2013 “los criterios de atribución de competencia a los Juzgados Centrales deben ser interpretados restrictivamente al suponer una variación de la competencia natural (ATS. 22-12-2009)”.

De igual modo, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 312/2011 de 29 Abr. 2011, Rec. 10626/2010 se añade que: “lo que importa a los efectos de la competencia -como ha precisado esta Sala del Tribunal Supremo en S. 8 junio 2001-, "no es el carácter nacional o internacional de la banda que ha cometido el delito, ni el domicilio de sus miembros, ni los desplazamientos que éstos realizasen para la planificación y ejecución de la operación delictiva, sino la eventual difusión de los efectos del tráfico en territorios pertenecientes a distintas audiencias”.

Por todo ello, no existen razones para estimar el recurso debiendo mantener la competencia y desestimar la cuestión planteada.

## DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 216/2019

Fecha de sentencia: 24/04/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 972/2018

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

## TEMA

Ámbitos de aplicación del recurso de apelación y el recurso de casación. Doctrina de la Sala. Delitos de Agresión y Abuso sexual: caracteres.

## ASPECTOS EXAMINADOS

- Ámbitos de aplicación del recurso de apelación y el recurso de casación. Doctrina de la Sala, especialmente en la importante STS162/2019, de 26 de marzo. lo que plantea la parte recurrente es que el Tribunal Superior de Justicia, extralimitándose de las facultades legales concedidas como tribunal de apelación, ha introducido en el factum unas modificaciones de forma arbitraria, en base a una valoración directa de la prueba testifical de la víctima y del informe de sanidad, hechos que excluyen

la premisa fáctica del fundamento de la aplicación de la violencia que cualifica el tipo penal de agresión sexual apreciado en la instancia para revocar aquel fallo y condenar por el delito de abuso sexual.

El motivo ha contado con el apoyo del Ministerio Fiscal, pero no puede prosperar.

Para ello, vamos a seguir la doctrina resultante de nuestra STS 162/2019, de 26 de marzo, que analiza y declara las posibilidades revisoras del órgano de apelación en materia penal.

Declara esta Sentencia que debemos adentrarnos en la determinación de las funciones que en esta materia desempeñan los recursos de casación y apelación.

«2.1 La valoración de la prueba es un proceso complejo. De un lado existen pruebas que dependen de la inmediación en las que el juez o tribunal de instancia, que presencia la práctica de la prueba, es el que está en mejor posición para apreciarlas. El juez o tribunal presencia lo que se dice y cómo se dice, no sólo por su contenido literal, sino por su expresión gestual y por el contexto de su declaración. Sin embargo, la interpretación de ese testimonio, la motivación de la percepción de ese testimonio, otorgándole credibilidad o no, o deduciendo concretas inferencias es una operación racional, que no depende de la inmediación.

De otro lado, en los procesos judiciales normalmente se ponderan pruebas distintas, de naturaleza diferente y con un peso incriminatorio también distinto. Las pruebas, además, pueden ser contradictorias entre sí, y acreditar hechos también contradictorios, y el juez o tribunal debe apreciar las pruebas, optar entre unas u otras, darles mayor o menor relevancia para llegar a una conclusión final sobre la culpabilidad o inocencia. La ponderación de ese conjunto de pruebas también es una operación racional ajena a la inmediación y así se deduce de la propia LECrim, que en sus artículos 741 y 717 dispone que el juez valorará la prueba en conciencia y de modo racional.

La jurisprudencia de esta Sala ha establecido desde hace muchos años que “la estimación en conciencia no debe entenderse o hacerse equivalente a un cerrado e inabordable criterio personal e íntimo del juzgador, sino a una apreciación lógica de la prueba, no exenta de directrices o pautas de rango objetivo” (STS 29 de enero de 1988). Y también venimos afirmando que el principio de libre valoración probatoria corresponde al juez o tribunal de instancia de forma que debe comparar, valorar, dar más o menos crédito a cada prueba y decidir. En esta actividad entra en juego el principio “in dubio pro reo”, según el cual procede la absolución si no se llega al convencimiento de culpabilidad más allá de toda duda razonable.

En el recurso de casación la revisión del juicio fáctico se puede realizar a través del análisis de la presunción de inocencia (artículo 852), del error en la valoración de la prueba basado en documentos literosuficientes (artículo 849.2) y por defectos de forma de la sentencia (artículos 851.1º y 2º).

En el recurso de apelación, en cambio, la competencia es más amplia porque, además de la posible invocación de la presunción de inocencia y de cualquier defecto de forma de la sentencia, se puede combatir el relato fáctico a través de la invocación del error en la valoración de la prueba, cuya justificación no se ciñe o limita a la valoración de documentos literosuficientes. En la apelación el error puede derivarse no sólo de documentos sino de cualquier prueba y de su valoración conjunta». (...)

«2.4 Una vez determinadas las competencias del tribunal de casación en la revisión de los hechos probados, la funcionalidad del principio de presunción de inocencia y el singular régimen de impugnación de las sentencias absolutorias y de las condenatorias en que se pretenda un incremento de la condena, procede analizar el ámbito del recurso de apelación de sentencias condenatorias en lo que se refiere a la impugnación del relato histórico, anticipando, como ya hemos dicho antes, que es más amplio que el del recurso de casación.

En nuestro sistema penal hay dos regulaciones de la apelación penal no del todo coincidentes. La establecida para las sentencias dictadas por el Magistrado-presidente del Tribunal del Jurado, que permite la revisión del juicio fáctico a través de la vulneración del principio de presunción de inocencia (artículo 846 bis c, apartado e) y la establecida para el resto de sentencias, que se rige por lo dispuesto en los artículos 790 a 792 de la LECrim.

El artículo 790.2 de la ley procesal arbitra como motivos de apelación el quebrantamiento de las normas y garantías procesales, el error en la apreciación de las pruebas y la infracción de normas del ordenamiento jurídico, entre las que se encuentran las normas constitucionales y, singularmente, el derecho a la presunción de inocencia, proclamado en el artículo 24 de la Constitución.

Por lo tanto, el recurso de apelación regulado en el artículo 790 y siguientes de la LECrim permite una revisión del juicio fáctico que no se limita a la comprobación de la vulneración de la presunción de inocencia. La revisión es más amplia, ya que posibilita un análisis completo de la valoración probatoria para determinar si ha habido error. Más adelante se irán perfilando los límites de esa revisión.

El recurso de apelación regulado en los artículos 790 a 792 de la LECrim se configura como una verdadera segunda instancia, de modo que el Tribunal superior puede controlar de forma efectiva " [...] la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena en el caso concreto [...]" (STC Pleno 184/2013 de 4 nov. FJ7, con cita de otras SSTC).

En principio y con las limitaciones que luego describiremos, el Tribunal de apelación está en la misma posición que el juez a quo para la determinación de los hechos a través de la valoración de la prueba, para examinar y corregir la valoración probatoria realizada por el juez de primera instancia y para subsumir los hechos en la norma (STC Pleno 167/2002, de 18 de septiembre y STC Pleno 184/2013, de 4 de noviembre FJ 6º).

Así lo ha proclamado el Tribunal Constitucional en muchas sentencias de la que destacamos por su claridad la STC 157/1995, de 6 de noviembre, afirmando sobre el recurso de apelación que "existen varias modalidades para los recursos y entre ellas la más común es la apelación, cuya naturaleza de medio ordinario de impugnación está reconocida por todos y conlleva, con el llamado efecto devolutivo que el juzgador ad quem asuma la plena jurisdicción sobre el caso, en idéntica situación que el Juez a quo no sólo por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba. En tal sentido hemos explicado muchas veces que el recurso de apelación otorga plenas facultades al Juez o Tribunal ad quem para resolver cuantas cuestiones se planteen, sean de hecho o de Derecho, por tratarse de un recurso ordinario que permite un novum iudicium" (SSTC 124/83, 54/85, 145/87, 194/90 y 21/93)".

Esa facultad deriva del derecho de toda persona declarada culpable de un delito a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior, que controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena en el caso concreto (SSTC 70/2002, de 3 de abril, FJ 7; 105/2003, de 2 de junio, FJ 2; y 136/2006, de 8 de mayo, FJ 3).

Ese derecho está consagrado en el art. 14.5 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos y en el art. 2 del Protocolo 7 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (ratificado por España el 28 de agosto de 2009) y que forma parte de las garantías del proceso justo consagradas en el art. 24.2 CE (por todas, SSTC 42/1982, de 5 de julio, FJ 3; 76/1982, de 14 de diciembre, FJ 5; 70/2002, de 3 de abril, FJ 7; y 116/2006, de 24 de abril, FJ 5). En el recurso de apelación, por tanto, las posibilidades de revisión crítica de la valoración probatoria de una sentencia condenatoria son más amplias, aun reconociendo que no es fácil precisar ese mayor ámbito de decisión frente al cauce de la presunción de inocencia.

Dejando al margen las sentencias absolutorias y las condenatorias en que se pretenda un agravamiento de condena, que como hemos visto tienen un régimen singular de impugnación, en caso de sentencias condenatorias el tribunal de apelación puede rectificar el relato histórico cuando un ponderado y detenido examen de las actuaciones ponga de relieve un claro error del juzgador que haga necesaria su modificación. "[...] El único límite a esa función viene determinado por la intermediación en la percepción de la actividad probatoria, es decir, la percepción sensorial de la prueba practicada en el juicio oral, lo que el testigo dice y que es oído por el tribunal y cómo lo dice, esto es las circunstancias que rodean a la expresión de unos hechos [...]" (STS 107/2005, de 9 de diciembre).

En efecto, el tribunal de apelación puede, de un lado, llevar a cabo una nueva valoración cuando se practiquen nuevas pruebas en la segunda instancia, según autoriza el artículo 790.3 de la LECrim, y, de otro, puede realizar una función valorativa de la actividad probatoria, en todos aquellos aspectos no comprometidos con la intermediación. Puede tomar en consideración, por ejemplo, si la narración descriptiva contiene apreciaciones inexactas que conlleven inferencias erróneas; puede apreciar la existencia de errores de valoración evidentes y de importancia, de significación suficiente para modificar el fallo; puede apreciar la falta de valoración de algunas pruebas cuya apreciación conlleve una conclusión probatoria diferente y, en general, puede hacer un análisis crítico de la valoración probatoria, dejando al margen aquellos aspectos del juicio que dependen substancialmente de la intermediación.

Siendo cierto que la función del tribunal de apelación no consiste en reevaluar la prueba sino revisar críticamente la valoración realizada por el tribunal de instancia, si aprecia error debe rectificar la declaración fáctica y sustituirla por una propia, respetando todos aquellos aspectos que dependan exclusivamente de la intermediación y justificando el cambio de criterio no en simples apreciaciones subjetivas sobre el peso o valor de determinadas pruebas. Su decisión debe ajustarse a parámetros objetivos, que pongan de relieve la racionalidad del cambio de criterio y, por supuesto, deben expresarse mediante la adecuada motivación. Además, el Tribunal debe respetar, en todo caso, la prohibición de la reforma peyorativa, en virtud de la cual el órgano "ad quem" no puede exceder los límites en que esté planteado el recurso, acordando una agravación de la sentencia impugnada que tenga su origen exclusivo en la propia interposición de éste (STC 17/2000, de 31 de enero)».

Aplicando la anterior doctrina al caso enjuiciado, el Tribunal Superior de Justicia no puede afirmarse que haya variado, de forma arbitraria, aunque sea parcialmente, los hechos probados de la sentencia de la AP mediante la modificación parcial y total, respectivamente, de tres párrafos del referido factum, en base a un análisis de la racionalidad de la valoración de la prueba realizada en la instancia.

Con respecto a la valoración de la prueba testifical de la víctima, el TSJ coincide plenamente con la Audiencia Provincial al considerar la misma como prueba suficiente para enervar la presunción de inocencia del recurrente, al cumplir los conocidos parámetros jurisprudenciales de credibilidad, verosimilitud y persistencia (fundamentos de derecho cuarto a octavo de la sentencia recurrida, págs. 15 a 41), junto a corroboraciones periféricas.

En concreto, el Tribunal Superior de Justicia, como órgano de apelación, ha llevado a cabo una valoración probatoria que le incumbe, pues, como antes dijimos, no es lo mismo el ámbito del recurso de apelación que el recurso de casación. La falta de inmediación, que tiene sus consecuencias, no puede producir, que tras la Ley 41/2015, de 5 de octubre, coexistan dos recursos de casación consecutivos. Cada una de las impugnaciones que permite la ley procesal tiene un ámbito jurídico distinto. En la apelación, si no es como consecuencia de la proscripción de la reforma peyorativa, el juez de la segunda instancia se encuentra en el mismo lugar que el de la primera, pudiendo incluso valorar prueba que se haya practicado en su presencia, pues la regulación permite un segundo turno de práctica de prueba, lo que no es posible en el ámbito del recurso de casación, conforme al Acuerdo Plenario de fecha 19 de diciembre de 2012 («la citación del acusado recurrido a una vista para ser oído personalmente antes de la decisión del recurso ni es compatible con la naturaleza de la casación, ni está prevista en la ley»).

El Tribunal Constitucional se expresa así en su STC 55/2015, de 16 marzo, al indicar que la segunda instancia penal confiere “plenas facultades o plena jurisdicción al tribunal ad quem para resolver cuantas cuestiones se planteen... no sólo por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma, sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba, pudiendo revisar y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez a quo”.

En efecto, la reforma operada en el art. 847 LECrim mediante Ley 41/2015, de 5 octubre, por lo que aquí interesa, mantiene el recurso de casación: “a) Por infracción de ley y por quebrantamiento de forma, contra: 1º) Las sentencias dictadas en única instancia o en apelación por la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia...”, y en concordancia con lo anterior, hay que recordar que el art. 846 ter LECrim, también reformado por la Ley 41/2015, de 5 octubre, establece que “ (...) las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en primera instancia (...) son recurribles en apelación ante las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia (...)”.

La mutación del factum permitida en el recurso de apelación puede derivar de la censura por arbitrariedad o irracionalidad con la que se ha valorado esa prueba en la primera instancia. En este sentido, la STS 652/2014, de 10 octubre, declara que “(...) el tribunal de apelación no puede sustituir una valoración probatoria o una decisión acerca de la credibilidad de los testigos que no sea totalmente absurda, por la propia, basándose en que esta última es más racional o más completa o acertada que la primera”. Pero puede hacerlo si considera tal valoración como extravagante, presenciando pruebas directamente, cuando la variación es contra reo, y sin audiencia, si lo es a favor de reo.

Así lo ha considerado en este caso, el Tribunal de apelación. Y también hemos declarado que es posible el control de los juicios de inferencia.

Declara el Tribunal Constitucional –SSTC 135/2003 o 263/2005 entre otras– que dicho examen debe efectuarse:

- a) Desde el canon de la lógica o de la coherencia de la conclusión para verificar que esta no sea irrazonable, y
- b) Desde el canon de su suficiencia o carácter excluyente eliminando las conclusiones débiles o imprecisas en las que quepan otras muchas hipótesis.

El Tribunal de apelación lo que ha hecho ha sido sustituir algunas frases del factum como consecuencia del ámbito de conocimiento que le proporciona el recurso de apelación. En modo alguno puede decirse que se ha excedido en su iudicium. Se sustituyen por el TSJ las frases del hecho probado de la sentencia de primera instancia siguientes:

En el sexto párrafo del factum de ambas sentencias, relativo a si el procesado, desoyendo las negativas de MMM y cogiéndola de los brazos, la colocó contra la pared, juntándose a ella, y, estando ambos de pie, le subió la falda, le bajó las medias y la braga y la penetró vaginalmente, por esta otra: “el procesado, desoyendo las negativas de MMM, se juntó a ella, la desplazó y apoyó contra la pared, y estando ambos de pie, pegados uno a otro, le subió la falda, le bajó las medias y el tanga y la penetró vaginalmente”. Igualmente, en el séptimo párrafo del factum de ambas sentencias, en donde la Audiencia Provincial señala “seguidamente, XXX se sentó en el inodoro, y agarrando a MMM la atrajo hacia él, dándole la vuelta y colocándola sobre él, golpeándose esta en la frente contra la pared al darle esa vuelta el procesado, penetrándola este de nuevo vaginalmente, pidiéndole, por último, que le hiciera una felación, negándose MMM, momento en el que, aprovechando que

él se encontraba sentado, aquélla se colocó la ropa, abrió el pestillo y abandonó el baño. El Tribunal Superior de Justicia se expresa así: “seguidamente, XXX, asiéndola del brazo izquierdo, le dio la vuelta para invertir su posición, en una maniobra que, por efecto del impulso, de las reducidas dimensiones del recinto y del estado de embriaguez de MMM, le hizo perder el equilibrio, golpeándose la frente contra la pared. Situada ésta en la posición deseada, XXX le atrajo hacia él, prendida de la cintura, y tras sentarse en el inodoro y colocarla sobre él, la penetró de nuevo vaginalmente, pidiéndole, por último, que le hiciera una felación, a lo que MMM se negó; momento en el que, aprovechando que él se encontraba sentado, aquélla se colocó la ropa, abrió el pestillo y abandonó el baño. Y finalmente, en el noveno párrafo del factum de ambas sentencias. AP: “Debido a las escasas dimensiones del baño en el que se encontraban y de las sujeciones y maniobras del procesado para acercarse a MMM esta sufrió lesiones concretadas en un hematoma en la frente, dos hematomas de 1x1 cms. en cara posterior de tercio inferior del brazo izquierdo y tres lesiones equimóticas de 1 cm. de longitud cada una de ellas en cara posterior de brazo derecho, lesiones estas que precisaron una sola asistencia médica no constando el tiempo de curación”. TSJ: Debido a la pérdida del equilibrio y el golpe contra la pared producido en el giro a que se ha hecho antes mención, MMM sufrió un hematoma en la frente que tan sólo precisó una asistencia médica, no constando el tiempo de su curación. En la exploración médica presentaba también en la parte superior de los brazos equimosis susceptibles de haberse por cualquier sujeción, presión o contusión entre ellos”

Analizaremos tales declaraciones fácticas en el motivo siguiente, e incluso la contradicción que constituye, desde el estricto control jurídico, que por un lado parece atribuirse el golpe de la cabeza en la víctima a la pérdida de equilibrio, y por otro lado, se mantenga la condena por el delito de lesiones que se sanciona al acusado (delito leve de lesiones dolosas del art. 147.2 del Código Penal), asumiendo los planteamientos del tribunal de primera instancia, que en base al factum de su sentencia atribuía inequívocamente la causación de esta lesión a la acción del recurrente y no al estado de embriaguez de la víctima y calificaba en su fundamento jurídico cuarto como delito leve de lesiones del art. 147.2 CP.

En suma, las funciones revisoras del recurso de apelación, han permitido al Tribunal de apelación, sustituir a favor de reo, tales declaraciones fácticas, al encontrarse, en este caso, explicadas, y basadas en datos objetivos.

Por consiguiente, y desde el plano de la vulneración constitucional, que es lo que analizamos en este motivo, este reproche casacional no puede prosperar.

- Delitos de agresión sexual y abuso sexual: La nueva catalogación jurídico-penal de los delitos contra la libertad sexual que se diseña en el Código Penal de 1995, ha producido cierta confusión que en palabras de la STS 355/2015, de 28 mayo, debe ponerse de manifiesto en que “el error procede de la confusión de identificar la agresión sexual con el antiguo delito de violación, es decir con la concurrencia de penetración, y no como sucede en el modelo de tipificación actual, con la concurrencia de violencia o intimidación. Por ello es procedente recalcar, para evitar la reiteración de estos errores, que, en el modelo actual de tipificación penal de los delitos contra la libertad sexual, la diferencia entre los tipos de abuso sexual y los más graves de agresión sexual, no consiste en la concurrencia de acceso carnal, sino en la utilización de violencia o intimidación”.

El Código Penal distingue en el Título VIII del Libro II, en los capítulos primero y segundo, entre los delitos de agresiones sexuales y los delitos de abusos sexuales. La diferencia radica, como se acaba de señalar, en utilizar violencia o intimidación en los primeros (art. 178), y no mediar consentimiento en los segundos (art. 181).

Dentro de los delitos de agresiones sexuales, se tipifica el tipo básico, esto es, atentar contra la libertad sexual de otra persona sin acceso carnal (o introducción de miembros corporales u objetos), y el tipo agravado, o delito de violación, que recupera su nomen iuris, a partir de la reforma operada por LO 11/1999, cuando el acceso carnal lo sea por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías (art. 179). También se diseñan los correspondientes subtipos agravados en el art. 180 del Código Penal, de manera que las penas se incrementan por la dinámica de la acción (particularmente denigrante o vejatoria), la utilización de medios peligrosos (armas u otros medios), el incremento personal de los sujetos activos (actuación conjunta de dos o más personas), la especial vulnerabilidad del sujeto pasivo (edad, enfermedad, discapacidad o situación), o por las relaciones existentes entre víctima y agresor (relación de superioridad o parentesco).

El delito de abuso sexual es aquel en el que el sujeto pasivo atenta igualmente contra la libertad sexual de la víctima, pero sin violencia e intimidación y sin que medie consentimiento (art. 181). Pero esa falta de consentimiento, a salvo de tocamientos episódicos o fugaces, lo deduce la ley penal cuando el consentimiento esté viciado, y, en consecuencia, sea este bien inválido, bien inexistente. Por eso el Código Penal señala que, a los efectos de tipificar este delito, «se consideran abusos sexuales no consentidos» aquellos a los que se refiere el precepto, porque en tales casos el consentimiento se ha obtenido

inválida o viciadamente; y así: a) los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido; b) sobre personas de cuyo trastorno mental se abusare; c) los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto; d) cuando se obtenga un consentimiento viciado por prevalerse el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima.

También se disponen subtipos agravados en los casos de víctima especialmente vulnerable (edad, enfermedad, discapacidad o situación), o por las relaciones existentes entre víctima y autor (relación de superioridad o parentesco).

Del propio modo, se consideran abusos sexuales los correspondientes a los menores, dada la falta de madurez para el consentimiento sexual, distinguiendo el Código Penal entre mayores de 16 años y menores de 18, cuando el autor del delito se aproveche del engaño que haya desplegado o abuse de una posición reconocida de confianza (art. 182), y finalmente se describen en el Código la realización de actos de carácter sexual con menores de 16 años, en las diversas variedades que se tipifican (art. 183).

De lo todo ello se desprende que en el delito de abuso sexual el consentimiento se encuentra viciado como consecuencia de las causas legales diseñadas por el legislador, y en el delito de agresión sexual, la libertad sexual de la víctima queda neutralizada a causa de la utilización o el empleo de violencia o intimidación. Dicho de otro modo, el delito de abuso sexual supone un consentimiento viciado por las causas tasadas en la ley, y por eso el Código Penal se expresa disponiendo que «se consideran abusos sexuales no consentidos» los que hemos reseñado con anterioridad. En todos ellos, la víctima o era incapaz de negarse a mantener cualquier tipo de relación sexual o se encontraba en una posición que le coartaba su libertad. En el delito de agresión sexual, tampoco se consiente libremente, pero aquí el autor se prevale de la utilización de fuerza o intimidación (*vis física* o *vis moral*), para doblegar la voluntad de su víctima. El autor emplea fuerza para ello, aunque también colma las exigencias típicas la intimidación, es decir, el uso de un clima de temor o de terror que anula su capacidad de resistencia, a cuyo efecto esta Sala Casacional siempre ha declarado que tal resistencia ni puede ni debe ser especialmente intensa. Basta la negativa por parte de la víctima, pues para el delito de agresión sexual es suficiente que el autor emplee medios violentos o intimidatorios. Por eso hemos declarado en STS 953/2016, de 15 de diciembre, que la intimidación empleada no ha de ser de tal grado que presente caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada. Basta que sea suficiente y eficaz en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que –sobre no conducir a resultado positivo–, podrían derivarse mayores males. En cualquier caso, el delito de agresión sexual requiere violencia o intimidación, pero en modo alguno que se ocasionen lesiones a la víctima. La ausencia de señales físicas en el cuerpo de la ofendida o de otros signos externos, según tiene declarado esta Sala, no empece para la existencia del delito la agresión sexual, que ofrece muchas facetas, muchas posibilidades y muchas variedades, dentro de las cuales no es imprescindible que la violencia y la intimidación lleven consigo lesiones (STS 686/2005, de 2 de junio, entre otras).

Recuerda la STS 749/2010, de 23 de junio, con cita de otras precedentes, que la violencia a que se refiere el artículo 178 CP, ha de estar orientada a conseguir la ejecución de actos de contenido sexual y equivale a acometimiento, coacción o imposición material, al empleo de cualquier medio físico para doblegar la voluntad de la víctima y debe ser apreciada cuando sea idónea y adecuada para impedir a la víctima desenvolverse en su libre determinación, atendiendo a las circunstancias personales y fácticas concurrentes en el caso concreto.

