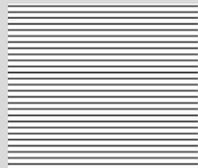




BOLETÍN DE JURISPRUDENCIA
FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

nº 77
MARZO DE 2020

- 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

2020

número 77



SECCIÓN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

SECCIÓN TEDH

SECCIÓN CIVIL

SECCIÓN PENAL

SECCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SOCIAL

SECCIÓN MILITAR

SECCIÓN MENORES

SECRETARÍA TÉCNICA

SECCION TJUE

ÍNDICE POR MATERIAS

AUTORES

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 27/2020

Fecha Sentencia: 24 de febrero de 2020.

Recurso de amparo núm. 1369-2017.

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

TEMA

Derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE) versus derecho a comunicar libremente información veraz de un medio periodístico (art. 20.1 CE).

ASPECTOS EXAMINADOS

- Doctrina constitucional sobre el derecho a la propia imagen en su colisión con el derecho a la información. La sociedad digital y la utilización no autorizada de la imagen ajena. Necesidad de autorización expresa para la utilización por terceros de la imagen ajena en el entorno digital (uso por un periódico de fotografía obtenida de perfil de Facebook).

El 8 de julio de 2013, en la edición en papel y digital del diario “La opinión-El correo de Zamora”, bajo el título “Un hombre muere en Zamora al dispararse después de herir a su hermano de otro tiro”, se publicó un reportaje sobre un suceso ocurrido el día anterior en el domicilio familiar (de don I.I.L.), consistente en el suicidio de su hermano tras haber previamente disparado un arma de fuego contra él, ocasionándole diversas lesiones.

Don I.I.L. interpuso demanda de juicio ordinario contra La Opinión de Zamora, S.A., en la que solicitaba que se dictara sentencia declarando que la publicación del reportaje había supuesto una intromisión ilegítima en el derecho fundamental a su propia imagen y a su intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE). Alegaba que el artículo periodístico contenía datos personales y familiares que permitían identificarle, tales como su nombre, el de su hermano, las iniciales de sus apellidos, el apodo del fallecido, la dirección del domicilio familiar, la profesión del padre y el lugar donde la ejerció, referencias a la notoriedad de la familia en la localidad o incluso la enfermedad neurodegenerativa padecida por la madre. En el reportaje publicado en la edición en papel del diario se incluyeron sendas fotografías del demandante don I.I.L. y de su hermano, que habían sido obtenidas de sus respectivos perfiles de la red social Facebook sin la preceptiva autorización. El actor denunciaba que la información escrita y gráfica expuesta por el periódico resultaba desproporcionada e irrelevante a los efectos de informar sobre el suceso acaecido, y solo servía para facilitar la identificación detallada del agresor, de la víctima y del resto de su familia. Añadía que se había divulgado en un momento especialmente delicado para el actor, lo que había contribuido negativamente a la situación psicológica que padecía. Por todo ello suplicaba que se declarara la existencia de una intromisión ilegítima en su derecho fundamental a la propia imagen y a la intimidad personal y familiar (art. 18 CE), así como la causación de un daño moral valorado en la suma de 30.000 €, o en la que el tribunal estimara haciendo uso de su facultad moderadora. Además, solicitaba que se condenara a la entidad demandante a difundir en la misma sección del periódico donde su publicó la noticia la parte dispositiva de la sentencia que pusiera fin al proceso, que se condenara a la editorial a retirar las fotografías y sus datos personales de cuantos ejemplares de la publicación se hallaran en los archivos del periódico; a no volver a publicarlos en soporte alguno y, por último, al pago de las costas procesales.

En fecha de 11 de marzo de 2015, el Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Bilbao dictó sentencia íntegramente estimatoria de la demanda, condenando a la mercantil demandada a abonar a la parte actora la suma de 30.000 € en concepto de indemnización. Consideraba que la información publicada, cuya veracidad se reconocía, suponía una intromisión en el derecho a la intimidad del demandante (art. 18.1 CE), puesto que se revelaban numerosos datos personales del actor y de su familia que permitían su identificación. También estimó que se había producido una vulneración del derecho a la propia imagen del demandante (art. 18.1 CE) al no haber contado con su consentimiento para la publicación de la fotografía, cuando por lo demás esta no aportaba elemento informativo alguno de interés público.

La Opinión de Zamora, S.A., recurrió en apelación la anterior resolución, dictándose por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Vizcaya sentencia desestimatoria, en fecha 22 de septiembre de 2015. La Audiencia consideró que aun cuando la noticia era veraz y tenía relevancia o interés público, ello no justificaba la difusión de determinados datos íntimos, personales y familiares del demandante, por lo que no debía prevalecer la libertad de información sobre la intimidad personal. Se trataba -a su juicio- de datos innecesarios, de los que el medio pudo prescindir sin limitar por ello la información como derecho fundamental. En cuanto a la concurrencia de una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, el órgano judicial confirmó los argumentos de la sentencia recurrida, entendiendo que la fotografía del demandante se había reproducido y divulgado sin su consentimiento y sin que la trascendencia de los hechos sobre los que se informaba justificara

su inclusión en el reportaje. Por último, en cuanto a la indemnización, confirmó la resolución recurrida al estimarla ajustada a los criterios utilizados por la jurisprudencia.

La Opinión de Zamora, S.A., interpuso recurso de casación alegando la indebida aplicación de los arts. 18.1 y 20.1.d) CE y del art. 7.3 de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (en adelante Ley Orgánica 1/1982). El TS declaró que la afectación de la intimidad del demandante no fue ilícita, y que solo lo fue la intromisión en su derecho a la propia imagen, por lo que redujo a la mitad la indemnización fijada en la sentencia recurrida

- Objeto y motivos del recurso

El recurso de amparo tiene por objeto la sentencia de 15 de febrero de 2017 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo a la que la editorial demandante de amparo imputa la vulneración del derecho a comunicar libremente información veraz por cualquier medio de difusión [art. 20.1 d) CE]. Para la mercantil recurrente, la sentencia impugnada incurre en una errónea ponderación entre aquel derecho fundamental y el derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE), pues a su juicio la información debe prevalecer y justifica la difusión de la fotografía del demandante pese a carecer de su consentimiento, especialmente al haber sido utilizada como complemento gráfico del texto escrito y tratarse de una fotografía respetuosa y neutral. Añade que el titular de una cuenta en una red social transmite y recibe informaciones y opiniones, y en su perfil ofrece datos propios a los que autoriza que accedan un conjunto indeterminado de usuarios de la red. Por consiguiente, tal acción del usuario debe ser considerada como acto propio por el que asiente o manifiesta su autorización para el uso por terceros de la imagen difundida por él mismo. Por lo demás entiende que, dada la naturaleza accesoria de la fotografía respecto del texto escrito, debe interpretarse como un complemento justificado, no artificial ni arbitrario que, como es usual en la crónica de sucesos, contribuyó a la identificación de la víctima de un suceso noticiable que conmovió al municipio de Zamora.

- Desestimación del amparo por existencia de intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen.

El Tribunal Constitucional acepta la apreciación de que los derechos fundamentales concernidos en el presente caso son el derecho a comunicar libremente información veraz del medio periodístico (art. 20.1 CE) y el derecho a la propia imagen de don I.I.L. (art. 18.1 CE). Aunque también están implicados el derecho a la intimidad personal y el derecho a la protección de datos de carácter personal, estos no pueden ser objeto de debate dado que su posible vulneración no ha sido invocada ante el Tribunal por las partes, ni por el Ministerio Fiscal.

En su análisis, el TC comienza exponiendo la doctrina constitucional sobre el derecho a la propia imagen en su colisión con el derecho a la información y pasa, acto seguido, a hacer una excursión por el panorama tecnológico actual en el que la aparición de las redes sociales ha cambiado el modo en el que las personas se socializan, pese a lo cual, deja sentado que, salvo excepciones tasadas, por más que los ciudadanos compartan voluntariamente en la red datos de carácter personal, continúan poseyendo su esfera privada que debe permanecer al margen de los millones de usuarios de las redes sociales en Internet, siempre que no hayan prestado su consentimiento de una manera inequívoca para ser observados o para que se utilice y publique su imagen. Así mismo declara que “el hecho de que circulen datos privados por las redes sociales en Internet no significa de manera más absoluta que lo privado se haya tornado público, puesto que el entorno digital no es equiparable al concepto de “lugar público” del que habla la Ley Orgánica 1/1982, ni puede afirmarse que los ciudadanos de la sociedad digital hayan perdido o renunciado a los derechos protegidos en el art. 18 CE. Los particulares que se comunican a través de un entorno digital y que se benefician de las posibilidades que ofrece la Web 2.0 no pueden ver sacrificados por este solo hecho los derechos fundamentales cuya razón de ser última es la protección de la dignidad de la persona. Aunque los riesgos de intromisión hayan aumentado exponencialmente con el uso masivo de las redes sociales, para ahuyentarlos debemos seguir partiendo del mismo principio básico que rige el entorno analógico y afirmar que el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales comprendidos en el art. 18 CE conlleva la potestad de la persona de controlar los datos que circulan en la red social y que le conciernen. Por consiguiente, reiteramos que, salvo que concurra una autorización inequívoca para la captación, reproducción o publicación de la imagen por parte de su titular, la injerencia en el derecho fundamental a la propia imagen debe necesariamente estar justificada por el interés público preponderante en tener acceso a ella y en divulgarla.”

Sobre esta base, el TC rechaza la tesis de la editorial recurrente de que la publicación de su imagen por el propio usuario en una red social en Internet y su consiguiente divulgación constituye una suerte de consentimiento tácito para su posterior utilización por terceros. El consentimiento solo ampara aquello que constituye el objeto de la declaración de voluntad. El titular del derecho fundamental debe autorizar el concreto acto de utilización de su imagen y los fines para los que la otorga. En definitiva, hay que entender que no puede reputarse como consentimiento indefinido y vinculante aquel que se prestó inicialmente para una ocasión o con una finalidad determinada. Por ello, el usuario de Facebook que “sube”, “cuelga” o, en suma, exhibe una imagen para que puedan observarla otros, tan solo consiente en ser observado en el lugar que él ha elegido (perfil, muro, etc.). De conformidad con el comportamiento usual de los usuarios en las redes sociales en Internet, y especialmente en aquellas como Facebook, no puede afirmarse que don I.I.L. con la publicación de una fotografía suya en su

perfil estuviera creando en la editora demandante de amparo (o cualquier otro medio de prensa) la confianza de que autorizaba su reproducción en el periódico como víctima de un suceso.

Descartada la posibilidad de que poder afirmar la existencia de un posible consentimiento por parte de don I.I.L. a la utilización de su imagen por terceros indeterminados por el hecho de haber publicado una fotografía suya en la red social Facebook, pues es una autorización otorgada para su mera contemplación en un ámbito de interacción social, y habiendo desechado también que pueda interpretarse que estas plataformas deban ser consideradas lugares abiertos al público en el sentido del art. 8.2 a) de la Ley Orgánica 1/1982, la cuestión debatida la reduce el TC a ponderar si la reproducción no consentida de la imagen de una persona anónima es decir, de alguien que no es personaje público, pero que adquiere repentina e involuntariamente un papel en el hecho noticiable, en este caso como víctima del fallido intento de homicidio por parte de su hermano y el posterior suicidio de este, supuso una intromisión ilegítima en su derecho fundamental a la propia imagen (art. 18.1 CE).

Pues bien, el TC reitera que los sucesos criminales son acontecimientos noticiables, incluso con independencia del carácter de sujeto privado de la persona afectada por la noticia, pero subraya que, sin embargo, el límite está en la individualización, directa o indirecta, de la víctima, pues este dato no es de interés público porque carece de relevancia para la información que se permite transmitir (SSTC 20/1992, de 20 de febrero; 219/1992, de 3 de diciembre; 232/1993, de 12 de julio; 52/2002, de 25 de febrero; 121/2002, de 20 de mayo, y 127/2003, de 30 de junio), y acaba por señalar que, en supuestos como los planteados en este recurso, “este Tribunal debe otorgar relevancia a la prevalencia del derecho a la imagen de la víctima del delito frente a las libertades informativas, pues la información gráfica devenía ociosa o superflua por carecer la fotografía de la víctima de interés real para la transmisión de la información, en este caso la realización aparente de un homicidio y posterior suicidio”.

El Tribunal comparte el razonamiento del Ministerio Fiscal acerca de que el carácter noticiable de una información -que es claro en este caso- no convierte solo por ello en noticiable la imagen de la persona concernida (como así también lo ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sentencia de 4 diciembre 2012, asunto Verlagsgruppe news GMBH and Bobi contra Austria § 81-82). La publicación de una fotografía supone una mayor intromisión en el derecho a la privacidad de la persona, pues muestra al público sus rasgos haciéndola identificable. Con el texto, por el contrario, simplemente se relatan los hechos, pero no se permite la identificación física de la misma. Ciertamente se trataba de un suceso con relevancia general, pero don I.I.L., hasta el momento en el que acaecieron los hechos de los que fue víctima, era una persona anónima y fue precisamente la difusión de su imagen la que le transformó momentáneamente en personaje público plenamente identificado, aunque su imagen carecía de todo interés general informativo, por lo que tampoco puede apreciarse su condición de accesoria a la que se refiere el art. 8.2 c) de la Ley Orgánica 1/1982 a los efectos de justificar constitucionalmente su publicación no autorizada (en este mismo sentido, STEDH de 25 febrero 2016, asunto Société de Conception de Presse et d’édition contra Francia, § 41). Rectamente entendida, dicha excepción legal está prevista para aquellos sujetos particulares cuya imagen aparece secundariamente en una fotografía o grabación cuyo objeto principal es otro (SSTC 72/2007, FJ 5, y 158/2009). Así, puede afirmarse que las imágenes de los simples particulares solo pueden aparecer accesoriamente en la información gráfica sobre un suceso o acontecimiento público, salvo que su participación en el acontecimiento noticiable hubiera sido principal y no meramente accesoria y cuando además dicha participación hubiera sido voluntaria.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 35/2020

Fecha Sentencia: 25 de febrero de 2020.

Recurso de amparo núm. 6354-2017.

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

TEMA

Libertad de expresión en los supuestos de condena por delitos de enaltecimiento del terrorismo.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Proceso con todas las garantías en supuestos de inicial absolución y posterior condena en caso de controversia que versa sobre el contenido y configuración del elemento subjetivo del delito. Libertad de expresión en los supuestos de condena por delitos de enaltecimiento del terrorismo.

El recurrente en amparo, cantante y letrista de grupos de rap-metal publicó una serie de comentarios en su cuenta en la red social Twitter por los que fue acusado como autor de un delito de enaltecimiento del terrorismo (art. 578 CP), del que fue

inicialmente absuelto en primera instancia por la Audiencia Nacional, pero finalmente fue condenado por el Tribunal Supremo a raíz del recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal por inaplicación indebida del art. 578 CP.

- Objeto y motivos del recurso.
El objeto del recurso fue determinar si las resoluciones impugnadas, al condenar al demandante en casación, tras una absolución previa, como autor de un delito del art. 578 CP -enaltecimiento del terrorismo- vulneraron (i) su derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), por haberse fundamentado en la valoración de pruebas personales que no fueron practicadas con respeto a las garantías de publicidad, intermediación y contradicción y sin haberse dado un previo trámite de audiencia al condenado; y (ii) su derecho a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE], por no haberse ponderado con carácter previo si la conducta enjuiciada suponía el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y por no constituir las expresiones proferidas una manifestación del discurso del odio.
- Estimación parcial del amparo por vulneración del derecho a la libertad de expresión.
 - A) En lo que se refiere a la jurisprudencia constitucional sobre el derecho a un proceso con todas las garantías en la condena en la segunda instancia penal, revocando una previa absolución, el TC la resume (FJ 2), a los efectos que interesan en este recurso de amparo, en los siguientes elementos esenciales:
 - es contrario a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) que un órgano judicial, conociendo a través de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación a partir de una nueva valoración de pruebas personales o de una reconsideración de los hechos estimados probados para establecer su responsabilidad penal o una agravación de ella, siempre que no haya celebrado una audiencia pública en que se desarrolle la necesaria actividad probatoria con las garantías de publicidad, intermediación y contradicción que le son propias, y se dé al acusado la posibilidad de defenderse exponiendo su testimonio personal;
 - no cabe efectuar este reproche constitucional cuando la condena pronunciada en la segunda instancia o la agravación de la situación, a pesar de no haberse celebrado vista pública, tenga origen en una controversia estrictamente jurídica entre los órganos judiciales de primera y segunda instancia en que no estén implicadas las garantías de publicidad, intermediación y contradicción y para cuya resolución no resulte necesario oír al acusado; y,
 - no obstante, en los concretos supuestos en que la controversia o discrepancias se producen en relación con la concurrencia de los elementos subjetivos necesarios para establecer o agravar la responsabilidad penal, tal enjuiciamiento deberá venir presidido, en todo caso, por la previa audiencia al acusado, ya que forma parte, a estos efectos, de la vertiente fáctica del juicio que corresponde efectuar a los órganos judiciales.

En particular, el TC subraya que también la jurisprudencia constitucional ha destacado que no cabe efectuar reproche constitucional alguno por el hecho de que la condena pronunciada en la segunda instancia o la agravación de la situación, a pesar de no haberse celebrado vista pública, traiga causa de una controversia sobre la subsunción de los elementos subjetivos del tipo cuando dicha controversia se basa en erróneas consideraciones jurídicas sobre su necesaria concurrencia, es decir, si se trata de errores en la calificación jurídica (STC 125/2017, de 13 de noviembre, FJ 6).

En aplicación de la jurisprudencia constitucional expuesta en el FJ 2, el TC considera que la condena del recurrente en las resoluciones de casación no ha vulnerado su derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), ya que la controversia trae causa de una estricta cuestión jurídica sobre el contenido y configuración del elemento subjetivo del delito, cuya resolución por parte del órgano judicial de segunda instancia no comprometía las garantías que disciplinan la valoración probatoria ni el derecho de audiencia. Por esta razón era suficiente, dada la naturaleza estrictamente jurídica de la cuestión debatida, la intervención del letrado del recurrente en la vista celebrada ante el órgano judicial de segunda instancia, tal como aconteció en el presente caso.