También hemos declarado que la fuerza que se exige ha de ser eficaz y de suficiente entidad objetiva, pero este dato debe matizarse en relación a las condiciones concretas de la víctima, bastando simplemente la acreditación del doblegamiento de la víctima por la superior posición y dominio del actor, lo que supone valorar la vía física más con criterios más relativos y circunstanciales alejados de la nota de la irresistibilidad criterio ya superado como se ha dicho.

En tal sentido, la STS 1564/2005, de 27 de diciembre, así como las SSTS de 4 de septiembre de 2000, 21 de septiembre de 2001, 15 de febrero de 2003, 23 de septiembre de 2002, 21 de septiembre de 2001, 15 de febrero de 2003, 23 de septiembre de 2002 o 11 de octubre de 2003, entre otras muchas.

En definitiva, mientras que en el delito de abuso sexual el consentimiento se obtiene de forma viciada o se aprovecha el estado de incapacidad para obtenerlo, en la agresión sexual la voluntad del autor se impone por la fuerza, bien ésta sea violenta bien lo sea de carácter intimidatorio.

Pero, como venimos razonando, esa fuerza adquiere múltiples formas y aparece con variados matices, unas veces a causa del espacio físico en donde se desenvuelven los acontecimientos, en otras ocasiones por la soledad del paraje en el que se desarrolla el ataque, y en otras, por la concurrencia de varios autores. Cada caso debe ser analizado conforme a sus parámetros individuales, en conjunción con todos los datos objetivos que resulten acreditados y en combinación con la

declaración de la víctima. Con todos esos datos se podrán llegar a la conclusión de que ha sido atacada la libertad sexual de la persona ofendida por el delito mediante el uso de la violencia o el empleo de la intimidación.

En el caso sometido a nuestra consideración casacional, y partiendo de los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, esto es, la dictada por el Tribunal Superior de Justicia, vemos que estos relatan el encuentro casual de los protagonistas, el acusado y su víctima, en el reducido espacio del aseo del bar en el que ambos se encontraban, sin conocerse de antemano. Cuando el acusado entra en tan minúsculo habitáculo, según consta en el factum, se dirige al mismo tras ella, e inmediatamente cierra la puerta y acciona el pestillo, ante lo cual, la primera reacción de la víctima es preguntarle por el sentido de esa acción ("qué estaba haciendo", se lee en el relato fáctico), y como contestación, obtiene la siguiente: "qué buena estás", y a continuación comienza a tocar a MMM un pecho, la cintura y las nalgas por encima de la ropa; ante ello, la víctima le reprocha su acción (el relato histórico dice: "a pesar de que aquella le decía que no lo hiciera"). Tras ello, "el procesado desoyendo las negativas [en plural] de MMM, se juntó a ella, la desplazó y apoyó contra la pared, y estando ambos de pie, pagados uno a otro, le subió la falda, le bajó las medias y el tanga y la penetró vaginalmente".

En la realización de ese comportamiento, el acusado no es ya que no cuente con el consentimiento de la mujer, que esto se encuentra fuera de toda duda, al habérselo así expresado (recuérdese: "el procesado desoyendo las negativas de MMM"), sino que utiliza la fuerza de la vía de hecho ("le subió la falda, le bajó las medias y el tanga"), y para ello emplea todos los medios físicos que se encuentran a su alcance en ese momento ("...la desplazó y apoyó contra la pared"). Finalmente, culmina su acción ("... y la penetró vaginalmente").

El relato histórico narra otro episodio a continuación, que constituye otro ataque a la libertad sexual de la víctima, y este de forma más violenta, puesto que "seguidamente, XXX se sentó en el inodoro", y con un inequívoco acto de fuerza frente a la víctima, la atrae forzosamente hacia él ("...asiéndola del brazo izquierdo, le dio la vuelta para invertir su posición"), e inmediatamente culmina esta acción mediante la comisión de un delito de lesiones contra la víctima ("...golpeándose la frente contra la pared"), a continuación, una vez que el acusado tiene a su víctima en la posición de agredirla ("... situada ésta en la posición deseada"), el procesado "la atrajo hacia él, prendida de la cintura, y tras sentarse en el inodoro y colocarla sobre él", como si se tratara de un ser inerte, consuma de nuevo el delito sexual ("penetrándola este de nuevo vaginalmente").

Por ello, aunque el Tribunal Superior de Justicia procura relativizar el uso de las palabras que emplea, no por ello dejan de representar la fuerza que su significado contiene, pues aunque se intente degradar, le "agarró" del brazo, por un "asiéndola del brazo izquierdo", no por ello queda menos descrita una acción de fuerza, pues asir, dice el diccionario, es tomar o agarrar a alguien o a algo, especialmente con las manos, luego se está declarando como probado que el procesado agarra a su víctima. Y lo propio ocurre con "la atrajo hacia él, prendida de la cintura", puesto que igualmente significa que actúa por ella, que se encuentra paralizada o sin movimiento propio, en una situación que fácilmente puede deducirse producida por el temor del lugar y de la actuación agresora del procesado (no podemos olvidar que por parte del Tribunal de apelación se confirma una condena por un delito leve de lesiones producidas en la frente de la ofendida).

El suceso termina cuando el acusado le pide que le haga una felación, negándose MMM, "momento en el que, aprovechando que él se encontraba sentado, aquella se colocó la ropa, abrió el pestillo y abandonó el baño".

También se relata que la mujer sufrió un hematoma en la frente, y en la exploración médica presentaba también en la parte superior de los brazos equimosis susceptibles de haberse (producido), por sujeción, presión o contusión.

Y que, "como consecuencia" de los referidos hechos, la víctima se encuentra en tratamiento psicológico, presentando sintomatología de ansiedad y estrés postraumático agudo con moderada sintomatología depresiva.

Concurren, pues, todos los elementos de la violencia e intimidación que requiere el delito de agresión sexual y que se fundamentan en el reducido espacio en el que se producen los hechos, el cierre con pestillo de tal habitáculo, el acometimiento sexual con tocamientos ante la negativa de la mujer, la utilización de la fuerza agarrándola (asiéndola) por los brazos, el empleo de la vía de hecho para quitarle sus prendas íntimas, el volteo de la víctima por la fuerza, la causación de lesiones al utilizar "sujeción, presión o contusión", siendo condenado por ello, y la tracción "asiéndola del brazo izquierdo", "le dio la vuelta para invertir su posición", hasta situarla "en la posición deseada", penetrándola de nuevo vaginalmente. La descripción de fuerza en su actuar, está fuera de toda duda.

No puede mantenerse, como hace la sentencia recurrida, que no exista fuerza e intimidación en este episodio. Tampoco puede sostenerse que simplemente no existió consentimiento o que éste se encontraba viciado, sino todo lo contrario: la víctima se ha visto forzada y atacada sexualmente, frente a su clara e inequívoca negativa. En suma, el acusado se abalanza contra la víctima en el servicio y en contra de su voluntad la somete a esos tocamientos y penetraciones mediante la sujeción de la misma en sus brazos y cintura y le produce lesiones, cuya calificación se mantiene como lesiones dolosas del art. 147.2

CP (cfr. fundamento de derecho décimo, pág. 49, de la sentencia recurrida) y no imprudentes del art. 152 CP, lo cual es – ciertamente– una contradicción en la postura que finalmente declara la Sala de apelación.

Como antes pusimos de manifiesto, el delito de agresión sexual requiere violencia o intimidación, pero en modo alguno que se ocasionen lesiones. Y en este caso, como vemos, se han causado lesiones sancionadas penalmente como delito. Además, sufre un tratamiento psicológico con sintomatología de ansiedad y estrés postraumático, que es, como dice el factum, "consecuencia" de los hechos; y como los propios jueces de la apelación señalan (página 44), de las (propias) declaraciones de la víctima se desprende que la irrupción del acusado en el servicio fue "súbita e inesperada", y el inicio de su acción, "inmediato e impetuoso", y también que el acusado la llevó contra la pared y se le «echó encima», lo que fue eficaz, "por cuanto la víctima declara que no tenía fuerza para quitárselo", quedando "encerrada entre paredes", y "teniendo bloqueada su salida por el cuerpo del acusado".

También expresa la sentencia recurrida más adelante (página 51) que mantiene el delito leve de lesiones (art. 147.2 del Código Penal), contraído al hematoma en la frente de la víctima, en cuanto el golpe se produjo «... en una maniobra de giro y tracción impulsada por el acusado para sentarla encima suyo sobre el inodoro». Es decir, está definiendo un episodio de fuerza frente a la víctima, que merece, a juicio del Tribunal de apelación, «una punición autónoma».

Con tal cúmulo de factores fácticos acreditativos de fuerza e intimidación, el hecho ha de ser calificado como de violación e intimidación, y penado conforme a los parámetros legales del art. 179 del Código Penal.

En consecuencia, el motivo será estimado, y la concreta penalidad se individualizará en la segunda sentencia que dictaremos a continuación de ésta.

**DATOS PROVIDENCIA**

Recurso de Casación núm. 4225/2018  
 Providencia de 31 de enero de 2019  
 Ponente: Excm. Sra. D<sup>a</sup> María del Pilar Teso Gamella.

**TEMA**

Recurso de casación: Inadmisión: interés casacional.

**ASPECTOS EXAMINADOS**

- Se acuerda la inadmisión a trámite por incumplimiento de las exigencias que el artículo 89.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA) impone para el escrito de preparación; en particular, por falta de fundamentación suficiente de la concurrencia, con singular referencia al caso, de alguno o algunos de los supuestos que, con arreglo a los apartados 2 y 3 del artículo 88, permiten apreciar el interés casacional objetivo y la conveniencia de un pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, conforme al artículo 90.4.b) de la LJCA en relación con el artículo 89.2.9 del mismo texto legal.

**DATOS PROVIDENCIA**

Recurso de Casación núm. 6027/2018  
 Providencia de 28 de marzo de 2019  
 Ponente: Excm. Sra. D<sup>a</sup> María del Pilar Teso Gamella.

**TEMA**

Recurso de casación: Inadmisión: interés casacional. Inexistencia de justificación de la relevancia para la decisión de la infracción imputada.

**ASPECTOS EXAMINADOS**

- Se acuerda la inadmisión a trámite por incumplimiento de las exigencias que el artículo 89.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA) impone para el escrito de preparación; en particular, por falta de fundamentación de la concurrencia de alguno o algunos de los supuestos que, con arreglo a los apartados 2 y 3 del artículo 88, permiten apreciar el interés casacional objetivo y la conveniencia de un pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, conforme al artículo 90.4.b) de la LJCA en relación con el artículo 89.2.f) del mismo texto legal, resultando además la cita de los apartados a) y e) del artículo 88.3 LJCA meramente apodíctica y sin mayor justificación.
- Asimismo, la inadmisión a trámite se acuerda por incumplimiento de lo establecido en el artículo 89.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA) y, en particular, el apartado d) de dicho artículo, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 90.4.b) del mismo texto legal, al no haberse justificado debidamente en el escrito de preparación que las infracciones imputadas a la sentencia hayan sido relevantes y determinantes de la decisión adoptada en la misma. Es de observar que la sentencia de instancia basa su ratio decidendi en lo procedencia (por concurrir causas objetivas justificadas) de exonerar del primer ejercicio tipo test al personal laboral fijo que concurre al proceso; selectivo, mientras que las invocaciones de interés casacional de la parte recurrente se refieren a la puntuación como mérito que se otorga a dicho personal respecto de los funcionarios interinos por los servicios prestados. Conforme al artículo 90.8 LJCA, se imponen las costas procesales a 10 parte recurrente, si bien la Sección de Admisión fija la cantidad de 1.000 euros, como cantidad máxima a reclamar por todos los conceptos, en favor de la parte recurrida y personada. De conformidad con el artículo 90.5 LJCA, contra la presente providencia de inadmisión no cabe recurso alguno.

**DATOS SENTENCIA**

Recurso de Casación Ordinario núm. 5590/2017

Sentencia núm.438/2019

Fecha Sentencia: 01/04/19

Ponente: Excmá. Sra. D<sup>a</sup> Celsa Pico Lorenzo.

**TEMA**

Procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona: Causas de inelegibilidad e incompatibilidad. Ley Electoral general. Condena a pena de inhabilitación especial. Cabildo insular

**ASPECTOS EXAMINADOS**

- Términos del litigio y sentencia de Instancia. La representación del Cabildo Insular de Fuerteventura interpone recurso de casación 5590/2017 contra la sentencia estimatoria de fecha 5 de junio de 2017 de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Las Palmas de Gran Canaria que estimó el recurso de apelación 27/2017 deducido por la representación de D. Domingo González Arroyo, contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo n° 5 de Las Palmas de Gran Canaria, que revoca, declarando nulo de pleno derecho el Acuerdo del Pleno del Cabildo Insular de Fuerteventura de 7 de marzo de 2016. La sentencia de instancia (completa en Cendoj Roj: STSJ ICAN 1598/2017 - ECLI:ES: TSJICAN: 2017:1598) identifica en su PRIMER fundamento el acuerdo impugnado y la resolución del juzgado de lo contencioso administrativo, mientras en el SEGUNDO plasma la posición de las partes actora, demandada y ministerio fiscal. En el TERCERO da la razón al apelante al incurrir la sentencia en incongruencia omisiva. Aprecia falta de correlación entre el motivo de impugnación articulado en la demanda y la respuesta judicial, que se centra en que la ausencia de firmeza de una sentencia penal no impide la aplicación de la causa de inelegibilidad o Incompatibilidad para un determinado cargo público, pero no examina si era posible concluir que concurría causa de incompatibilidad como cargo electo del Cabildo. En el CUARTO toma como punto de partida el tenor literal del artículo 6.2 b) de la LOREG, y del apdo. 4° conforme al cual las causas de inelegibilidad lo son también de incompatibilidad. Luego tiene en cuenta el artículo 42 del Código Penal. Y, por último, el Fallo de la sentencia penal dictada por el Juzgado de lo Penal n° 2 de Puerto Rosario con fecha 24 de junio de 2.015. En el QUINTO reseña la respuesta de la Junta Electoral Central a la consulta formulada por la Secretaria General del Cabildo. En los dos SEXTOS razona que, al no extenderse el Fallo de la sentencia penal a cargos público en el gobierno insular, cualquier interpretación que suponga entender que concurre una causa de incapacidad sobrevenida para participar en cargos públicos en el Cabildo Insular supone una interpretación extensiva de las causas de inelegibilidad e incompatibilidad contempladas en la LOREG, desconectada del contenido de la sentencia penal. Recalca que los Cabildos Insulares presentan notas características que hacen que su naturaleza vaya más allá de ser una Administración local ya que el Estatuto de Autonomía le asigna la condición de Instituciones propias de la Comunidad Autónoma de Canarias (artículo 8.2 del Estatuto de Autonomía en relación con el artículo 23.5 del mismo cuerpo legal).

El Cabildo de Fuerteventura en su recurso arguye que hay una infracción de la causa de inelegibilidad referida en el apdo. 6.2.b) LOREG, por desconectarlas de la legislación penal y de la sentencia condenatoria. Defiende que la inelegibilidad hay que vincularla a la condena por delito de inhabilitación, que es la especial para empleo o cargo público, y además contextualizarla en los términos previstos en la legislación penal. De la lectura del art. 42 C.P. deduce dos efectos derivados de la aplicación de la pena y dos requisitos para que aquellos se produzcan: Un primer efecto inmediato es la privación, definitiva del empleo o cargo sobre el que recaiga la citada inhabilitación, mientras el segundo se concreta en la imposibilidad de obtener el mismo empleo sobre el que recaiga la inhabilitación u otros análogos. Todo ello durante el tiempo que dure la condena. Reputa requisito importante que la sentencia ha de especificar los empleos sobre los que recaiga la inhabilitación, pero también se extiende a aquellos otros análogos que resulten afectados no ya, obviamente por el efecto "privación" sino por el de "incapacidad de acceso". Alega que los delitos contra la Administración Pública y en concreto el tipificado en el art.404 CP, tienen en común el quebrantamiento voluntario de las obligaciones contraídas por los servidores públicos integrantes de la Administración. A su entender tal planteamiento queda recogido en el FJ 11 de la Sentencia del TS, sala de lo Penal, de 30 abril de 2016 (núm. Recurso 1125/2014). Sostiene que, desde esta óptica, la interpretación de las causas de inelegibilidad del art.6.2. b) LOREG realizada por la Sentencia de instancia es errónea, pretendiendo restringir la inelegibilidad tan sólo a aquellos empleos o cargos públicos utilizados para llevar a cabo la conducta punible. Aduce que por Administración Pública debe entenderse la organización, como conjunto de órganos jerárquicamente ordenados, que sirve con objetividad

a los intereses generales ( art. 103.1 CE ) para alcanzar los objetivos que establecen las leyes y el resto del ordenamiento jurídico ( art. 3.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público ), cumpliendo sus fines con personalidad jurídica única (art. 3.4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público). Si nos ceñimos al concepto de Administración Local, el esquema de organización territorial que acoge la Constitución Española reconociendo la existencia de municipios, provincias, así como islas en los Archipiélagos, atribuye su gobierno y administración a los Ayuntamientos, Diputaciones, y Cabildos y Consejos en las islas, conformándose provincias e islas por la agrupación de municipios. Razona que son numerosos los ámbitos sectoriales de actuación (urbanismo, ordenación del territorio, medio ambiente, carreteras, turismo, transportes, etc.) donde la participación de las distintas entidades que conforman la Administración local se realiza en el marco de procedimientos bifásicos, ejerciendo los Cabildos y Diputaciones un control, ya sea de legalidad, ya de oportunidad en los casos admitidos legalmente, sobre los Ayuntamientos y por tanto, participando en el gobierno de éstos últimos. Invoca que la consideración del concreto cargo de consejero del Cabildo Insular como de naturaleza análogo al de Alcalde, viene avalado de forma explícita por la STC núm. 8011987, de 27 mayo, (FJ. 2 y 4) por lo que la exclusión del cargo público de Consejero del Cabildo del régimen de inelegibilidad del art.6.2. b) LOREG realizada por la Sentencia del TSJ Canarias recurrida ahora constituye una clara y flagrante infracción del precepto legal. Tras ello, reproduce el contenido de los arts. 6.4 LOREG y arts. 9.5 y 10.3 del RD 25/1968, de 28 noviembre por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales. Defiende que ha incurrido la Sentencia de Canarias en una interpretación errónea de la doctrina del TC sobre los derechos fundamentales. La doctrina del Tribunal Constitucional citada en la STC 192/2012, de 29 octubre (FJ 3º), ya desde la STC 23/1984, de 20 febrero quedó delimitada la noción de cargo público utilizada por el art.23\_2 CE. También la STC 8011987, de 27 mayo. Sostiene que la cuestión debatida en STC 80/1987 partía del fallo de una Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 15 mayo de 1987 que equiparó las funciones propias de los Consejeros de los Cabildos como "análogas" a las de Alcalde y por tanto ambos cargos públicos quedaban afectados por la causa de inelegibilidad, por corresponder ambos a cargos de la Administración Local. Refuta que la Sentencia recurrida argumente infracción de la doctrina del TC respecto de la interpretación que quepa dar a la inhabilitación especial para cargo público y su ámbito de actuación y menos aún a la identidad de la naturaleza de las funciones del cargo de Alcalde para su ampliación al de Consejero insular del Cabildo, equiparación en concreto que el propio Tribunal Constitucional de forma explícita ya había realizado en la STO 80/1987.

- El recurrido aduce en primer lugar, inexistencia de interpretación errónea o infracción de la causa de inelegibilidad referida en el apartado 6.2.b). Expone prolijamente el contenido del art. 42 del Código Penal en relación con el art. 6,2. b) LOREG aplicado por la sentencia impugnada. Critica que todo el razonamiento de contrario pivota sobre la base de desconocer que la sentencia recurrida no contiene la expresión "o cualquier otro análogo". Arguye que es la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal, la que limitó la inhabilitación y, por extensión, la inelegibilidad a los cargos públicos municipales. Reitera que, no es la sentencia recurrida la que limita la inhabilitación a unos u otros cargos, sino la sentencia del Juzgado de lo Penal en su momento dictada; mientras que aquélla, la recurrida, se limita a hacer estricta aplicación, en sus justos y debidos términos, del artículo 6.2.b) de la LOREG, conforme a la legislación penal. inexistencia de infracción alguna de los artículos 6.4 LOREG y arte 9.5 y 10.3 RD 25/1968, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales. Indica que los artículos 9.5 y 10.3 del RD 25/1968 no fueron ni tan siquiera objeto de mención en la primera instancia o en la apelación. Concluye que la cuestión del presente recurso no radica en la interpretación de que las funciones o cargos de Consejero Insular sean o no análogas a las del cargo de Alcalde, sino en el exacto alcance que hay que darle a un fallo penal que limita la pena de inhabilitación a los cargos de Alcalde, Teniente de Alcalde, Concejal cualquier otro de naturaleza electiva y ámbito local "siempre que implique una participación en el Gobierno municipal".
- El Ministerio Fiscal como punto de partida expone el contenido del artículo 42 del CP. reputa necesario observar que la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha expresado la necesidad de diferenciar la pena de inhabilitación especial como pena principal (art. 42 del Código Penal), de aquellos otros casos en los que se impone como pena accesoria (art. 56 Código Penal). Invoca la STS Sala de lo Penal núm. 88/2018, de 21 de febrero de 2018, recurso de casación 779/2017, con cita de la STS núm. 314/2017, de 3 de mayo, en su FD 3a, sobre la concreción del alcance de la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público. Reputa evidente que al no especificarse en la ejecutoria del Juzgado de lo Penal que el recurrente quedaba privado del cargo de Consejero del Cabildo Insular de Fuerteventura, podemos concluir que no quedo privado definitivamente de su cargo en el Cabildo Insular, ni incapacitado para obtenerlo, pues ya lo había obtenido en las elecciones al Cabildo Insular de Fuerteventura de 2015, convocadas por Real Decreto 233/2015, de 30 de marzo, en las que también

resultó elegido Concejal del Ayuntamiento mejorero de La Oliva (Fuerteventura) y designado Alcalde. Todo ello, sin olvidar, que, si el Juez de lo Penal, que, conocía su condición de Consejero del Cabildo Insular de Fuerteventura, hubiera querido privarlo definitivamente de su cargo representativo en el Consejo del Cabildo Insular de Fuerteventura, así lo habría declarado en la parte dispositiva de la sentencia, máxime cuando en su FD 3º, relativo a la valoración de la prueba, literalmente, se dice: "Durante esos años en los que fue Alcalde y Consejero del Cabildo". Por lo que sostener lo contrario situaría la pena de inhabilitación especial en el espacio propio de la inhabilitación absoluta, con la dimensión omnicompreensiva que eso comporta y que la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, rechaza (STS 552/2006, de 16 de mayo). Del art. 6.4 LOREG extrae las siguientes consideraciones: i) Las causas de inelegibilidad son también de causas incompatibilidad, pero conforme a lo dispuesto en el artículo 6.2. b), solo pueden impedir el acceso a empleo o cargo público en los términos previstos en la legislación penal. ii) La causa de inelegibilidad es también causa de incompatibilidad por disposición de la ley, pero la condena aquí concernida impide su consideración como causa de incompatibilidad sobrevenida para el desempeño del cargo representativo de Consejero Insular del Cabildo de Fuerteventura. Del fallo de la Sentencia del Juzgado de lo Penal de Puerto del Rosario, otra cuestión que se plantea es la relativa a si se puede considerar a los Cabildos Insulares como Administración Municipal, haciéndose preciso la cita de los art. 137 y 140 de la C.E; Estatuto de Autonomía de Canarias, aprobado por Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto. Artículo 23.1; Ley 7/2015, de los municipios de Canarias, en su artículo 2, no incluye en su ámbito de aplicación a los Cabildos Insulares, que se rigen por lo dispuesto en la Ley 8/2015, de 1 de abril, art. 2; Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, artículos 1.2, 2.1, 3, 4 y 41; Disposición Adicional Tercera LRBRL; Título IV de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio de Régimen Electoral General, rubricado "Disposiciones especiales para la elección de Cabildos Insulares Canario", artículos 200, 202, 203. Tras lo anterior concluye. 1) El Fallo de la Sentencia del Juzgado de lo Penal de Puerto del Rosario, explicitó que el cargo público del que se privó a D. Domingo González Arroyo, es el cargo de Alcalde, viéndose también afectados los cargos de Teniente de Alcalde, Concejal o cualquier otro de naturaleza electiva y ámbito local que implique una participación en el Gobierno Municipal durante nueve años, no figurando entre los mismos el cargo de Consejero del Cabildo Insular de Fuerteventura. ii) La interpretación de lo dispuesto en el artículo 6.2 b) en relación número 4. del mismo precepto de la LOREG, debe realizarse al amparo de lo dispuesto en la legislación penal (CP), la Sentencia y la doctrina de la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. La interpretación de los artículos sobre los que versa la cuestión con interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, se debe poner en relación con lo dispuesto en la Constitución Española, Estatuto de Autonomía de Canarias, Ley de Bases de Régimen Local y Ley de los Cabildos Insulares, normas que positivizan que la isla es una entidad local autónoma en el ámbito territorial del archipiélago canario. Los Cabildos no son administración autonómica, ni municipal, y, en consecuencia, se puede afirmar que el cargo de Consejero del Cabildo Insular, no se enmarca en la administración municipal. Al amparo de lo dispuesto en el artículo 200.8 de la LOREG, a los Consejeros Insulares, les son aplicables como causas de incompatibilidad, las causas de inelegibilidad del artículo 6, no existiendo causa de incompatibilidad sobrevenida para el ejercicio del cargo de Consejero Insular por las razones antes desarrolladas. Ya en el acto de la vista señaló que, puede repugnar que un cargo público condenado por prevaricación pueda ocupar otro cargo, pero la sentencia es la que es.

- El fallo de la Sentencia Penal y el acto administrativo impugnado. La primera cuestión a subrayar es que estamos en el ámbito de control de la actividad administrativa (art. 103 CE), esto es la impugnación en instancia del Acuerdo plenario del Cabildo insular de Fuerteventura que declaró la incompatibilidad de D. Domingo para el cargo de Consejero del Cabildo. No se está controlando el sometimiento a la legalidad y el respecto a los derechos fundamentales de una ejecutoria penal en que el único marco tener en cuenta es la Constitución, el Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Nos hallamos frente a un acto administrativo que toma como fundamento de su contenido una sentencia penal en que el ministerio publico interesó la condena a D. Domingo como autor de un delito de prevaricación para el que interesó la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público durante 9 años. Y el Juzgado de lo Penal nº 2 de Puerto Rosario en sentencia de fecha 24 de junio de 2015, procedimiento abreviado 303/2013 en el apartado cuarto del fallo dice: "Condeno a D. Domingo González Arroyo, como autor criminalmente responsable de un delito continuado de prevaricación del artículo 404 del Código Penal, en relación en el art 74 y 11 del Código Penal, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de 9 años de inhabilitación especial para el cargo de Alcalde, Teniente de Alcalde, Concejal y cualquier otro de naturaleza electiva y ámbito local que implique una participación en el Gobierno municipal durante 9 años". El Acuerdo plenario impugnado tiene su antecedente en el Acuerdo de la Junta Electoral Central expte. 251/555 a la consulta formulada por la Secretaria General del Cabildo de Fuerteventura de la que resulta destacable el punto 3º. "El criterio de esta Junta es que la

causa de inelegibilidad establecida en el artículo 6.2 b) de la LOREG debe entenderse en el sentido de que afecta a los condenados por los delitos de rebelión, terrorismo, contra la administración Pública o contra las Instituciones del Estado, cuando la sentencia, aunque no sea firme, haya impuesto la pena de inhabilitación especial o de suspensión para empleo o cargo público, cualesquiera que sean los empleos o cargos públicos a los que se refiere dicha pena. Como fundamento de este criterio cabe invocar, en primer lugar, a la literalidad del precepto que establece como núcleo de la causa de inelegibilidad la condena por este tipo de delitos sin distinguir los cargos o empleos públicos concretos sobre los que pueda recaer la pena de inhabilitación especial o suspensión. Además, porque ésa parece ser la finalidad perseguida por el legislador, al considerar que determinados delitos, por su naturaleza y gravedad, afectan particularmente al ejercicio de los cargos electos, hasta el punto de que no sea necesaria la firmeza de la resolución judicial de condena para que se produzca la consecuencia de su inelegibilidad. Finalmente, porque la referencia que hace el inciso final del artículo 6.2 b) de la LOREG "a los términos previstos en la legislación penal" debe entenderse como una remisión general a la legislación penal en cuanto a la previsión de estos tipos penales, pero sin que ello suponga reducir la extensión de la inelegibilidad a los empleos o cargos públicos específicos sobre los que puede recaer la pena de inhabilitación especial o de suspensión de empleo o cargo público". Hemos de tener en cuenta la Ley Orgánica de Régimen Electoral General y resolver si su regulación es más amplia que lo establecido en el Código Penal fijando incompatibilidades más estrictas por el mero hecho de haber sido objeto de un delito contra la Administración Pública.

- Legislación a tomar en consideración sobre inelegibilidad. La Constitución Española en su art. 70.1 expresa que la ley electoral determinará las causas de inelegibilidad de los Diputados y Senadores lo que ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional en el sentido que debe respetar lo establecido en el precitado artículo para configurar la elegibilidad (STC 45/1983, de 25 de mayo, 153/2014, de 25 de septiembre. Tras la reforma de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General por la LO 3/2011, de 30 de enero su artículo 6,2 b) expresa: 2. Son inelegibles: (...) b) Los condenados por sentencia, aunque no sea firme, por delitos de rebelión, de terrorismo, contra la Administración Pública o contra las Instituciones del Estado cuando la misma haya establecido la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo o la de inhabilitación absoluta o especial o de suspensión para empleo o cargo público en los términos previstos en la legislación penal". Y el apartado 4 señala: "Las causas de inelegibilidad lo son también de incompatibilidad (...)". El apartado 4 del art. 6 se encontraba en el origen de la Proposición de Ley Orgánica presentada por los Grupos Popular y Socialista de modificación de la LOREG 5/1985, de 19 de junio, publicada en el BO de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados de 22 de octubre de 2011. El nuevo redactado del apartado 2 del art. 6 tiene su origen en la enmienda 26 del Grupo Parlamentario Mixto, Boletín del Congreso de 13 de diciembre, cuya justificación era mejora técnica y que fue aceptada por la Comisión Constitucional, BO Congreso de 21 de diciembre. Anteriormente mediante la LO 15/2003, de 25 de noviembre se había dado nueva redacción al art. 42 del Código Penal: "La pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público produce la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recayere, aunque sea electivo, y de los honores que le sean anejos. Produce, además, la incapacidad para obtener el mismo u otros análogos, durante el tiempo de la condena. En la sentencia habrán de especificarse los empleos, cargos y honores sobre los que recae la inhabilitación".
- Legislación sobre la organización territorial. Ámbito local. El título VIII de la Constitución, De la organización territorial del Estado, Capítulo II, Administración Local en el art. 141. 4 establece: "En los archipiélagos, las islas tendrán además su administración propia en forma de Cabildos o Consejos." El anterior redactado fue desarrollado por el art. 41 y la disposición adicional décimo cuarta, de la Ley 7/1985, de 2 de abril Reguladora de las Bases del Régimen Local. En el ámbito canario el art. 22 del primigenio Estatuto de Autonomía, LO 10/1982, de 10 de agosto, estableció que el Cabildo constituye el órgano de gobierno y administración insular. El actualmente vigente, LO 1/2018, de 5 de noviembre, en su art. 65.4. sienta que: "4. Los cabildos insulares asumen en la isla la representación ordinaria del Gobierno y de la Administración autonómica y desempeñan las funciones administrativas autonómicas previstas en este Estatuto de Autonomía y en las leyes, así como las que les sean transferidas o delegadas. "La Ley 8/2015, de Cabildos Insulares aprobada por el Parlamento de Canarias en su Exposición de Motivos se refieren reiteradamente a su doble naturaleza para ya en su art. 2 señalar, naturaleza de los cabildos insulares: "Los cabildos insulares son instituciones de la Comunidad Autónoma de Canarias, así como órganos de gobierno, administración y representación de cada una de las siete islas en que se articula territorialmente la Comunidad Autónoma de Canarias. " Y en su art. 51 establece que: "La organización y competencias de los órganos de gobierno de los cabildos insulares se ajustarán, en el marco de la legislación básica de régimen local, a lo establecido en esta ley a lo que se establezca en el reglamento orgánico del cabildo insular en desarrollo de dichas normas."

- Jurisprudencia constitucional sobre inelegibilidad y la equivalencia de la función de Alcalde y Consejero del Cabildo. Hemos dejado constancia más arriba de que el Cabildo recurrente ha invocado el contenido de la STC 80/1987, de 27 de mayo que desestimó un recurso de amparo presentado por el PSOE y por don Casimiro Curbelo contra Sentencia de la Sala de lo Contencioso de Tenerife en recurso contencioso-electoral que interpretaba SAP de la Sala de lo Criminal que había condenado al recurrente a la suspensión del cargo de Alcalde y a la posibilidad de obtener otro durante el tiempo de la condena. Así el FJ Cuarto dijo "La segunda argumentación es la desarrollada por los recurrentes en amparo al afirmar que el único cargo de funciones análogas al de Alcalde es el de Concejal y no otros que, como el de Consejero del Cabildo, tienen ámbito territorial y funciones distintas a las de Alcaldes y Concejales. Ahora bien, en este punto la interpretación de la Audiencia Provincial es una interpretación razonable, que se basa en el semejante ámbito y naturaleza de las funciones de los cargos pertenecientes a la Administración Local frente a las funciones genuinamente legislativas y de control político de instituciones como un Parlamento regional. Esta diferenciación, que llevó a la Audiencia a ratificar la proclamación del candidato solicitante de amparo al Parlamento de Canarias y anular su candidatura al Cabildo insular, no puede considerarse indebidamente restrictiva del derecho a participar en cargos públicos reconocido en el art. 23.2 C.E., sino que delimita el alcance del art. 38 del Código Penal en relación con el fallo que condenó al ahora recurrente de manera razonable. Así, en ejercicio de su específica función de interpretación de la legalidad penal, la Audiencia marca una frontera entre las funciones análogas a los cargos de Alcalde y Concejal y las que no lo son, que en modo alguno puede considerarse que viole el derecho a acceder a cargos públicos en los términos previstos por las Leyes." Y en la STC 151/1999, de 14 de septiembre que desestima un recurso de amparo de un Alcalde condenado a la pena de inhabilitación especial para todo cargo público electivo, tras recordar la STC 80/1987 en que se predicó la analogía entre las funciones de Alcalde y las del Cabildo, incardinados ambos en la administración local, se dijo en el penúltimo párrafo del fundamento Tercero: "Pocas dudas pueden albergarse respecto de la necesidad de que los gestores públicos gocen de la confianza y del respeto de la gente. Para ello, si es exigible una cierta ejemplaridad social a quien ejerce cualquier función pública, con más intensidad debe hacerse respecto de aquellos cargos cuya función consiste precisamente, por ser representantes de los ciudadanos, en actuar de manera directa en los asuntos públicos." Finalmente tomamos en consideración el último párrafo del fundamento jurídico quinto de la STC 153/2014, de 25 de septiembre de 2014 que desestima el recurso de inconstitucionalidad 2398-2011 interpuesto por el Gobierno de Canarias en relación con varios apartados del artículo único de la Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general. Es cierto que «jifa singularidad del hecho o fenómeno insular explica el especial tratamiento que a las islas se dispensa en los correspondientes textos estatutarios de los archipiélagos canario y balear (art. 143.1 CE), constituidos en Comunidades Autónomas. Al propio tiempo interesa advertir qué, de igual modo que la isla no sustituye a la provincia en dichos archipiélagos, tampoco las instituciones a las que corresponde la administración de las islas —los Consejos Insulares en el caso balear— pueden ser caracterizadas como trasunto de las Diputaciones provinciales, sino como entes específicos por expresa voluntad del poder constituyente plasmada en el art. 141.4 CE. Dicho de otro modo, si bien la consideración constitucional de la isla en los archipiélagos canario y balear como ente local con administración propia en forma de cabildos o consejos resulta indisponible para el legislador estatutario, la Constitución no se opone en modo alguno e que los Consejos Insulares (o en el caso canario, los Cabildos) se configuren como instituciones autonómicas en el Estatuto de Autonomía, 'norma institucional básica' de la Comunidad Autónoma (art. 147.1 CE), siempre y cuando esa configuración estatutaria de los consejos insulares no suponga detrimento de su naturaleza de administración /oca/ de cada isla (o agrupaciones de islas), ni merma de su autonomía para la gestión de los intereses propios de la isla» (STC 132/2012, de 19 de junio, FJ 3), pero lo que aquí se dilucida no es una eventual articulación de las bases estatales y las competencias de desarrollo de la Comunidad Autónoma en la materia, sino la determinación del régimen electoral básico, que corresponde al legislador orgánico, y que así lo ha conformado en el título IV LOREG destinado a las elecciones de los cabildos insulares canarios. (el subrayado es nuestro). A la vista de la legislación y jurisprudencia constitucional expresada en el fundamento precedente y en este cabe concluir que es certera la afirmación del Cabildo recurrente sobre que la cuestión cuando concierne a los cargos locales en Canarias incluyen a los Cabildos, independientemente de que también puedan ser órganos autonómicos. El marco constitucional más arriba reflejado así lo estatuye. No obstante, lo anterior, la cuestión sobre la que se plantea el interés casacional objetivo se proyecta más allá del archipiélago canario por lo que debe examinarse en un plano general.
- El juicio de la Sala. Inexistencia violación art. 23.1 CE. Ya hemos dejado consignado en el fundamento anterior lo vertido por el Tribunal Constitucional en su STC 151/1999, de 14 de septiembre acerca de la ejemplaridad social exigible a quien ejerce función pública, máxime si es representante de los ciudadanos. Lo dicho por el Tribunal constitucional no es cuestión

novedosa en nuestro marco jurídico europeo y su herencia cultural. Si bien los regímenes de los Estados Miembros de la Unión Europea sobre inelegibilidad reflejan tradiciones jurídicas distintas suelen coincidir en que una condena penal inhabilita para ocupar un cargo público. Incluso, en algún Estado haber incurrido en quiebra o ser indigno de ocupar un cargo público por otro motivo también es causa de inelegibilidad. En Dinamarca, una persona no puede ser elegible si ha sido condenada por realizar actos que según la opinión general la hagan indigna de pertenecer al Parlamento Europeo o al Folketing, Parlamento danés (www Comisión Europea). Debemos, pues, interpretar el art. 6.2 de la LOREG en su reforma 2011 —condenados por delitos contra la Administración Pública o contra las instituciones del Estado que, eso es significativo, amplió la reforma de 2003 —condenados por delitos contra las Instituciones del Estado— no establecida en la redacción originaria de la LOREG. Constatamos en esa reforma un sentido omnicompreensivo no limitativo en lo que concierne al art. 23.2 CE en aras a una mayor protección de las instituciones públicas haciendo emerger una orientación más cercenadora respecto a condenados a la pena de inhabilitación especial de empleo o cargo público. La sociedad contemporánea reclama que empleos y cargos públicos de base representativa no puedan ser ocupados por sujetos que hubieren sido objeto de inhabilitación especial tras una condena penal independientemente del ámbito de la Administración Pública en que hubiera tenido lugar la comisión del delito. La doctrina de la Sala. Aquí, a los efectos del artículo 93.1 de la LJCA, se establece en los precedentes fundamentos la interpretación de aquellas normas sobre las que el auto de admisión consideró necesario el enjuiciamiento del presente recurso de casación por esta Sala Tercera del Tribunal Supremo y, conforme a ello, declara: Que no lesiona el art. 23. CE la declaración de incompatibilidad de D Domingo para el cargo de Consejero del Cabildo de Fuerteventura. Que la causa de inelegibilidad e incompatibilidad establecida en el art. 6.2 b) en relación con el art. 6.4. de la LOREG debe ser entendida en el sentido de que afecta a los condenados por los delitos de rebelión, terrorismo, contra la Administración Pública o contra las Instituciones del Estado, cuando la sentencia, aunque no sea firme, haya impuesto la pena de inhabilitación especial o de suspensión para empleo o cargo público, cualesquiera que sean los empleos o cargos públicos a los que se refiera dicha pena.

#### ATOS AUTO

Recurso Ordinario de Casación núm. 338/2018  
Auto de 2 de abril de 2019  
Ponente: Excmo. Sr. D. José Luís Requero Ibáñez.

#### TEMA

Inadmisión: pérdida sobrevenida de objeto.

#### ASPECTOS EXAMINADOS

- En el presente caso se litigaba sobre la decisión de la Junta Electoral Central que entendió que no procedía iniciar el procedimiento para la sustitución del alcalde de Sollana, don Juan Antonio Roda Gómez, porque si bien ha sido incapacitado por sentencia, tal incapacitación no comprendía el ejercicio del derecho de sufragio pasivo. Y estando en trámite el presente recurso, falleció don Juan Antonio Roda Gómez, razón por la que se plantea si tal circunstancia entra en la previsión de "cualquier otra causa" a la que se refiere el artículo 22.1 de la LEC y que implique la pérdida de interés legítimo en obtener la tutela judicial pretendida por parte de la demandante. Tal y como se expone en los Antecedentes de Hecho, es la propia parte demandante quien así lo considera pues en el Suplico de su demanda lo que pretendía, como pretensión de plena jurisdicción, es que se expidiese la credencial al candidato que le sustituyese en la lista de la candidatura a la que pertenecía el fallecido. Sin embargo, la oposición de la parte codemandada es la que ha provocado que se siga el trámite del artículo 22.2 de la LEC, de forma que sea la Sala quien resuelva sobre dicha pérdida de objeto. A los efectos del artículo 22.2 de la LEC, el incidente procesal del artículo 22 deviene en contencioso cuando «alguna de las partes sostuviere la subsistencia de interés legítimo, negando motivadamente que se haya dado satisfacción extraprocesal a sus pretensiones o con otros argumentos». A tal efecto la representación de la codemandada doña Ascensión Martínez Moreno, familiar de del fallecido, se opone no porque el fallecimiento haya satisfecho su pretensión desestimatoria, sino que acude al inciso de "otros argumentos" alegando que debe dictarse sentencia porque la demandante ha puesto «en entredicho la reputación de la Junta Electoral Central», porque «se han producido unas costas en el procedimiento, y éstas deberán ser asumidas por el

demandante recurrente» y, en fin, porque la parte actora puso en duda la realidad del diagnóstico, a lo que añade el «acoso y derribo recibido por la demandante desde el inicio de la enfermedad del familiar de mi representado fue continuo».

- Procede declarar la pérdida de objeto, pues lo litigioso se ha centrado -así lo hizo además la codemandada- en el alcance que deba darse al artículo 3.11) de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (en adelante, LORG), luego no se ventilaba quién debía ser el sustituto. Añádase además que a esa pérdida de objeto coadyuva la derogación del citado precepto por la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, que reforma la LOREG, y que si bien no prevé efectos retroactivos privaría de interés un pronunciamiento sobre lo controvertido por llevar a un criterio interpretativo favorable al ejercicio del derecho de sufragio.

#### DATOS AUTO

Recurso Ordinario de Casación núm. 87/2019.

Pieza de Medidas Cautelares núm.1/10

Auto de 3 de abril de 2019

Ponente: Excmo. Sr. D. César Tolosa Triviño.

#### TEMA

Indulto: denegación de la petición de suspensión de la resolución Ministerial denegatoria.

#### ASPECTOS EXAMINADOS

- La Sala ha declarado reiteradamente para supuestos similares al presente, que no procede acceder a la suspensión de la resolución Ministerial denegatoria de un indulto solicitado por el condenado en sentencia firme penal, con base a fundamentos que son plenamente aplicables al presente supuesto. En este sentido hemos declarado en el auto de 25 de abril de 2014, dictado en el recurso de casación 251/2014; que «como ha señalado esta Sala en casos semejantes, por todos autos de 26 de febrero de 2014 , 17 de septiembre de 2.012 , 25 de enero de 2006 , 27 de noviembre de 2008 y 11 de diciembre de 2008, el indulto es una manifestación genuina del Derecho de Gracia cuya concesión o denegación se atribuye al Consejo de Ministros, siendo esta jurisdicción competente para conocer de la decisión que ese órgano adopte, pero limitado a la consideración de si el acto recurrido ha cumplido cori los aspectos formales que en cuanto a su elaboración son exigibles; Partiendo de esa premisa, y teniendo en cuenta que la medida cautelar que se pretende se ordena a obtener la suspensión de la denegación de indulto y, en consecuencia, a la no ejecución de la pena impuesta, la Sala de conformidad con lo prevenido en el artículo 130 de la Ley de la Jurisdicción y previa valoración' de los intereses en conflicto entiende que no es procedente la suspensión solicitada. Para ello, y según indicamos en dichos autos, nos fundamos en que la adopción de la suspensión pretendida' perturbaría de modo grave los intereses generales representados en este caso por la ejecución de la Sentencia firme de la pena impuesta al recurrente que denegado el indulto debe efectuarse por razones de seguridad jurídica y de igualdad ante la Ley. Esta decisión que sin duda -comporta un perjuicio para el recurrente no hace perder al recurso su finalidad legítima que es finalmente examinar si la decisión recurrida, en el ámbito en que la misma corresponde al Tribunal enjuiciarla, era o no conforme a Derecho, otra cosa implicaría el ejercicio per este Tribunal de facultades de las que carece, cual serían el otorgamiento siquiera sea provisional del indulto solicitado.>> Con tales consideraciones deberá concluirse que los pretendidos perjuicios, que la recurrente aduce, no son imputables directamente a la 'denegación del indulto, sino a la ejecución de una sentencia penal cuya ejecución no puede cuestionarse, de tal forma que, 'de accederse a la petición, lo que se estaría estableciendo por esta Sala es la suspensión de dicha sentencia, careciendo de jurisdicción para ello. En consecuencia, No ha lugar a la suspensión que se solicita del Acuerdo del Consejo de Ministros dé 4 de marzo de 2019.

#### DATOS AUTO

Cuestión de Competencia núm. 1/2019

Auto de 27 de marzo de 2019

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

**TEMA**

Cuestión de Competencia negativa: es imprescindible la existencia de un recurso contencioso-administrativo sobre el que proyectar dicha cuestión y que dos o más órganos de la Jurisdicción no subordinados entre sí rechacen su competencia para conocer de ese recurso.

**ASPECTOS EXAMINADOS**

- La Cuestión de competencia negativa se suscita entre el Juzgado de lo Contencioso-administrativo N° 13 de Madrid y el Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo N° 4, para conocer del recurso interpuesto contra la resolución del director provincial en Alicante del SPEE –por delegación de la directora general de este Organismo-, confirmada en alzada, que denegó al recurrente la ayuda solicitada al amparo del Real Decreto-ley 1/2011, de 11 de febrero.
- En el orden contencioso-administrativo la competencia viene determinada por la concreta actuación contra la que se interpone el recurso jurisdiccional -por todos, ATS de 19 de abril de 2017 (cuestión de competencia núm. 112/2016) En este caso, se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta del recurso de alzada interpuesto contra la resolución de 16 de febrero de 2016 del director provincial en Alicante del SPEE -por delegación de la directora general de este Organismo-, y fue contra dicha resolución que la letrada de la Administración de Justicia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 13 de Madrid, por decreto de 6 de junio de 2017, tuvo por interpuesto el recurso. Posteriormente el recurrente amplió el recurso a la resolución de 9 de octubre de 2017, desestimatoria del recurso de alzada interpuesto contra la previa resolución de 16 de febrero de 2016, recurso que se tuvo por ampliado por decreto del Letrado de la Administración de Justicia del Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo N° 4. Es cierto que el recurrente, en su demanda, hizo alusión a que por resolución de 2 de noviembre de 2016 de la directora provincial de Alicante del SPEE se inadmitió a trámite el recurso extraordinario de revisión interpuesto contra la resolución de 12 de septiembre de 2016 del director provincial de Alicante del SPEE, que acordó que no procedía la emisión de certificado acreditativo del silencio administrativo. Pero no consta que el recurso fuera ampliado a estas resoluciones. Es más, de la lectura de la demanda se desprende que todos los argumentos y razonamientos los dirige a combatir la resolución denegatoria de la ayuda solicitada, sin dedicar argumento impugnatorio alguno a la resolución de 12 de septiembre de 2016 que acordó que no procedía la emisión de certificado acreditativo del silencio administrativo, ni a la resolución de 2 de noviembre de 2016 que inadmite a trámite el recurso extraordinario de revisión, más allá de dejar constancia de que se habían dictado. Para que pueda plantearse una cuestión de competencia objetiva por los trámites del artículo 7.3 de la LJCA, es requisito imprescindible la existencia de un recurso contencioso-administrativo sobre el que proyectar dicha cuestión y que dos o más órganos de la Jurisdicción no subordinados entre sí rechacen su competencia para conocer de ese recurso. En este caso, el Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo N° 4 admite su competencia para conocer del recurso interpuesto contra la resolución de 16 de febrero de, 2016 del director provincial en Alicante del SPEE -por delegación de la directora general de este Organismo-, confirmada en alzada por resolución de 9 de octubre de 2017, por lo que sobre las mismas no se plantea conflicto alguno de competencia. Y aunque el citado Juzgado Central rechazó su competencia para conocer del recurso interpuesto contra la resolución de 2 de noviembre de 2016 de la Directora Provincial de Alicante del SPEE , que inadmite a trámite el recurso extraordinario de revisión interpuesto contra la resolución de 12 de septiembre de 2016 del director provincial de Alicante del SPEE, sin embargo, y como ha quedado reflejado en el razonamiento anterior, no consta que el recurso fuera ampliado a estas resoluciones, ni el Juzgado de lo Contencioso-administrativo N° 13 de Madrid se pronunció sobre la competencia en relación con las mismas, por lo que no puede plantearse un conflicto de competencias sobre unas resoluciones que no son objeto de recurso contencioso-administrativo. Por lo expuesto, procede declarar la inadmisión de la cuestión planteada.