- B) En cuanto al derecho a la libertad de expresión en los supuestos de condena por delitos de enaltecimiento del terrorismo, el TC, con cita de referente a la STC 112/2016, recuerda los siguientes elementos:
 - (a) la jurisprudencia constitucional relativa con carácter general al derecho a la libertad de expresión, siguiendo lo establecido por el Pleno de este Tribunal en la STC 177/2015, de 22 de julio, FJ 2;
 - (b) la eventual limitación que puede sufrir este derecho derivada de una respuesta penal por la comisión de un delito de enaltecimiento del terrorismo, siguiendo lo establecido por el Pleno de este Tribunal en la STC 235/2007, de 7 de noviembre;
 - (c) la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre esta cuestión;
 - (d) la jurisprudencia constitucional sentada en la propia STC 112/2016 y en otras sentencias sobre el control de constitucionalidad para garantizar la aplicación del principio de proporcionalidad cuando se

trata de limitaciones impuestas al derecho a la libertad de expresión en supuestos de aplicación de los delitos de enaltecimiento del terrorismo.

En relación con este último aspecto, sobre la aplicación del principio de proporcionalidad a las restricciones que afectan al derecho fundamental a la libertad de expresión el Tc recuerda (con cita y referencia a las SSTC 112/2016 y 177/2015) que en este contexto de análisis la labor que debe desarrollar el órgano judicial penal consiste en valorar, como cuestión previa a la aplicación del tipo penal y atendiendo siempre a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, si la conducta que enjuicia constituye un ejercicio lícito del derecho fundamental a la libertad de expresión y, en consecuencia, se justifica por el valor predominante de la libertad de expresión, lo que determina que 'la ausencia de ese examen previo al que está obligado el juez penal o su realización sin incluir en él la conexión de los comportamientos enjuiciados con el contenido de los derechos fundamentales y de las libertades públicas no es constitucionalmente admisible' y 'constituye en sí misma una vulneración de los derechos fundamentales no tomados en consideración' [FJ 2 d)].

- Y en aplicación de la jurisprudencia constitucional expuesta, el TC concluye que la condena del recurrente ha vulnerado su derecho a la libertad de expresión, ya que, a pesar del esfuerzo desarrollado en las resoluciones impugnadas, no se ha dado cumplimiento con la suficiencia requerida a la exigencia de valoración previa de si la conducta enjuiciada era una legítima manifestación del ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión.

Ello porque se observa la ausencia de consideraciones en relación con la dimensión institucional de la libertad de expresión: valoración de la importancia de los mensajes controvertidos desde el punto de vista de la formación de la opinión pública libre y del intercambio de ideas en consonancia con el pluralismo propio de una sociedad democrática; ponderación de si tales mensajes son susceptibles de ser interpretados como manifestaciones de adhesión a opciones políticas legítimas; consideración acerca de si la condena penal de los mensajes podría producir un efecto desaliento o acarrear la desnaturalización del derecho a la libertad de expresión por parte de quienes se propongan ejercerla mediante la utilización de medios o con contenidos similares; estudio de si el contenido y la finalidad de los mensajes, en su autoría, contexto y circunstancias de quien los emite y de sus destinatarios, es equiparable a la defensa de actitudes violentas contra el orden legal y constitucional. Frente a la falta de consideraciones de esta naturaleza, se advierte que en la resolución impugnada se afirma concluyentemente que resultaba irrelevante ponderar cuál era la intención -irónica, provocadora o sarcástica- del recurrente al emitir sus mensajes, en relación con su trayectoria profesional como artista y personaje influyente, con el contexto en que se emitían los mensajes y con el mantenimiento de una línea de coherencia personal de condena de la violencia como medio de solución de conflictos.

No corresponde a nuestra jurisdicción -declara el TC- pronunciarnos sobre si la intención perseguida con los mensajes enjuiciados se integra como elemento en el tipo objeto de acusación. Ahora bien, desde la perspectiva de la exigencia constitucional de ponderar previamente la eventual concurrencia de una conducta susceptible de ser integrada en el ámbito del derecho fundamental a la libertad de expresión, aquella intención, en ausencia de otros factores que puedan ser reveladores respecto de los restantes elementos a que se ha hecho referencia, lejos de constituir una falacia, resulta ser uno de los aspectos indispensables en el análisis, pues su preterición en tales circunstancias hace definitivamente imposible ponderar si el acto comunicativo debe entenderse como realizado en el ejercicio legítimo de aquel derecho.

La posición central -añade- que tiene el derecho a la libertad de expresión como regla material de identificación del sistema democrático determina que no solo el resultado del acto comunicativo respecto de los que se puedan sentirse dañados por él, sino también los aspectos institucionales que el acto comunicativo envuelve en relación con la formación de la opinión pública libre y la libre circulación de ideas que garantiza el pluralismo democrático, deben ponderarse necesariamente para trazar el ámbito que debe reservarse al deber de tolerancia ante el ejercicio de los derechos fundamentales y, en consecuencia, los límites de la intervención penal en la materia. La resolución impugnada, al omitir cualquier argumentación sobre este particular, y rechazar expresamente la valoración de los elementos intencionales, circunstanciales y contextuales e incluso pragmático-lingüísticos que presidieron la emisión de los mensajes objeto de la acusación, se desenvuelve ciertamente en el ámbito de la interpretación que corresponde al juez penal sobre el ámbito subjetivo del tipo objeto de la acusación, pero desatiende elementos que, dadas las circunstancias, resultaban indispensables en la ponderación previa que el juez penal debe desarrollar en materia de protección de la libertad de expresión como derecho fundamental.

Este Tribunal -precisa- no desconoce los aspectos reprobables de los tuits formulados por el recurrente que se resaltan en las resoluciones recurridas en relación con la referencia al terrorismo como forma de acción política. Sin embargo, estima que el imperativo constitucional de respeto a la libertad de expresión impide categóricamente extraer conclusiones penales de estos elementos sin ponderar también el hecho de que los expresados tuits son susceptibles de ser interpretados como producto de la intencionalidad crítica en el terreno político y social a personas que ostentaban la condición de personajes públicos en el momento en que los actos comunicativos tuvieron lugar; y que, en uno de los casos, había tomado posición en favor de un determinado partido político.

- En conclusión, el Tribunal considera que la sentencia condenatoria no ha dado cumplimiento con la necesaria suficiencia a la exigencia de valoración previa acerca de si la conducta enjuiciada era una manifestación del ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión, al negar la necesidad de valorar, entre otros aspectos, la intención comunicativa del recurrente en relación con la autoría, contexto y circunstancias de los mensajes emitidos.



DATOS SENTENCIA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera)

Fecha Sentencia: 19 de marzo de 2020

Asunto C-564/18.

TEMA

Procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional. Directiva 2013/32/UE. Motivos de inadmisibilidad. Normativa nacional que establece la inadmisibilidad de la solicitud cuando el solicitante haya llegado al Estado miembro de que se trata por un país en el que no haya estado expuesto a persecución ni a riesgo de daños graves o que ofrece una protección suficiente.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Son de destacar los siguientes apartados de la Sentencia:
 - 20 A este respecto, el artículo 33, apartado 2, de la Directiva 2013/32 enumera de forma exhaustiva las situaciones en las que los Estados miembros pueden considerar inadmisibles una solicitud de protección internacional (sentencia de 19 de marzo de 2019, Ibrahim y otros, C 297/17, C 318/17, C 319/17 y C 438/17, EU:C:2019:219, apartado 76).
 - 30 El carácter exhaustivo de la enumeración que figura en el artículo 33, apartado 2, de la Directiva 2013/32 se desprende tanto del tenor de este artículo, en particular del término «solo» que precede a la enumeración de los motivos de inadmisibilidad, como de su finalidad, que consiste, precisamente, como ya ha declarado el Tribunal de Justicia, en relajar la obligación del Estado miembro responsable de examinar una solicitud de protección internacional definiendo los supuestos en los que tal solicitud debe considerarse inadmisibles (véase, en este sentido, la sentencia de 17 de marzo de 2016, Mirza, C 695/15 PPU, EU:C:2016:188, apartado 43).
 - 35 A este respecto, ha de recordarse que, a tenor de esta disposición, los Estados miembros podrán considerar inadmisibles una solicitud de protección internacional si un país que no sea un Estado miembro se considera tercer país seguro para el solicitante de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38 de la Directiva.
 - 40 Es preciso subrayar que los requisitos recogidos en el artículo 38 de la Directiva 2013/32 son acumulativos (véase, en este sentido, la sentencia de 25 de julio de 2018, Alheto, C 585/16, EU:C:2018:584, apartado 121), de modo que el motivo de inadmisibilidad al que hace referencia el artículo 33, apartado 2, letra c), de esta Directiva no puede aplicarse si falta algunos de esos requisitos.
 - 41 Por lo tanto, una normativa nacional que implique la inadmisibilidad de una solicitud de protección internacional solo podrá constituir una aplicación del motivo de inadmisibilidad establecido en el artículo 33, apartado 2, letra c), de la Directiva 2013/32 si cumple todos los requisitos recogidos en el artículo 38 de esta Directiva.
 - 47 La circunstancia de que un solicitante de protección internacional haya transitado por el territorio de un tercer país no puede, por sí sola, constituir una razón válida para considerar razonable que dicho solicitante regrese a ese país.
 - 50 De lo anterior resulta que el tránsito del solicitante de protección internacional por el tercer país de que se trata no puede constituir una «relación» en el sentido del artículo 38, apartado 2, letra a), de la Directiva 2013/32.
 - 53 A este respecto, baste con señalar que, según el propio tenor del artículo 35, párrafo primero, letras a) y b), de la Directiva 2013/32, un país solo puede ser considerado primer país de asilo de un solicitante de protección internacional si, respectivamente, este ha sido reconocido como refugiado en ese país y aún puede acogerse a esa protección o bien si este goza de protección suficiente en dicho país por otro concepto, incluyéndose en tal protección la posibilidad de acogerse al principio de no devolución, siempre que el solicitante sea readmitido en dicho país.
 - 75 Así pues, en una situación en la que el plazo concedido al órgano jurisdiccional que conoce de un recurso contra una resolución mediante la que se deniega una solicitud de protección internacional por considerarla inadmisibles no permita garantizar la efectividad de las normas materiales y de las garantías procesales que el Derecho de la Unión reconoce al solicitante, el principio de efectividad del Derecho de la Unión obliga a dicho órgano jurisdiccional a dejar sin aplicación la normativa nacional que considere imperativo tal plazo (sentencia del día de hoy, Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal, C 406/18, apartado 34).
- **El Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara:**
 - 1) El artículo 33 de la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite denegar una solicitud de protección internacional por considerarla inadmisibles cuando el solicitante haya llegado al territorio del Estado miembro de que se trata**

por un país en el que no haya estado expuesto a persecución ni a riesgo de daños graves o en el que se garantiza un nivel adecuado de protección.

2) El artículo 46, apartado 3, de la Directiva 2013/32, en relación con el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que impone al órgano jurisdiccional que conoce de un recurso contra una resolución mediante la que se deniega una solicitud de protección internacional por considerarla inadmisibles un plazo de ocho días para resolver si dicho órgano jurisdiccional no puede garantizar en ese plazo la efectividad de las normas materiales y de las garantías procesales que el Derecho de la Unión reconoce al solicitante.

DATOS SENTENCIA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Tercera)

Fecha Sentencia: 19 de marzo de 2020

Asunto C 234/18.

TEMA

Cooperación judicial en materia penal. Procedimiento de decomiso de bienes obtenidos ilegalmente sin que se haya impuesto una condena penal.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Son de destacar los siguientes apartados:
56 Por consiguiente, habida cuenta de los objetivos y del tenor de las disposiciones de la Decisión Marco 2005/212 y del contexto en el que esta se adoptó, procede considerar que dicha Decisión Marco es un acto que obliga a los Estados miembros a establecer normas mínimas comunes de decomiso de los instrumentos y productos relacionados con infracciones penales con el fin de facilitar el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales de decomiso adoptadas en el marco de procesos penales, como también señaló la Abogada General, en esencia, en el punto 63 de sus conclusiones.
57 Por lo tanto, la Decisión Marco 2005/212 no regula el decomiso de instrumentos y productos procedentes de actividades ilegales ordenado por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro en el marco o como resultado de un proceso que no tenga por objeto la constatación de una o varias infracciones penales.
58 Esta interpretación no queda en modo alguno desvirtuada por el artículo 2, apartado 2, de la citada Decisión Marco.
- **El Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara:**
La Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa de un Estado miembro que establece que un órgano jurisdiccional nacional deberá ordenar el decomiso de bienes obtenidos ilegalmente al término de un procedimiento que no está supeditado ni a la constatación de una infracción penal ni, a fortiori, a la condena de los supuestos autores de tal infracción.

DATOS SENTENCIA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Octava)

Fecha Sentencia: 12 de marzo de 2020

Asunto: C 769/18.

TEMA

Seguridad social de los trabajadores migrantes Toma en consideración de una prestación de crianza de un hijo con discapacidad abonada en otro Estado miembro. Principio de asimilación de hechos.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Son de destacar los siguientes apartados:

27 Por lo tanto, una prestación puede considerarse «prestación de seguridad social» cuando se reúnen dos requisitos, a saber, en la medida en que, por un lado, se conceda a sus beneficiarios al margen de cualquier apreciación individual y discrecional de sus necesidades personales, en función de una situación legalmente definida, y, por otro lado, se refiera a alguno de los riesgos expresamente enumerados en el artículo 3, apartado 1, del Reglamento n.º 883/2004 (sentencia de 14 de marzo de 2019, Dreyer, C 372/18, EU:C:2019:206, apartado 32 y jurisprudencia citada). Dado el carácter acumulativo de estos dos requisitos, la prestación de que se trate no estará comprendida en el ámbito de aplicación de dicho Reglamento si uno de ellos no se cumple [sentencia de 25 de julio de 2018, A (Asistencia a una persona con discapacidad), C 679/16, EU:C:2018:601, apartado 33].

28 Por lo que respecta al primero de dichos requisitos, procede recordar que concurre cuando la concesión de una prestación se efectúa de acuerdo con criterios objetivos que, una vez cumplidos, dan derecho a la prestación sin que la autoridad competente pueda tener en cuenta otras circunstancias personales. A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado, en lo que se refiere a las prestaciones cuya concesión se otorga o deniega o cuyo importe se calcula teniendo en cuenta los ingresos del beneficiario, que la concesión de tales prestaciones no depende de la apreciación individual de las necesidades personales del solicitante, puesto que el criterio que determina el derecho a esa prestación es un criterio objetivo y legalmente definido, sin que la autoridad competente pueda tener en cuenta otras circunstancias personales (sentencia de 14 de marzo de 2019, Dreyer, C 372/18, EU:C:2019:206, apartados 33 y 34 y jurisprudencia citada).

29 Además, el Tribunal de Justicia ha precisado que, para poder considerar que no se cumple dicho requisito, la apreciación discrecional, por la autoridad competente, de las necesidades personales del beneficiario de una prestación debe referirse, ante todo, al nacimiento del derecho a dicha prestación. Esas consideraciones son válidas, mutatis mutandis, en lo que atañe al carácter individual de la apreciación, por la autoridad competente, de las necesidades personales del beneficiario de una prestación (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de marzo de 2019, Dreyer, C 372/18, EU:C:2019:206, apartado 35 y jurisprudencia citada).

30 En el presente asunto, de los autos sometidos al Tribunal de Justicia se desprende que la concesión de la ayuda alemana no está supeditada a requisitos objetivos, como pueden ser un porcentaje o un nivel determinado de incapacidad o de discapacidad.

31 Además, ha quedado acreditado que, conforme al propio tenor del artículo 35a del Código de Seguridad Social alemán, dicha ayuda se ofrece según las necesidades individuales del hijo beneficiario, sobre la base de una apreciación individual y discrecional de dichas necesidades por la autoridad competente.

42 A este respecto, es necesario subrayar que el artículo 5 del Reglamento n.º 883/2004, interpretado a la luz del considerando 9 de este último, recoge el principio jurisprudencial de asimilación de prestaciones, ingresos y hechos que el legislador de la Unión quiso introducir en el texto de dicho Reglamento con objeto de desarrollarlo respetando el contenido y la esencia de las resoluciones judiciales del Tribunal de Justicia (véase, en este sentido, la sentencia de 5 de diciembre de 2019, Bocero Torrico y Bode, C 398/18 y C 428/18, EU:C:2019:1050, apartado 29 y jurisprudencia citada).

56 Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a la segunda cuestión prejudicial que el artículo 5 del Reglamento n.º 883/2004 debe interpretarse en el sentido de que:

- La prestación francesa y la ayuda alemana no pueden considerarse prestaciones equivalentes a efectos de la letra a) de dicho artículo 5.
- El principio de asimilación de hechos recogido en la letra b) del citado artículo 5 se aplica en circunstancias como las del litigio principal. Por lo tanto, incumbe a las autoridades competentes francesas determinar si, en el caso de autos, se ha acreditado la concurrencia del hecho requerido a efectos de esa disposición. A este respecto, dichas autoridades deben tener en cuenta hechos semejantes que guarden relación y hayan ocurrido en Alemania como si hubieran ocurrido en su propio territorio.

• **El Tribunal de Justicia (Sala Octava) declara:**

1) **El artículo 3 del Reglamento (CE) n.º 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, en su versión modificada por el Reglamento (CE) n.º 988/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, debe interpretarse en el sentido de que la ayuda para la integración de los niños y adolescentes con discapacidad mental, prevista en el artículo 35a del libro VIII del Sozialgesetzbuch (Código de Seguridad Social), no constituye una prestación a efectos de dicho artículo 3 y, por consiguiente, no está comprendida en el ámbito de aplicación material de ese Reglamento.**

2) **El artículo 5 del Reglamento n.º 883/2004, en su versión modificada por el Reglamento n.º 988/2009, debe interpretarse en el sentido de que:**

- **– La prestación por crianza de un hijo con discapacidad, establecida en el artículo L. 541 1 del code de la sécurité sociale (Código de Seguridad Social), y la ayuda a la integración de niños y adolescentes con discapacidad mental, en virtud del artículo 35a del libro VIII del Código de Seguridad Social alemán, no pueden considerarse prestaciones equivalentes a efectos de la letra a) de dicho artículo 5.**

- – El principio de asimilación de hechos recogido en la letra b) del citado artículo 5 se aplica en circunstancias como las del litigio principal. Por lo tanto, incumbe a las autoridades competentes francesas determinar si, en el caso de autos, se ha acreditado la concurrencia del hecho requerido a efectos de esa disposición. A este respecto, dichas autoridades deben tener en cuenta hechos semejantes que guarden relación y hayan ocurrido en Alemania como si hubieran ocurrido en su propio territorio.