**DATOS AUTO**

Cuestión de Competencia núm. 49/2018  
 Auto de 27 de marzo de 2019  
 Ponente: Excmo. Sr. D. Luís María Díez-Picazo Giménez.

**TEMA**

Competencia Objetiva: disposición que emana del Consejo de Ministros.

**ASPECTOS EXAMINADOS**

- La Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional considera competente a esta Sala del Tribunal Supremo para conocer del recurso contencioso-administrativo del que trae causa la presente cuestión de competencia, al tratarse de una disposición que emana del Consejo de Ministros. La presente exposición tiene su origen en la impugnación por el Colegio Oficial de Secretarios, Interventores y Tesoreros de la Administración Local de Murcia, del RD 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de la Administración Local con habilitación de carácter nacional.
- Por tanto, siendo el objeto del recurso una disposición reglamentaria proveniente del Consejo de Ministros, la competencia para conocer del mismo corresponde a esta Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, de conformidad con el artículo 12.1.a) de la Ley de esta Jurisdicción.

**DATOS AUTO**

Cuestión de Competencia núm. 47/2018  
 Auto de 27 de marzo de 2019  
 Ponente: Excmo. Sr. D. Luis María Díez-Picazo Giménez.

**TEMA**

Cuestión de competencia negativa: recurso frente a actos de entidades locales o entidades y corporaciones dependientes o vinculadas a las mismas.

**ASPECTOS EXAMINADOS**

- Cuestión de competencia negativa suscitada entre el Juzgado de lo Contencioso Administrativo Nº 16 de Madrid y el Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo Nº 3, para el conocimiento del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la inactividad de la empresa pública municipal Getafe Inicativas, S.A., al no facilitar el acceso a la información solicitada por dicha recurrente, y conminada a ello por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno mediante resolución de fecha 3 de abril de 2018.
- En el orden contencioso-administrativo la competencia viene determinada por la concreta actuación contra la que se interpone el recurso jurisdiccional -por todos, ATS de 19 de abril de 2017 (cuestión de competencia núm. 112/2016). Siendo evidente que la recurrente está ejercitando, ex artículo 25.2 LJCA, una acción de impugnación de una inactividad de la empresa pública municipal Getafe Inicativas, S.A., por lo que procede concluir que la competencia objetiva para conocer del recurso interpuesto corresponde al Juzgado de lo Contencioso-administrativo Nº 16 de Madrid, de conformidad con el artículo 8.1 LJCA, que establece que «Los Juzgados de lo Contencioso-administrativo conocerán, en única o primera instancia según lo dispuesto en esta ley, de los recursos que se deduzcan frente a los actos de las entidades locales o de las entidades y corporaciones dependientes o vinculadas a las mismas, excluidas las impugnaciones de cualquier clase de instrumentos de planeamiento urbanístico».

**DATOS PROVIDENCIA**

Recurso de Casación núm. 322/2018  
 Providencia de 4 de abril de 2019  
 Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Navarro Sanchís.

**TEMA**

Inadmisión. carencia de interés casacional objetivo: recurso que se refiere a cuestiones de hecho.

**ASPECTOS EXAMINADOS**

- Recurso de casación preparado contra la Sentencia dictada el 17 de septiembre de 2018, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (con sede en Málaga), que desestimó el recurso de apelación interpuesto contra auto que autorizó la entrada en el domicilio de la empresa recurrente.

- La Sala Acuerda su inadmisión a trámite, de conformidad con lo previsto en los apartados b) y d) del artículo 90.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa («LJCA»): (i) por incumplimiento de las exigencias que el artículo 89.2.f) LJCA impone al escrito de preparación, en cuanto que no se fundamenta suficientemente que concurren alguno o algunos de los presupuestos que, con arreglo a los apartados 2 y 3 del artículo 88 de la LJCA, permiten apreciar el interés casacional objetivo y la conveniencia de un pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo; y, en todo caso, (ii) por carencia de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. Tal es así porque el recurso, en su preparación, versa sustancialmente sobre cuestiones de hecho excluidas de la casación en virtud del artículo 87 bis LJCA, cuya apreciación y valoración en la instancia, tal y como resulta de la sentencia recurrida, se discute como determinante de la decisión judicial impugnada, siendo así que las cuestiones jurídicas que se planteen en casación no pueden desligarse del proceso suscitado en la instancia [vid autos de 21 de marzo (RCA/308/2016; ES:TS:2017:2123A) y 1 de junio de 2017 (RCA/ 1592/2017; ES:TS:2017:5379A)]. Al margen de ello, se ha denunciado la infracción de normas o de jurisprudencia relativas a actos o garantías procesales determinantes de indefensión, sin haberse acreditado que se hubiera pedido la subsanación de la falta o transgresión en la instancia, conforme al artículo 90.4.b) LJCA, en relación con el artículo 89.2.c) del mismo texto legal. En lo que concierne a la invocación del artículo 88.3, letra a), LJCA, la parte recurrente no ha justificado la concurrencia de los presupuestos para que opere la presunción que dicho precepto establece, pudiendo ser inadmitido.

#### DATOS AUTO

Recurso Ordinario de Casación núm. 76/2019  
 Auto de 2 de abril de 2019  
 Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

#### TEMA

Inadmisión: falta de legitimación.

#### ASPECTOS EXAMINADOS

- Recurso Contencioso Administrativo por el procedimiento especial de derechos fundamentales contra el Real Decreto 129/2019, de 4 de marzo, de disolución del Congreso de los Diputados y del Senado y de convocatoria de elecciones, por su disconformidad con la asignación de 32 diputados y 4 senadores a la circunscripción de Barcelona, en las Elecciones Generales previstas para el 28 de abril de 2019.
- La Sala declara que el recurso debe ser inadmitido por la falta de legitimación para impugnar el Real Decreto 129/2019, de 4 de marzo, de disolución del Congreso de los Diputados y del Senado y Convocatoria de Elecciones. Concorre, pues, la causa de inadmisibilidad prevista en el artículo 51:1 b) de la Ley de la Jurisdicción, tal como explica, en un supuesto semejante a este, la sentencia n.º 141/2018, de 1 de febrero, dictada en el recurso n.º 27/2017, interpuesto contra el Real Decreto 977/2015, de 24 de octubre, de disolución del Congreso de los Diputados y del Senado y de convocatoria de elecciones.
- En contra de lo que dice en las alegaciones, esa sentencia si es firme ya que la interposición de un recurso de amparo contra ella no le priva de esa condición. Y se debe resaltar que, habiéndosele planteado la posible carencia de legitimación por no pretender otra cosa que la defensa de la legalidad, ningún argumento nos ha dado al respecto en esas alegaciones. Desde luego, el tratarse de una convocatoria distinta no priva de virtualidad a las razones dadas entonces y es indiferente a los efectos que ahora importan el que no quiera discutir sobre "la proclamación de los votos" sino sobre la asignación de los mismos.

#### DATOS SENTENCIA

Recurso de Casación núm. 4118/2017  
 Sentencia núm. 483/2019

Fecha Sentencia: 9 de abril de 2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Segundo Menéndez Pérez.

## TEMA

Derecho a la protección de la vida privada: divulgación de información que se refiere a la participación de una empresa en una infracción en materia de prácticas colusorias: no lesiona el art. 25. CE la previsión normativa contenida en el art. 63.2 LDC en su aplicación a personal directivo unipersonal de la persona jurídica infractora. No lesiona el art. 18 CE la publicación del nombre de la persona física a que hace mención el art. 63.2. LDC.

## ASPECTOS EXAMINADOS

- Recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional sobre impugnación de Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, mediante la cual se impuso al recurrente una sanción de multa de 10.450 €, por la comisión de una infracción única y continuada prevista en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia.
- ASPECTOS EXAMINADOS
- La Sala desestima el recurso, diciendo: Este recurso no difiere en nada que sea jurídicamente relevante del que acaba de resolver esta Sala y Sección en su reciente sentencia de fecha 28 de marzo de 2019, dictada en el recurso de casación núm. 6360/2017. Por tanto, los principios de igualdad en la aplicación de la ley y de unidad de doctrina conducen al pronunciamiento desestimatorio entonces dictado y a la reproducción de las razones jurídicas que llevaron a él.
- Para ello, transcribimos, incorporándolos a esta sentencia, los fundamentos de derecho de aquélla que analizan el fondo de las cuestiones planteadas (sexto y séptimo); el que expresa la doctrina que se establece (octavo); y el relativo al pronunciamiento sobre costas (noveno).
- Dicen así:
  - «SEXTO. - Análisis normativo. El marco del derecho de la Unión Europea. La cuestión sometida al enjuiciamiento del presente recurso de casación se dilucida en el ámbito del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, arts. 114-122 de la LJCA que desarrolla las previsiones del art. 53.2 CE. Se pretende la anulación de una Resolución sancionadora bajo el argumento de que la sanción impuesta en virtud del art. 63.2 LDC infringe el art. 25 CE al tiempo que se interesa su nulidad por no haber disociado, previamente a su publicación, el nombre y apellidos del infractor sancionado, lo (que) lesiona el art. 18 CE. El art. 63.2. Ley Defensa Competencia 15/2007, de 3 de julio, estatuye que: "2. Además de la sanción prevista en el apartado anterior, cuando el infractor sea una persona jurídica, se podrá imponer una multa de hasta 60,000 euros a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión quedan excluidas de la sanción aquellas personas que, formando parte de los órganos colegiados de administración, no hubieran asistido a las reuniones o hubieran votado en contra o salvado su voto." La Ley 3/2013, de 4 de junio de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en su art. 37. Publicidad de las actuaciones expresa: "1. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia hará públicas todas las disposiciones, resoluciones, acuerdos e informes que se dicten en aplicación de las leyes que las regulan, una vez notificados a los interesados, tras resolver en su caso sobre los aspectos confidenciales de su contenido y previa disociación de los datos de carácter personal a los que se refiere el artículo 3.a) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, salvo en lo que se refiere al nombre de los infractores. En particular, se difundirán." Apartado el anterior análogo al derogado art. 27.4 de la Ley de Defensa de la Competencia. "4. Las resoluciones, acuerdos e informes se harán públicos por medios informáticos y telemáticos una vez notificados a los interesados, tras resolver, en su caso, sobre los aspectos confidenciales de su contenido y previa disociación de los datos de carácter personal a los que se refiere el artículo 3.a) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, salvo en lo que se refiere al nombre de los infractores." El Reglamento (CE) N° 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado nada nos dice sobre las personas físicas que se integran en las empresas investigadas por prácticas colusorias, aunque si hace mención, en su art. 20, a la necesaria colaboración de los representantes o miembros del personal de la empresa con las investigaciones de la comisión. Sus art. 27 y 28 garantizan los secretos comerciales y profesionales mientras el 30 el secreto comercial al publicar la sanción que corresponda.

Vemos, pues, que toma el concepto representante en un sentido amplio que incluye el voluntario, pues no hace mención a su cualidad de representante legal y respecto de los trabajadores no exige una determinada posición en la empresa investigada. Más expresiva es la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n° 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales») pues en su art. 2 nos define «comerciante»: cualquier persona física o jurídica que, en las prácticas comerciales contempladas por la presente Directiva, actúe con un propósito relacionado con su actividad económica, negocio, oficio o profesión, así como cualquiera que actúe en nombre del comerciante o por cuenta de éste. Constatamos que aquí se toma en cuenta cualquiera que actúe en nombre o por cuenta del comerciante.

- El juicio de la Sala. Inexistencia vulneración del art. 25. 2. CE y del art. 18. CE. Si atendemos a la regulación legal nacional engarzada con el marco del derecho de la Unión Europea expresado, cabe concluir que la interpretación llevada a efecto por la Sala de instancia es ajustada a nuestro sistema constitucional sin que, por tanto, fuere preciso el planteamiento de cuestión alguna de inconstitucionalidad como ha interesado el recurrente. Es certera la interpretación efectuada por la Sala a la hora de incluir al recurrente, que concurrió con otros sujetos directivos o representantes de otras empresas, a la reunión en que se acordó la práctica vedada por la Ley de Defensa de la Competencia y lo hizo en su condición de Vicesecretario del Consejo de Administración, es decir como sujeto componente del órgano directivo de la empresa. Resulta absurdo alegar que no existe un acuerdo del consejo de administración aprobando la práctica colusoria. Parece evidente que no se va a consignar en acta la comisión de un ilícito administrativo de la naturaleza del aquí cuestionado, reparto del mercado a través de la constitución sistemática de una UTE para concurrir y adjudicarse contratos tras acuerdo previo de precios en las licitaciones. Por ello el prolijo alegato pretendiendo una interpretación restrictiva de la legislación mercantil resulta inapropiado, aunque nos desenvolvamos en derecho sancionador. De lo obrante en autos no se evidencia que la empresa en la que se integra el recurrente rechazase que su actividad no hubiera sido no solo encomendada por la misma, sino que fue beneficiada en los procedimientos de contratación convocados por XXX. Por tal razón su calificación como miembro del órgano directivo no es contraria al art. 25.2. CE. Tampoco lesiona el art. 18 CE la publicación de la infracción en su totalidad, esto es el de la empresa infractora y el del miembro de la misma que acordó/decidió la práctica colusoria. Asume esta Sala los razonamientos de instancia acerca de que el recurrente no justifica razones para mantener la confidencialidad del dato de la sanción impuesta. Debemos añadir que no está en juego el derecho a la intimidad personal garantizado por el art. 18 CE pues la conducta desarrollada no ha tenido lugar en el ámbito de la vida privada y buen nombre del recurrente. La sanción impuesta lo ha sido como consecuencia de su conducta profesional voluntariamente desarrollada en una empresa que ha infringido la Ley de Defensa de la Competencia. Como expresa el apartado 72 de la Sentencia de 30 de mayo de 2006 del tribunal de Primera Instancia en el asunto 198/2003, Bank Austria/Comisión sobre prácticas contrarias a los arts. 81 y 92 del Tratado CE "el legislador comunitario ha ponderado el interés general en la transparencia de la acción comunitaria y los intereses que pueden oponérseles en diferentes actos de Derecho derivado". Su apartado 94 rechaza el alegato de la empresa sancionada acerca de que la Decisión sancionadora permite identificar a las personas físicas que participaron en las reuniones, apartado 93, por no existir violación de sus propios derechos que ni si quiera se alega. Pero más relevante en lo que aquí importa es su apartado 78 "Por otro lado, el interés de una empresa a quien la Comisión ha impuesto una multa por infracción del Derecho de la competencia en que no se divulguen públicamente los detalles de la conducta constitutiva de infracción que se le imputa no merece ninguna protección particular, habida cuenta del interés del público en conocer con la mayor amplitud posible los motivos de cualquier acción de la Comisión, del interés de los operadores económicos en saber cuáles son las conductas por las que pueden ser sancionados y del interés de las personas perjudicadas por la infracción en conocer sus detalles, con el fin de poder hacer valer, en su caso, sus derechos frente a las empresas sancionadas, y considerando que la empresa dispone de la facultad de someter a control jurisdiccional tal decisión." Vemos, pues, que lo reflejado en la Exposición de Motivos de la LDC, tal cual ha alegado el ministerio público, tiene un pleno antecedente en el derecho de la Unión Europea "se prevé la publicidad de todas las sanciones impuestas en aplicación de la Ley, lo que reforzará el poder disuasorio y ejemplar de las resoluciones que se adopten". Y en fecha más reciente la Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de marzo de 2017, asunto 162/2015, Evonik Degussa

GmbH/Comisión Europea, sanción por existencia de cártel ilegal en el mercado europeo del peróxido de hidrógeno y del perborato nos dice en su punto 117. "Procede señalar que el Tribunal General declaró, en los apartados 125 y 126 de la sentencia recurrida, que el derecho a la protección de la vida privada garantizado por el artículo 8 del CEDH y el artículo 7 de la Carta no puede impedir la divulgación de información que, como la que se prevé publicar en el caso de autos, se refiere a la participación de una empresa en una infracción del Derecho de la Unión en materia de prácticas colusorias, declarada en una decisión de la Comisión adoptada con arreglo a lo previsto en el artículo 23 del Reglamento n° 1/2003 y destinada a publicarse de conformidad con el artículo 30 del mismo Reglamento, ya que un particular no puede, de acuerdo con reiterada jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, invocar lo dispuesto en el artículo 8 del CEDH para quejarse de un perjuicio a su reputación que resulte de forma previsible de sus propias acciones." Y en el plano del TEDH la Sentencia de 25 de septiembre de 2018, demanda 76639/11, Demisov/Ucrania, en el apartado 98 cita la de 7 de febrero de 2012, demanda 39954/08, referida a una infracción penal, extiende esa no invocación del art. 8 CEDH a irregularidades de otra naturaleza que comprometan la responsabilidad de una persona y conllevan consecuencias negativas previsibles sobre la "vida privada" cuando deriva de sus propias acciones.

- Lo que reitera en apartados 121 y siguientes. La doctrina de la Sala: A los efectos del artículo 93.1 de la LICA, se establece en los precedentes fundamentos la interpretación de aquellas normas sobre las que el auto de admisión consideró necesario el enjuiciamiento del presente recurso de casación por esta Sala Tercera del Tribunal Supremo y, conforme a ello, declara: Que no lesiona el art. 25. CE la previsión normativa contenida en el art. 63.2 LDC en su aplicación a personar directivo unipersonal de la persona jurídica infractora. Que no lesiona el art. 18 CE la publicación del nombre de la persona física a que hace mención el art. 63.2. LDC.

**DATOS SENTENCIA**

Sentencia nº. 145/19

Fecha Sentencia: 27/02/19 (SENTENCIA DE PLENO)

Recurso de casación en unificación de doctrina nº 3597/17.

Ponente: Excm. Sra. D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> Luisa Segoviana Astaburuaga.

**TEMA**

Revisión de actos declarativos de derechos (reclamación por el FOGASA de prestaciones indebidas; efecto positivo cosa juzgada).

**ASPECTOS EXAMINADOS**

- Se plantea si es ajustada a derecho la demanda presentada por el FOGASA en reclamación de prestaciones indebidas, cuando dichas prestaciones han sido reconocidas a la trabajadora por sentencia firme en virtud del efecto del silencio positivo, al no haber resuelto el citado organismo en el plazo de tres meses la petición de prestaciones que le formuló la trabajadora. La sentencia del TSJ objeto del recurso de casación que examinamos, invocando la doctrina del Tribunal Constitucional, entendió que ha de prevalecer el instituto de la cosa juzgada derivado de la resolución dictada por el Juzgado de lo Social que estimó la demanda de la beneficiaria de la prestación después de que se declarase por Decreto, en la demanda de ejecución, la insolvencia de la empresa, y la trabajadora solicitase la prestación, condenando al FOGASA al abono. Consta en HP que la trabajadora solicitó al FOGASA determinadas prestaciones, no obteniendo resolución expresa en el plazo de tres meses; superado dicho plazo, el FOGASA dicta resolución reconociendo solo una parte de las prestaciones solicitadas, lo que lleva a las trabajadoras a presentar demanda ante el correspondiente Juzgado de lo Social, que concluye con sentencia en la que se condena al FOGASA a abonar la totalidad de la prestación reclamada en virtud del efecto del silencio positivo. El FOGASA presenta demanda de revisión de actos declarativos de derechos y reintegro de cantidades, a fin de que se deje sin efecto el acto presunto estimatorio de la solicitud de prestaciones.
- Se examina la infracción de los artículos 222.1 y 4 de la LEC y 146 de la LRJS, artículos 42, 43 y 62.1 f) de la LRJPAC, vigente a la sazón, coincidentes con los actuales artículos 21, 24 y 47, respectivamente de la LPACAP y 28.7 RD 505/1985, de 6 de marzo, en relación con el artículo 33.1 y 2 ET. En el Suplico de la demanda el FOGASA solicita que se tenga por formulada demanda de revisión de actos declarativos de derechos que se reconocen en la resolución del Fondo de Garantía Salarial en materia de prestaciones de garantía salarial y Sentencia del Juzgado de lo Social, como beneficiario de las prestaciones indebidamente reconocidas, y se dicte sentencia por la que se declare la nulidad o, subsidiariamente, anulabilidad de la mencionada resolución administrativa.
- Se pone de manifiesto que la Jurisprudencia existente hasta el momento no ha resuelto el tema planteado, sino supuestos diferentes relativos a la condena al FOGASA a abonar las prestaciones reclamadas en virtud de la aplicación del efecto del silencio positivo, a tenor de lo establecido en el artículo 28.7 del RD 505/1985 y 43.1 de la Ley 30/1992.
- La Sala del Alto Tribunal resuelve a continuación la alegación sobre la inaplicabilidad al supuesto de autos del efecto de cosa juzgada ya que con ello se vulneraría el artículo 47.1 f) de la LPACAP. Hace referencia la Sala a la Jurisprudencia sobre la Cosa Juzgada en su concepción más amplia, a la que se refiere el art. 222 de la LEC que ha mitigado el rigor en la apreciación de las identidades, con especial incidencia en la subjetiva pues, este precepto, en relación con el artículo 10 del propio texto legal, determina que la cosa juzgada afecta a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos no litigantes titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes, tanto de las que comparezcan y actúen en juicio como a los titulares de la relación jurídica u objeto litigioso. Con la nueva normativa cobra mayor vigor la doctrina considerando necesaria su aplicación a una relación como la laboral, de tracto sucesivo, susceptible de planteamientos sucesivos por distintos sujetos diferentes con idéntica pretensión. Entiende la Jurisprudencia que no excluye el efecto de cosa juzgada material el hecho de que en los procesos puestos en comparación se hayan ejercitado acciones distintas por sujetos diferentes. A diferencia de lo que ocurre con el efecto negativo, el efecto positivo de la cosa juzgada no exige una completa identidad, que de darse excluiría el segundo proceso, sino que para el efecto positivo es suficiente que lo decidido -lo juzgado- en el primer proceso entre las mismas partes actúe en el segundo proceso como elemento condicionante o prejudicial, de forma que la primera sentencia no excluya el segundo pronunciamiento, pero lo condiciona, vinculándolo a lo ya fallado.

- En el caso de autos se ha de resolver si estamos ante el efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada, o ante el efecto positivo o prejudicial. La demanda rectora de la litis es interpuesta por el FOGASA contra la beneficiaria, en reclamación de revisión de actos declarativos de derechos, interesando la nulidad o, subsidiariamente la anulabilidad, de la resolución administrativa presunta por la que se reconocen a la demandada prestaciones. El objeto del proceso anterior, plasmado en la demanda interpuesta por la trabajadora frente al FOGASA, es la reclamación de prestaciones en concepto de indemnización por despido por causas objetivas, reconocida y no abonada por la empresa que ha sido declarada insolvente, en tanto el objeto del proceso actual, demanda interpuesta por el FOGASA frente a la trabajadora, es la revisión de actos declarativos de derechos, que se declare la nulidad o, subsidiariamente la anulabilidad, de la resolución administrativa presunta por la que se reconocen a la demandada prestaciones y se le condene al reintegro de dicha cantidad. Por lo tanto, no concurre la identidad del objeto de uno y otro proceso exigida por el artículo 222.1 de la LEC, lo que impide apreciar el efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada. El artículo 222.4 de la LEC regula el efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada: "Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en este aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal". Los litigantes de esta litis son los mismos, siendo irrelevante que su postura procesal no sea la misma en ambos procesos; lo relevante es la identidad de los litigantes y que lo resuelto en el primer proceso aparezca como antecedente lógico de lo que sea objeto del segundo, circunstancias ambas que concurren en este asunto. Por lo tanto, concurren los requisitos exigidos para apreciar el efecto de cosa juzgada positiva o prejudicial, lo que supone que en la sentencia que ahora se dicte se ha de partir de que hay una sentencia firme del Juzgado de lo Social que ha estimado la demanda y condenado al FOGASA, por lo que no procede acceder a lo solicitado en la demanda.

Pone de manifiesto la Sala que de admitirse la pretensión del FOGASA se vulneraría el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y seguridad jurídica, que exige que las resoluciones judiciales tengan la eficacia que supone la ejecución en sus propios términos y el respeto a la firmeza de las situaciones jurídicas declaradas, habiendo puesto de manifiesto la propia Sala en anteriores sentencias que el art. 239.5 LRJS subraya lo excepcional de la declaración de inexecución y dispone que "Solamente puede decretarse la inexecución de una sentencia u otro título ejecutivo si, decidiéndose expresamente en resolución motivada, se fundamenta en una causa prevista en una norma legal y no interpretada restrictivamente ...", y para evitar los supuestos de posible vulneración de la tutela judicial efectiva concede el acceso al recurso, estableciendo expresamente que "Contra el auto resolutorio del recurso de reposición interpuesto contra el auto en que se deniegue el despacho de la ejecución procederá recurso de suplicación o de casación ordinario, en su caso". Existe ciertamente una sentencia firme que condena al FOGASA a abonar a la trabajadora una determinada cantidad, sin que proceda dejar sin efecto la ejecución de dicha sentencia firme mediante el mecanismo de presentar una demanda contra la citada trabajadora para que se declare la nulidad del acto administrativo.

#### DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 159/19  
 Fecha Sentencia: 4/03/19 (SENTENCIA DE PLENO; VOTO PARTICULAR)  
 Recurso de casación nº 187/17.  
 Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Antonio Blasco Pellicer

#### TEMA

Conflicto Colectivo (legitimación activa asociaciones profesionales).

#### ASPECTOS EXAMINADOS

- La sentencia de instancia en el presente recurso, sin entrar a conocer del fondo de la cuestión planteada, ha declarado la falta de legitimación activa de la asociación empresarial demandante para impugnar un Acuerdo Marco por ilegalidad o por lesividad, y la recurrida confirma tal apreciación porque considera que las legitimadas a tal fin son las asociaciones empresariales que acrediten un interés legítimo para impugnarlo, y por no ostentar la condición de tercero la demandante, al estar incluida en el ámbito de aplicación del Convenio.
- La sentencia que examinamos parte para la resolución del recurso de las siguientes consideraciones:

- a) El art. 24.1 CE concede el derecho a la tutela judicial efectiva a todas las personas que son titulares de derechos e intereses legítimos, "imponiendo a los Jueces y Tribunales la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las Leyes procesales utilicen en orden a la atribución de legitimación activa para acceder a los procesos judiciales", según establece la doctrina del TC, preconizando una interpretación flexible de las normas procesales que regulan el proceso en sentido amplio, conforme al principio "pro actione". Sobre la legitimación activa se señala que consiste en la capacidad para poder ser sujeto de la relación procesal o capacidad para ser parte (legitimación ad procesum), que se diferencia de la legitimación para actuar en un concreto proceso y respecto de una determinada pretensión (legitimación ad causam).
- b) La determinación de la existencia o no de legitimación activa es materia de orden público procesal, y por ello apreciable de oficio en tanto en cuanto nos encontramos ante un supuesto de "manifiesta falta de acción", entendida ésta en sentido concreto, porque atañe a la cuestión de si se ostenta interés legítimo para solicitar de los órganos judiciales una resolución
- c) La legitimación para impugnar por ilegalidad o lesividad un convenio colectivo se ha restringido legalmente (artículo 165 LRJS) a unos concretos sujetos y, constitucionalmente, se ha considerado que tal limitación es conforme con el art. 24 CE", en la medida en que existen sujetos colectivos que encarnan el interés común y que representan legalmente a los incluidos en el ámbito del convenio" y, además, es "proporcionada a los límites que el derecho a la negociación colectiva y el carácter vinculante de los Convenios justifica que se impongan".
- d) En cuanto a los niveles de relación entre el sujeto y el objeto de la pretensión, indica la sentencia que cabe diferenciar tres niveles: el primero consistente en un interés genérico y abstracto en preservar la aplicación del derecho en un determinado sentido, sin que ello influya en la esfera de intereses propios de quien lo ejercita, que queda fuera del ámbito de la legitimación, pues nadie puede comparecer en un proceso "como un guardián abstracto de la legalidad"; un segundo nivel calificado por el interés en defender un derecho que sí atañe de forma directa al ámbito de actuación de la persona física o jurídica que actúa, puesto que la solución que se dé al pleito afecta a la esfera de derechos que le son propios, en cuyo caso estamos ante la defensa de un interés legítimo y por ello legitimador; un tercer nivel, que es el propio de la legitimación en su sentido tradicional que es el que manifiesta quien se atribuye la condición de titular del derecho subjetivo que se halla discutido en el pleito.
- e) En términos constitucionales se ha dicho respecto de la legitimación activa, en relación con el interés legítimo, que "se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo o negativo actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real. Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta".
- f) Por último, en orden a la carga de la prueba sobre la legitimación, se ha dicho que la misma corresponde a la parte demandante que está interesada, a tenor del art. 217.2 de la LEC.
- En aplicación de los anteriores preceptos y bajo los criterios constitucionales y jurisprudenciales, se debe concluir en que los demandantes deben ser alguno de los sujetos que, identificados por el artículo 165 LRJS, representen los intereses de un colectivo, debiendo mediar, además, un interés de los mismos en la concreta pretensión. Esto es, ese interés no solo se configura como un interés colectivo de quienes se representan, sino que debe existir un vínculo especial y concreto entre dicho sujeto, que al ser persona jurídica se vincularía a sus fines, actividad, etc., y el objeto del debate en el pleito de que se trate. Más específicamente, y en relación con las Asociaciones empresariales, se ha dicho por la Jurisprudencia que, a tenor del precepto legal antes citado, no todas las asociaciones empresariales están legitimadas activamente, sino solo aquellas en las que concurra la cualificación de "interesadas". Todo ello, dentro del marco legal en el que se configuran las asociaciones empresariales, como derecho fundamental que se reconoce en el art. 7 CE, como organizaciones que contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios; esto es, la asociación se constituye en la rama de actividad que estima conveniente para la defensa de sus intereses respectivos, tal y como reconoce el art. 1.1 de la Ley 19/1977, de 1 de abril, reguladora del derecho de Asociación Sindical, y el art. 1 del Real Decreto 416/2015, de 29 de mayo, sobre depósito de estatutos de las organizaciones sindicales y empresariales.
- En el caso objeto del pleito resulta que la Asociación de Empresas de Transporte discrecional de Viajeros de Castilla y León (ASETRADIS) impugna el Acuerdo Marco Estatal sobre materias del transporte de viajeros por carretera, mediante vehículos

de tracción mecánica de más de nueve plazas, incluido el conductor, suscrito con fecha 22 de diciembre de 2014, de una parte por la Federación Empresarial Nacional de Transporte de Viajeros por Carretera (F- ASINTRA) y la Federación Empresarial de Transporte Interurbano de Viajeros en Autobús (FENEBUS) en representación de las empresas del sector; y de otra, por los Sindicatos del Sector Estatal de Carretera de la Federación de Servicios a la Ciudadanía de CCOO, y de la Federación de Servicios para la Movilidad y el Consumo de la UGT en representación de los trabajadores. La Asociación impugnante y recurrente, ASTRADIS, está afectada por el referido Acuerdo Marco, pero no fue firmante del mismo. Los preceptos impugnados regulan la "sucesión convencional y la subrogación" y según el artículo 19.1, lo previsto en el presente título "será de exclusiva aplicación a los servicios de transporte regular permanente de uso general, urbanos o interurbanos, de viajeros por carretera con vehículos de tracción mecánica de más de nueve plazas incluida la del Conductor, prestados en régimen de concesión administrativa o por cualquiera de las fórmulas de gestión indirecta de servicios públicos contempladas en la Ley de Contratos del Sector Público. Y todo ello con independencia de que la Empresa que preste o vaya a prestar este tipo de servicios se dedique a otra actividad de transporte o de la industria o los servicios". La sentencia recurrida niega legitimación a la recurrente por las dos vías posibles que ofrece la LRJS.

- Los preceptos por los que se impugna la sentencia son el 24 CE y 165 LRJS, limitando el objeto del recurso a la denegación de legitimación activa para la impugnación de parte del Acuerdo Marco por ilegalidad. Y entiende la sentencia que examinamos que la aplicación de la doctrina expuesta abona una respuesta estimatoria del recurso que se fundamenta en los siguientes razonamientos:
  - a) La recurrente es una Asociación empresarial que asocia a empresas cuya actividad principal es el transporte discrecional de viajeros por carretera y el transporte regular de uso especial. Consecuentemente, cabe perfectamente que en el seno de ASTRADIS existan empresas cuya actividad principal sea la descrita, pero que, con carácter no principal o de manera accesoria realicen la actividad de transporte regular.
  - b) Entender que ninguna empresa de ASTRADIS realiza diferentes actividades de transporte de viajeros, incluido el transporte regular, es una suposición que no tiene reflejo en los hechos probados de la sentencia recurrida, ya que una cosa es decir que las actividades principales no están incluidas en el ámbito de aplicación de los preceptos impugnados y, otra muy distinta, negar la realidad de que cualquier empresa afiliada a la recurrente se dedique, de facto, o pueda dedicarse en el ámbito temporal a que se contrae el Acuerdo Marco a la actividad de transporte regular.
  - c) El artículo 19.1 del Acuerdo Marco, literalmente, incluye a "los servicios de transporte regular permanente de uso general", y excluye a los que no lo sean; pero no realiza la inclusión/exclusión en relación a las empresas que efectúen tal servicio porque, obviamente, parte de la premisa de que existen empresas de transportes de viajeros que realizan simultáneamente servicios de transporte regular permanente, de transporte regular no permanente o de transporte discrecional.
  - d) Concorre, por tanto, el interés legalmente exigido, pues la acreditación del interés legítimo y, por consiguiente, la condición de asociación empresarial interesada se obtiene, como es el caso, cuando los representados por el sujeto demandante están incluidos en los ámbitos funcional y personal del convenio colectivo impugnado.
  - e) Efectuar, como hace la sentencia recurrida, una interpretación restrictiva que descansa en que los preceptos impugnados podrían no afectar a las empresas integradas en la entidad impugnante porque agrupa "principalmente", pero no "exclusivamente" a las empresas de transporte discrecional y no regular, implica restringir indebidamente el ámbito de la legitimación activa, tal como ha sido establecido normativamente e interpretado jurisprudencialmente y, lo que resulta más grave, afecta al principio "pro actione" y al derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE.

#### DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 160/19

Fecha Sentencia: 5/03/19 (SENTENCIA DE PLENO; VOTO PARTICULAR)

Recurso de casación para la unificación de doctrina nº 620/18.

Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Ángel Luélmo Millán.

**TEMA**

Despido (funcionamiento y finalidad del FOGASA; posibilidad de opción del FOGASA por la indemnización).

**ASPECTOS EXAMINADOS**

- Se aborda la cuestión, en el marco de dos despidos objetivos por cierre de la empresa, de la responsabilidad del FOGASA en el abono a los trabajadores demandantes de los salarios comprendidos entre el referido cierre y cese de aquéllos y la fecha de la sentencia de instancia. Se trata de una empresa declarada en concurso de acreedores, que no asistió a juicio, donde la Administradora del concurso fue citada juntamente con el FOGASA. La sentencia de instancia estimó la demanda y previa declaración de extinción del vínculo laboral, condenó a la empresa a abonar sendas indemnizaciones "junto con los salarios de tramitación devengados entre la fecha del despido y la de la presente resolución.....todo ello con la convocatoria de la administradora concursal de la empresa y la intervención del Fondo de Garantía Salarial". La sentencia de suplicación confirma la resolución recurrida por entender que no es aplicable el art 23.3 de la LRJS (El Fondo de Garantía Salarial dispondrá de plenas facultades de actuación en el proceso como parte, pudiendo oponer toda clase de excepciones y medios de defensa, aun los personales del demandado, y cuantos hechos obstativos, impeditivos o modificativos puedan dar lugar a la desestimación total o parcial de la demanda, así como proponer y practicar prueba e interponer toda clase de recursos contra las resoluciones interlocutorias o definitivas que se dicten), ya que no se está en el caso, dice, "de una excepción ni de un medio de defensa y tampoco es un hecho obstativo, impeditivo o modificativo de la responsabilidad empresarial y en ningún caso ese ejercicio conlleva una desestimación total o parcial de la demanda".
- El FOGASA formula recurso de casación para la unificación de doctrina y alega como infringido el art 110.1.a) de la LRJS en relación con el 23.2 y 3 de la misma norma y con el art 33 ET. Señala la sentencia que el Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial, adelanta ya en su Preámbulo que este organismo se constituye en un fondo público para garantizar la percepción de salarios adecuados e indemnizaciones insatisfechas por causas derivadas del desequilibrio patrimonial de las empresas. Sus recursos económicos, en buena parte privados, proceden de diversas fuentes pero son limitados, según se desprende del art 3 de la misma norma reglamentaria, en cuyo nº 2 se prevé como una de tales fuentes las cantidades por subrogación de dicho organismo, concretando el art 33.4 del ET, que para el reembolso de las cantidades satisfechas conforme a los números 1 y 3 de este artículo, el Fondo de Garantía Salarial se subrogará obligatoriamente en los derechos y acciones de los trabajadores frente a los empresarios deudores, lo cual resulta en la práctica ineficaz cuando se trata de empresas desaparecidas o, como acontece en el caso presente, se hallan cerradas, sin actividad, de baja en la Seguridad Social y en situación de concurso, incluso teniendo en cuenta lo dispuesto en el art 33.3 y 4 del ET, que reconoce a dicho ente la condición de acreedor en el oportuno expediente y su crédito como privilegiado. De otra parte, el FOGASA, como organismo autónomo adscrito al Mº de Empleo y Seguridad Social, tal y como establece la ley (art 33.1 ET), se debe al general principio de estabilidad, que, en términos más concretos, proclama, respecto de los presupuestos de las distintas Administraciones Públicas, el art 135.1 de la CE, lo que más ampliamente abarca, evidentemente, todas cuantas actuaciones realicen dichas Administraciones en defensa de los intereses públicos gestionados, como los que alude el art 23.1 de la LRJS en referencia precisamente al FOGASA, lo que supone un equilibrio entre recursos y financiación (art 33.5 ET), de un lado, y gasto de otro, para que pueda llevar a cabo adecuadamente los fines que le son propios, so pena de que el déficit que de otro modo pudiera surgir impidiera el cumplimiento de los mismos y la quiebra del espíritu y filosofía social que ha dado origen al organismo.
- Sobre la base de lo expuesto, y teniendo en cuenta las concretas circunstancias del caso y el contenido del art. 23 de la LRJS antes transcrito, ello supone que en esa condición de responsable subsidiario puede asumir en el procedimiento el lugar de la empresa cuando la misma no concurre a tal acto imposibilitando así su propia defensa, al menos en los concretos aspectos que estén previstos de forma igualmente legal, como sucede con la precisión del art 110.1.a) de la LRJS, que señala que "en el acto de juicio, la parte titular de la opción entre readmisión o indemnización podrá anticipar su opción, para el caso de declaración de improcedencia, mediante expresa manifestación en tal sentido, sobre la que se pronunciará el juez en la sentencia, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 111 y 112".
- Manifiesta la Sala del Alto Tribunal que la sentencia de suplicación considera que no es posible entender que dentro de las facultades del FOGASA a que se refiere el art 23.3 de la LRJS esté la de optar para el caso de improcedencia del despido porque "en los términos que emplea el precepto no es una excepción, ni un medio de defensa y tampoco es un hecho obstativo, impeditivo o modificativo de la responsabilidad empresarial", en una interpretación que no considera conforme a

la propia teleología del precepto y que no parece tener en cuenta el contenido del art 3.1 del Código Civil cuando se refiere al "espíritu y finalidad" de la norma, que son sus criterios fundamentales para toda hermenéutica normativa.

- Del mismo modo entiende la Sala que se ha de rechazar el argumento de aquélla de que no es posible extender tal derecho (el de opción del art 56 ET) al FOGASA "que carece de la condición de empresario", pues una cosa es que el trabajador solicite la indemnización en juicio conforme al apartado b) del mencionado art 110.1 LRJS y otra la facultad empresarial al respecto, porque el FOGASA no ocupa el lugar de aquél sino de la empresa (apartado a) de ese precepto). La Sala entiende la dificultad de considerar que el derecho de opción no se ejercite por su titular y lo haga un tercero, el FOGASA, que, en principio, es ajeno a la relación laboral, siendo, como se decía, un garante subsidiario en las cantidades previstas en el artículo 33 ET. No obstante, esta posición está extraordinariamente reforzada en el aspecto procesal, como se indica en el referido art. 23 ET y concordantes; especialmente porque el artículo 23.2 autoriza al FOGASA a instar en el proceso "lo que convenga en Derecho", por lo que la Sala considera factible que el FOGASA pueda ejercitar el derecho de opción con efectos plenos en aquellos casos en los que concurren, simultáneamente, las siguientes circunstancias: en primer lugar, que la empresa no haya comparecido en el acto del juicio; en segundo, que estemos en presencia de alguno de los supuestos previstos en el artículo 23.2 LRJS, esto es, que se trate de empresas incursas en procedimientos concursales, declaradas insolventes o desaparecidas, siempre que conste que la empresa ha cerrado sus actividades, siendo, en consecuencia, imposible o de difícil realización la readmisión; en tercero, que se trate de un supuesto en el que el titular de la opción fuere el empresario, pues no se puede sustituir el derecho de opción de quien no lo tiene; y, en cuarto lugar, que el FOGASA haya comparecido en el procedimiento en el momento de efectuar la opción. Y así, resulta claro que el organismo de garantía puede instar que se anticipe dicha opción en tal sentido (indemnización) en un caso de las características del presente, donde la empresa, de hecho, se halla de todo punto imposibilitada de readmitir, opción que, de haberla propuesto, supondría un ejercicio de absoluta incongruencia con la realidad si no de un hipotético intento fraudulento con no se sabe qué objeto.

#### DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 207/19

Fecha Sentencia: 13/03/19 (SENTENCIA DE PLENO; VOTO PARTICULAR)

Recurso de casación para la unificación de doctrina nº 3970/16.

Ponente: Excm. D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Lourdes Arastey Sahún.

#### TEMA

Despido (Cuestiones Prejudiciales; incongruencia [la contradicción en las infracciones procesales]; indemnización en los contratos temporales de interinidad por sustitución [diferencias con los contratos fijos y el resto de temporales])

#### ASPECTOS EXAMINADOS

- Tiene por objeto este pleito la demanda de despido de una trabajadora que venía prestando servicios para el Ministerio de Defensa en virtud de una serie de contratos temporales, el último de 17.08.05, de sustitución con carácter interino de otra trabajadora en situación de liberada sindical. En el último contrato, la actora prestó servicios inicialmente en el Registro del Órgano de Dirección y a partir de 19.09.07 fue secretaria particular del Subdirector General de Planificación y Programas, con categoría de oficial de mantenimiento y oficios, categoría a extinguir que pasó a ser la de Oficial de Actividades Técnicas y Profesionales por resolución de 16.11.06. El 13.09.12 se le notifica la extinción del contrato.
- En el pleito que examinamos, por el Juzgado de lo Social se dictó sentencia desestimando la demanda interpuesta por la trabajadora frente al Ministerio de Defensa, sentencia que fue recurrida en suplicación por la actora ante la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, la cual dictó providencia el 16 de octubre de 2010 dando audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal para que "aleguen lo que a su derecho convenga respecto de la posible vulneración por el artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, 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 trabajo de duración determinada, que establece: "El presente Acuerdo se aplica a los trabajadores con un trabajo de duración determinada cuyo contrato o relación laboral esté definido por la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en cada Estado miembro". Entendiendo la directiva por "trabajador con contrato de duración determinada": el trabajador con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por

condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado"; acordando posteriormente, por Auto de 9 de diciembre de 2014, elevar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea Cuestión Prejudicial sobre las siguientes materias:

- Primera: ¿Ha de entenderse comprendida la indemnización por la finalización del contrato temporal en las condiciones de trabajo a las que se refiere la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP?
- Segunda: Si se entiende dicha indemnización incluida en las condiciones de trabajo, ¿los trabajadores con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado, han de percibir a la finalización del contrato la misma indemnización que correspondería a un trabajador con contrato de duración indefinida comparable cuando el contrato de éste se extingue por causas objetivas?
- Tercera: Si el trabajador temporal tiene derecho a percibir la misma indemnización que corresponde a un trabajador indefinido al producirse la extinción por causas objetivas ¿ha de entenderse que el artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores ha traspuesto adecuadamente 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 o es discriminatorio y contrario a la misma vulnerando su objetivo y efecto útil?
- Cuarto: No existiendo razones objetivas para exceptuar a los trabajadores interinos del derecho a percibir una indemnización por la finalización del contrato temporal ¿es discriminatoria la distinción que el Estatuto de los Trabajadores establece entre las condiciones de trabajo de estos trabajadores no solo frente a las condiciones de los trabajadores indefinidos sino también respecto de las de los demás trabajadores temporales?"
- En respuesta a las anteriores cuestiones, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó sentencia el 14 de septiembre de 2016 (c-596/14) en la que declara:
  - "1) La cláusula 4, 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 el concepto de "condiciones de trabajo" incluye la indemnización que un empresario está obligado a abonar a un trabajador por razón de la finalización de su contrato de trabajo de duración determinada.
  - 2) La cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal que deniega cualquier indemnización por finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad, mientras que permite la concesión de tal indemnización en particular, a los trabajadores fijos comparables. El mero hecho de que este trabajador haya prestado sus servicios en virtud de un contrato de interinidad no puede constituir una razón objetiva que permita justificar la negativa a que dicho trabajador tenga derecho a la mencionada indemnización".
- Devueltas las actuaciones, la Sala de Suplicación, que había suspendido el procedimiento, dictó sentencia en fecha 5 de octubre de 2016, en la que estimando en parte el recurso interpuesto por la trabajadora, declara la procedencia de la extinción del contrato que unía a las partes con el derecho de la trabajadora a percibir una indemnización de 6.141,85 €.
- Es el Ministerio de Defensa quien interpone el recurso de casación, y reunido el Pleno de la Sala, y dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, el Pleno de la Sala acordó replantear Cuestión Prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dictando Auto de 25 de octubre de 2017 cuya parte dispositiva acuerda: "A) Elevar petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea del tenor siguiente:
  - 1. ¿La cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el Anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que no establece indemnización alguna para la extinción de un contrato de duración determinada por interinidad, para sustituir a otro trabajador con derecho a reserva de puesto de trabajo, cuando tal extinción se produce por la reincorporación del trabajador sustituido, y, por el contrario, sí la establece cuando la extinción del contrato de trabajo obedece a otras causa legalmente tasadas?.

- 2. Para el caso de ser negativa la respuesta a la cuestión primera, ¿se enmarca dentro del ámbito de la cláusula 5 del Acuerdo Marco una medida como la establecida por el legislador español, consistente en fijar una indemnización de 12 días por año trabajado, a percibir por el trabajador a la finalización de un contrato temporal aun cuando la contratación temporal se haya limitado a un único contrato?
- 3. De ser positiva la respuesta a la cuestión segunda, ¿es contraria a la cláusula 5 del Acuerdo Marco una disposición legal que reconoce a los trabajadores de duración determinada una indemnización de 12 días por año trabajado a la finalización del contrato, pero excluye de la misma a los trabajadores de duración determinada cuando el contrato se celebra por interinidad para sustituir a un trabajador con derecho a reserva de puesto de trabajo?
- El Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó sentencia el 21 de noviembre de 2018 (C-619/17) en la que declara:
  - "1) La cláusula 4, 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 normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna a los trabajadores con contratos de duración determinada celebrados para sustituir a un trabajador con derecho a reserva del puesto de trabajo, como el contrato de interinidad de que se trata en el litigio principal, al vencer el término por el que estos contratos se celebraron, mientras que se concede indemnización a los trabajadores fijos con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por una causa objetiva.
  - 2) La cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que incumbe al tribunal nacional apreciar, conforme a todas las normas del Derecho nacional aplicables, si una medida como la controvertida en el litigio principal, que establece el abono obligatorio de una indemnización a los trabajadores con ciertos contratos de trabajo de duración determinada al vencer el término por el que dichos contratos se celebraron, constituye una medida apropiada para prevenir y, en su caso, sancionar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o de relaciones laborales de duración determinada o una medida legal equivalente, en el sentido de dicha disposición.
  - 3) En el supuesto de que el tribunal nacional declare que una medida, como la controvertida en el litigio principal, que establece el abono obligatorio de una indemnización a los trabajadores con ciertos contratos de trabajo de duración determinada al vencimiento del término por el que se celebraron, constituye una medida adecuada para prevenir y, en su caso, sancionar los abusos resultantes de la utilización de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada o una medida legal equivalente, en el sentido de la cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, esta disposición debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, según la cual el vencimiento del término por el que se celebraron los contratos de trabajo de duración determinada que pertenezcan a ciertas categorías da lugar al abono de esta indemnización, mientras que el vencimiento del término por el que se celebraron los contratos de trabajo de duración determinada perteneciente al resto de categorías no implica el abono a los trabajadores con dichos contratos de indemnización alguna, a menos que no exista ninguna otra medida eficaz en el ordenamiento jurídico nacional para prevenir y sancionar los abusos respecto de estos últimos trabajadores, extremo que incumbe comprobar al tribunal nacional."
- En el recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado se plantea en primer lugar la incongruencia "extra petita", al entender que en la sentencia recurrida se resuelve una cuestión no suscitada en el debate sostenido entre las partes, denunciándose la infracción de los arts. 24.1 y 120.3 CE, 97.2 y 193 LRJS, 238.3 y 240 LOPJ y 218.2, 225.3 y 227 LEC.
- Entra en primer lugar la Sala en el estudio de la contradicción entre la sentencia recurrida y la referencial escogida para este primer motivo de recurso, poniendo de manifiesto que la Jurisprudencia ha flexibilizado la exigencia del requisito de la contradicción en algunos aspectos de índole procesal, y más lo ha hecho en los excepcionales supuestos de falta manifiesta de jurisdicción o de competencia funcional. En los demás casos, como lo es la incongruencia invocada, se mantiene la necesidad de acreditar la contradicción, pues, de no ser así, dada la naturaleza de estas infracciones, se acabaría dando a las mismas el tratamiento procesal de la casación ordinaria, lo que no resulta admisible. Y haciendo referencia a la Jurisprudencia se precisa que, aunque ha precisado que cuando se invoque un motivo de infracción procesal, las identidades del art. 219.1 LRJS hay que entenderlas referidas a la controversia procesal planteada, tal contradicción debe seguir estando presente. En suma, para que pueda ser apreciable la identidad en el plano exclusivo de la homogeneidad procesal, es necesario que, habiéndose propuesto en las dos sentencias como tema de decisión la existencia de una infracción procesal, aquellas lleguen

a solución diferente; que las irregularidades formales constituyan el núcleo de la argumentación o la "ratio decidendi" de las sentencias, de modo que no existe contradicción entre una sentencia que decide sobre una cuestión procesal y otra que, sin entrar en ella, resuelve sobre el fondo, porque mientras que en un caso el problema procesal es objeto inmediato y directo de enjuiciamiento, en el otro no ha entrado en el ámbito de la decisión. En base a estos criterios entiende el Alto Tribunal que señalando la Abogacía del Estado en su primer motivo que ambas sentencias comparadas abordan la cuestión de "si cabe que la sentencia de suplicación se pronuncie y resuelva sobre una cuestión nueva que la parte actora no había alegado en momento alguno ni en la demanda y juicio ante el Juzgado ni tampoco en el recurso de suplicación", nada de todo ello aparece, ni siquiera apuntado, en la sentencia de contraste. Si bien el recurso achaca a la sentencia recurrida el haber abordado una cuestión no planteada por la demandante, la atinente a la indemnización, lo cierto es que en la sentencia de contraste no existe razonamiento o mínima mención a una alegación novedosa por parte de quien recurría en suplicación, que alegó exclusivamente dos cuestiones amparadas en el art. 193 c) LRJS y que ya habían sido debatidas en el proceso. Concluye la Sala, por tanto, que no concurre contradicción entre las sentencias.