DATOS SENTENCIA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Cuarta)

Fecha Sentencia: 11 de marzo de 2020

Asunto C 314/18.

TEMA

Cooperación judicial en materia penal. Orden de detención europea. Entrega supeditada a la condición de que la persona en cuestión sea devuelta al Estado miembro de ejecución para cumplir en este la pena o la medida de seguridad privativas de libertad que pudiere pronunciarse en su contra en el Estado miembro emisor. Momento de la devolución. Adaptación de la condena impuesta en el Estado miembro emisor.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Son de destacar los siguientes apartados:

36 Tanto el principio de confianza mutua entre los Estados miembros como el principio de reconocimiento mutuo, que se asienta sobre el primero, tienen una importancia fundamental en el Derecho de la Unión, dado que permiten la creación y el mantenimiento de un espacio sin fronteras interiores [véanse, en este sentido, las sentencias de 25 de julio de 2018, *Minister for Justice and Equality (Deficiencias del sistema judicial)*, C 216/18 PPU, EU:C:2018:586, apartado 36, y de 15 de octubre de 2019, *Dorobantu*, C 128/18, EU:C:2019:857, apartado 46].

38 En dicho contexto, la Decisión Marco 2002/584 pretende, a través del establecimiento de un nuevo sistema simplificado y más eficaz de entrega de personas condenadas o sospechosas de haber infringido la ley penal, facilitar y acelerar la cooperación judicial para contribuir a que se logre el objetivo atribuido a la Unión de llegar a ser un espacio de libertad, seguridad y justicia basado en el grado de confianza elevado que debe existir entre los Estados miembros [sentencias de 25 de julio de 2018, *Minister for Justice and Equality (Deficiencias del sistema judicial)*, C 216/18 PPU, EU:C:2018:586, apartado 40, y de 13 de diciembre de 2018, *Sut*, C 514/17, EU:C:2018:1016, apartado 27 y jurisprudencia citada].

40 Así pues, la Decisión Marco 2002/584 enuncia expresamente los motivos de no ejecución obligatoria (artículo 3) y facultativa (artículos 4 y 4 bis) de la orden de detención europea y las garantías que deberá dar el Estado miembro emisor en casos particulares (artículo 5). Aunque el sistema de la Decisión Marco 2002/584 se basa en el principio de reconocimiento mutuo, este reconocimiento no implica una obligación absoluta de ejecución de la orden de detención dictada (véanse, en este sentido, las sentencias de 21 de octubre de 2010, *I. B.*, C 306/09, EU:C:2010:626, apartado 50, y de 13 de diciembre de 2018, *Sut*, C 514/17, EU:C:2018:1016, apartados 29 y 30 y jurisprudencia citada).

53 En consecuencia, cuando la autoridad judicial de ejecución, actuando con arreglo al artículo 5, punto 3, de la Decisión Marco 2002/584, establezca como condición para la ejecución de una orden de detención europea que la persona objeto de la misma y que sea nacional o residente del Estado miembro de ejecución sea devuelta a este último a fin de cumplir en él la pena o la medida de seguridad privativas de libertad a que pueda ser condenado en el Estado miembro de emisión, dicha devolución por parte de este último Estado solo podrá tener lugar una vez que dicha condena haya adquirido firmeza, en el sentido de la jurisprudencia mencionada en el apartado anterior de la presente sentencia.

56 No obstante, si resultase que, debido a otras etapas procesales vinculadas con la causa por el delito respecto del cual se ha dictado la orden de detención europea —como, por ejemplo, la determinación de la pena o la adopción de una medida accesoria—, se hiciese necesaria la presencia en el Estado miembro emisor de la persona a la que se ha impuesto una pena o una medida de seguridad privativas de libertad, una vez que la sentencia que la impone ya no fuera recurrible, el objetivo de facilitar la reinserción social del condenado, perseguido por el artículo 5, punto 3, de la Decisión Marco 2002/584, habrá de ponderarse en relación tanto con la efectividad de las diligencias penales —de forma que se garantice una represión completa y eficaz del delito respecto del cual se ha dictado la orden de detención europea— como con la protección del derecho de defensa de la persona en cuestión.

67 Por consiguiente, el Estado miembro de ejecución no puede rechazar la entrega de la persona en cuestión por el mero hecho de que el Estado miembro emisor, al otorgar la garantía con arreglo al artículo 5, punto 3, de la Decisión Marco 2002/584, exprese una reserva en cuanto a la eventual adaptación, por parte del primero de dichos Estados miembros, de la condena que pudiere imponerse en el segundo Estado miembro, que vaya más allá de los supuestos previstos en el artículo 8 de la Decisión Marco 2008/909.

- El Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) declara:

1) El artículo 5, punto 3, de la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, en relación con el artículo 1, apartado 3, de la misma y con el artículo 1, letra a), el artículo 3, apartados 3 y 4, y el artículo 25 de la Decisión Marco 2008/909/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea, en sus versiones modificadas por la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, debe interpretarse en el sentido de que, en caso de que el Estado miembro de ejecución supedite la entrega de la persona que, siendo nacional o residente de este, es objeto de una orden de detención europea a efectos de entablar una acción penal, a la condición de que dicha persona le sea devuelta, tras haber sido oída, para cumplir en el propio Estado miembro de ejecución la pena o la medida de seguridad privativas de libertad que pudiera pronunciarse en su contra en el Estado miembro emisor, este último Estado miembro debe proceder a la mencionada devolución a partir del momento en que la condena haya adquirido firmeza, a menos que, por motivos concretos vinculados con el respeto del derecho de defensa de la persona en cuestión o con la buena administración de la justicia, se haga indispensable la presencia de dicha persona en ese último Estado, hasta tanto se hayan resuelto definitivamente otras etapas procesales vinculadas con la causa por el delito respecto del cual se ha dictado la orden de detención europea.

2) El artículo 25 de la Decisión Marco 2008/909, en su versión modificada por la Decisión Marco 2009/299, debe interpretarse en el sentido de que, cuando la ejecución de una orden de detención europea dictada a efectos de entablar una acción penal se supedite a la condición prevista en el artículo 5, punto 3, de la Decisión Marco 2002/584, en su versión modificada por la Decisión Marco 2009/299, el Estado miembro de ejecución, a fin de ejecutar la pena o la medida de seguridad privativas de libertad dictada en el Estado miembro emisor contra la persona en cuestión, únicamente podrá adaptar la duración de dicha condena con arreglo a los requisitos estrictos previstos en el artículo 8, apartado 2, de la Decisión Marco 2008/909, en su versión modificada por la Decisión Marco 2009/299.

DATOS SENTENCIA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Tercera)

Fecha Sentencia: 11 de marzo de 2020

Asunto: C 511/17.

TEMA

Protección de los consumidores. Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores. Contrato de préstamo denominado en divisas. Toma en consideración de todas las demás cláusulas del contrato a efectos de apreciar el carácter abusivo de la cláusula impugnada. Examen de oficio por el juez nacional del carácter abusivo de las cláusulas que figuran en el contrato.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Son de destacar los siguientes apartados:

23 A este respecto, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de las mismas (véanse, en particular, las sentencias de 4 de junio de 2009, Pannon GSM, C 243/08, EU:C:2009:350, apartado 22, y de 17 de mayo de 2018, Karel de Grote — Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen, C 147/16, EU:C:2018:320, apartado 26).

24 El Tribunal de Justicia también ha declarado que, habida cuenta de esta situación de inferioridad, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 dispone que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. Como se desprende de la jurisprudencia, se trata de una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre estas (sentencia de 17 de mayo de 2018, Karel de Grote — Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen, C 147/16, EU:C:2018:320, apartado 27 y jurisprudencia citada).

27 Por lo tanto, el examen de oficio obligatorio que el juez nacional que conoce del asunto debe efectuar en virtud de la Directiva 93/13 se limita, en un primer momento, a las cláusulas contractuales cuyo carácter abusivo puede determinarse sobre la base de los elementos de hecho y de Derecho que figuran en los autos a disposición del juez nacional. En efecto, si este último no dispone de todos esos elementos, no estará en condiciones de proceder al mencionado examen de oficio (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de septiembre de 2018, Profi Credit Polska, C 176/17, EU:C:2018:711, apartados 46 y 47).

28 En un segundo momento, el examen de oficio debe respetar los límites del objeto del litigio, entendido como el resultado que una parte persigue con sus pretensiones, tal como hayan sido formuladas y a la luz de los motivos invocados en apoyo de las mismas.

32 Por lo tanto, en virtud de la protección que debe concederse al consumidor con arreglo a la Directiva 93/13, el juez nacional habrá de examinar de oficio una determinada cláusula contractual, dentro de los límites del objeto del litigio del que conoce, para evitar que las pretensiones del consumidor sean desestimadas mediante una resolución judicial que acabe adquiriendo, en su caso, fuerza de cosa juzgada, cuando tales pretensiones habrían podido estimarse si el consumidor no hubiera dejado de invocar por ignorancia el carácter abusivo de la cláusula en cuestión.

38 De ello se deduce que el juez nacional está obligado a acordar de oficio diligencias de prueba como las mencionadas en el apartado anterior de la presente sentencia siempre que los elementos de hecho y de Derecho que ya figuran en los autos susciten serias dudas en cuanto al carácter abusivo de determinadas cláusulas que, aunque no hayan sido impugnadas por el consumidor, estén vinculadas al objeto del litigio, y que, por consiguiente, el examen de oficio que incumbe realizar al juez nacional exige que se acuerden tales diligencias de prueba.

46 A este respecto, el Tribunal de Justicia ha recordado que, con arreglo al artículo 4, apartado 1, de la Directiva 93/13, para apreciar el carácter eventualmente abusivo de la cláusula contractual en que se base la demanda de la que conozca, el juez nacional debe tener en cuenta el resto de las cláusulas del contrato (sentencia de 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank, C 472/11, EU:C:2013:88, apartado 41).

47 Esta obligación de tener en cuenta el resto de las cláusulas del contrato celebrado entre un profesional y un consumidor se justifica porque el examen de la cláusula impugnada ha de tomar en consideración todos los elementos que puedan ser pertinentes para comprender esa cláusula en su contexto, en la medida en que, en función del contenido del contrato, para la apreciación del carácter abusivo de la cláusula impugnada puede ser necesario evaluar el efecto acumulativo de todas las cláusulas del contrato (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de abril de 2016, Radlinger y Radlingerová, C 377/14, EU:C:2016:283, apartado 95).

- **El Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara:**

1) El artículo 6, apartado 1, 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 un juez nacional que conoce de una demanda interpuesta por un consumidor solicitando que se declare el carácter abusivo de determinadas cláusulas incluidas en un contrato celebrado por este con un profesional no está obligado a examinar de oficio e individualmente todas las demás cláusulas contractuales, que no han sido impugnadas por el consumidor, con el fin de verificar si pueden considerarse abusivas, sino que únicamente debe examinar aquellas cláusulas que estén vinculadas al objeto del litigio según este último haya sido definido por las partes, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto, completados, en su caso, mediante diligencias de prueba.

2) El artículo 4, apartado 1, y el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que, si bien es verdad que para apreciar el carácter abusivo de la cláusula contractual que sirve de base a las pretensiones de un consumidor han de tenerse en cuenta todas las demás cláusulas del contrato celebrado entre un profesional y ese consumidor, ello no implica la obligación del juez nacional que conoce del asunto de examinar de oficio el carácter eventualmente abusivo de todas esas otras cláusulas.

DATOS SENTENCIA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala)

Fecha Sentencia: 3 de marzo de 2020

Asunto C 125/18.

TEMA

Protección de los consumidores. Cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores. Contrato de préstamo hipotecario. Tipo de interés variable. Índice de referencia de los préstamos hipotecarios de las cajas de ahorros. Introducción unilateral de una cláusula de este tipo por el profesional. Control de la exigencia de transparencia por el juez nacional. Consecuencias de la declaración del carácter abusivo de la cláusula.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Son de destacar los siguientes apartados:

28 A este respecto, si bien la primera cuestión prejudicial como tal se refiere al IRPH de las cajas de ahorros, para dar una respuesta útil al juzgado remitente procede entender que mediante aquella dicho juzgado pide que se dilucide si el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que queda fuera del ámbito de aplicación de esa misma Directiva la cláusula de un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre un consumidor y un profesional que prevé que el tipo de interés aplicable al préstamo se base en uno de los índices de referencia oficiales establecidos por la normativa nacional y que las entidades de crédito pueden aplicar a los préstamos hipotecarios.

36 En consecuencia, la referencia al IRPH de las cajas de ahorros en la cláusula controvertida para el cálculo de los intereses adeudados en el marco del contrato sobre el que versa el litigio principal no es el resultado de una disposición legal o reglamentaria imperativa, en el sentido de la jurisprudencia que se ha recordado en los apartados 31 y 32 de la presente sentencia. Por ello, sin perjuicio de que el juzgado remitente compruebe este extremo, la cláusula sí está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13.

45 Sin embargo, el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, puesto en relación con su artículo 8, permite a los Estados miembros prever en la legislación de transposición de esta Directiva que «la apreciación del carácter abusivo» no abarca las cláusulas previstas en aquella disposición, siempre que tales cláusulas se hayan redactado de forma clara y comprensible (véanse, en este sentido, las sentencias de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C 484/08, EU:C:2010:309, apartado 32, y de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C 26/13, EU:C:2014:282, apartado 41).

46 Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha destacado que esa misma exigencia de redacción clara y comprensible figura en el artículo 5 de la Directiva 93/13, que prevé que las cláusulas contractuales deben respetarla «siempre» (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C 26/13, EU:C:2014:282, apartados 67 y 68, y de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, C 186/16, EU:C:2017:703, apartado 43). De ello se deduce que la referida exigencia se aplica, en cualquier caso, incluso cuando una cláusula está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 4, apartado 2, de la Directiva y aun cuando el Estado miembro de que se trate no haya transpuesto esta disposición. Tal exigencia no puede reducirse únicamente al carácter comprensible de la cláusula contractual en un plano formal y gramatical (sentencia de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C 26/13, EU:C:2014:282, apartado 71).

51 Así pues, por lo que se refiere a una cláusula que, en el marco de un contrato de préstamo hipotecario, estipule la retribución del correspondiente préstamo mediante intereses que se calculan según un tipo variable, la referida exigencia se ha de entender como la obligación no solo de que la cláusula considerada sea comprensible para el consumidor en un plano formal y gramatical, sino también de que posibilite que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo de dicho tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de tal cláusula sobre sus obligaciones financieras (véanse en este sentido, por analogía, las sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C 26/13, EU:C:2014:282, apartado 75, y de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, C 186/16, EU:C:2017:703, apartado 51).

52 ... Más concretamente, incumbe al juez nacional, al tener en cuenta el conjunto de circunstancias que rodearon la celebración del contrato, verificar que, en el asunto de que se trate, se hubieran comunicado al consumidor todos los elementos que pueden incidir en el alcance de su compromiso, permitiéndole evaluar, en particular, el coste total de su préstamo. Desempeñan un papel decisivo en tal apreciación, por una parte, la cuestión de si las cláusulas están redactadas de forma clara y comprensible, de manera que permitan a un consumidor medio, según se ha descrito a este en el apartado 51 de la presente sentencia, evaluar tal coste y, por otra parte, la falta de mención en el contrato de préstamo de la información que se considere esencial a la vista de la naturaleza de los bienes o de los servicios que son objeto de dicho

contrato (sentencia de 20 de septiembre de 2017, *Andriuc y otros*, C 186/16, EU:C:2017:703, apartado 47 y jurisprudencia citada).

64 Por consiguiente, procede considerar que, en una situación en la que un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva que se refiere a un índice legal de cálculo del tipo de interés variable aplicable al préstamo, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 no puede interpretarse en el sentido de que se opone a que el juez nacional, con el fin de evitar la nulidad del contrato, sustituya esa cláusula por un índice establecido como supletorio por el Derecho nacional, en la medida en que la anulación del contrato exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales (véase, por analogía, la sentencia de 26 de marzo de 2019, *Abanca Corporación Bancaria y Bankia*, C 70/17 y C 179/17, EU:C:2019:250, apartado 59).

- **El Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:**

1) 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 sí está comprendida en el ámbito de aplicación de esa misma Directiva la cláusula de un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre un consumidor y un profesional que estipule que el tipo de interés aplicable al préstamo se base en uno de los índices de referencia oficiales establecidos por la normativa nacional y que las entidades de crédito pueden aplicar a los préstamos hipotecarios, cuando esa normativa no establezca ni la aplicación imperativa del índice en cuestión con independencia de la elección de las partes en el contrato ni su aplicación supletoria en el supuesto de que las partes no hayan pactado otra cosa.

2) La Directiva 93/13, y en particular sus artículos 4, apartado 2, y 8, debe interpretarse en el sentido de que los tribunales de un Estado miembro están obligados a examinar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual que se refiere al objeto principal del contrato, con independencia de la transposición del artículo 4, apartado 2, de dicha Directiva al ordenamiento jurídico de ese Estado miembro.

3) La Directiva 93/13, y en particular sus artículos 4, apartado 2, y 5, debe interpretarse en el sentido de que, para cumplir con la exigencia de transparencia de una cláusula contractual que fija un tipo de interés variable en un contrato de préstamo hipotecario, dicha cláusula no solo debe ser comprensible en un plano formal y gramatical, sino también permitir que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del referido tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras. Constituyen elementos especialmente pertinentes para la valoración que el juez nacional debe efectuar a este respecto, por un lado, la circunstancia de que los elementos principales relativos al cálculo del mencionado tipo de interés resulten fácilmente asequibles a cualquier persona que tenga intención de contratar un préstamo hipotecario, dada la publicación del modo de cálculo de dicho tipo de interés, y, por otro lado, el suministro de información sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo de ese mismo tipo de interés.

4) Los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que, en caso de declaración de nulidad de una cláusula contractual abusiva que fija un índice de referencia para el cálculo de los intereses variables de un préstamo, el juez nacional lo sustituya por un índice legal aplicable a falta de acuerdo en contrario de las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario no pudiera subsistir tras la supresión de la cláusula abusiva y que la anulación del contrato en su totalidad dejara al consumidor expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales.



SECCIÓN TEDH

DATOS SENTENCIA

Tribunal Europeo de Derechos Humanos
 Caso: Filkin c. Portugal
 Fecha sentencia: 3 de marzo de 2020
 Demanda nº 69729/12.

TEMA

Derecho a la propiedad: Artículo 1 del Protocolo 1 CEDH, respeto a los bienes. Congelación de cuenta bancaria en proceso penal por blanqueo de capitales. Garantías procesales insuficientes para la defensa de los intereses del demandante. Medida que se ha aplicado durante más de 3 años a consecuencia de retrasos en la instrucción. Carga especial y exorbitante.

ASPECTOS EXAMINADOS

- El demandante, D. Evgeny Filkin, es ciudadano ruso. El asunto se refiere a la congelación de una cuenta bancaria del demandante en el marco de un procedimiento penal, con un saldo de 2 millones de euros, por sospechas de blanqueo de capitales.

En febrero de 2011, el Departamento Central de Investigación y Acción Penal acordó la apertura de una investigación penal sobre operaciones bancarias sospechosas, que podían estar ligadas a actividades de blanqueo de capitales, efectuadas en cuentas corrientes del banco BANIF de Valença. El Juez de Instrucción del Tribunal Central de Investigación Criminal no ordenó la congelación de las cuentas bancarias hasta el 2 de mayo de 2011, acordando también el secreto de la instrucción. El Banco informó al demandante que no podía hacer ninguna operación bancaria debido a la decisión judicial. Las peticiones y apelación presentadas por el Sr. Filkin para conseguir el alzamiento de la medida y el acceso a las actuaciones fueron rechazadas.

El 23 de julio de 2014 se archivó el asunto penal porque, aunque se había logrado determinar el itinerario del capital, no había sido posible conocer el origen del dinero sospechoso ni resolver si era producto de actividades ilícitas. El 24 de julio de 2014 el Juez de Instrucción alzó la medida aplicada a la cuenta bancaria del demandante, sin informarle.

El demandante se queja de violación del artículo 1 del Protocolo 1 CEDH por vulneración del derecho al respeto a sus bienes, y del artículo 6 CEDH por indefensión al no haber podido acceder a la causa. El TEDH considera que debe resolverse únicamente en relación con el artículo 1 del Protocolo 1 CEDH, porque comprende también exigencias procesales. Se queja de los perjuicios sufridos por no haber podido disponer del dinero para atender obligaciones y contratos; de no haber sido informado de la aplicación ni del alzamiento de la medida; de no haber podido acceder a la causa sino muy tardíamente al estar bajo secreto, por lo que no pudo defenderse; de no haber podido ser parte y de no haber tenido acceso a un Tribunal; de que no había motivos para una congelación tan prolongada al no haber sido imputado; y de las dilaciones y paralizaciones del procedimiento.

- El TEDH expone, nuevamente, que una restricción temporal del uso de un bien cae bajo la potestad que tienen los Estados para reglamentar el uso de los bienes conforme al interés general o para asegurar el pago de impuestos, contribuciones o multas. Pero que, para ser compatible con el artículo 1 del Protocolo 1 CEDH, la injerencia en el derecho de propiedad debe ser adoptada por causa de utilidad pública y conforme a las condiciones previstas en la ley y en los principios generales del Derecho Internacional. La injerencia debe mantener un justo equilibrio entre las exigencias del interés general de la comunidad y la salvaguarda de los derechos fundamentales del individuo. En el control de esta exigencia, el TEDH reconoce al Estado un amplio margen de apreciación tanto para elegir las modalidades de ponerla en obra como para juzgar si sus consecuencias están legitimadas por la preocupación de alcanzar el objetivo de la ley.

A pesar del silencio del artículo 1 del Protocolo 1 CEDH en materia de exigencias procesales, un proceso judicial relativo al derecho al respeto de los bienes debe ofrecer a la persona afectada una ocasión adecuada de exponer su caso a las autoridades competentes, para poder impugnar las medidas que atenten a los derechos garantizados por esta disposición.

- En este caso, la medida estaba prevista por la ley con suficiente previsibilidad, ya que permitía al demandante conocer su alcance ayudándose si era necesario de consejo ilustrado. Y la medida fue acordada por sospechas de blanqueo de dinero proveniente de tráfico de drogas, por lo que perseguía el interés general.

El demandante no fue informado de la adopción, ni del cese de la medida ni de las prórrogas. El TEDH considera que debía haber sido informado de la aplicación de la medida y de los principales motivos subyacentes, porque la medida interfería con su derecho al respeto de sus bienes, y porque esto le habría permitido ejercer sus derechos establecidos también en la ley.

La causa fue declarada secreta y el TEDH admite que este secreto estaba justificada para evitar intrusiones en la investigación que afectarían a los intereses de la justicia. Pero las autoridades hubieran podido, si no se ponía en peligro la instrucción, entregar copia de las resoluciones relativas a la medida cautelar adoptada (lo que está previsto por la ley). El demandante recibió respuestas del Juez de Instrucción a las cuestiones que le planteó y pudo recurrir algunas resoluciones, pero al no informarle de las prórrogas no pudo recurrirlas al ignorar su contenido, ni fue escuchado por el Juez de Instrucción ni por el Fiscal.

- Por ello el TEDH considera que el demandante no ha disfrutado de garantías procesales suficientes para defender sus intereses en el marco del procedimiento penal.

Al no ser parte en la causa, el demandante no ha podido solicitar la aceleración del procedimiento ni reaccionar ante los periodos de inactividad alegados. Ciertamente, la causa penal revestía una cierta complejidad por las infracciones y por su dimensión internacional, pero se pidió el auxilio internacional un año después de comenzada la investigación; y en diciembre de 2013 las autoridades no disponían de la traducción de la respuesta a la comisión rogatoria recibida en abril de 2013 de las autoridades rusas. Y al dirigirse la causa penal contra el demandante, no era razonable esperar cooperación por su parte, por lo que no puede ser considerado responsable del alargamiento de la tramitación de la causa por falta de colaboración. Por tanto, las autoridades portuguesas son responsables de la prolongación del proceso penal, cuya consecuencia ha sido prolongar de forma excesiva la duración de la medida litigiosa.

En consecuencia, como el demandante no se ha beneficiado de garantías que le hubieran permitido impugnar de forma efectiva la medida cautelar, y atendiendo a la duración que ésta ha tenido, el TEDH concluye que el demandante ha sufrido una carga especial y exorbitante que ha quebrado el justo equilibrio que debe existir entre el interés general legítimamente perseguido por las autoridades y el derecho del demandante al respeto a sus bienes.

- El TEDH declara que ha existido violación del artículo 1 del Protocolo 1 del Convenio.

DATOS SENTENCIA

Tribunal Europeo de Derechos Humanos
 Caso: Pavlova c. Rusia
 Fecha sentencia: 18 de febrero de 2020
 Demanda nº 8578/12.

TEMA

Respeto a la vida familiar (artículo 8 CEDH), por denegación de visitas familiares a un preso preventivo durante toda la duración del procedimiento. Y derecho a un recurso efectivo (artículo 13 CEDH), por rechazarse las visitas mediante cartas no razonadas y no aptas para ser recurridas en el proceso.

ASPECTOS EXAMINADOS

- La demandante, Dina Pavlova, es una ciudadana rusa. Se queja de no haber podido visitar a su marido, en prisión durante el proceso que se siguió contra él por robo con armas y crimen organizado.
 La Sra. Pavlova presentó muchas solicitudes para poder visitar a su marido en el Centro Penitenciario de Kazán, donde había sido trasladado justo antes de la apertura de su proceso en octubre de 2010. El órgano de enjuiciamiento encargado del procedimiento contra su marido, y competente en virtud del derecho interno para autorizar las visitas a la prisión, respondió varias veces por carta que no se autorizarían tales visitas hasta que se pronunciase sentencia. El presidente del Tribunal Supremo de la República de Tatarstán confirmó estas decisiones refiriéndose a las circunstancias particulares del caso, como la naturaleza de las acusaciones mantenidas contra su marido y la necesidad de garantizar la seguridad de las partes, y, en la última ocasión (ante un recurso de apelación contra la carta del Juez), que contra la denegación de la visita no cabía apelación.
 La Sra. Pavlova fue autorizada a ver de nuevo a su marido en marzo de 2013.
 La demandante invoca los artículos 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) y 13 (derecho a un recurso efectivo) CEDH, quejándose tanto de no haber podido visitar a su marido en prisión durante los 3 años y medio que duró el proceso contra éste, como de la ausencia de control jurisdiccional sobre las decisiones que rechazaron sus peticiones de visita.
- Sobre la violación del artículo 8 CEDH, el TEDH recuerda que, aunque en prisión una persona pierde el derecho a la libertad, continúa gozando de los restantes derechos y libertades fundamentales, incluyendo el derecho al respeto de la vida familiar, aunque éste tenga limitaciones y controles que no son por sí mismos incompatibles con el Convenio. Pero es parte esencial de los derechos del preso mantener el contacto con su familia próxima.

El TEDH ha establecido ya que la denegación de visitas a los presos interfiere con el derecho a la vida familiar, resta ver si la interferencia ha sido acorde con la ley y necesaria en una sociedad democrática. En casos similares el TEDH ha establecido que la concreta ley rusa aplicada no cumple con la cualidad de ley porque otorga una discreción ilimitada para otorgar o rechazar las visitas, privando al detenido de ese mínimo grado de protección contra la arbitrariedad (o abuso) que los ciudadanos pueden exigir del estado de derecho en una sociedad democrática. En este caso los órganos judiciales no hicieron ningún esfuerzo de argumentación al rechazar las visitas salvo genéricas referencias a las circunstancias particulares, los cargos contra el preso, y consideraciones no específicas sobre la seguridad. En este caso, el TEDH mantiene que los artículos aplicados carecen de la calidad de ley al no ofrecer protección contra rechazos arbitrarios, por lo que en este caso la interferencia no es "acorde con la ley" y ha existido violación del artículo 8 CEDH.

- También se alega violación del artículo 13 en relación con el artículo 8 CEDH. El TEDH ha establecido que el remedio efectivo requerido por el artículo 13 CEDH es el que permite al órgano judicial competente considerar la sustancia de la queja relacionada con el Convenio. En asuntos que afectan al artículo 8 CEDH, esto significa que deben llevar a cabo una ponderación sobre el derecho fundamental del reclamante en relación con la necesidad social, y determinar si la interferencia es proporcionada a la finalidad legítima perseguida. El Tribunal Constitucional ruso ha establecido ya que, en estos casos, el rechazo de una visita debe poder tener una revisión judicial que decida si la decisión estuvo justificada en las circunstancias concretas, debiendo esa decisión ser razonada. En este caso la contestación mediante cartas no procesales, y la respuesta de que no son susceptibles de apelación, muestran que no ha existido un remedio efectivo a las quejas de la demandante, por lo que también ha existido violación del artículo 13 en relación con el artículo 8 CEDH. En consecuencia, ha existido violación del artículo 8 CEDH y del artículo 13 en relación con el artículo 8 CEDH.



DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 170/2020

Fecha de sentencia: 11/03/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1768/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.

TEMA

Derecho al Honor. Libertad de información. Persona imputada en una causa penal relevante.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Conforme a la jurisprudencia constitucional y de esta sala sobre los criterios que rigen el juicio de ponderación entre honor y libertad de información, doctrina según la cual la preeminencia de la que esta goza en abstracto solo puede mantenerse en el caso concreto si concurren tres requisitos, dos de ellos también exigibles con respecto a la libertad de expresión (que la información comunicada o la valoración subjetiva, la crítica u opinión divulgada, vengan referidas a un asunto de interés general o relevancia pública, sea por la materia, por razón de las personas o por las dos cosas, y proporcionalidad, es decir, que en su exposición pública no se usen expresiones inequívocamente injuriosas o vejatorias) y el tercero, el de veracidad, que es un requisito legitimador de la libertad de información.

El juicio de ponderación de la sentencia recurrida fue correcto. Las razones que fundamentan esta decisión son las siguientes:

1.ª) Desde la perspectiva del deber de veracidad, la información referente al recurrente -que daba cuenta, en síntesis, de sus vínculos con miembros de la organización mafiosa cuyas actividades delictivas estaban siendo investigadas- fue divulgada luego de que los demandados agotaran su deber de diligencia mediante el adecuado contraste de lo que comunicaban a la opinión pública. Así, consta que para elaborar el reportaje sobre las actividades delictivas de la mafia napolitana en España a través de uno de sus clanes (la familia MMM) -reportaje del que formaba parte el fragmento en el que se entrevistaba al recurrente- los demandados se sirvieron de datos objetivos obtenidos de fuentes igualmente objetivas, perfectamente identificadas y fiables como las investigaciones policiales y judiciales que llevaron a la detención e imputación penal de muchas personas en múltiples operaciones. Y aunque esas fuentes eran fidedignas, no siendo por ello exigible una mayor comprobación o acudir a otras fuentes, consta también que los demandados procuraron obtener la versión que de los hechos tenía el interesado, entrevistándole previamente a la emisión de una información que le involucraba con actos delictivos objeto de investigación penal. A todo ello se suma que, como se ha dicho, el deber de diligencia informativa del informador mediante el debido contraste de la noticia viene referido a los hechos o datos que puedan ser conocidos al tiempo de su publicación, no siendo óbice para apreciar la veracidad de la información que los hechos delictivos que se imputan no resulten probados, y en este caso no se discute y consta probado que la causa penal que finalizó con la absolución del hoy recurrente se encontraba en curso, tanto en la fecha en que se le entrevistó como en la fecha en que la entrevista se emitió en televisión. En consecuencia, aunque acierta el recurrente al afirmar que atribuir a alguien, siquiera indirectamente, la condición de mafioso, puede lesionar su honor y dignidad, yerra cuando prescinde de las concretas circunstancias del caso, pues son estas las que determinan que esas imputaciones contenidas en la información que se difundió sobre su persona no tuvieran entidad lesiva ya que lo que se afirmaba o se insinuaba del Sr. XXX y que permitía a la opinión pública representarse al entrevistado como miembro o persona relacionada con una organización mafiosa (sus vínculos con miembros de «La Camorra» que operaban en España) no era ni más ni menos que lo mismo que el propio interesado se había encargado de admitir en intervenciones previas ante otros medios: que tenía relaciones familiares con otros detenidos, cuya pertenencia a la mafia vino a reconocer sin ambages, y que también había trabajado para ellos en negocios inmobiliarios que tenían que ver con el solar sito en Adeje (Tenerife) en el que se construyó el complejo «Marina Palace» que venía siendo objeto de investigación penal por sospecharse que era uno de los negocios inmobiliarios promovidos con dinero de esa organización mafiosa con la finalidad de su blanqueo.

2.ª) Desde la perspectiva de la proporcionalidad, porque, en ausencia de expresiones insultantes o inequívocamente ofensivas que se emplearan improcedentemente para comunicar la información litigiosa, el mencionado contexto y circunstancias permiten igualmente considerar razonable la conclusión alcanzada por la Audiencia de que las imputaciones delictivas carecían de entidad lesiva, pues, siendo verdad que la entrevista se

emitió editada (en fragmentos, acompañada de una voz en off) no obstante, la imagen que del recurrente se trasladó a la audiencia televisiva no distaba de la que cualquier persona que tuviera acceso a esa misma información podía llegar a alcanzar, teniendo en cuenta los indicios racionales que de su participación criminal ya existían en esa fecha.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 139/2020
 Fecha de sentencia: 02/03/2020
 Tipo de procedimiento: CASACIÓN
 Número del procedimiento: 3677/2017
 Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.

TEMA

Contratos bancarios. Productos estructurados. Acción de anulabilidad por dolo. Ejercicio de acción dentro de plazo. Acción de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de la obligación de información.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Acción de anulabilidad por dolo. Ejercicio de acción dentro de plazo. Productos estructurados.

La STS 160/2018, de 21 de marzo, igualmente en un caso de un producto estructurado tridente del Banco de Santander, razonó:

“Como recuerda la sentencia del Pleno 89/2018, de 19 de febrero, mediante una interpretación del art. 1301.IV CC ajustada a la naturaleza compleja de las relaciones contractuales que se presentan en el actual mercado financiero, la doctrina de la sala se dirige a impedir que la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de nulidad del contrato por error o dolo, quede fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. De esta doctrina sentada por la sala no resulta que el cómputo del plazo de ejercicio de la acción deba adelantarse a un momento anterior a la consumación del contrato por el hecho de que el cliente que padece el error pueda tener conocimiento del mismo, lo que iría contra el tenor literal del art. 1301.IV CC, que dice que el tiempo para el ejercicio de la acción empieza a correr «desde la consumación del contrato».

De esta doctrina sentada por la sala resulta que a efectos del cómputo del dies a quo de la acción de nulidad del art. 1301 CC en el ámbito de contratos como el litigioso habrá que estar a la fecha del cumplimiento de las prestaciones de las partes, puesto que las liquidaciones que en este caso se producen a favor del cliente dependen de manera variable del valor de unos valores subyacentes”.

En el mismo sentido se expresa la ulterior STS 409/2019, de 9 de julio, en un caso de uno bono estructurado del Banco de Santander, en el que, con cita de la STS 89/2018, de 19 de febrero, de nuevo se hizo constar que:

“Así como en el caso de las participaciones preferentes o las obligaciones subordinadas, el negocio se consuma con la propia adquisición de estos productos, no ocurre lo mismo con los bonos estructurados, en los que, durante un determinado periodo de tiempo, los rendimientos y las pérdidas se van produciendo periódicamente en función del comportamiento que hubieran tenido los valores a los que está ligado”.
- Acción de anulabilidad por dolo. Se invoca en su modalidad de dolo negativo que implica el comportamiento desleal de ocultar intencionadamente información relevante y decisiva sobre el producto estructurado litigioso y obtener de esta forma el consentimiento del demandante.

En definitiva, tal modalidad del dolo exige la reticencia, consistente en la omisión de hechos y circunstancias influyentes o determinantes para la conclusión del contrato, con infracción del deber de informar conforme a la buena fe y a los usos del tráfico. Se calla o no se advierte, cuando había la obligación de hacerlo.

Ahora bien, la jurisprudencia exige para la apreciación del dolo un plus adicional con respecto al error como vicio del consentimiento, en tanto en cuanto su apreciación implica una mayor deslealtad, malicia o reprochable comportamiento del demandado encaminados a obtener el consentimiento contractual.