- En el segundo de los motivos del recurso combate la condena al abono de una indemnización impuesta a la parte demandada en el fallo de instancia. Se denuncia la infracción de los arts. 15.1 c) y 49.1 c) ET, el art. 8.1 c) del RD 2720/1998, y la cláusula 4 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. El supuesto de autos tiene por objeto la pretensión de que se declare el cese como un despido nulo o, subsidiariamente, improcedente. La petición de nulidad se funda en la eventual falta de autorización de quien comunicó el cese y la escasa información dada en la comunicación del mismo, que habría generado indefensión, pretensión rechazada en instancia y que ya no fue reproducida en suplicación. La súplica subsidiaria de improcedencia del despido venía sostenida en la consideración por parte de la demandante de que había de ser considerada trabajadora indefinida por la concatenación de contratos temporales, y porque se afirmaba por la trabajadora que había prestado servicios en puestos distintos al de la trabajadora sustituida. Para la sentencia de instancia, no cabe apreciar fraude en el último contrato porque la actora ocupó el mismo puesto de la trabajadora sustituida, al que ésta finalmente se reincorporó, aun cuando se hubiera producido una movilidad funcional de la actora que ha de entenderse afectante al puesto de trabajo -y no a la actora-, siendo a ese mismo puesto al que se produce la reincorporación de la sustituida, extremo confirmado por la sentencia de suplicación, para sostener que el contrato de trabajo se había extinguido conforme a derecho al tratarse de un contrato de interinidad que había de durar en tanto la trabajadora sustituida estuviera ausente con derecho a reserva de puesto de trabajo. Finalmente, la sentencia recurrida lleva a cabo los razonamientos que la conducen a efectuar lo que califica de estimación parcial del recurso, otorgando al cese de la trabajadora la indemnización que constituye ahora el motivo del presente recurso, pronunciamiento se produce como corolario a la respuesta dada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a la Cuestión Prejudicial que, previamente, la Sala de Madrid había planteado. En esencia sostiene la sentencia recurrida que es aplicable, por analogía, el régimen legal de los despidos objetivos del art. 52 ET por cuanto "se evidencia la necesidad productiva de extinguir una relación laboral" y, a fin de no incurrir en la discriminación prohibida por la Directiva 1999/70, la extinción de la relación laboral de la actora debe llevar aparejada la indemnización que le correspondería "a un trabajador fijo comparable de extinguirse su contrato por causa objetiva". Para la Sala de suplicación, tal conclusión se obtiene de la STJUE de 14 de septiembre de 2016.
- Tal pronunciamiento obliga al TS a analizar el alcance del contenido de la citada STJUE de 14/09/16 que, al entender de la Sala contenía razonamientos que suscitaban serias dudas de interpretación, como al indicar en el ap. 36 "que existe una diferencia de trato entre los trabajadores con contrato de duración determinada y los trabajadores fijos, en la medida que, a diferencia de los trabajadores con contrato de trabajo por tiempo indefinido, los trabajadores con contrato de interinidad no tienen derecho a indemnización alguna al finalizar su contrato, con independencia de la duración de los servicios prestados". Partía así el Tribunal de la Unión de la consideración de que la indemnización que nuestro ordenamiento fija para los supuestos de despido por causas objetivas estaba señalada exclusivamente para los trabajadores con relación laboral indefinida. Sin embargo, el art. 15. b) ET dispone que "La duración del contrato de interinidad será la del tiempo que dure la ausencia del trabajador sustituido con derecho a la reserva del puesto de trabajo". El art. 49 ET distingue entre las causas de extinción del contrato de trabajo, aquéllas que afectan exclusivamente a los contratos de duración determinada (art. 49.1 c) ET), siendo las restantes aplicables a todo tipo de contrato, sea cual sea su duración. Así pues, entre ellas, las extinciones por "causas objetivas legalmente procedentes" (art. 49.1 l) ET), reguladas en los arts. 52 y 53 ET son aplicables con independencia de la duración temporal o indefinida del contrato de trabajo.

- Sigue argumentando el Alto Tribunal que el régimen indemnizatorio de la finalización del contrato de trabajo se establece en atención a cada tipo de causa de extinción del mismo; existen diferencias en la cuantía de aquélla que no guardan relación alguna con la naturaleza temporal o indefinida del contrato de trabajo, como sucede con la muerte, jubilación o incapacidad del empresario, en que la indemnización es de un mes de salario (art. 49.1 g) ET); el despido disciplinario declarado improcedente (arts. 49.1 k) y 56 ET). Por su parte, la extinción por causas objetivas lleva aparejada una indemnización de 20 días para todo tipo de contrato de trabajo -el art. 53 ET no distingue en tales casos y, por ello, ningún trato diferenciado se establece-. En cuanto a los contratos temporales, el art. 49.1 c) ET establece: "... A la finalización del contrato, excepto en los casos del contrato de interinidad y de los contratos formativos, el trabajador tendrá derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio, o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación...". De ahí que la finalización de la duración de los contratos para obra o servicio y eventual por circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, lleva aparejada una indemnización de 12 días; mientras que la finalización de la duración de los contratos de interinidad no da derecho a indemnización alguna.
- La litis se suscita en relación a este último supuesto, argumentando la sentencia que resulta ciertamente difícil establecer la conexión de esa distinción entre contratos de duración determinada con la interdicción contenida en la cláusula 4 del Acuerdo Marco, problemática relacionada con la diferencia de trato que la ley establece entre contratos de duración determinada entre sí, en la medida que a dos de las tres modalidades del art. 15 ET les fija una indemnización de 12 días por año de trabajo, mientras que a la tercera de ellas -el contrato de interinidad- no le señala indemnización alguna. Sin embargo, la diferencia entre distintas categorías de trabajadores de duración determinada no se halla en el ámbito de la Directiva, que ciñe su mandato antidiscriminatorio a la preservación de los derechos de los trabajadores temporales respecto de los que se reconozcan a los trabajadores fijos.
- Pone de manifiesto la sentencia que no se trataba de negar que, en efecto, la situación de la actora fuera comparable a la de un trabajador fijo, por lo que se refiere a sus funciones y requisitos, y es ahí donde la STJUE de 14 septiembre 2016 llevaba a cabo un análisis que producía grandes dificultades de comprensión. La diferencia de trato no está en la indemnización otorgada a los trabajadores fijos respecto de los temporales en situaciones idénticas, sino en la distinta indemnización que la ley establece en atención a la causa de extinción; siendo así que, cuando el cese obedece a la finalización del contrato de duración determinada, es obvio que no puede haber comparación posible con un trabajador indefinido, porque tal causa de extinción no concurre en ese tipo de contrato de trabajo. La posibilidad de extinción por causas objetivas, en caso de que las mismas causas concurren, afectaría por igual a un trabajador temporal y a un indefinido. En cambio, el trabajador fijo no va a ver nunca extinguido el contrato por esa causa a la que se refiere el art. 49.1 c) ET. Por consiguiente, tampoco la indemnización de 12 días tiene posibilidad de ser comparada con la situación de los trabajadores fijos o indefinidos -aun cuando se tratara de trabajadores que realizaran las mismas funciones y reunieran las mismas circunstancias en el caso concreto- precisamente porque a los trabajadores fijos no se les extingue el contrato por la llegada de un término o el cumplimiento de una condición. La STJUE de 14 septiembre 2016 hacía dudar de si, a la luz de la Directiva, sería exigible que, en todo caso, la extinción de un contrato temporal por cumplimiento de su finalidad debe llevar aparejado el derecho a una indemnización y, en tal caso, si dicha indemnización debe establecerse de forma análoga a la que el mismo ordenamiento establece para las demás causas de extinción de los contratos de trabajo. Ello abocaba, no sólo a la aplicación de la indemnización de 20 días que hace la sentencia recurrida para el caso de los contratos de interinidad, sino a que, por las mismas razones, se pusiera en cuestión la diferencia respecto de las otras dos modalidades de contrato temporal que tienen fijada una indemnización de 12 días. Pero, en las STJUE de 5 junio 2018 (Montero Mateos -C-677/16- y Grupo Norte Facility -C-574/16-) y, de manera específica, en la STJUE de 21.11.18 (C-619/17), segunda de las dictadas por el Tribunal de la Unión en este mismo caso, el Tribunal de Justicia se aparta de aquella dirección. En esta última sentencia citada, que da respuesta a la Cuestión Prejudicial planteada por la Sala, se reitera lo que ya se razonaba en la sentencia del asunto Montero Materos, en el sentido de que la finalización del contrato de interinidad debida a la reincorporación de la trabajadora sustituida se produce "en un contexto sensiblemente diferente, desde los puntos de vista fáctico y jurídico, de aquel en el que el contrato de trabajo de un trabajador fijo se extingue debido a la concurrencia de una de las causas previstas en el artículo 52 del Estatuto de los trabajadores". Entiende también el Alto Tribunal que esta última sentencia también solventa el equívoco que se plasmaba en la de 14 de septiembre de 2016; y parte, acertadamente, de que la indemnización del art. 53.1 b) ET se reconoce en caso de despido objetivo con independencia de la duración determinada o indefinida del contrato de trabajo. En definitiva, el Tribunal de la Unión reconduce la cuestión y niega que quepa considerar contraria a la Directiva la norma

que permite que la extinción regular del contrato de trabajo de interinidad no dé lugar a la indemnización que se otorga a los despidos por causas objetivas.

- En suma, pone de manifiesto la sentencia que, de un lado, no es admisible sostener que la indemnización establecida para los despidos objetivos solo se contempla respecto de los trabajadores indefinidos; si ello fuera así, ciertamente cabría afirmar que la norma contenía un trato discriminatorio respecto de los temporales. Mas, la concurrencia de los supuestos de despido objetivo da lugar al mismo tratamiento para todas las modalidades de contratación sin distinción en razón de la duración del contrato, en plena consonancia con lo que establece el art. 15.6 ET : "Los trabajadores con contratos temporales y de duración determinada tendrán los mismos derechos que los trabajadores con contratos de duración indefinida, sin perjuicio de las particularidades específicas de cada una de las modalidades contractuales en materia de extinción del contrato y de aquellas expresamente previstas en la Ley en relación con los contratos formativos y con el contrato de inserción...". Por otra parte, no es posible confundir entre distintas causas de extinción contractual y transformar la finalización regular del contrato temporal en un supuesto de despido objetivo que el legislador no ha contemplado como tal. El régimen indemnizatorio del fin de los contratos temporales posee su propia identidad, configurada legalmente de forma separada, sin menoscabo alguno del obligado respecto al derecho a no discriminación de los trabajadores temporales.
- Negada la posibilidad de acudir a la indemnización de 20 días, el pronunciamiento de la sentencia recurrida podría suscitar la cuestión sobre esa diferencia de trato entre interinos y el resto de los trabajadores temporales. De ahí el planteamiento de la Cuestión Prejudicial con el fin de despejar las dudas sobre si la ley española hubiera podido incidir en un inadecuado cumplimiento de lo dispuesto en la cláusula 5 del Acuerdo Marco, con la cual se persigue imponer límites a la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada. El legislador nacional adaptó nuestra normativa a la Directiva 1991/70 a través del art. 3 del RDL 5/2001, de 2 de marzo, después convalidado por la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, norma que introdujo el reconocimiento de una indemnización al finalizar el contrato temporal, consistente en 12 días de salario por año trabajado, sólo para dos de las tres modalidades de contratos temporales legalmente admitidas (obra o servicio determinado y circunstancias de la producción), excluyendo expresamente a los contratos de interinidad. A la vista de la respuesta del Tribunal de la Unión, no parece que pueda entenderse que la fijación de la indemnización constituya una medida acorde con la finalidad que deben garantizar aquéllas a adoptar con arreglo a la indicada cláusula 5 de la Directiva. La mera imposición de una indemnización, como la establecida para los otros contratos temporales, no sólo no constituye una sanción por el uso abusivo, sino que ni siquiera posee, por sí sola, el efecto disuasivo frente a esa utilización abusiva de la contratación temporal en tanto que la misma, precisamente por partir de la regularidad de estos contratos, se configura como una indemnización inferior a la que se reconocería al contrato temporal fraudulento, por lo que la medida adoptada en nuestro ordenamiento nacional para satisfacer la obligación de la cláusula 5 de la Directiva se halla en la conversión en indefinido de todo contrato celebrado de modo abusivo o en fraude de ley, lo que provoca una sanción para el empresario mucho más gravosa que la de la indemnización de 12 días. En nuestro ordenamiento jurídico la sanción ante el abuso de la contratación temporal se satisface de modo completo mediante las reglas de los apartados 2 y 3 del art. 15 ET. En suma, aun cuando ni siquiera se planteaba en el litigio, el pronunciamiento de la sentencia recurrida obliga a considerar necesario precisar que el rechazo a la solución adoptada por la Sala de suplicación debe ser completo, en el sentido de negar que quepa otorgar indemnización alguna por el cese regular del contrato de interinidad, no sólo la que calcula la sentencia con arreglo a los 20 días del despido objetivo, sino, incluso, con arreglo a los 12 días que el art. 49.1 c) ET fija para los contratos para obra o servicio y acumulación de tareas.
- Concluye la Sala que la diferencia entre unos y otros trabajadores temporales, la distinta solución de nuestra norma legal, obedece a la voluntad del legislador de destacar una situación no idéntica a las otras dos modalidades contractuales, puesto que en el caso de la interinidad por sustitución el puesto de trabajo está cubierto por otro trabajador con derecho a reserva de trabajo; además, dicho puesto no desaparece con el cese del trabajador interino, y el recurso a la temporalidad halla su motivación en esa concreta y peculiar característica que, a su vez, implica un modo de garantizar el derecho al trabajo de la persona sustituida (art. 35.1 CE), lo que no concurre en las otras modalidades del art. 15.1 ET.

**DATOS SENTENCIA**

Sentencia de la Sala V del Tribunal Supremo.  
 RECURSO DE CASACIÓN nº 101/43/2018.  
 Sentencia nº: 54/19  
 Fecha Sentencia: 10/04/2019.  
 Ponente, Excmo. Sr. D. Javier Juliani Hernán.

**TEMA**

Delito de abuso de autoridad en su modalidad de "trato degradante" del artículo 106 del Código Penal Militar de 1985.

**ASPECTOS EXAMINADOS**

- En esta sentencia la Sala Quinta del Tribunal Supremo vuelve a analizar la configuración y la naturaleza jurídica de este tipo delictivo, resultando interesante reproducir las siguientes argumentaciones:  
*<<...En este sentido, recientemente en sentencia de 17 de febrero de 2015, con cita de nuestras Sentencias de 3 de mayo y 10 de julio de 2006, 5 de diciembre de 2007, 18 de noviembre de 2008, 21 de octubre de 2009, 23 de septiembre de 2011, 19 de noviembre de 2012 y 28 de mayo de 2013, reiteramos que "debe considerarse que constituyen trato degradante los actos que rebajen el plano de la estimación, de la reputación y de la dignidad personal o provoquen situaciones patentes de desprecio que envilezcan, deshonren o humillen al sujeto paciente con afectación de la dignidad humana, los cuales han de revestir un mínimo de gravedad cuya apreciación es cuestión no exenta de relativismo por su propia naturaleza, y de circunstancialidad en función del conjunto de los datos objetivos que concurren en el caso y de los subjetivos o personales de la víctima". Significándose a continuación que "especialmente debe tomarse en consideración la duración de los malos tratos y sus efectos físicos o mentales, y, a veces, los datos relativos al sexo, la edad o el estado de salud de la víctima; debiendo analizarse también el hecho de que los tratos degradantes creen en las víctimas sentimientos de temor, de angustia y de inferioridad, susceptibles de humillarlas, de envilecerlas y de quebrantar, en su caso, su resistencia física o moral...>>*  
**(Fundamento Jurídico Tercero).**

**DATOS SENTENCIA**

Sentencia de la Sala V del Tribunal Supremo.  
 RECURSO DE CASACIÓN nº 101/45/2018.  
 Sentencia núm. 53/19  
 Fecha Sentencia: 10/04/2019.  
 Ponente, Excmo. Sr. D. Fernando Pignatelli Meca.

**TEMA**

Delito de abuso de autoridad en su modalidad de "maltrato de obra" del artículo 104 del Código Penal Militar de 1985.

**ASPECTOS EXAMINADOS**

- En esta sentencia se expone la configuración jurisprudencial que se le ha venido otorgando a esta figura delictiva, realizando una exhaustiva enumeración de precedentes jurisprudenciales en los que encontrar dicha doctrina. Resulta ilustrativo reproducir los siguientes razonamientos:  
*<<... En nuestra sentencia de 29 de abril de 2014, seguida por las de 27 de octubre de 2014, núms. 55/2017, de 9 de mayo de 2017 y 44/2018, de 3 de mayo de 2018, hemos sentado que "desde su sentencia de 4 de abril de 1990, invariablemente ha venido manteniendo esta Sala -sentencias, entre otras, de 30.03.1992, 07.02.1995, 14.03.1996, 15.02.1997, 29.12.1999, 03.04.2000, 23.02 y 17.11.2003, 13.05.2005, 30.11.2006, 03.12.2007, 18.01, 10.11 y 23.12.2008, 16.03.2009, 18.01, 15.02, 22.04 y 17.06.2010 y 28.02.2013 - que la conducta cuya realización se conmina en el artículo 104 del Código Penal Militar consiste en toda agresión física susceptible de causar una perturbación en la incolumidad o bienestar corporal de una*

persona, con o sin menoscabo de la integridad, salud y capacidad de la misma, siempre que la agresión provenga de un superior respecto de un inferior y el hecho se produzca en un contexto que no sea ajeno al servicio que ambos prestan en las Fuerzas Armadas"; más recientemente, las sentencias de esta Sala de 26 de junio y 3 de noviembre de 2008, 20 de julio de 2009, 22 de abril y 17 de junio de 2010, 28 de febrero de 2013, 29 de abril de 2014 y núms. 55/2017, de 9 de mayo de 2017 y 44/2018, de 3 de mayo de 2018, trayendo a colación la doctrina de la Sala sobre el concepto de maltrato de obra recogida en múltiples resoluciones, concluyen que "de conformidad con las mismas por maltrato de obra ha de considerarse toda agresión física susceptible de causar una perturbación en la incolumidad o bienestar corporal de una persona, con o sin menoscabo de la integridad, salud y capacidad de la misma, de suerte que el maltrato abarca desde el simple acto de violencia física sin resultado lesivo hasta la causación de cualquier lesión", a lo que añaden nuestras sentencias de 18 de enero, 22 de abril y 17 de junio de 2010, 28 de febrero de 2013, 29 de abril y 27 de octubre de 2014 y núm. 44/2018, de 3 de mayo de 2018 -siguiendo, entre otras muchas, y por citar solo las más recientes, las de 30.11.2006, 03.12.2007, 18.01 y 10.11.2008 y 20.07.2009- la referencia a "la pluralidad de bienes jurídicos que la norma penal protege, consistentes en la integridad física ( art. 15 CE ) de la que forma parte la incolumidad personal; la dignidad humana ( art. 10.1 CE ), y la disciplina militar que es elemento estructural de las Fuerzas Armadas ( art. 4.1 Séptima. Ley 39/2007, de la Carrera Militar y arts. 8 y 44 y ss. de las RROO aprobadas por RD 96/2009, de 6 de febrero)".

En la misma línea argumental, y más recientemente, las sentencias de esta Sala núms. 43/2017, de 5 de abril de 2017 y 44/2018, de 3 de mayo de 2018, señalan que "la calificación realizada por el Tribunal sentenciador es conforme a la norma aplicada, según interpretación asentada de esta Sala que constituye jurisprudencia invariable, al menos desde la ya lejana sentencia de 4 de abril de 1990, según la cual la acción típica que constituye elemento objetivo del delito de abuso de autoridad con maltrato de obra, consiste en "cualquier agresión o violencia física susceptible de causar perturbación en la incolumidad o bienestar de una persona, con o sin menoscabo de la integridad, salud o incapacidad del sujeto pasivo, siempre que la conducta agresiva provenga de un superior respecto de un inferior en la escala jerárquica militar, y el hecho se produzca en un contexto que no resulte ajeno al servicio que ambos presten en las Fuerzas Armadas".

El delito de maltrato de obra a un inferior previsto en el artículo 104 del Código Penal Militar de 1985 aparece incardinado entre los delitos de "abuso de autoridad" del Capítulo III, ubicado en el Título V -relativo a los "delitos contra la disciplina"- del Libro Segundo del derogado Código Penal Militar, protegiéndose en este tipo penal pluriofensivo, como dicen nuestras sentencias de 29 de abril de 2014 y núm. 44/2018, de 3 de mayo de 2018, siguiendo las de 20 de febrero de 2007, 10 de noviembre de 2008, 17 de junio de 2010 y 28 de febrero de 2013, con razonamiento extrapolable, mutatis mutandis, al tipo delictivo configurado en el artículo 46 del ahora vigente Código punitivo marcial de 2015, "la disciplina como valor sustancial para el correcto funcionamiento de las Fuerzas Armadas, así como la dignidad personal y la integridad física y la salud del ofendido (Sentencia de 30 de noviembre de 2006)", por lo que todo hecho legalmente constitutivo de tal ilícito criminal lesiona, sin excepción alguna, dichos bienes jurídicos, y, más en concreto, el de la disciplina militar" ...>> **(Fundamento Jurídico Quinto).**

**DATOS AUTO**

Tribunal Supremo Sala II  
 Recurso nº 20097/2018  
 Fecha Auto: 13-2-2019  
 Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Del Moral García.

**TEMA**

Recurso de revisión y doble jurisdicción. Coautoría de menor y adultos en un delito de detención ilegal.

**ASPECTOS EXAMINADOS**

- La existencia de un fallo absolutorio para los adultos y condenatorio respecto al menor no permite acudir a la revisión. Pronunciamientos no coincidentes dimanantes de procesos diferentes pueden convivir en tanto no sean contradictorios. No cabe por vía del art. 954 LECrim, pues en la jurisdicción de adultos no se apreció que el testimonio fuera incierto.

"...El Ministerio Fiscal por escrito de fecha 22 de enero de 2019 dictaminó:

"Que, a los efectos previstos en el art. 957 LECRIM, manifiesta que se opone a que se autorice la interposición de recurso de revisión.

El promovente del recurso fue condenado en sentencia de 3-3-14 dictada por el Juzgado de Menores nº 1 de Vitoria-Gasteiz, y confirmada en apelación por sentencia de 16-7-14 dictada por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Álava, como autor de un delito de detención ilegal, a la pena de 10 meses de libertad vigilada y a indemnizar a XXX en 5.120 E.