De esta forma se ha expresado la jurisprudencia, sirviendo como botón de muestra la STS 140/2017, de 1 de marzo, con cita de las SSTs 358/2016, de 1 de junio y 460/2016, de 5 de julio, con respecto a un contrato de swap, pero cuya doctrina general es perfectamente extrapolable al caso que nos ocupa:

«Conforme al art. 1269 CC, «hay dolo cuando con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho». La jurisprudencia suele exigir para la apreciación de este vicio del consentimiento los siguientes requisitos: i) una conducta insidiosa, intencionada o dirigida a provocar la declaración negocial, mediante palabras o maquinaciones adecuadas; ii) la voluntad del declarante debe haber quedado viciada por haberse emitido sin la natural libertad y conocimiento a causa del engaño; iii) esta conducta deber ser determinante de la declaración; iv) el carácter grave de la conducta insidiosa; y v) el engaño no debe haber sido ocasionado por un tercero, ni empleado por las dos partes (recogida en la SSTS de 11 y 12 de junio de 2003).

»La jurisprudencia también ha admitido que el dolo, en cuanto vicio del consentimiento, pueda consistir no sólo en la insidia directa o inductora de la conducta errónea del otro contratante, sino también en la reticencia dolosa del que calla o no advierte a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe, de suerte que habrá dolo negativo o por omisión siempre que exista un deber de informar según la buena fe o los usos del tráfico (sentencias 233/2009, de 26 de marzo, 289/2009, de 5 de mayo, 855/2009, de 30 de diciembre, 129/2010, de 5 de marzo, 658/2011, de 28 de septiembre). Esto es, para que exista dolo omisivo ha de haber un deber jurídico de informar violado por el silencio. Aunque no puede equipararse sin más el incumplimiento de un deber legal de información con el dolo.

» En cualquier caso, el dolo se distingue del error en la conducta insidiosa del agente, en la maquinación o astucia, ya sea activa o pasiva, del que induce al otro contratar. Y es esta nota de malicia, que resalta la gravedad del dolo y que no debe confundirse con el ánimo de perjudicar, la que no se aprecia en este caso.

» Aunque en alguna ocasión hemos extendido el deber de información del art. 79 bis 3 LMV a los concretos riesgos que pudieran derivarse del coste de cancelación, y hemos llegado a apreciar el error en el consentimiento como consecuencia de este defecto de información, para la apreciación del dolo se requiere algo más. Es preciso que el silencio se haya empleado como medio de engaño para lograr el consentimiento del cliente, lo que no ha quedado acreditado en la instancia, y el recurso de casación no permite alterar la base fáctica. Al respecto, conviene no olvidar que, no sólo no constan circunstancias que puedan poner en evidencia la existencia del engaño, sino que la sentencia de apelación declara probado que los representantes de las sociedades demandantes «fueron informadas de los riesgos del producto» y «conocían lo que firmaban. En su caso, la omisión de tales deberes de información sobre las posibles consecuencias de la fluctuación al alza o a la baja de los tipos de interés y de los elevados costes de la cancelación anticipada, podría dar lugar a un error vicio del consentimiento, pero no a una nulidad contractual por dolo omisivo.».

Pues bien, en el supuesto que enjuiciamos, no podemos apreciar ese plus de malicia, ese proceder contractual del banco de ocultar maliciosamente información relevante al actor.

- Acción de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de la obligación de información. Lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente inversor no profesional que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera de los deberes de información expuestos, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información.

No obstante, lo cual tampoco concurre. Las sentencias de instancia, tras valorar la actividad probatoria desplegada en el proceso, llegan a la conclusión racional de que el demandante conocía perfectamente la dinámica de los productos estructurados y sus riesgos.

Es cierto que nos encontramos ante contratos complejos, pero el demandante conocía los riesgos que derivaban de su mecánica a cambio de la obtención de una mayor rentabilidad. Incluso en el contrato de gestión de cartera de 29 de marzo de 2007, manifestó tener un perfil de inversión agresivo, que luego muda, en el test de idoneidad de 19 de mayo de 2009, como inversor moderado, ni dinámico, ni conservador.

Tampoco el producto es especialmente difícil de comprender, tal y como se explicó en el apartado de hechos relevantes de esta sentencia.

La jurisprudencia viene ponderando como elemento de determinación de la existencia de una voluntad contractual condicionada por la existencia de vicios del consentimiento los conocimientos del demandante para conocer la naturaleza y riesgos asociado del producto financiero contratado (SSTS 207/2015, de 23 de abril y 323/2015, de 30 de junio entre otras muchas).

Es preciso que se ilustre el funcionamiento del producto complejo con ejemplos que pongan en evidencia los concretos riesgos que asume el cliente (SSTS 689/2015, de 16 de diciembre y 21/2016, de 3 de febrero), pero en este caso el demandante ya no sólo había sido informado, sino que los conocía como resulta del conjunto argumental antes expuesto en los términos reseñados. Ante los resultados negativos del contrato de 2 de febrero de 2007 se le ofertó al actor una triple posibilidad de solución, mantenimiento del producto, cancelación anticipada o reestructuración de la deuda mediante el nuevo producto financiero optando el actor conscientemente por ésta última opción, asumiendo sus riesgos. Lo que no se puede aceptar es que las pérdidas generadas por la contratación de un producto de riesgo sea fuente necesaria de

responsabilidad de la entidad asesora cuando ésta no incumplió sus obligaciones de informar, atendiendo a las concretas circunstancias concurrentes.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 140/2020
 Fecha de sentencia: 02/03/2020
 Tipo de procedimiento: CASACIÓN
 Número del procedimiento: 1999/2016
 Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.

TEMA

Seguro de accidentes: Cláusula limitativa de derechos que solo aparece inserta en las condiciones generales. Incumplimiento de la doble exigencia legal establecida en el art. 3 LCS. Reiteración de doctrina. (STS 402/2015, de 14 de julio).

ASPECTOS EXAMINADOS

- El motivo, este debe ser estimado por las siguientes razones:
 - 1.ª) La sentencia de esta Sala 402/2015, de 14 de julio, de pleno, que se pronunció sobre una cláusula limitativa similar en un seguro de accidentes, tras interpretar la exigencia del art. 3 LCS de que las cláusulas limitativas aparezcan destacadas de modo esencial, interpreta la otra exigencia, es decir, la de que sean «específicamente aceptadas por escrito», del siguiente modo:

«Respecto a la exigencia de que las cláusulas limitativas deban ser “especialmente aceptadas por escrito”, es un requisito que debe concurrir cumulativamente con el anterior (STS de 15 de julio de 2008, RC 1839/2001), por lo que es imprescindible la firma del tomador. Como se ha señalado anteriormente, la firma no debe aparecer solo en el contrato general, sino en las condiciones particulares que es el documento donde habitualmente deben aparecer las cláusulas limitativas de derechos. La STS de 17 de octubre de 2007 (RC 3398/2000) consideró cumplida esta exigencia cuando la firma del tomador del seguro aparece al final de las condiciones particulares y la de 22 de diciembre de 2008 (RC 1555/2003), admitió su cumplimiento por remisión de la póliza a un documento aparte en el que aparecían, debidamente firmadas, las cláusulas limitativas debidamente destacadas. En ningún caso se ha exigido por esta Sala una firma para cada una de las cláusulas limitativas».
 - 2.ª) De esta doctrina jurisprudencial se desprende que si, como sucede en el presente caso, las condiciones particulares se remiten a las cláusulas limitativas que aparezcan en las condiciones generales que se entregan al tomador/asegurado, este deberá firmar también estas condiciones generales.
 - 3.ª) Hasta tal punto es así, que incluso las dos sentencias que la aseguradora recurrida cita en su apoyo (sentencias 520/2017, de 27 de diciembre, y 76/2017, de 9 de febrero) vienen a abundar en esa misma doctrina, pues en ambos casos las condiciones generales en las que figuraban las cláusulas limitativas habían sido firmadas por el asegurado, de modo que en ningún caso bastaba solo con la firma de la remisión contenida en las condiciones particulares.
 - 4.ª) Además, la firma del documento en el que figuran las cláusulas limitativas cobra aún mayor relevancia cuando, como sucede con la cláusula limitativa aquí litigiosa, suponen una reducción del concepto legal de accidente tal y como aparece en el art. 100 LCS, que en principio cubriría un siniestro como el que determinó el fallecimiento del asegurado esposo de la demandante, y más todavía cuando, como también sucede en el presente caso, las cláusulas limitativas no aparecían hasta la página 21 del documento de condiciones generales.
 - 5.ª) En consecuencia, la sentencia recurrida infringe el art. 3 LCS según la doctrina jurisprudencial que lo interpreta.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 138/2020
 Fecha de sentencia: 02/03/2020
 Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL
 Número del procedimiento: 3078/2017
 Ponente: Excmo. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán.

TEMA

Liquidación de la sociedad de gananciales. Derecho de reembolso del dinero privativo invertido en la adquisición de un bien ganancial, aunque no se hiciera reserva del reembolso. Reiteración de doctrina.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Esta sala, con posterioridad a la interposición del recurso de casación, ha sentado doctrina sobre la cuestión jurídica que se plantea.
- La sentencia del pleno 295/2019, de 27 mayo, seguida por la sentencia 415/2019, de 11 de julio, sentó como doctrina que el derecho de reembolso procede, por aplicación del art. 1358 CC, aunque no se hubiera hecho reserva alguna en el momento de la adquisición. Esta doctrina establece que el reembolso que prevé el art. 1358 CC para equilibrar los desplazamientos entre las masas patrimoniales procede siempre que no se excluya expresamente. La atribución del carácter ganancial al bien no convierte en ganancial al dinero empleado para su adquisición y genera un crédito por «el valor satisfecho» que es exigible en el momento de la liquidación si no se ha hecho efectivo con anterioridad (arts. 1358 y 1398.3.ª CC).
- La aplicación de la anterior doctrina determina que debemos estimar el recurso de casación.
- En el caso debemos partir, por haber quedado fijado en la instancia y no ser objeto del recurso de casación que debe resolver esta sala, tanto del carácter ganancial del 50% de cada uno de los inmuebles como del carácter privativo de la esposa del dinero empleado en su adquisición. En consecuencia, tal y como entendió la sentencia de primera instancia, procede declarar que debe incluirse en el pasivo de la sociedad de gananciales un crédito a favor de D.ª MMM por el importe actualizado de las aportaciones que realizó para la adquisición del 50% de ambos inmuebles.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 687/2019

Fecha de sentencia: 03/03/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10358/2019 P

Voto Particular

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

TEMA

Delito continuado de agresión sexual a menor en el ámbito familiar.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Desde el hecho probado son claros los episodios de fuerza psíquica, y también física, para lograr el objetivo perseguido. Se trata de una persona que juega el papel de padre y que se aprovecha de esta situación para desarrollar su acción de ataque a la libertad sexual de una menor bajo su dependencia, lo que sería típico de los abusos sexuales, pero que, además, emplea violencia, la agarraba fuertemente, obligaba al hijo a salir, la perseguía por la casa hasta la habitación donde se escondía, la intimidaba con amenazas de echarlas de casa. El resultado aparece descrito en el hecho probado, pues fruto de esa violencia y de intimidación la menor sintió miedo, alcanzando el objetivo propuesto por el acusado. En reiterada jurisprudencia hemos declarado que en estos supuestos en los que una persona del ámbito familiar realiza actos de contenido sexual, la diferencia entre el abuso y la agresión no se concreta en el acceso carnal, sino en la utilización de violencia o intimidación, y estos no han de exteriorizarse como irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada, sino que han de ser suficientes y eficaces en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, paralizando o inhibiendo la voluntad de oposición 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 podrían derivarse mayores males. Se produce cuando se coarta, o se limita la libre decisión de una persona, y esas expresiones se potencian cuando de menores de edad se trata, de manera que deba ser apreciada cuando son adecuadas para impedir a la víctima desenvolverse según su libre determinación, siendo trascendente que sea clara la negativa de la víctima a ceder a las pretensiones de autor y para ello se emplea la violencia o intimidación.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 688/2019

Fecha de sentencia: 04/03/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2891/2018

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

TEMA

Estafa piramidal. Concurso con insolvencia. Estafa e Insolvencia. Bis in ídem. Complicidad. Falsedad de las cuentas sociales. Falsedad de las cuentas. Auditor. Cooperación necesaria Blanqueo de capitales.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Estafa piramidal. Fórum ofrecía al público la venta de lotes de sellos asegurándoles que, transcurrido el plazo fijado en el contrato se encargaría de la venta de los mismos en el mercado a un precio superior y que, de no encontrar comprador, la misma Fórum los adquiriría. Esto último era lo que ocurría prácticamente en todos los casos. Además, les aseguraba una rentabilidad durante ese plazo, superior a la que ofrecían las entidades bancarias. Los clientes adquirían los sellos confiados en que, como se les aseguraba, valían el importe del dinero que entregaban a Fórum, que se revalorizaban constantemente

y que existía un mercado activo en el que podían venderse, ordinariamente sin problemas. Ignoraban que el dinero que la sociedad recibía de los clientes se destinaba en parte a la compra de nueva filatelia a precios muy inferiores a los que luego se vendían o adjudicaban a los clientes, en parte a pagar a los clientes que deseaban recuperar su inversión o a quienes percibían el interés asegurado, en parte al funcionamiento de la empresa y en parte se desviaba hacia el patrimonio personal de los acusados. Ignoraban también que la única forma de devolver el dinero a quienes lo solicitaban al finalizar los contratos o de pagar los intereses asegurados era disponer de las cantidades de dinero entregadas por los inversores, ya que Fórum no tenía otras fuentes de ingresos.

Algunos acusados crearon y otros participaron en circuitos creados con sociedades interpuestas mediante las que, haciendo circular la mercancía de forma real o supuesta, conseguían, con sucesivas compraventas, incrementar artificialmente el precio de los sellos que finalmente adquiriría Fórum. También procedieron a extraer clandestinamente de Fórum sellos ya adquiridos por ésta, que hacían circular por el circuito de esas sociedades para que finalmente volvieran a Fórum, que así pagaba nuevamente por los mismos sellos. Tanto en uno como en otro caso, esos circuitos, además de ser utilizados para encarecer artificialmente el precio de los sellos, se empleaban para desviar dinero a favor de algunos de los acusados.

El Tribunal de instancia considera que los hechos que ha declarado probados son constitutivos de un delito de estafa, y esta Sala ratifica esa calificación jurídica. Es evidente que la compraventa de sellos o de otros objetos, con pacto de recompra, puede hacerse de forma lícita. Pero en el caso, la voluntad de los inversores se captaba mediante engaño, y ese engaño era lo que determinaba los actos de disposición que aquellos realizaban en su propio perjuicio, al situar su dinero en una ignorada situación de alto riesgo de pérdida. Así, en la sentencia se declara probado que “Los clientes ignoraban que los sellos no valían ni siquiera una pequeña parte del dinero que habían entregado, que no se revalorizaban y que no soportaban su inversión; también desconocían que solo mediante la captación de nuevos clientes que aportaban dinero, la empresa podría seguir devolviendo el capital invertido más los intereses garantizados”.

Como luego se dirá, se considera acreditado que el motivo que alegaban los acusados para retribuir el dinero que recibían era la inversión en valores filatélicos; que en la publicidad de sus productos sostenían que los sellos se revalorizaban de manera constante y sostenida; que los clientes invertían sus ahorros por la alta rentabilidad que ofrecía el producto; que, en realidad, esta rentabilidad era ajena al valor del sello y a cualquier hipotética revalorización; que era ficticia la idea de que los sellos soportaban económicamente la inversión del cliente más la retribución garantizada; que los acusados utilizaban una compleja red de sociedades interpuestas entre el proveedor real y Fórum con la finalidad de incrementar artificialmente el precio de adquisición; que Fórum ofrecía en su publicidad sellos de calidad lujo, lo que no se correspondía con la realidad; que los clientes ignoraban que los sellos no valían ni siquiera una pequeña parte del dinero que habían entregado, que no se revalorizaban y que no soportaban su inversión; que tampoco sabían que, con las dos tramas organizadas, la interposición de sociedades para incrementar el precio y el circuito de redistribución para comprar sus propios sellos, desviaban dinero de Fórum en su propio beneficio a sociedades que controlaban; y que también desconocían que solo mediante la captación de nuevos clientes que aportaran dinero, la empresa podría seguir devolviendo el capital invertido más los intereses garantizados.

Aspectos de los que se desprende de forma natural la concurrencia de todos los elementos del delito de estafa.

1. El delito de estafa requiere la existencia de un engaño por parte del sujeto activo que provoque en otro un error que le induzca a realizar un acto de disposición patrimonial que produzca un perjuicio, propio o de un tercero. El artículo 248 del Código Penal califica el engaño como bastante, haciendo referencia a que ha de ser precisamente esa maquinación del autor la que ha de provocar el error origen del desplazamiento patrimonial, con lo cual está mencionando dos aspectos que ha resaltado la jurisprudencia. En primer lugar, que el engaño ha de ser idóneo, de forma que ha de tenerse en cuenta, de un lado, su potencialidad, objetivamente considerada, para hacer que el sujeto pasivo del mismo, considerado como hombre medio, incurra en un error; y de otro lado, las circunstancias de la víctima, o, dicho de otra forma, su capacidad concreta según el caso para resistirse al artificio organizado por el autor. En segundo lugar, es preciso que exista una relación de causalidad entre el engaño que provoca el error y el acto de disposición que da lugar al perjuicio, de donde se obtiene que aquél ha de ser precedente o, al menos, concurrente, al momento en que tal acto tiene lugar. Por lo tanto, el engaño debe ser la causa del error; el error debe dar lugar al acto de disposición y éste ha de ser la causa del perjuicio patrimonial.

Aunque generalmente la maquinación engañosa se construye sobre la aportación de datos o elementos no existentes, dotándoles de una apariencia de realidad que confunde a la víctima, es posible también que consista en la ocultación de datos que deberían haberse comunicado para un debido conocimiento de la situación por parte del sujeto pasivo, al menos en los casos en los que el autor está obligado a ello. No solamente engaña a un tercero quien le comunica algo falso como si fuera auténtico, sino también quien le oculta datos relevantes que estaba obligado a comunicarle, actuando como si no existieran, pues con tal forma de proceder provoca un error de evaluación de la situación que le induce a realizar un acto de disposición que, en una valoración correcta, de conocer aquellos datos, no habría realizado.

2. Siguiendo las líneas ya marcadas en la STS nº 749/2017, antes citada, podría reiterarse aquí que el engaño consistía en hacer creer a los inversores que su dinero estaba soportado por un bien líquido; y que tenía un valor real equivalente a la

propia cantidad de dinero entregada. Y que, además, generalmente, se revalorizaba por encima del interés que proporcionaban los bancos. Cuando realmente no era así, pues los sellos solo tenían el valor que Fórum les reconocía a efectos de sus propias cuentas. De manera que, al vencimiento de los contratos de inversión, cuando los inversores decidían recuperar el dinero invertido, Fórum nunca procedía a realizar en el mercado el valor que, según afirmaba, tenían los sellos, sino que utilizaba las cantidades entregadas por nuevos clientes para las devoluciones a los anteriores, sin que en ningún caso su activo quedara engrosado por un bien que se hubiera revalorizado, dado que solamente tenía el valor que Fórum le adjudicaba, sin relación alguna con el valor que pudiera tener para terceros en función de las características de los sellos concretos adjudicados a cada cliente. Se trataba así, de un valor meramente formal.

Los inversores aceptaban el planteamiento de los acusados basándose en la apariencia de Fórum, como sociedad relevante en el mercado filatélico, sin que alcanzaran a tener serias razones para no admitir que los sellos vinculados a sus contratos, que consideraban una inversión, tenían el valor que aquellos afirmaban y que, además, se revalorizaban constantemente, como se afirmaba por Fórum, de forma que serían activos realizables sin dificultad. Es irrelevante, al enjuiciar la conducta de los acusados, que algunos inversores conocieran el mercado filatélico, tuvieran confianza en la revalorización del sello como inversión, y tuvieran también la esperanza de que esa inversión fuera provechosa. Sin prejuicio de que ni siquiera consta que esos clientes examinaran los sellos que adquirirían y que se vinculaban a su inversión, ni tampoco si esos sellos concretos tenían algún valor de mercado, en relación con transacciones cercanas en el tiempo de sellos similares, todo ello no impide que el valor de los sellos entregados, vendidos o vinculados a la mayoría de los contratos carecieran de valor suficiente para garantizar la inversión realizada en un funcionamiento normal del mercado, como se afirmaba por los acusados. Pues, en el caso, como se declara probado, el valor de los sellos era incrementado artificialmente mediante la colocación de empresas intermedias que adquirirían los sellos a la anterior y lo vendían a la posterior, desde el proveedor original hasta Fórum. Y se volvía a incrementar al adjudicarlo a los clientes.

Es cierto que, hasta la intervención judicial, Fórum había venido cumpliendo sus compromisos de devolución o recompra y de pago de la revalorización que, según afirmaban los acusados, experimentaban los sellos. Pero teniendo en cuenta su sistema de funcionamiento, tal como se describe en la sentencia impugnada, es de toda evidencia que continuamente los acusados situaban a la sociedad, o al grupo, en una posición de permanente y creciente insolvencia, y que sabían perfectamente que solamente podrían cumplir con los compromisos adquiridos si nuevos clientes o inversores hacían nuevas aportaciones, que les permitieran utilizar ese dinero, no solo para sostener el funcionamiento y la apariencia de la empresa, sino también para pagar a los clientes que, en atención a lo contratado, solicitaban la devolución de lo que habían invertido con el incremento pactado. De manera que, en caso de que aquellos nuevos clientes no aparecieran, resultaba inevitable la quiebra del negocio, imposibilitando devolver el dinero invertido por aquellos.

Resulta también claro que los actos de disposición de los inversores solo tenían como explicación la creencia en la realidad de la apariencia construida por los acusados recurrentes, es decir, que los intereses o las cantidades percibidas por la revalorización y la devolución de su dinero se garantizaba por el valor intrínseco del sello, pues de haber sabido que los sellos no tenían el valor señalado en el contrato sino otro muy inferior y que solo recuperarían lo invertido si nuevos clientes venían a poner el dinero es razonable concluir que no lo habrían entregado. La apariencia creada por los acusados inducía a error a los inversores, que entendían que su inversión no encontraba el necesario soporte en las aportaciones de nuevos clientes, sino en el valor real de los sellos que formalmente adquirirían.

3. En la sentencia impugnada, además de otros aspectos de interés para la cuestión suscitada, se declara probado que el motivo que alegaban los acusados para retribuir el dinero que recibían era la inversión en valores filatélicos; que en la publicidad de sus productos sostenían que los sellos se revalorizaban de manera constante y sostenida; que los clientes invertían sus ahorros por la alta rentabilidad que ofrecía el producto; que, en realidad, esta rentabilidad era ajena al valor del sello y a cualquier hipotética revalorización; que era ficticia la idea de que los sellos soportaban económicamente la inversión del cliente más la retribución garantizada; que los acusados utilizaban una compleja red de sociedades interpuestas entre el proveedor real y Fórum con la finalidad de incrementar artificialmente el precio de adquisición; que Fórum ofrecía en su publicidad sellos de calidad lujo, lo que no se correspondía con la realidad; que los clientes ignoraban que los sellos no valían ni siquiera una pequeña parte del dinero que habían entregado, que no se revalorizaban y que no soportaban su inversión; que tampoco sabían que, con las dos tramas organizadas, la interposición de sociedades para incrementar el precio y el circuito de redistribución para comprar sus propios sellos, desviaban dinero de Fórum en su propio beneficio a sociedades que controlaban; y que también desconocían que solo mediante la captación de nuevos clientes que aportaran dinero, la empresa podría seguir devolviendo el capital invertido más los intereses garantizados.

Aspectos de los que se desprende de forma natural la concurrencia de todos los elementos del delito de estafa. Existía engaño, derivado de la publicidad de Fórum, de su apariencia y de las afirmaciones de que el valor de los sellos se correspondía con los importes entregados y que se revalorizaba soportando el pago de los intereses pactados y si los clientes no se interesaban con detalle por los sellos adquiridos era por la confianza depositada en Fórum; el engaño determinó un error en los clientes, que creían que efectivamente su inversión y los intereses quedaban garantizados por el valor y la

revalorización de los sellos, cuando no era así, y que entendían que la empresa, por esas razones económicas, podía devolver con los beneficios el capital entregado y sus intereses, ignorando que tal cosa solo podría ocurrir en la medida en que la sociedad recibiera nuevas aportaciones; existió acto de disposición, ya que, confiados en esas razones, los clientes entregaban su dinero a Fórum; y, finalmente, existió perjuicio patrimonial derivado de la imposibilidad de atender a todos los compromisos contraídos a causa de la situación de insolvencia real en la que se encontraba la empresa en el momento de la intervención judicial.

- Cooperación necesaria y Complicidad

1. Según el artículo 29 del Código Penal son cómplices los que no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos.

La complicidad es una forma de participación, por lo que es necesario que exista un hecho delictivo cometido por otro u otros.

La doctrina ha entendido generalmente que la complicidad supone una aportación a la ejecución del hecho que, sin ser imprescindible, ha de ser de alguna forma relevante o eficaz, de manera que suponga un favorecimiento o facilitamiento de la acción o de la producción del resultado, pero siempre de segundo grado, mediante actos no necesarios; así se habla en algunas sentencias de actos periféricos y de mera accesoriedad (STS nº 1216/2002, de 28 de junio); de contribución de carácter secundario o auxiliar (STS nº 1216/2002 y STS nº 2084/2001, de 13 de diciembre); de una participación accidental y no condicionante (STS nº 1456/2001, de 10 de julio); o de carácter accesorio (STS nº 867/2002, de 29 de julio). Esta aportación puede ser anterior o simultánea a la ejecución del hecho, pero siempre requiere la iniciación de los actos ejecutivos.

La jurisprudencia de esta Sala ha exigido la concurrencia de varios elementos, objetivos y subjetivos para que pueda apreciarse la existencia de complicidad.

Como elementos objetivos es preciso, en primer lugar, que exista un hecho típico y antijurídico cometido por otro u otros. En este sentido, según la doctrina de la accesoriedad limitada, el cómplice responde criminalmente aun cuando el autor quede exento de pena por una causa que excluya su culpabilidad.

En segundo lugar, se exige la aportación a la ejecución de actos anteriores o simultáneos, que deben caracterizarse por no ser necesarios para la ejecución, lo que nos introduciría en la autoría o en la cooperación necesaria, pero que, sin embargo, deben constituir una aportación relevante para su éxito. De un lado, por lo tanto, han de ser actos no necesarios, y así se habla en algunas sentencias de actos periféricos y de mera accesoriedad (STS nº 1216/2002, de 28 de junio); de contribución de carácter secundario o auxiliar (STS nº 1216/2002 y STS nº 2084/2001, de 13 de diciembre); de una participación accidental y no condicionante (STS nº 1456/2001, de 10 de julio); o de carácter accesorio (STS nº 867/2002, de 29 de julio). De otro lado, ha de tratarse de una aportación o participación eficaz (STS nº 1430/2002, de 24 de julio); de un auxilio eficaz (STS nº 1216/2002, de 28 de junio), o de una contribución relevante (STS nº 867/2002, de 29 de julio). Parte de la doctrina y algunas sentencias (STS nº 503/2008, de 17 de julio, STS 53/2013, de 31 de enero y STS nº 174/2015, de 14 de mayo, que cita la primera), admiten como complicidad la promesa previa de una aportación posterior a la consumación que sea relevante para el éxito de la operación.

Desde el punto de vista subjetivo, se exigen asimismo dos elementos. De un lado, un doble dolo. Es preciso que el sujeto conozca el propósito criminal del autor y que su voluntad se oriente a contribuir con sus propios actos de un modo consciente a la realización de aquél. En la STS nº 1531/2002, de 27 de septiembre, afirmamos que es suficiente con que el dolo del cooperador sea de carácter eventual respecto del resultado que pueda seguir a la acción voluntaria que ejecuta el autor, a cuyo éxito encamina el cómplice su aportación.

De otro lado, es necesario un concierto de voluntades, que, eso sí, puede ser anterior, coetáneo o sobrevenido, y puede adoptarse expresa o tácitamente (STS nº 221/2001, de 19 de febrero).

En cuanto a su diferenciación de la cooperación necesaria, la jurisprudencia se ha decantado por la teoría de la relevancia sobre la base de la aportación de bienes escasos, según la cual se apreciará la cooperación necesaria cuando el objeto aportado a la realización del delito es escaso, entendido según las condiciones del lugar y tiempo de la comisión del delito. En la complicidad, por el contrario, se resalta una participación de segundo grado. Decíamos en la STS nº 62/2018, de 7 de febrero que "La teoría de la participación en sentido estricto -excluida la autoría- se materializa en dos posibilidades según la importancia de la contribución, de tal manera que se distingue entre la realización de papeles accesorios o secundarios para la realización del hecho típico de aquella otra en que la aportación resulta esencial y necesaria para la ejecución del delito. Esta Sala viene declarando (cfr. Sentencia de 11 de junio de 1999) que la diferencia entre la complicidad y la cooperación necesaria radica en la consideración de la actividad del cómplice como secundaria, accesorio o auxiliar de la acción del autor principal, frente a la condición de necesaria a la producción del resultado de la conducta del cooperador necesario".

2. En el caso, el recurrente era el director del departamento jurídico en el que se procedió a desarrollar y hacer efectiva la idea de separar en tres documentos los distintos acuerdos que antes formaban parte de un solo contrato. La aportación es relevante en orden a mantener o reforzar la apariencia de la actividad como mercantil manteniendo la apariencia de

solvencia, al separar las ventas de las recompras y facilitar así la ocultación de las pérdidas. En definitiva, es una aportación relevante para el mantenimiento de la actividad delictiva.

Sin embargo, de un lado, no parece que fuera imprescindible para mantener la empresa sobre cuya base se construía el engaño, ya que la actividad venía desarrollándose desde años antes, cuando los tres contratos formaban parte de un solo documento. De otro lado, tampoco consta que la idea fuera del recurrente, sino que surgió desde una sugerencia del asesor externo Ernst&Young al que se solicitó un informe. Y, finalmente, tampoco consta que su intervención personal fuera imprescindible, pues, dadas las circunstancias, la adecuación de los contratos a la sugerencia del asesor externo bien pudo hacerse efectiva por cualquiera de los otros letrados del departamento jurídico.

En la sentencia de instancia, FJ 3.5.1, se compara su situación con la del asesor jurídico de AFINSA, condenado como cooperador necesario. Pero, en ese caso, se declaró probado que había contribuido a la actividad de AFINSA interviniendo en las decisiones relativas al negocio y a sus aspectos formales jurídico-contables, redactando y dando forma a los contratos que firmaban los clientes en los que se ocultaba la realidad del negocio, conducta más amplia que la imputada al aquí recurrente.

Por lo tanto, no se aprecia que la aportación del recurrente reúna las características de la cooperación necesaria, sino de la complicidad, por lo que el motivo se estima.

- Delito de insolvencia punible, se declara también probado (HP 2) que el negocio producía pérdidas constantes, debido al compromiso de recompra con intereses y a que la única fuente de ingresos era el dinero de los inversores. Los grandes costes de producción, organización y distribución, debidos al mantenimiento de la red comercial y a la compra masiva de sellos, más la tesorería que requería la devolución del dinero a los inversores y el abono de los intereses convenidos, incrementaban de modo progresivo la situación de insolvencia. A ello ha de añadirse que algunos acusados desviaban dinero hacia sus patrimonios personales. Todo ello hacía que el activo no pudiera hacer frente a las deudas.

En la redacción original del CP de 1995, el artículo 260 preveía una pena de prisión de dos a seis años y multa de ocho a veinticuatro meses, para el que fuera declarado en quiebra, concurso o suspensión de pagos, cuando la situación de crisis económica o la insolvencia sea causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúe en su nombre. La LO 15/2003, en coherencia con la Ley Concursal, modificó este precepto para referirse solamente a quien fuera declarado en concurso. Era necesario, pues, desde el 1 de setiembre de 2004, fecha de entrada en vigor, que existiera una declaración de concurso y que la insolvencia hubiera sido causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actuara en su nombre.

En la sentencia impugnada se describe la actividad de Fórum en la forma a la que hemos aludido más arriba. Así pues, la situación de insolvencia aparece desde el primer momento de funcionamiento del negocio, pues el planteamiento de la actividad defraudatoria conduce necesariamente a una situación en la que el pasivo de la sociedad es siempre superior al activo. Y siendo así, con su propio patrimonio no podía hacer frente a sus obligaciones. No pueden integrarse en su patrimonio las nuevas aportaciones, a las que acudía para cumplir los compromisos adquiridos, sin incluir igualmente las obligaciones de recompra a mayor valor que las acompañaban, las cuales, necesariamente, generaban pérdidas. Dicho de otra forma, las aportaciones de los clientes incorporaban deudas mediante los compromisos de recompra a mayor valor; las nuevas aportaciones, que se utilizaban para atender aquellos compromisos, generaban nuevas deudas de mayor importe. La configuración del negocio suponía que un altísimo porcentaje de clientes recuperaría lo invertido con su correspondiente incremento. Luego, desde el primer momento, el activo era inferior al pasivo.

Es cierto que el tipo penal exige que la insolvencia del declarado en concurso sea causada o agravada dolosamente por el autor, y que el modelo de negocio ya estaba implantado desde el principio, cuando el recurrente no era consejero delegado. Sin embargo, es claro que en la medida en que el recurrente continuó adquiriendo nueva filatelia, y la asignó a nuevos clientes a cambio de nuevas aportaciones, incrementó el importe de los compromisos económicos adquiridos y, en esa medida, agravó dolosamente la insolvencia ya existente.

Por otro lado, la declaración en concurso no se discute. En la sentencia se recoge, tanto en los hechos probados como en la fundamentación jurídica, que la sentencia de 15 de setiembre de 2015 del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid, declaró culpable el concurso por tres motivos: su modelo de negocio le abocaba a la insolvencia ya que dependía de la captación de nuevos clientes, irregularidades contables sobre elementos esenciales, tanto en la determinación del pasivo como del activo; y simulación de situación patrimonial mediante la sobrevaloración de la filatelia.

Además, aunque en el motivo no se plantea, la conducta descrita en los hechos probados podría ser también subsumida en el artículo 259 CP, según la redacción actualmente vigente, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015. En dicho artículo se sanciona en el apartado 1, con la pena de uno a cuatro años de prisión y multa de ocho a veinticuatro meses, a quien, encontrándose en una situación de insolvencia actual o inminente realice alguna de las conductas que se describen a continuación, y entre ellas, simular créditos de terceros, cometer en la llevanza de la contabilidad irregularidades que sean relevantes para la comprensión de su situación patrimonial o financiera, formular las cuentas anuales de un modo contrario a la normativa reguladora de la contabilidad mercantil, de forma que se dificulte o imposibilite el examen o valoración de la

situación económica real del deudor, o realizar cualquier otra conducta activa u omisiva que constituya una infracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos y a la que sea imputable una disminución del patrimonio del deudor o por medio de la cual se oculte la situación económica real del deudor o su actividad empresarial. En el apartado 2 se sanciona con la misma pena a quien cause su situación de insolvencia mediante alguna de las conductas a que se refiere el apartado 1.

Si se tiene en cuenta que, según los hechos probados, el recurrente utilizaba empresas interpuestas para desviar dinero de Fórum basándose en simular adquisiciones de sellos a proveedores ficticios, que extraía de Fórum clandestinamente sellos previamente comprados por la misma para que esas sociedades interpuestas se los volvieran a vender, que esas cantidades se depositaban en cuentas de esas sociedades, y si se valora la forma en la que se llevaba la contabilidad, resulta con claridad que la conducta declara probada sería igualmente calificable como constitutiva de un delito de insolvencia.

- Estafa e Insolvencia. Bis in ídem. En la STS nº 749/2017, ya aludida, decíamos sobre este extremo lo siguiente: “1. La prohibición del bis in ídem impide castigar dos veces la misma conducta. En los casos en los que la protección del mismo bien jurídico aparezca en dos preceptos penales distintos, el concurso aparente de normas habrá de resolverse con aplicación del artículo 8 CP, y no recurriendo a los preceptos relativos al concurso de delitos. Como ha señalado la jurisprudencia, (STS nº 440/2012, de 25 de mayo, citada por el recurrente), cuando se trata de estafa e insolvencia, la utilización en beneficio propio o ajeno del beneficio obtenido del delito de estafa, y su consiguiente desaparición del patrimonio del autor, constituye la fase de agotamiento del delito, y no puede ser valorada a los efectos de una nueva sanción penal por insolvencia, de acuerdo con el anterior artículo 260 CP.