El recurso de revisión se fundamenta en el art. 954. 1-a) LECRIM: "cuando haya sido condenada una persona en sentencia penal firme que haya valorado como una prueba un documento o testimonio declarados después falsos".

Alega que el atestado instruido por la Policía Autónoma Vasca nº NUM000dio lugar al procedimiento ante el indicado Juzgado de Menores, expediente de reforma nº 129/12, para su propio enjuiciamiento, al ser menor de edad en el momento de los hechos, y al sumario nº 4068/12, procedente del Juzgado de Instrucción nº 3 de Vitoria-Gasteiz, rollo de Sala de la Audiencia Provincial de Álava nº 63/13, para el enjuiciamiento de otras tres personas mayores de edad, las cuales fueron absueltas mediante sentencia de 26-8-15 dictada por la Audiencia Provincial de Vitoria Gasteiz frente a la que se interpuso recurso de casación que el Tribunal Supremo inadmitió por auto de 14-4-16.

Señala que ambas sentencias tienen origen en los mismos hechos y que existen dos fallos contradictorios al haber sido valorada la declaración testifical de XXX o de distinta manera.

De entrada, debe significarse que el recurso de revisión es un recurso extraordinario en cuanto, de prosperar, supone un quebranto del principio de respeto a la cosa juzgada y a la imperiosa necesidad de certeza o seguridad en el campo del Derecho. De ahí que este instituto jurídico sólo pueda ser viable cuando se trate de sanar situaciones acreditadamente injustas en las que se evidencia, a favor del reo, la inocencia respecto al hecho que sirvió de fundamento a la sentencia de condena y siempre que concurra alguno de los supuestos previstos en el art. 954 de la LECRIM.

El presente caso no puede cobijarse en el supuesto de revisión invocado, en tanto que el mismo requiere la existencia de una sentencia penal firme que declare la falsedad del testimonio, cuando lo que aquí lo que ha existido es una distinta valoración de la prueba testifical por dos jurisdicciones penales diferentes.

La STS nº 62/13, de 29-1-13 (caso Marta del Castillo), en referencia a una cuestión similar, señala que en estas situaciones "semejante enjuiciamiento separado viene directamente impuesto por la norma procesal. En concreto, por el art. 16.5 LORPM que se menciona, pues de su tenor literal necesariamente resultaba en este caso un conocimiento de los hechos de apariencia criminal ante jurisdicciones separadas, al atribuirse inicialmente la participación en los mismos a una pluralidad de individuos de los que algunos eran mayores y otros menores de edad al tiempo de su producción. Es precisamente el respeto del principio de legalidad el que provoca aquí ese resultado que critica la recurrente (art. 9.3 CE), estando el Juez de menores y el Juez de adultos legitimados para impartir justicia en el ámbito de sus respectivas competencias (art. 117.1 y 3 CE)".

También pone de relieve la citada STS que "En el proceso penal no existe lo que en el ámbito civil se denomina "prejudicialidad positiva" o "eficacia positiva" de la cosa juzgada material, gozando el tribunal de plena libertad para valorar las pruebas producidas en su presencia y aplicar la calificación jurídica correspondiente. Una sentencia de esta Sala fechada

el 21/09/1999 lo razonaba ya con total claridad al destacar que "cada proceso tiene su propia prueba, y lo resuelto en uno no puede vincular en otro proceso penal diferente, porque en materia penal no hay eficacia positiva de la cosa juzgada material, sólo eficacia negativa en cuanto que una sentencia firme anterior impide volver a juzgar a una persona por el mismo hecho". (...)

(...) PPP impetra la autorización necesaria para interponer recurso extraordinario de revisión contra la sentencia dictada el 3 de marzo de 2014 por el Juzgado de Menores nº Uno de Vitoria-Gasteiz confirmada en apelación por la Audiencia Provincial de tal capital. Le condenaba como autor de un delito de detención ilegal a la medida de diez meses de libertad vigilada, así como al pago de una indemnización.

Refiere que en una sentencia posterior fechada el 26 de agosto de 2015 dictada por la Audiencia provincial de Álava absolvió de los mismos hechos a los tres mayores de edad penal imputados que según las manifestaciones de la víctima, Argimiro, habían llevado a cabo la detención junto al menor. Se aporta la sentencia. La Audiencia razona que tal testimonio había de considerarse insuficiente por virtud de elementos que va detallando para alcanzar la certeza exigible para una condena penal.

- SEGUNDO. - El falso testimonio influyente en el fallo es motivo específico de revisión previsto en el art. 954.3 LECrim (en su redacción anterior a la reforma procesal de 2015, reforma que no es aplicable a este supuesto dada la fecha de la sentencia y el régimen de transitoriedad previsto pero que, pese a ello, es invocada por el instante).

Exige tal causal (así como su heredera en la legislación vigente) que haya recaído sentencia firme condenando por el referido delito. Solo entonces se abren las puertas de la revisión.

El intento que protagoniza ahora el solicitante para equiparar a ese motivo de revisión una sentencia posterior que proclama, no que el testigo no diga la verdad (de hecho, no deduce testimonio frente a él), sino que su testimonio tal y como fue prestado en ese otro proceso no es suficientemente sólido para convencer a la Audiencia de la culpabilidad de las tres personas allí enjuiciadas y, por tanto, no puede fundar un pronunciamiento de culpabilidad.

Como bien argumenta el Fiscal, en el proceso penal no existe eficacia positiva de cosa juzgada. Pronunciamientos no coincidentes dimanantes de procesos diferentes pueden convivir en tanto no sean contradictorios, lo que sucedería si la segunda sentencia hubiese dado por probado que los hechos no sucedieron o afirmase apodícticamente que el testigo no decía la verdad. Pero no es eso lo que predica esa segunda sentencia.

- Por tanto, no hay base para la revisión pretendida."

#### DATOS AUTO

AAP Cáceres, Sec. 2ª  
Auto nº 126/2019,  
Fecha Auto: 1-3-2019  
Ponente: Ilma. Sra. Dña. María Félix Tena Aragón.

#### TEMA

Práctica de diligencias probatorias denegadas por el Fiscal en la Instrucción. Arts. 26.1 y 33 e) de la LORPM.

#### ASPECTOS EXAMINADOS

- Práctica de diligencias probatorias denegadas por el Fiscal en la Instrucción. Arts. 26.1 y 33 e) de la LORPM.
- En caso de denegación de diligencias de prueba por el Fiscal, el Juez de Menores sólo acordará su práctica previa a la audiencia si, además de ser procedentes, no pudieran llevarse a efecto en el plenario, sin que eso vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva.
- "...La cuestión que se plantea a través del correspondiente recurso no deja de tener una trascendencia en el procedimiento penal en la jurisdicción de menores, y es que, aunque sin que la resolución que es objeto de recurso se aparte de la norma establecida al respecto, la cuestión debatida no queda resuelta, a criterio de este Tribunal, con esa regulación. Partimos de que nos encontramos ante, en principio, una situación del art 26 LORPM en el sentido de que la defensa de un menor incurso en un expediente de instrucción fiscal de responsabilidad penal, durante la fase de instrucción, encuentra que una serie de pruebas que había propuesto, no se practican, ante lo que acude, en virtud de lo establecido en el precepto citado al juzgado de menores planteando la necesidad de practicar esas pruebas. La juzgadora "a quo", siguiendo lo

establecido legalmente le expone la imposibilidad temporal de pronunciarse sobre la práctica de esas pruebas al no establecer ese art 26 esa posibilidad.

Compartimos el criterio de la juzgadora de que al no encontrarnos ante una prueba que afecte a derechos fundamentales, ni que requiera una premura en el tiempo ante el riesgo de que desaparezca la fuente de prueba, no cabe pronunciamiento alguno sobre su admisión y práctica en ese momento. Ese es el pronunciamiento que contiene la providencia primera que se dicta sobre esta cuestión y que, por consiguiente, está acomodada a derecho al ajustarse a la redacción del art 26 y ss. LORPM. Y ese es el pronunciamiento que se reitera, tanto en el auto resolutorio del previo recurso de reforma, y del que es objeto de impugnación a través de este recurso de apelación.

- Sin embargo, no podemos dejar de compartir la segunda cuestión que la parte recurrente plantea, y es que conforme a la regulación legal, y el contenido del art 33 de la tan citada ley, si el juez de menores solo puede pronunciarse sobre la prueba no practicada en el período de instrucción una vez abierta la fase de trámite de audiencia, y cuando se le da traslado a las partes para formular el escrito de alegaciones, la prueba que puede practicar la juez de menores en una fase que no sea en la audiencia propiamente dicha, no es toda aquella que una de la partes haya propuesto en la fase de instrucción y el fiscal no haya practicado, sino solo la que no sea susceptible de practicarse en el acto de la audiencia, y con ello se limita la posibilidad de que con el resultado de esa prueba en un momento anterior al plenario pueda evitarse la celebración del mismo. Y ello porque, aunque la prueba se practique antes de la audiencia al no ser posible practicarla en el plenario, no podría la juez de menores, contrariamente a lo que se dice en la resolución recurrida, adoptar alguna de las otras decisiones que incorpora el art 33, ya que la letra e) de ese precepto, una vez que delimita las pruebas que pueden practicarse antes de la audiencia, y después de dar traslado de su resultado a las partes, recoge imperativamente "antes de iniciar las sesiones de la audiencia".

Es decir, como bien afirma el letrado recurrente, aunque se acceda a practicar esa prueba, la audiencia ya se va a celebrar, por eso la prueba cuya práctica puede admitir la juez son las que no pueden llevarse a efecto en las sesiones de la audiencia.

- SEGUNDO. - A pesar de lo expuesto, no puede estimarse el recurso porque la resolución está plenamente acomodada a derecho. Debemos recordar que la instrucción en esta jurisdicción está encomendada al fiscal, y las resoluciones dictadas por el fiscal no son susceptibles de recurso ante la autoridad judicial, solo lo son las dictadas por la juez de menores, no por el fiscal. Si contásemos con esa posibilidad legal la disconformidad de una parte ante la no práctica de una prueba podría ser invocada ante la juez y resolverse en consecuencia, pero no es ello lo que recoge el art 26 y ss., la ley solo faculta a exponer ante el juez la propuesta no estimada en fiscalía, y solo permite a la juzgadora acordar pruebas, si esta no vulneran derechos fundamentales, o requieren una premura fundada, practicarlas antes de la fase previa a la audiencia si no pueden ser practicadas en el plenario, en caso contrario, no cabe otra solución que practicarse, si se consideran pertinentes, en la audiencia y resolver en sentencia sobre el conjunto del acervo probatorio.

Esta solución legal, en todo caso, y con independencia de que pueda resultar más o menos discutibles las soluciones recogidas en la norma, no vulnera la tutela judicial efectiva porque esa vulneración no puede retrotraerse, en su caso, a una fase prejudicial, una vez en el órgano judicial el procedimiento, la parte puede proponer las pruebas que considere oportunas, la admisión o no de las mismas será fundada, y la disconformidad de la parte se solventará a través de los correspondientes recursos. Si en el plenario que es la fase en la que deben practicarse las pruebas a tomar en consideración para dictar la sentencia se tiene igualdad y plenitud en la posibilidad de proponer y practicar prueba, no se vulnera el derecho constitucional de la tutela judicial efectiva, con independencia de la regulación y posibilidades de intervención en otras fases preprocesales."

**NOVEDADES LEGISLATIVAS**

## I.- NOVEDADES NORMATIVAS ESTATALES

## A. DISPOSICIONES GENERALES

## 1. MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL

## &gt; Adopción internacional

- Real Decreto 165/2019, de 22 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Adopción internacional. BOE de 4 de abril de 2019

## &gt; Sustancias y productos psicotrópicos

-Orden SCB/387/2019, de 25 de marzo, por la que se incluyen nuevas sustancias en el anexo I del Real Decreto 2829/1977, de 6 de octubre, por el que se regulan las sustancias y preparados medicinales psicotrópicos, así como la fiscalización e inspección de su fabricación, distribución, prescripción y dispensación. BOE de 4 de abril de 2019.

## 2. MINISTERIO PARA LA TRANSICIÓN ECOLÓGICA

## &gt; Especies exóticas invasoras

- Real Decreto 216/2019, de 29 de marzo, por el que se aprueba la lista de especies exóticas invasoras preocupantes para la región ultraperiférica de las islas Canarias y por el que se modifica el Real Decreto 630/2013, de 2 de agosto, por el que se regula el Catálogo español de especies exóticas invasoras. BOE de 30 de marzo de 2019.

## 3. MINISTERIO DE POLÍTICA TERRITORIAL Y FUNCIÓN PÚBLICA

## &gt; Personal del Ministerio de Justicia. Acción exterior

-Real Decreto 242/2019, de 5 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del personal del Ministerio de Justicia que lleva a cabo la acción en el exterior en materia de justicia. BOE de 9 de abril de 2019.

## 4. CORTES GENERALES

## &gt; Medidas urgentes

- Resolución de 3 de abril de 2019, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de Convalidación del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. BOE de 10 de abril de 2019.

## 5. MINISTERIO DEL INTERIOR

## &gt; Circulación. Medidas especiales

-Resolución de 25 de marzo de 2019, de la Dirección General de Tráfico, por la que se amplía el Anexo VII de la de 14 de enero de 2019, por la que se establecen medidas especiales de regulación de tráfico durante el año 2019. BOE de 11 de abril de 2019.

- Corrección de errores en Resolución de 11 de abril de 2019. BOE de 17 de abril de 2019.

## 6. MINISTERIO DE JUSTICIA

## &gt; Ministerio Fiscal. Plantilla orgánica

- Real Decreto 255/2019, de 12 de abril, por el que se amplía la plantilla orgánica del Ministerio Fiscal para adecuarla a las necesidades existentes. BOE de 13 de abril de 2019.

#### Demarcación y planta judicial

- Real Decreto 256/2019, de 12 de abril, de creación de setenta y cinco unidades judiciales correspondientes a la programación de 2019. BOE de 13 de abril de 2019.

- Corrección de errores en BOE de 24 de abril de 2019.

#### > Organización

Orden JUS/468/2019, de 24 de abril, por la que se determina la composición y plantilla del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo. BOE de 26 de abril de 2019.

### B. OTRAS DISPOSICIONES

#### 1. MINISTERIO FISCAL

##### > Fiscalía General del Estado

- Circular 6/2019, de 18 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos de expropiación forzosa. BOE de 1 de abril de 2019

#### 2. MINISTERIO DE ECONOMÍA Y EMPRESA

##### > Vehículos a motor. Seguros

- Resolución de 20 de marzo de 2019, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se publican las cuantías de las indemnizaciones actualizadas del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. BOE de 4 de abril de 2019.

4

#### 3. MINISTERIO DE JUSTICIA

##### > Comunidad de Castilla y León. Convenio

- Resolución de 2 de abril de 2019, de la Secretaría de Estado de Justicia, por la que se publica el Convenio con la Comunidad de Castilla y León, en materia de acceso a datos sanitarios de interés forense. BOE de 16 de abril de 2019.

#### 4. MINISTERIO DE INDUSTRIA, COMERCIO Y TURISMO

##### > Convenios

- Resolución de 29 de marzo de 2019, de la Oficina Española de Patentes y Marcas, O.A., por la que se publica el Convenio con el Consejo General del Poder Judicial. BOE de 15 de abril de 2019.

#### 5. MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, RELACIONES CON LAS CORTES E IGUALDAD

##### > Violencia de género

- Resolución de 15 de abril de 2019, de la Secretaría de Estado de Igualdad, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de abril de 2019, por el que se formalizan los criterios de distribución y la distribución resultante para el ejercicio 2019 del crédito de 6.500.000 euros para el desarrollo de programas y la prestación de servicios que garanticen el derecho a la asistencia social integral a las víctimas de violencia de género y la atención a los menores; del crédito de 1.000.000 euros destinado a implementar la propuesta común para la mejora de la coordinación y desarrollo de planes personalizados; así como del crédito de 2.000.000 euros para programas para el apoyo a víctimas de agresiones o abusos sexuales. BOE de 17 de abril de 2019.

- Resolución de 15 de abril de 2019, de la Secretaría de Estado de Igualdad, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de abril de 2019, por el que se formalizan los criterios de distribución y la distribución

resultante para el ejercicio 2019 del crédito de 100.000.000 euros para el desarrollo por las comunidades autónomas y ciudades con estatuto de autonomía del Pacto de Estado contra la violencia de género. BOE de 17 de abril de 2019.

> Comunidad Autónoma de Galicia. Convenio

- Resolución de 4 de abril de 2019, de la Subsecretaría, por la que se publica el Convenio entre la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, el Instituto Social de las Fuerzas Armadas, la Mutualidad General Judicial y el Servicio Gallego de Salud, para la prestación en zonas rurales de determinados servicios sanitarios a los mutualistas y demás beneficiarios adscritos a entidades de seguro de asistencia sanitaria concertada con dichas mutualidades. BOE de 22 de abril de 2019.

## II. NOVEDADES NORMATIVAS AUTONÓMICAS

### A. DISPOSICIONES GENERALES

#### 1. COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CATALUÑA

> Circulación. Medidas especiales

- Resolución INT/593/2019, de 7 de marzo, por la que se establecen las restricciones a la circulación durante el año 2019. BOE de 3 de abril de 2019

#### 2. COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS

> Memoria democrática

Ley 1/2019, de 1 de marzo, para la recuperación de la memoria democrática en el Principado de Asturias. BOE de 12 de abril de 2019.

#### 3. COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN

> Protección de los animales

- Ley 1/2019, de 7 de febrero, de modificación de la Ley 11/2003, de 19 de marzo, de Protección Animal en la Comunidad Autónoma de Aragón. BOE de 13 de abril de 2019.

#### 4. COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LAS ILLES BALEARS

> Contaminación

- Ley 8/2019, de 19 de febrero, de residuos y suelos contaminados de las Illes Balears. BOE de 13 de abril de 2019.

> Menores. Protección jurídica

- Ley 9/2019, de 19 de febrero, de la atención y los derechos de la infancia y la adolescencia de las Illes Balears. BOE de 13 de abril de 2019.

> Cambio climático

- Ley 10/2019, de 22 de febrero, de cambio climático y transición energética. BOE de 13 de abril de 2019.

> Consultas populares

- Ley 12/2019, de 12 de marzo, de consultas populares y procesos participativos. BOE de 13 de abril de 2019.

#### 5. COMUNITAT VALENCIANA

> Consumidores y usuarios

- Ley 6/2019, de 15 de marzo, de modificación de la Ley 1/2011, de 22 de marzo, por la que se aprueba el Estatuto de las personas consumidoras y usuarias de la Comunitat Valenciana, en garantía del derecho de información de las personas consumidoras en materia de titulación hipotecaria y otros créditos y ante ciertas prácticas comerciales. BOE de 15 de abril de 2019.

#### 6. COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA

##### > Participación democrática

- Ley Foral 12/2019, de 22 de marzo, de Participación Democrática en Navarra. BOE de 16 de abril de 2019.

##### > Contratación administrativa

- Ley Foral 15/2019, de 26 de marzo, de modificación de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos. BOE de 16 de abril de 2019.

##### > Víctimas de delitos

- Ley Foral 16/2019, de 26 de marzo, de reconocimiento y reparación de las víctimas por actos de motivación política provocados por grupos de extrema derecha o funcionarios públicos. BOE de 16 de abril de 2019.

#### 7. COMUNIDAD DE CASTILLA Y LEÓN

##### > Urbanismo

- Ley 5/2019, de 19 de marzo, de modificación de la Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León. BOE de 16 de abril de 2019.

##### > Sanidad

- Ley 6/2019, de 19 de marzo, de modificación de la Ley 10/2010, de 27 de septiembre, de Salud Pública y Seguridad Alimentaria de Castilla y León. BOE de 16 de abril de 2019.

##### > Empleados públicos

- Ley 7/2019, de 19 de marzo, de implantación y desarrollo de la carrera profesional de los empleados públicos de la Administración de la Comunidad de Castilla y León. BOE de 16 de abril de 2019.

##### > Caza

- Ley 9/2019, de 28 de marzo, de modificación de la Ley 4/1996, de 12 de julio, de Caza en la Comunidad Autónoma de Castilla y León. BOE de 16 de abril de 2019.

#### 8. COMUNIDAD DE MADRID

##### > Víctimas del terrorismo

- Ley 2/2019, de 6 de marzo, de modificación de la Ley 5/2018, de 17 de octubre, para la protección, reconocimiento y memoria de las víctimas del terrorismo. BOE de 17 de abril de 2019.

##### > Protección a la familia

- Ley 3/2019, de 6 de marzo, Reguladora de los Puntos de Encuentro Familiar en la Comunidad de Madrid. BOE de 17 de abril de 2019.

## B. OTRAS DISPOSICIONES

### 1. COMUNITAT VALENCIANA



> Municipios. Denominaciones

- Decreto 40/2019, de 22 de marzo, del Consell, de aprobación del cambio de denominación del municipio de Castelló de la Plana/Castellón de la Plana por la forma exclusiva en valenciano "Castelló de la Plana". BOE de 15 de abril de 2019.

**RESEÑA DE ARTÍCULOS DOCTRINALES DE ESPECIAL INTERÉS**

“Los trabajos en beneficio de la comunidad tras las últimas resoluciones del TS: competencia para el control de ejecución y consecuencias del incumplimiento”. Pablo Gómez-Escolar Mazuela. Diario La Ley, Nº 9389, Sección Tribuna, 3 de abril de 2019.

“De la sucesión procesal como investigada de personas jurídicas en el proceso penal: especial consideración del caso Banco Popular”. Pablo Azaústre Ruiz y Javier Zambrano Domínguez. Diario La Ley, Nº 9390, Sección Tribuna, 4 de abril de 2019.

“La efectividad de la tutela de la libertad personal en las sentencias «declarativas de amparo»”. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer. Diario La Ley, Nº 9391, Sección Tribuna, 5 de abril de 2019.

“Los nuevos delitos leves de imprudencia menos grave en materia de tráfico: aspectos sustantivos y procesales”. José Luis Rodríguez Lainz. Diario La Ley, Nº 9392, Sección Doctrina, 8 de abril de 2019.

“Proceso penal: declaración de menores víctimas del delito. Limitaciones del derecho de defensa”. Daniel Sala Paños. Diario La Ley, Nº 9393, Sección Tribuna, 9 de abril de 2019.

Revista “Tráfico y Seguridad”. Editorial Wolter Kluwers. Marzo 2019. VV AA.

“Movilidad sostenible y responsabilidad penal de conductores de bicicletas y vehículos de movilidad personal”. Bartolomé Vargas Cabrera.

“La preferencia de paso con el uso de las rotondas en la seguridad vial”. Vicente Magro Servet

“Novedades en el Código Penal, Ley Orgánica 2/19 (LA LEY 2725/2019) de 1 de marzo. Imprudencia en la conducción de vehículos a motor o ciclomotores y sanción del abandono del lugar del accidente”. Emilio Frías Martínez.

“Los juicios de tráfico vuelven a los juzgados penales”. Elena Camprovin Tobías

“El estatuto jurídico del Data Protection Officer”. Miguel Recio Gayo. Diario La Ley, Nº 27, Sección Ciberderecho, 15 de marzo de 2019.

“La doctrina del hallazgo casual de material inculpatario no se aplica cuando el orden de registro no cumple los requisitos de concreción y especificidad”. Blanca Lozano Cutanda. Diario La Ley, Nº 9395, Sección Comentarios de jurisprudencia, 11 de abril de 2019.

“Vacío normativo en el internamiento psiquiátrico del condenado a una medida de seguridad privativa de libertad. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 84/2018, de 16 de julio de 2018”. María del Mar Morcillo Gallego y Santiago Aragonés Seijo. Diario La Ley, Nº 9395, Sección Tribuna, 11 de abril de 2019.

“Mecanismos o argumentos, en la situación jurídica actual, para inscribir la filiación derivada de convenio gestacional hecho en país extranjero. A propósito de la pesadilla de Kiev y de la malograda Instrucción de la DGRN de 14 de febrero de 2019”. Antonio J. Vela Sánchez. Diario La Ley, Nº 9396, Sección Doctrina, 12 de abril de 2019.

“¿Responsabilidad penal del socio por la criminalidad de la empresa? Reflexiones sobre la posibilidad de fundamentar una posición de garantía del socio”. Nuria Pastor Muñoz. Diario La Ley, Nº 9400, Sección Tribuna, 22 de abril de 2019.

“El delito de falsedad en las cuentas anuales. Tipicidad y tratamiento penal”. José Domingo Monforte y Carlos Peñalosa Torné. Diario La Ley, Nº 9399, Sección Tribuna, 17 de abril de 2019.

“La nueva configuración del fraude de subvenciones”. Gabriel Rodríguez-Ramos Ladaria. Diario La Ley, Nº 9399, Sección Tribuna, 17 de abril de 2019.