Aunque en algunos casos sea suficiente el planteamiento anterior, dada la naturaleza de los hechos, en otros es necesario examinar con más detalle la cuestión. Como se señala más arriba, para aplicar el artículo 8 CP es preciso establecer que los preceptos en aparente concurrencia protegen el mismo bien jurídico. La jurisprudencia ha entendido que el bien jurídico protegido por el delito de insolvencia se orienta hacia la tutela del patrimonio de la víctima, viniendo a representar un reforzamiento de la responsabilidad universal consagrado en el art. 1911 Código Civil. Puede identificarse, pues, con el bien jurídico protegido en el delito de estafa. Pero, además de la protección que se pretende del derecho personal de crédito, se aprecia la concurrencia con un interés difuso de naturaleza económico-social que se sitúa en la confianza precisa para el desarrollo de las operaciones financieras, en aras a la consecución de un desarrollo económico adecuado a una economía de mercado libre (STS nº 771/2006, de 17 de julio). En este sentido, el bien jurídico protegido aparecerá de forma más intensa y, por lo tanto, con mayor necesidad de protección, en algunos casos, especialmente cuando se trata de empresas de gran tamaño, en que el perjuicio no solo afectará a una gran cantidad de acreedores, con créditos importantes, sino también a un alto número de trabajadores y proveedores, e incluso al sector de la economía en el que desarrollara su actividad, ya que, junto a la conducta estrictamente típica del delito de estafa, aparecen otras actividades ajenas a la conducta delictiva, como contrataciones con terceros, o relaciones económicas o laborales, que por sus características resultan suficientemente relevantes. En esos casos, no es posible identificar íntegramente los bienes jurídicos protegidos por los delitos de estafa e insolvencia, por lo que no puede acudirse al artículo 8 CP, sino que deben aplicarse las reglas que regulan el concurso de delitos”.

2. En el caso, tal como decíamos entonces al resolver un asunto similar (Caso Afinsa) aunque pudiera haber sido posible, en la narración fáctica no se precisa de forma suficiente una conducta, relacionada pero independiente de la que constituye el delito de estafa, que hubiera causado la situación económica de la compañía, dando lugar al delito de insolvencia, por lo que, cumpliéndose, como se ha dicho, con las exigencias típicas de este último, es necesario concluir que nos encontramos ante un supuesto de concurso ideal, en el que un solo hecho constituye dos o más delitos, que debe resolverse, desde la perspectiva punitiva y de acuerdo con el criterio mantenido en la sentencia impugnada, mediante la imposición de la pena prevista para la infracción más grave, en su mitad superior. No contradice estos argumentos el hecho de que la pena de la estafa se haya elevado en un grado, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 74.2 CP, respecto del delito continuado. Pues esta agravación penológica no atiende a la protección de otros bienes jurídicos cuya integridad se haya visto comprometida por la conducta de los acusados, sino al mismo bien jurídico del delito de estafa, aunque especialmente afectado a causa de la notoria gravedad de los hechos, teniendo en cuenta el perjuicio causado a una generalidad de personas.

- Delito societario de falsedad de las cuentas anuales, se declara probado (HP 3) que para presentar una imagen de solidez del negocio y aparentar la existencia de beneficios, Fórum elaboraba sus cuentas anuales ocultando las obligaciones de recompra con los clientes, que no se reflejaban en el pasivo. Anotaba como ventas la entrega de capital por parte del cliente y como compras la devolución del dinero más los intereses, y sobrevaloraba en el activo su filatelia, lo que impedía conocer su estado patrimonial. Y también (HP 21), se declara que la imagen que ofrecían las cuentas anuales estaba muy distorsionada, hasta el punto de arrojar beneficios crecientes cuando se hallaba en situación de insolvencia.
- Falsedad de las cuentas sociales. El artículo 290 CP sanciona a los administradores de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un

tercero. La jurisprudencia ha resaltado la especial importancia de las falsedades que pudieran cometerse en las cuentas anuales cuando, como exige el tipo delictivo, son idóneas para causar daños a terceros, incluidos los socios, en la medida en la que dan lugar a una impresión errónea acerca del estado económico de la sociedad, con el consiguiente perjuicio derivado de la posible adopción de decisiones basadas en una información mendaz, (STS nº 211/2014, de 18 de marzo). Las cuentas anuales son aquellas que el empresario debe formular al término de cada ejercicio económico y que comprenden el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria. Entre los demás documentos cuyo contenido no puede ser falseado so pena de incurrir en el tipo del art. 290 del C. Penal se encontrarán, sin que esto signifique el cierre de la lista de los posibles objetos del delito, los libros de contabilidad, los libros de actas, los balances que las sociedades que cotizan en Bolsa deben presentar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, los que las entidades de crédito deben presentar al Banco de España y, en general, todos los documentos destinados a hacer pública, mediante el ofrecimiento de una imagen fiel de la misma, la situación económica o jurídica de una entidad que opera en el mercado (STS 1458/2003, de 7-11). (STS nº 822/2015, de 14 de diciembre). En cuanto al núcleo de la conducta, se señala en esta misma sentencia, con cita de la STS nº 655/2010, que "falsear" en el sentido del art. 290, es mentir, es alterar o no reflejar la verdadera situación económica o jurídica de la entidad en los documentos que suscriba el administrador de hecho o de derecho, porque así es como se frustra, además, el derecho de los destinatarios de la información social (sociedad, socios o terceros) a obtener una información completa y veraz sobre la situación jurídica o económica de la sociedad. Hay que tener en cuenta que ocultar o suprimir datos es una forma de faltar a la verdad en la narración de los hechos, y por otra, que el administrador tiene el deber jurídico de cumplir con su cometido con la diligencia de un ordinario empresario y de su representante leal (art. 127.1 LSA y 61 LSRL), lo que, implícitamente, y en términos generales, le obliga a ser veraz con la información que suministra sobre la sociedad.

De los hechos probados resulta que las cuentas anuales no recogían adecuadamente los compromisos con los clientes y además sobrevaloraban la filatelia de la sociedad. Como consecuencia ofrecían una imagen de la sociedad según la cual generaba altísimos beneficios (en 2001, 34.809.000 euros; en 2002, 38.604.000 euros; en 2003, 43.777.000 euros), cuando su situación, ya descrita con anterioridad, era de insolvencia inevitable por la misma concepción del negocio. En esas circunstancias, el que aparecieran en la Memoria los compromisos de recompra con los clientes, que de todas formas solo constan desde el ejercicio de 2004, no impide que las cuentas estuvieran alteradas de forma que modificasen sustancialmente la imagen fiel de la entidad. Con el dato añadido según el cual la dotación de provisión para contingencias de compromisos con los clientes ascendía solamente a 58 millones de euros.

- Falsedad de las cuentas. Auditor. Cooperación necesaria. Como decíamos en la STS nº 94/2018, de 23 de febrero, la aportación del auditor avalando con su informe, cuando es necesario en tanto que exigido por la ley, unas cuentas que sabe que ocultan la imagen fiel, dada la relevancia de la misma, debe ser considerada como constitutiva de cooperación necesaria, "ya que el informe de auditoría, como pone de relieve la doctrina más autorizada, opera como un elemento de seguridad de enorme trascendencia para la correcta valoración de la información suministrada por las sociedades a través de la publicidad de sus cuentas anuales".

Aplicación al auditor del artículo 65.3 CP. En la línea seguida en la nº 94/2018, de 23 de febrero, antes citada, no sería correcto minimizar la trascendencia de la labor de los auditores en el control de la corrección de las cuentas de las sociedades. Es cierto que no son ellos quienes las elaboran y formulan; también que no les corresponde garantizar su exactitud. Pero también lo es que su función opera como un elemento de seguridad para terceros ajenos a la misma sociedad respecto a si las cuentas se han preparado y presentado según las normas aplicables, en la medida en que, como dice textualmente el artículo 1 de la Ley 19/1988, de auditoría de cuentas, vigente al tiempo de los hechos, su labor consiste en "verificar y dictaminar si dichas cuentas expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que le sea aplicable". La Ley 22/2015, de 20 de julio, actualmente vigente, dispone en su artículo 1 que "Se entenderá por auditoría de cuentas la actividad consistente en la revisión y verificación de las cuentas anuales, así como de otros estados financieros o documentos contables, elaborados con arreglo al marco normativo de información financiera que resulte de aplicación, siempre que dicha actividad tenga por objeto la emisión de un informe sobre la fiabilidad de dichos documentos que pueda tener efectos frente a terceros".

En todos los casos, es de toda evidencia la importancia que tiene la fiabilidad de las cuentas que hacen públicas las sociedades, para un correcto funcionamiento del mercado. Con mayor razón en los casos en que la ley exige una auditoría, pues ésta opera como un elemento de garantía, aportado por un profesional independiente, ajeno a la empresa auditada.

- Blanqueo de capitales. Operaciones con sociedades con la finalidad de ocultar el origen del dinero y la identidad del titular del mismo. La jurisprudencia (entre otras, STS nº 108/2019, de 5 de marzo y STS nº 366/2019, de 17 de julio) ha entendido de forma ya consolidada que la finalidad de ocultación del origen delictivo debe apreciarse en todas las modalidades de la conducta. Por lo tanto, el tipo requiere, en primer lugar, la realización de cualquier acto que debe entenderse equivalente a los mencionados expresamente, es decir, a la adquisición, posesión, utilización, conversión o transmisión, en relación con bienes; en segundo lugar, que esos actos se ejecuten con la finalidad de ocultar el origen delictivo de los bienes o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción a eludir las consecuencias legales de su conducta, lo que se consigue, entre

otras modalidades, ocultando la titularidad de los bienes; y, en tercer lugar, que ello se haga conociendo que los bienes de que se trate proceden de una actividad delictiva. 1. El artículo 301 CP sanciona al que adquiera, posea, utilice, convierta o transmita bienes o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito. La cláusula de cierre, al referirse a cualquier otro acto, amplía de forma evidente el ámbito de la conducta descrita en el tipo objetivo, operando la exigencia finalista como un elemento de contención del ámbito del tipo.

2. En el caso, se describen en los hechos probados actos del recurrente que están encaminados a cooperar con el autor del delito antecedente en su designio de no aparecer como el titular de las sociedades a nombre de las cuales aparecen los caudales desviados de Fórum Filatélico. Es decir, actos orientados principalmente a encubrir el origen delictivo del dinero mediante la desvinculación de la titularidad con la obtención delictiva de aquel.

Aunque, como el propio recurrente reconoce, no es sencillo establecer la complicidad en esta clase de delitos, la Audiencia ha razonado de forma que favorece al acusado, considerando que su aportación a las operaciones de ocultación del origen delictivo del dinero es más bien de segundo grado e integra por ello un supuesto de complicidad. Y efectivamente, la referencia en el tipo a "cualquier otro acto" no impide de forma definitiva la valoración de la relevancia mayor o menor del acto o actos ejecutados, y su consiguiente calificación como cooperación necesaria o como complicidad.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 689/2019

Fecha de sentencia: 09/03/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10286/2019 P

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

TEMA

Delito de agresión sexual. Dilaciones indebidas

ASPECTOS EXAMINADOS

- Denuncia presentada por la madre de la víctima contra su pareja, por delito de agresión sexual a una menor. Sobreseimiento provisional por no colaborar la madre denunciante en que se practicaran las pruebas periciales con la menor. Denuncia formulada por la menor una vez adquirida la mayoría de edad diez años después.

Recuerda que el procedimiento se sobreesayó después de la denuncia inicialmente formulada, y aduce no entenderse que sin existir nuevos hechos se reaperturara la causa y se sometiera a juicio oral al recurrente, concluyendo que la actuación procesal ha creado una situación de incertidumbre que atenta contra la seguridad jurídica del acusado.

Nada de lo que expresa tiene proyección en el pronunciamiento de condena que hoy se debate. Cuando la menor estaba sometida a la patria potestad de su madre XXX (que mantuvo su relación de pareja con el acusado hasta el año 2010), no atendió la citación para acudir con su hija al Servicio de Atención Psicológica a Menores Víctimas de Abusos Sexuales de la Consejería de Bienestar Social de la Comunidad Valenciana. Ello determinó que el Juzgado de Instrucción acordara el sobreseimiento provisional de las actuaciones por no resultar debidamente justificada la perpetración de la agresión sexual que motivó la formación de la causa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 641.1 de la LECRIM. El auto de sobreseimiento, de fecha 20 de agosto de 2008, descansó así en una insuficiente acreditación de los hechos delictivos, por el agotamiento -ciertamente perezoso y despreocupado- de las vías de investigación que se mostraba oportuno practicar para el debido esclarecimiento de los hechos. En todo caso, debe observarse que los hechos enjuiciados se extendieron hasta diciembre del año 2006, y que la responsabilidad penal de ellos derivada prescribe a los 15 años, de conformidad con el artículo 131 del Código Penal, en relación con los artículos 179 y 180 en su redacción entonces vigente; plazo que, en los casos de delito continuado, debe computarse desde el día que se realizó la última infracción, si bien en el supuesto de delitos contra la libertad sexual en los que la víctima sea menor de edad, el término de la prescripción debe computarse a partir del día en que la víctima alcance la mayoría de edad (LO 14/1999, de reforma del artículo 132 del Código Penal, en vigor desde el 10 de junio de 1999).

De este modo, la denuncia que presentó la víctima en marzo de 2017, contando ya con la capacidad de obrar inherente a una mayoría de edad que había alcanzado el 19 de noviembre de 2013, permitió la reapertura de las actuaciones, al aportar el testimonio clave para la lectura conjunta de la prueba inculpativa recabada en el proceso.

- Dilaciones Indebidas: Como bien recuerda el Ministerio Fiscal en su impugnación al recurso, la jurisprudencia de esta Sala proclama que el tiempo de archivo de un procedimiento por sobreseimiento provisional de la causa, no resulta computable a efectos de valorar la concurrencia de dilaciones indebidas. La STS 400/2016, de 11 de mayo, destacó (FJ 4.º) que "...conviene tener presente que el tiempo de paralización de un procedimiento como consecuencia de una declaración de sobreseimiento parcial y provisional, no puede luego invocarse a efectos de integrar el fundamento material de la atenuante de dilaciones indebidas. No existe en nuestro sistema el derecho a ser descubierto y sancionado con prontitud". En los mismos términos se expresaba la STS 633/2016, de 14 de julio, con cita de la STS de 27 de julio de 2015 (Caso Malaya), que reflejó (FJ 1.º) que "... las dilaciones indebidas en ningún caso pueden abarcar el tiempo comprendido entre la realización de los hechos y su incoación judicial, pues dicho lapso corre a favor del acusado mediante la prescripción /.../ consideración igualmente extensiva a las fases en que la causa se encuentra provisionalmente sobreseída, pues en tales casos existe posibilidad de prescripción y la dilación no es imputable a los órganos de justicia". Más recientemente, nuestra STS 540/2017, de 12 de julio, decía (FJ 9.º): "De los periodos señalados por la parte recurrente, algunos no pueden calificarse como de paralización en el sentido que exige el artículo 21.6 del Código Penal. Este precepto exige como base para su apreciación que la paralización sea indebida, no justificada. En el caso del sobreseimiento provisional, uno de sus claros efectos precisamente es el de poner fin -transitoria y provisionalmente- a la instrucción. El periodo que transcurre en ese estado no puede calificarse ni considerarse paralización como base para la apreciación de la atenuante invocada". En el mismo sentido se han expresado las SSTs 1515/2002, de 16 de septiembre o 70/2013, de 21 de enero.

Afirma el recurrente que siempre estuvo a disposición de la Justicia y que el testimonio de cargo ha tardado más de diez años en prestarse. De este modo, parece sugerir que el sobreseimiento provisional deriva de que el instructor no persistió en recabar el testimonio de la víctima y que, tan pronto como se ha obtenido ese testimonio, la instrucción ha podido conducirse hasta la apertura del juicio oral y la sentencia que ahora se recurre. De este modo, la atenuación parece invocarse porque, de haberse recabado entonces el testimonio que finalmente se incorporó a autos, podría haberse acortado notablemente el tiempo de tramitación de la causa.

Tampoco este plano de análisis puede sustentar la atenuación que se reclama. Hemos indicado que el reconocimiento de esta circunstancia atenuatoria precisa de la valoración de la causa como un todo, pues los que están involucrados en ella quedan sujetos a todas sus vicisitudes (STS 492/08, de 4 de julio). Nuestra jurisprudencia refleja además que tampoco resulta oportuna la minoración penológica si no se aprecia una negligencia en la actuación procesal del Juez o una disfunción atribuible a la Administración de Justicia (STS 965/2008, de 26 de diciembre).

En el caso que analizamos, no puede concluirse que el sobreseimiento derivara de una irregularidad funcional que modifique los criterios anteriormente expuestos sobre la irrelevancia del periodo de sobreseimiento provisional en orden a la apreciación de la circunstancia atenuante de dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento. Por más que el instructor hubiera mantenido, quizás sin un mejor resultado, que se realizara el análisis psicológico de la menor que resultó frustrado, el sobreseimiento provisional se ajustó al material agotamiento de la vía de investigación que podía sustentar entonces la apertura del juicio oral, pues el contexto procesal existente era que el investigado había negado la realidad de los hechos y no existía más testimonio de cargo que el que pudiera proporcionar a la víctima. De otro lado, la víctima contaba con 11 años de edad al momento del sobreseimiento provisional de las actuaciones y declaró años después, ya alcanzada la mayoría de edad, que supo de la denuncia de su madre pero que solo conoció que el procedimiento terminó en nada, sin poder ofrecer más detalles. Por el contrario el recurrente, que ya había declarado en su condición de inculpado y con asistencia letrada, hubo por ello de conocer que el sobreseimiento de la causa derivó de que la madre de la víctima (con quien convivió hasta dos años después), no había comparecido con la menor para practicar la prueba pericial para la que fueron citadas, asumiendo así las razones de paralización provisional del proceso y la posibilidad de que su prosecución se reactivara cuando la menor alcanzara su mayoría de edad y pudiera denunciar por sí misma los hechos objeto de enjuiciamiento (art. 132 del Código Penal).

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 71/2020

Fecha de sentencia: 25/02/2020

Tipo de procedimiento: REVISION

Número del procedimiento: 20687/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

TEMA

Recurso de Revisión: Condena por delito contra la seguridad del tráfico, anulada por previa estimación del recurso contencioso-administrativo contra la resolución que privó de puntos al condenado.