“¿Es siempre delito del art. 384 CP conducir sin puntos o se precisa una notificación personal de la sanción?”. Vicente Magro Servet. Revista Tráfico y Seguridad Vial. Editorial Wolter Kluwers. Abril 2019. VV AA.

“La necesidad del buen compliance en el derecho del deporte”. Vicente Magro Servet. Diario La Ley, Nº 9402, Sección Doctrina, 24 de abril de 2019.

“Competencia para adoptar medidas cautelares de contenido económico en proceso penal, cuando la empresa se encuentra en concurso de acreedores”. José Luis García-Cañada González. Diario La Ley, Nº 9402, Sección Tribuna, 24 de abril de 2019.

“Pregunta sugestiva, pregunta denegada: ¿Saben interrogar fiscales y abogados?”. Ricardo Yáñez Velasco. Diario La Ley, Nº 9403, Sección Doctrina, 25 de abril de 2019.

“Cuestiones prácticas de la responsabilidad del administrador societario para responder de las deudas sociales”. Óscar Santaella Sáez. Diario La Ley, Nº 9403, Sección Tribuna, 25 de abril de 2019.

Revista Aranzadi de Derecho Migratorio y Extranjería. VVAA. Núm. 50. Enero – Abril 2019. Ed. Aranzadi (Formato electrónico). Diversos artículos sobre adopción transnacional y menores extranjeros no acompañados.

Revista Digital Compliance. VVAA. Núm. 1. Marzo 2019. Ed. Sepin (Formato electrónico). Diversos artículos sobre la reforma del Código Penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, la eficacia del *compliance* en las investigaciones sobre blanqueo de capitales, y el *compliance* tributario.

Revista Digital Penal. VVAA. Núm. 36. Febrero 2019. Ed. Sepin (Formato electrónico). Diversos artículos sobre el delito de “sexting”, la prueba testifical, o el delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales.

“Obtención de datos personales en procesos penales y administrativos”. Emilio Frías Martínez. Diario La Ley, Nº 9404, Sección Doctrina, 26 de abril de 2019.

Los artículos de la Revista La Ley se pueden consultar en el siguiente enlace <http://diariolaley.laley.es> (sección correspondiente)

Los artículos de la Revista Indret Penal se pueden consultar en el siguiente enlace [http://www.indret.com/es/derecho\\_penal/8/](http://www.indret.com/es/derecho_penal/8/)

Los artículos de la Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología se pueden consultar en el siguiente enlace <http://criminnet.ugr.es/recpc/>

Los artículos de la Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, así como de la Revista Digital Sepin se pueden solicitar en el Servicio de Biblioteca de la FGE. [fiscalía.biblioteca@fiscal.es](mailto:fiscalía.biblioteca@fiscal.es)

Las Ponencias del Centro de Estudios Jurídicos pueden descargarse a texto completo en <http://fiscal.es> sección documentos subsección ponencias formación continuada.

ÍNDICE REFERENCIAL POR MATERIAS

**ABOGACIA**

- Acceso a la profesión de abogado. Monje que ha obtenido su título profesional de abogado en un Estado miembro distinto del de acogida. Requisito para la inscripción ante la autoridad competente del Estado miembro de acogida. Certificado de inscripción ante la autoridad competente del Estado miembro de origen. Denegación de la inscripción. Normas profesionales y deontológicas. Incompatibilidad de la condición de monje con el ejercicio de la abogacía. Sec. TJUE [STJUE C431/17 – 07/05/19](#)

**AGRAVANTES**

- Reincidencia y Multirreincidencia: Delito de Hurto y robo con violencia. Sec. Penal [STS 155/19 – 26/03/19](#)

**COMPETENCIA**

- Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Competencia territorial. Sec. TJUE [STJUE C266/18 – 03/04/19](#)
- Competencia Objetiva: disposición que emana del Consejo de Ministros. Sec. Cont.Adm. [ATS 49/18 – 27/03/19](#)
- Competencia territorial: Indemnización de daños por infracción del Derecho de la Competencia. "Cártel de los camiones". Sec. Civil [ATS 23/19 – 19/03/19](#)
- Cuestión de Competencia negativa: es imprescindible la existencia de un recurso contencioso-administrativo sobre el que proyectar dicha cuestión y que dos o más órganos de la Jurisdicción no subordinados entre sí rechacen su competencia para conocer de ese recurso. Sec. Cont.Adm. [ATS 1/19 – 27/03/19](#)
- Cuestión de competencia negativa: recurso frente a actos de entidades locales o entidades y corporaciones dependientes o vinculadas a las mismas. Sec. Cont.Adm. [ATS 47/18 – 27/03/19](#)
- Transporte aéreo: Determinación del órgano jurisdiccional competente para conocer de una demanda de indemnización por el retraso de un vuelo. Sec. TJUE [STJUE C464/18 – 11/04/19](#)

**CONFLICTO COLECTIVO**

- Conflicto Colectivo: legitimación activa asociaciones profesionales. Sec. Social [STS 159/19 – 04/03/19](#)

**CONSPIRACION**

- Delitos contra la Salud Publica: conspiración. Requisitos. Sec. Penal [STS 171/19 – 28/03/19](#)

**CONSUMIDORES**

- Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Competencia territorial. Sec. TJUE [STJUE C266/18 – 03/04/19](#)
- Transporte aéreo: Determinación del órgano jurisdiccional competente para conocer de una demanda de indemnización por el retraso de un vuelo. Sec. TJUE [STJUE C464/18 – 11/04/19](#)

**COSA JUZGADA**

- Revisión de actos declarativos de derechos: reclamación por el FOGASA de prestaciones indebidas; efecto positivo cosa juzgada. Sec. Social [STS 145/19 – 27/02/19](#)

**CUESTION DE COMPETENCIA**

- Cuestión de competencia. Inhibición a la Audiencia Nacional. Tráfico de drogas. Sec. Penal [STS 214/19 – 23/04/19](#)
- Competencia Objetiva: disposición que emana del Consejo de Ministros. Sec. Cont.Adm. [ATS 49/18 – 27/03/19](#)
- Cuestión de Competencia negativa: es imprescindible la existencia de un recurso contencioso-administrativo sobre el que proyectar dicha cuestión y que dos o más órganos de la Jurisdicción no subordinados entre sí rechacen su competencia para conocer de ese recurso. Sec. Cont.Adm. [ATS 1/19 – 27/03/19](#)
- Cuestión de competencia negativa: recurso frente a actos de entidades locales o entidades y corporaciones dependientes o vinculadas a las mismas. Sec. Cont.Adm. [ATS 47/18 – 27/03/19](#)

**CUESTIONES PREJUDICIALES**

- Cuestiones Prejudiciales: indemnización en los contratos temporales de interinidad por sustitución [diferencias con los contratos fijos y el resto de temporales. Sec. Social [STS 207/19 – 13/03/19](#)

**DAÑO MORAL**

- Abusos sexuales: indemnización por daño moral: ámbito propio y distinto del daño físico o lesiones psicológicas o materiales de la víctima. Sec. Penal [STS 205/19 – 12/04/19](#)

**DATOS DE CARÁCTER PERSONAL**

- Divulgación de información que se refiere a la participación en una infracción en materia de prácticas colusorias: no lesiona el art. 25. CE la previsión normativa contenida en el art. 63.2 LDC en su aplicación a personal directivo unipersonal de la persona jurídica infractora. No lesiona el art. 18 CE la publicación del nombre de la persona física a que hace mención el art. 63.2. LDC. Sec. Cont.Adm. [STS 483/19 – 09/04/19](#)
- Ministerio Fiscal: inexistente vulneración del derecho a la intimidad: solicitud directa a una entidad bancaria datos de las cuentas del recurrente, y aportación de tales datos al inicio del juicio oral. Sec. Penal [STS 211/19 – 23/04/19](#)

**DELITO CONTINUADO**

- Delitos de abusos sexuales. Continuidad delictiva. Legislación penal aplicable en supuestos continuidad delictiva. Progresión delictiva, situación concursal, aplicación de lo prevenido en el artículo 74.1 CP Sec. Penal [STS 206/19 – 12/04/19](#)

**DELITO CONTRA LA HACIENDA PUBLICA**

- Derecho a no ser juzgado o condenado dos veces (artículo 4 del Protocolo 7 CEDH). Vulneración por ser objeto de expediente administrativo sobre impuestos con recargo, y de causa penal por evasión de impuestos, expedientes que no pueden considerarse conexos. Sec. TEDH [STEDH 72098/14 – 16/04/19](#)

**DELITO CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL**

- Delito contra la integridad moral: elementos. Sec. Penal [STS 157/19 – 26/03/19](#)

**DELITO CONTRA LA SALUD PUBLICA**

- Delitos contra la Salud Publica: conspiración. Sec. Penal [STS 171/19 – 28/03/19](#)

**DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES**

- Delito contra los derechos de los trabajadores: relación de alterne. Sec. Penal [STS 162/19 – 26/03/19](#)
- Principio acusatorio y responsabilidad penal de la persona jurídica titular del establecimiento en delito art. 311 CP. Sec. Penal [STS 162/19 – 26/03/19](#)

**DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD**

- Modalidad de "maltrato de obra" del artículo 104 del Código Penal Militar de 1985. Sec. Militar [STS 53/19 – 10/04/19](#)
- Modalidad de "trato degradante" del artículo 106 del Código Penal Militar de 1985. Sec. Militar [STS 54/19 – 10/04/19](#)

**DELITO DE ABUSOS SEXUALES**

- Abuso sexual. Inexistencia de contacto físico entre el autor y las víctimas. Contacto a través del teléfono o de otras tecnologías de comunicación. Sec. Penal [STS 158/19 – 26/03/19](#)
- Abuso sexual. Declaración de la víctima. Valor documento privado no impugnado. Recurso de casación: conversaciones por dispositivo electrónico (pantallazos). Sec. Penal [STS 169/19 – 28/03/19](#)
- Delito de abuso sexual con prevalimiento: menor de edad, retraso mental ligero, diferencia de edad, acusado psicólogo y orientador de la menor. Sec. Penal [STS 205/19 – 12/04/19](#)
- Delito de abuso sexual. Continuidad delictiva. Legislación penal aplicable en supuestos continuidad delictiva. Progresión delictiva, situación concursal, aplicación de lo prevenido en el artículo 74.1 CP. Sec. Penal [STS 206/19 – 12/04/19](#)
- Delitos de Agresión y Abuso sexual: caracteres. Doctrina de la Sala. Sec. Penal [STS 216/19 – 24/04/19](#)

**DELITO DE DESCUBRIMIENTO Y REVELACION DE SECRETOS**

- Delito de descubrimiento y revelación de secretos. Caracteres. Sec. Penal [STS 211/19 – 23/04/19](#)

**DELITO DE HURTO**

- Delito de Hurto. Multirreincidencia. Distinta naturaleza del delito de robo con violencia y delito de hurto. Sec. Penal [STS 155/19 – 26/03/19](#)

**DELITO DE ROBO**

- Misma naturaleza de los delitos de robo con fuerza y robo con violencia: Acuerdo Plenario de 6 de octubre de 2000. Distinta naturaleza del delito de robo con violencia y delito de hurto. Sec. Penal [STS 155/19 – 26/03/19](#)

**DELITO PROVOCADO**

<ul style="list-style-type: none"> <li>• Agente Encubierto: requisitos; actuación pasiva del mismo, no provocación delictiva.</li> </ul>	Sec. Penal	<a href="#">STS 171/19 – 28/03/19</a>
<b>DERECHO A LA IGUALDAD</b>		
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social. Prohibición de toda discriminación por razón de sexo. Discriminación indirecta. Trabajo a tiempo parcial. Cálculo de la pensión de jubilación.</li> </ul>	Sec. TJUE	<a href="#">STJUE 161/18 – 08/05/19</a>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Igualdad retributiva entre trabajadoras y trabajadores. Permiso parental a tiempo parcial del que hacen uso sustancialmente las trabajadoras: Discriminación indirecta ART. 157 TFUE.</li> </ul>	Sec. TJUE	<a href="#">STJUE C486/18 – 08/05/19</a>
<b>DERECHO A LA PRESUNCION DE INOCENCIA</b>		
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Presunción de inocencia y declaración de la víctima.</li> </ul>	Sec. Penal	<a href="#">STS 157/19 – 26/03/19</a>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Presunción de Inocencia y recursos de Apelación y casación.</li> </ul>	Sec. Penal	<a href="#">STS 162/19 – 26/03/19</a>
<b>DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR</b>		
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Derecho al respeto a la vida privada y familiar (artículo 8 CEDH). persona que cumple pena de prisión por delitos de terrorismo. Solicitud de la condenada de asistir y recogerse ante los restos mortales de su padre. No vulneración.</li> </ul>	Sec. TEDH	<a href="#">STEDH 48798/14 – 11/04/19</a>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Derecho a la protección de la vida privada: divulgación de información que se refiere a la participación en una infracción en materia de prácticas colusorias: no lesiona el art. 25. CE la previsión normativa contenida en el art. 63.2 LDC en su aplicación a personal directivo unipersonal de la persona jurídica infractora. No lesiona el art. 18 CE la publicación del nombre de la persona física a que hace mención el art. 63.2. LDC.</li> </ul>	Sec. Cont.Adm.	<a href="#">STS 483/19 – 09/04/19</a>
<b>DERECHO AL HONOR</b>		
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor.</li> </ul>	Sec. Civil	<a href="#">STS 201/19 – 03/04/19</a>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Protección del derecho al honor. Demanda interpuesta por el Abogado de la Generalitat en defensa del honor del pueblo catalán por las manifestaciones realizadas por un periodista: legitimación del Govern de la Generalitat.</li> </ul>	Sec. Civil	<a href="#">STS 201/19 – 03/04/19</a>
<b>DERECHO AL JUEZ ORDINARIO PREDETERMINADO POR LA LEY</b>		
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Infracción del derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley: requisitos.</li> </ul>	Sec. Penal	<a href="#">STS 171/19 – 28/03/19</a>
<b>DERECHO A NO SER JUZGADO O CONDENADO DOS VECES</b>		
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Derecho a no ser juzgado o condenado dos veces (artículo 4 del Protocolo 7 CEDH). Vulneración por ser objeto de expediente administrativo sobre impuestos con recargo, y de causa penal por evasión de impuestos, expedientes que no pueden considerarse conexos.</li> </ul>	Sec. TEDH	<a href="#">STEDH 72098/14 – 16/04/19</a>
<b>DERECHO A UN TRIBUNAL IMPARCIAL</b>		
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Alegación de falta de imparcialidad sin existencia de condena previa. Incidente de recusación resuelto por la Sala especial prevista en el art. 61 LOPJ con carácter definitivo en el marco de una causa especial ante el Tribunal Supremo, cuya sentencia será en su día también irrecurrible. Falta de agotamiento de la vía judicial previa: prematuridad por tratarse de garantía procesal y no concurrir lesión efectiva (inexistencia aun de eventual sentencia condenatoria).</li> </ul>	Sec. Const.	<a href="#">STC 39/19 – 26/03/19</a>
<b>DERECHO DE ASOCIACION</b>		
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Asociaciones: Derecho de participación de los socios.</li> </ul>	Sec. Civil	<a href="#">STS 181/19 – 21/03/19</a>
<b>DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNION EUROPEA</b>		
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Ciudadanía de la Unión Europea. Pérdida ipso iure de la nacionalidad de un Estado miembro y de la ciudadanía de la Unión. Consecuencias. Proporcionalidad.</li> </ul>	Sec. TJUE	<a href="#">STJUE C221/17 – 12/03/19</a>
<b>DESPIDO</b>		
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Indemnización en los contratos temporales de interinidad por sustitución [diferencias con los contratos fijos y el resto de temporales].</li> </ul>	Sec. Social	<a href="#">STS 207/19 – 13/03/19</a>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Funcionamiento y finalidad del FOGASA; posibilidad de opción del FOGASA por la indemnización.</li> </ul>	Sec. Social	<a href="#">STS 160/19 – 05/03/19</a>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Trabajador con contrato de duración indefinida y a tiempo completo en situación de permiso parental a tiempo parcial. Despido. Indemnización por despido y subsidio por permiso de recolocación: Métodos de cálculo. Igualdad retributiva entre trabajadoras</li> </ul>		

y trabajadores. Permiso parental a tiempo parcial del que hacen uso sustancialmente las trabajadoras: Discriminación indirecta ART. 157 TFUE.	Sec. TJUE	<a href="#">STJUE C486/18 – 08/05/19</a>
<b>DISCRIMINACION</b>		
• Igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social. Prohibición de toda discriminación por razón de sexo. Discriminación indirecta. Trabajo a tiempo parcial. Cálculo de la pensión de jubilación.	Sec. TJUE	<a href="#">STJUE C161/18 – 08/05/19</a>
• Igualdad retributiva entre trabajadoras y trabajadores. Permiso parental a tiempo parcial del que hacen uso sustancialmente las trabajadoras: Discriminación indirecta ART. 157 TFUE.	Sec. TJUE	<a href="#">STJUE C486/18 – 08/05/19</a>
<b>DOBLE JURISDICCION</b>		
• Recurso de revisión y doble jurisdicción. Coautoría de menor y adultos en un delito de detención ilegal.	Sec. Menores	<a href="#">ATS 20097/18 – 13/02/19</a>
<b>FOGASA</b>		
• Despido (funcionamiento y finalidad del FOGASA; posibilidad de opción del FOGASA por la indemnización).	Sec. Social	<a href="#">STS 160/19 – 05/03/19</a>
• Revisión de actos declarativos de derechos: reclamación por el FOGASA de prestaciones indebidas; efecto positivo cosa juzgada.	Sec. Social	<a href="#">STS 145/19 – 27/02/19</a>
<b>GUARDA Y CUSTODIA</b>		
• Guarda y custodia compartida: modificación de medidas: cambio de circunstancias.	Sec. Civil	<a href="#">STS 215/19 – 05/04/19</a>
<b>HALLAZGOS CASUALES</b>		
• Hallazgos casuales. Indicios obtenidos casualmente en el curso de una intervención telefónica acordada para investigar otro distinto.	Sec. Penal	<a href="#">STS 158/19 – 26/03/19</a>
<b>INCONGRUENCIA</b>		
• Incongruencia extra petita: la contradicción en las infracciones procesales.	Sec. Social	<a href="#">STS 207/19 – 13/03/19</a>
<b>INDULTO</b>		
• Denegación de la petición de suspensión de la resolución Ministerial denegatoria.	Sec. Penal	<a href="#">ATS 87/19 – 03/04/19</a>
<b>JUBILACION</b>		
• Igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social. Prohibición de toda discriminación por razón de sexo. Discriminación indirecta. Trabajo a tiempo parcial. Cálculo de la pensión de jubilación.	Sec. TJUE	<a href="#">STJUE C161/18 – 08/05/19</a>
<b>LEGITIMACION</b>		
• Conflicto Colectivo: legitimación activa asociaciones profesionales.	Sec. Social	<a href="#">STS 159/19 – 04/03/19</a>
• Protección del derecho al honor: Legitimación del Govern de la Generalitat y del Molt Honorable President de la Generalitat para accionar en defensa de la dignidad del pueblo catalán.	Sec. Civil	<a href="#">STS 202/19 – 03/04/19</a>
<b>LEY ELECTORAL</b>		
• Procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona: Causas de inelegibilidad e incompatibilidad. Ley Electoral general. Condena a pena de inhabilitación especial. Cabildo insular.	Sec. Cont.Adm.	<a href="#">STS 438/19 – 01/04/19</a>
<b>LIBERTAD DE EXPRESION</b>		
• Conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor.	Sec. Civil	<a href="#">STS 201/19 – 03/04/19</a>
<b>MENORES</b>		
• Ciudadanía de la Unión Europea. Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Pérdida ipso iure de la nacionalidad de un Estado miembro y de la ciudadanía de la Unión. Consecuencias. Afectación a los hijos menores. Proporcionalidad.	Sec. TJUE	<a href="#">STJUE C221/17 – 12/03/19</a>
• Guarda y custodia compartida: modificación de medidas: cambio de circunstancias.	Sec. Civil	<a href="#">STS 215/19 – 05/04/19</a>
• Práctica de diligencias probatorias denegadas por el Fiscal en la Instrucción. Arts. 26.1 y 33 e) de la LORPM.	Sec. Menores	<a href="#">AAP 126/19 – 01/03/19</a>
• Recurso de revisión y doble jurisdicción. Coautoría de menor y adultos en un delito de detención ilegal.	Sec. Menores	<a href="#">ATS 20097/18 – 13/02/19</a>

**MINISTERIO FISCAL**

- Inexistente vulneración del derecho a la intimidad: solicitud directa a una entidad bancaria datos de las cuentas del recurrente, y aportación de tales datos al inicio del juicio oral. Sec. Penal [STS 211/19 – 23/04/19](#)

**ORGANIZACIÓN CRIMINAL**

- Organización para la comisión de delitos contra la salud pública. Sec. Penal [STS 171/19 – 28/03/19](#)

**PERDON DEL OFENDIDO**

- Perdón del ofendido: ámbito. Sec. Penal [STS 211/19 – 23/04/19](#)

**PRINCIPIO ACUSATORIO**

- Principio acusatorio y responsabilidad penal de la persona jurídica titular del establecimiento en delito art. 311 CP. Sec. Penal [STS 162/19 – 26/03/19](#)

**PRUEBA**

- Práctica de diligencias probatorias denegadas por el Fiscal en la Instrucción. Arts. 26.1 y 33 e) de la LORPM. Sec. Menores [AAP 126/19 – 01/03/19](#)

**RECURSO DE APELACION**

- Ámbito del recurso de apelación de sentencias condenatorias en lo que se refiere a la impugnación del relato histórico. Sec. Penal [STS 162/19 – 26/03/19](#)
- Recurso de Apelación y Recurso de Casación: ámbitos en relación con el control del juicio fáctico. Sec. Penal [STS 162/19 – 26/03/19](#)

**RECURSO DE CASACION**

- Ámbitos de aplicación del recurso de apelación y el recurso de casación. Doctrina de la Sala. Sec. Penal [STS 216/19 – 24/04/19](#)
- Documentos: conversaciones por dispositivo electrónico incorporados a la causa impresas (pantallazos). Sec. Penal [STS 169/19 – 28/03/19](#)
- Inadmisión. Carencia de interés casacional objetivo: recurso que se refiere a cuestiones de hecho. Sec. Cont.Adm. [PROV 322/18 – 04/04/19](#)
- Inadmisión: interés casacional. Sec. Cont.Adm. [PROV 4225/18 – 31/01/19](#)
- Inadmisión: interés casacional. Inexistencia de justificación de la relevancia para la decisión de la infracción imputada. Sec. Cont.Adm. [PROV 6027/18 – 28/03/19](#)
- Inadmisión: falta de legitimación. Sec. Cont.Adm. [ATS 76/19 – 02/04/19](#)
- Inadmisión: pérdida sobrevenida de objeto. Sec. Cont.Adm. [ATS 338/18 – 02/04/19](#)
- Presunción de Inocencia y recursos de Apelación y casación. Sec. Penal [STS 162/19 – 26/03/19](#)
- Procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona: Causas de inelegibilidad e incompatibilidad. Ley Electoral general. Condena a pena de inhabilitación especial. Cabildo insular. Sec. Cont.Adm. [STS 438/19 – 01/04/19](#)
- Recurso de Casación y Recurso de Apelación: ámbitos en relación con el control del juicio fáctico. Sec. Penal [STS 162/19 – 26/03/19](#)

**RECURSO DE REVISIÓN**

- Recurso de revisión y doble jurisdicción. Coautoría de menor y adultos en un delito de detención ilegal. Sec. Menores [ATS 20097/18 – 13/02/19](#)

**RESPONSABILIDAD CIVIL**

- Responsabilidad civil directa de la compañía de seguros. Conducta dolosa del asegurado. Seguro de suscripción obligatoria de los Corredores de Seguros. Doctrina general sobre la obligación de pago a los perjudicados, sin perjuicio del derecho de repetir contra el asegurado. Acuerdo Plenario de 24 de abril de 2007. Referencia exclusiva a la determinación del concepto de hecho de la circulación en el ámbito del seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos de motor. Intereses moratorios. Oposición basada en causa razonable. No se aplica. Sec. Penal [STS 212/19 – 23/04/19](#)

**SEGURIDAD SOCIAL**

- Igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social. Prohibición de toda discriminación por razón de sexo. Discriminación indirecta. Trabajo a tiempo parcial. Cálculo de la pensión de jubilación. Sec. TJUE [STJUE C161/18 – 08/05/19](#)
- TRANSPORTE**
- Transporte aéreo: Determinación del órgano jurisdiccional competente para conocer de una demanda de indemnización por el retraso de un vuelo. Sec. TJUE [STJUE C464/18 – 11/04/19](#)
- VICTIMA**
- Abuso sexual. Declaración de la víctima. Sec. Penal [STS 169/19 – 28/03/19](#)
  - Presunción de inocencia y declaración de la víctima. Sec. Penal [STS 157/19 – 26/03/19](#)

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

**Guillermo García-Panasco Morales**  
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