ASPECTOS EXAMINADOS

- En concreto, lo que aquí se plantea es la posibilidad de revisar la Sentencia que condenó en su día al recurrente, en pronunciamiento, ya declarado firme, por la comisión de un delito contra la seguridad vial consistente en la conducción de un vehículo de motor en caso de pérdida de vigencia por pérdida total de los puntos asignados legalmente (párr. segundo del art. 384 CP), a la pena de seis meses de prisión, inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y costas, al haberse constatado documentalmente, con posterioridad a esa condena, que el recurrente sí que disponía, al tiempo del acaecimiento de los hechos enjuiciados, de los puntos necesarios que le habilitaban para conducir un turismo como el que pilotaba el día de autos, dado que se ha acordado judicialmente con posterioridad a la sentencia penal la nulidad de las actuaciones administrativas por las que se privaba de dichos puntos al recurrente. Por todo ello, teniendo en cuenta que el criterio interpretativo del precepto que sirve de base para la condena sometida a revisión, de acuerdo con los acertados argumentos expuestos por el propio Ministerio Público en su escrito de apoyo a la pretensión del recurrente, se refiere a la pérdida de vigencia del permiso, procede la revisión interesada al darse el presupuesto contemplado en el referido artículo 954.1 d) de la Ley procesal, ya que con la prueba aportada se ha acreditado, con plena certeza, la inexistencia del elemento fáctico necesario para la aplicación del artículo 384.2º del Código Penal, debiendo afirmarse, por consiguiente, la inocencia de quien, en su día, fuera condenado.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 76/2020

Fecha de sentencia: 25/02/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10593/2019 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

TEMA

Delito de depósito de armas del art. 566.1. 1º CP en la condición de promotor u organizador. Análisis de la condición de promotor frente al de cooperador que describe alternativamente el tipo penal. Características de la figura del promotor en el engranaje del grupo.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Delito de depósito de armas del art. 566.1. 1º CP en la condición de promotor u organizador. Análisis de la condición de promotor frente al de cooperador que describe alternativamente el tipo penal. Características de la figura del promotor en el engranaje del grupo. No puede expresarse literalmente en el hecho probado la condición de "promotor" del recurrente, ya que ello sería predeterminación del fallo. Este carácter se desprende del propio hecho probado y la integración relevante del recurrente en el grupo desde mediados de Julio de 2008 y la alta conexión entre el arma encontrada y los cartuchos hallados en su inmueble y su conexión con el arma, el garaje y el vehículo utilizado para la práctica delictiva, así como su uso por el recurrente. Del mismo modo, consta la atribución conjunta en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1030/2005 de 26 Sep. 2005, Rec. 152/2005 por la que: "No merece corrección alguna el criterio de la Audiencia cuando, de forma plena y acertadamente razonada, concluye en la atribución a todos los acusados de la disposición conjunta de todas las armas y munición encontradas, a pesar de que las mismas se hallasen distribuidas en los distintos domicilios o con posesión individualizada, pues así resulta, con evidencia, de las relaciones existentes entre ellos y de los indudables objetivos ilícitos que se proponían ejecutar de consuno, a los que se refiere la propia Resolución recurrida". Se añade en esta sentencia que "En efecto, los elementos integrantes del tipo del artículo 566.1 2º, todos ellos concurrentes en este caso, no son otros que:
 - el establecimiento de un depósito de armas de fuego reglamentadas o municiones para las mismas.

b) el que el número de esas armas alcance las cinco unidades o que la munición, por su cantidad o clase, a juicio del Tribunal constituya un verdadero «depósito», según el artículo 567.3 y 4”.

Y en efecto, el art. 567.3 CP añade que: 3. Se considera depósito de armas de fuego reglamentadas la fabricación, comercialización o reunión de cinco o más de dichas armas, aun cuando se hallen en piezas desmontadas. Y el apartado 4º que: “4. Respecto de las municiones, los Jueces y Tribunales, teniendo en cuenta la cantidad y clase de las mismas, declararán si constituyen depósito a los efectos de este capítulo”.

En cualquier caso, la pena impuesta de cinco años de prisión es la mínima en la actuación como promotor la máxima si se trata de cooperador.

Por otro lado, en la sentencia de esta Sala Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 504/2015 de 24 Jul. 2015, Rec. 2347/2014 que resolvía la casación frente a la sentencia que se alega de la propia sección 2ª de la AP Alicante 402/2014, 18 de Julio de 2014, por la que se condena, entre otros delitos por la vía del art. 556.1.1º CP pero en su modalidad de cooperación se desestimó el recurso y devino firme la condena al recurrente en la modalidad de cooperación de este tipo penal y se hizo constar que: “Se condena al recurrente como autor del delito de depósito de armas porque la atribución al recurrente de la posesión mediata o inmediata de las armas de fuego y del subfusil Kalashnikov no es gratuita en ningún caso, sino que deriva de las vigilancias policiales a que se sometió el garaje al que se ve entrar al acusado --puntos 1 y 2 del f. jdco. cuarto--, habiendo hecho uso del repetido subfusil el grupo que asaltó el almacén de frutas y verduras y del que formaba parte el recurrente sin que sea exigible para la existencia del delito el contacto físico con el arma bastando una supeditación de la misma a la disponibilidad del autor que debe conocer la existencia de aquella, lo que es atribuible al recurrente sin merma de sus derechos pues ni siquiera es exigible un dolo directo bastando con el eventual”.

Ahora bien, que esto sea así no quiere decir que al actual recurrente no se le pueda reconocer en sentencia, en base a la prueba practicada, un mayor grado de participación, y cualificarlo en la figura de promotor, como así reclamó la fiscalía cuando lo hizo constar para su reflejo en las requisitorias, y así consta probado, y se refleja en los hechos probados, con lo que articulando el recurso por la vía del error iuris se debe desestimar por considerarse correcto el proceso de subsunción jurídica de los hechos en el tipo penal y el subsiguiente respeto a los hechos probados.

Existe en el relato de hechos probados una relación directa del depósito de armas hallado en el garaje con lo hallado en el domicilio del recurrente, por cuanto se hace constar que: 2.- En el domicilio de XXX, dos bolsas de plástico, una con 26 cartuchos y otra con dos cargadores con munición, aptas todas para un subfusil AK 47, utilizables en el hallado en el garaje antes citado. Una pistola semiautomática marca CZ-Cravena-Zastar, calibre 9mm y su cargador. La carcasa de un luminoso rotativo policial de color naranja, con su caja.

Consta debidamente argumentada su condición de promotor, y no de mero cooperador auxiliar a lo actuado por terceros, o con ajenidad al propósito principal organizativo en el que se integra el recurrente.

Principio de igualdad en cuanto al rebelde que es juzgado con independencia del resto del grupo por estar fugado de la justicia cuando se celebró el juicio con respecto al resto y la comparación con los tipos penales y penas objeto de condena del primer juicio y el segundo en base a la prueba que se practique.

- Admisibilidad de la figura del "promotor sobrevenido relevante" sin exigencia del "promotor ex origen" a los efectos de la tipicidad del art. 566.1. 1º CP.

Cuestiona el recurrente que “Con esos hechos probados no se puede construir un delito cualificado, considerando al recurrente artífice, es decir, promotor u organizador de la trama delictiva” al modo de que postula que “Cuando el recurrente se incorporó a esa estructura organizada (repetirnos a mediados de julio 2008) dicha organización delictiva ya había nacido, sin intervención alguna de nuestro defendido, pues en la fecha referida consta en el factum el inicio de la participación en el grupo, nunca antes de esa fecha”.

Puede definirse la figura del promotor, como persona que promueve algo o que realiza diligencias conducentes para su logro, según establece el Diccionario de la Real Academia Española. En estos términos, nos encontramos con una doble modalidad ejecutiva para la admisión de la figura delictiva que describe el tipo penal, y es la de la iniciación de una actividad, o bien que, una vez se haya dado inicio a la misma, se realicen diligencias de relevancia para la consecución de determinados logros. En este caso, la modalidad de incorporación del recurrente a la actividad organizativa de la perpetración de delitos de robo con las armas que se ubicaban en el depósito, se lleva a efecto una vez que la actividad ya se ha iniciado por el primer organizador que consta en los hechos probados, pero ello no impedía, en modo alguno, que la figura del promotor, tal y cual está concebida en el texto penal y el propio diccionario de la real academia española, podría configurar que la actuación del recurrente fuera la de sumarse a la actividad organizada ya inicialmente, pero con modalidades ejecutivas de relevancia que permitieran llevar a cabo las diligencias conducentes a la ejecución de los planes delictivos.

Ello determina que consta probado, y así resulta de la prueba practicada en el juicio oral, su relevante intervención en los delitos llevados a cabo, y en el acopio de las armas de guerra que se han utilizado y la relación entre el depósito y los objetos hallados en su propio domicilio.

No obstante, la consideración de que conste probado que “Al menos, desde mediados del mes de julio de 2008, consta la participación en el grupo del acusado XXX, mayor de edad y sin antecedentes penales” no impide o resta que la consideración del recurrente lo sea de la relevancia tal como la fijada por el Tribunal en la sentencia al admitir su intervención como promotor u organizador, porque aunque conste en los hechos probados que A mediados del mes de abril de 2008 y a solicitud del Grupo de Crimen Organizado de la UDYCO de Alicante se inició una investigación sobre una persona no enjuiciada, que se había identificado con documentación italiana falsificada con el nombre de MMM. De la investigación se concretó que el mismo había configurado una estructura organizada con diversos individuos para la comisión de delitos contra la propiedad violentos. Entre ellos estaban NNN, DDD y ZZZ todos ellos condenados como autores de algunos de los hechos que posteriormente se indicarán, por Sentencia de esta Audiencia Provincial de 18 de julio de 2014, ratificada por Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2014, ello no impide la “integración” en el grupo del recurrente, ya que así consta a continuación al describir en los hechos probados que Al menos, desde mediados del mes de julio de 2008, consta la participación en el grupo del acusado XXX, mayor de edad y sin antecedentes penales. Con ello, la integración del recurrente en el entramado directivo consta acreditada, como refleja el Tribunal y antes se ha explicado en el FD n 2º, y sin que el proceso de integración posterior le impida que lo sea en la categoría de promotor y organizador por el que ha sido condenado, ya que la incorporación tardía en un grupo preexistente no desnaturaliza su consideración relevante en el grupo, y no de mero cooperador si así se considera trascendente su intervención, como consta en la disponibilidad del garaje y las consecuencias del registro en su domicilio antes citada.

...

Con ello, la circunstancia de que el grupo ya hubiera nacido antes no determina la exclusión de que si se integra ex post no pueda adquirir la relevancia que el Tribunal le ha otorgado en su papel ejecutivo, que consta no es de mero cooperador ajeno o auxiliar con otros, a modo de mera colaboración auxiliar.

No puede circunscribirse, y con criterios de exclusión a supuestos distintos, la figura del promotor, tan solo, a la figura del que actúa ex origen, ya que su configuración en el papel de actuación relevante permite las actuaciones de promotor sobrevenido relevante. Con ello, la incorporación ex post no exige excluir tal configuración de la figura de promotor a los efectos de tipicidad ex art. 566.1. 1º CP.

...

Insistir, también, que la incorporación tardía no permite excluir de facto la condición de promotor o introducido en la organización, circunstancia que surge y consta en el desarrollo del operativo que consta en las acciones fijadas en los hechos probados y con participación del recurrente, y, por último, el análisis de la responsabilidad del recurrente debe ser analizado en cuanto al juicio donde se practicó la prueba, y no con respecto a la prueba practicada en otros juicios, ya que su afectación punible lo es con relación al juicio en el que se le juzga a él, no respecto a los juicios a los que se juzga a otras personas.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 77/2020

Fecha de sentencia: 25/02/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10459/2019 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

TEMA

Tentativa de delito de robo con violencia, de tentativa de asesinato y tenencia ilícita de armas. Concurrencia de la alevosía por concurrencia de la vertiente subjetiva y objetiva de la agravante en la ejecución de los hechos. La coparticipación en el delito de tentativa de asesinato de los intervinientes ante el uso de arma por uno de los autores y la imputación recíproca al resto en su colaboración ejecutiva en el delito. Teorías en la participación en el delito.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Alevosía:

En el caso que nos ocupa debemos valorar dos aspectos:

- 1.- El punto de vista objetivo en la conducta del autor por medio de una conducta agresora que, objetivamente, puede ser valorada como orientada al aseguramiento de la ejecución, en cuanto tiende a la eliminación de la

defensa. Y en este caso tal aseguramiento existe, dado cómo se describe el ataque de forma sorpresiva, dado que la víctima en ningún momento pensó que pudiera llegar a realizar la conducta que realizó posteriormente el recurrente.

2.- El punto de vista subjetivo, en cuanto el dolo del recurrente en su mecánica comisiva se proyecta no sólo sobre la utilización de los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su tendencia a asegurar la ejecución y su orientación a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél. Y en este caso ese riesgo no existió y sí el aseguramiento de lo que pretendía hacer, como es acabar con la vida de la víctima, ya que el hecho probado así lo describe.

Ya dijimos en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 282/2018 de 13 Jun. 2018, Rec. 10776/2017 que “Sobre la concurrencia de la alevosía que convierte el hecho en tentativa de asesinato en base al aseguramiento del hecho mortal que pretendía con total claridad al ahora recurrente, como se desprende de la secuencia narrada de los hechos probados en cuanto a su conducta de preparación y aseguramiento del hecho, así como la sorpresa y el grado inesperado que suponía para la víctima encontrarse de repente al autor con un arma con intención de matarla, hay que recordar que, como ya ha declarado esta Sala del Tribunal Supremo en Sentencia 183/2018 de 17 Abr. 2018, Rec. 10713/2017, la propia esencia de la alevosía se encuentra en el desarrollo de una conducta agresora que, objetivamente, puede ser valorada como orientada al aseguramiento de la ejecución en cuanto tiende a la eliminación de la defensa, y, correlativamente, a la suspensión de eventuales riesgos para su aporte procedentes del agredido, lo que debe ser apreciado en los medios, modos o formas empleados, que en este caso son evidentes para asegurar el resultado y las nulas posibilidades de defensa, dado lo sorpresivo del acto del condenado ahora recurrente”.

Y esta conducta está perfectamente descrita en los hechos probados y acertadamente valorada por el Tribunal, ya que la actividad de coautoría de la recurrente es evidente, por cuanto llevaba la pistola y se la entrega al coacusado RRR, que es quien dispara, por lo que no puede exonerarse de responsabilidad penal. Su participación en el hecho probado es de tal relevancia que es la que facilita y entrega el arma al que dispara.

Señala la recurrente, sin embargo, que “esta parte no puede considerar que la alevosía en el presente caso se pueda ver encuadrada en los mismos, y ello sin perjuicio de considerar que acusada no es autora de los hechos por los que ha sido condenado”.

Añade la recurrente que “hay que considerar, dentro del elemento de la alevosía, la existencia de un plan preconcebido”.

Sin embargo, no es preciso la existencia de un plan preconcebido para la apreciación de la alevosía, sino la concurrencia de la indefensión en el hecho probado que aquí consta, tal y como se ha descrito que refiere el Tribunal.

Así, como ha señalado esta Sala en varias sentencias, entre otras Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 716/2018 de 16 Ene. 2019, Rec. 10418/2018:

La jurisprudencia, como es ejemplo la STS núm. 719/2016, de 27 de septiembre, con abundante cita de resoluciones precedentes, viene aplicando la alevosía a todos aquellos supuestos en los que el modo de practicarse la agresión queda de manifiesto la intención del agresor o agresores de conectar el delito eliminando el riesgo que pudiera proceder de la defensa que pudiera hacer el agredido, es decir, la esencia de la alevosía como circunstancia constitutiva del delito asesinato (art. 139-1) o como agravante ordinaria en otros delitos contra las personas (art. 22-1), radica en la inexistencia de probabilidades de defensa por parte de la persona atacada.

En cuanto a su naturaleza, recuerda esa resolución, aunque esta Sala unas veces ha destacado su carácter subjetivo, lo que supone mayor culpabilidad, y otras su carácter objetivo, lo que implica mayor antijuridicidad, en los últimos tiempos, aun admitiendo su carácter mixto, ha destacado su aspecto predominante objetivo pero exigiendo el plus de culpabilidad, al precisar una previa escogitación de medios disponibles, siendo imprescindible que el infractor se haya representado su modus operandi suprime todo eventual riesgo y toda posibilidad de defensa procedente del ofendido y desea el agente obrar de modo consecuencia a lo proyectado y representado.

En cuanto a la “eliminación de toda posibilidad de defensa de la víctima debe ser considerada desde la perspectiva de su real eficacia, siendo compatible con intentos defensivos ínsitos en el propio instinto de conservación”. Por ello, esta Sala arrancando de la definición legal de la alevosía, refiere invariablemente la concurrencia de los siguientes elementos:

- a) En primer lugar, un elemento normativo. La alevosía solo puede proyectarse a los delitos contra las personas.
- b) En segundo lugar, un elemento objetivo que radica en el “modus operandi”, que el autor utilice en la ejecución medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad.
- c) En tercer lugar, un elemento subjetivo, que el dolo del autor se proyecte no sólo sobre la utilización de los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su tendencia a asegurar la ejecución y su orientación a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél. Es decir, el agente ha de haber buscado intencionadamente la producción

de la muerte a través de los medios indicados, o cuando menos, aprovechar la situación de aseguramiento del resultado, sin riesgo.

d) Y, en cuarto lugar, un elemento teleológico, que impone la comprobación de si en realidad, en el caso concreto, se produjo una situación de total indefensión, siendo necesario que se aprecie una mayor antijuricidad en la conducta derivada precisamente del *modus operandi*, conscientemente orientado a aquellas finalidades”.

En consecuencia, podemos fijar los parámetros que deben observarse en la apreciación de esta agravante que cualifica la causación de la muerte o su tentativa en asesinato, a saber:

1.- La alevosía como circunstancia constitutiva del delito de asesinato radica en la inexistencia de probabilidades de defensa por parte de la persona atacada.

2.- Los tipos de alevosía son:

Alevosía proditoria, alevosía súbita o inopinada, llamada también «sorpresiva», alevosía de desvalimiento y alevosía convivencial.

3.- Debe valorarse

a.- El punto de vista objetivo (Mayor antijuricidad) en la conducta del autor por medio de una conducta agresora que, objetivamente, puede ser valorada como orientada al aseguramiento de la ejecución, en cuanto tiende a la eliminación de la defensa.

b.- El punto de vista subjetivo, (Mayor culpabilidad) en cuanto el dolo del autor en su mecánica comisiva se proyecta no sólo sobre la utilización de los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su tendencia a asegurar la ejecución y su orientación a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél.

4.- La eliminación de toda posibilidad de defensa de la víctima que la alevosía exige ha de ser considerada desde la perspectiva de su real eficacia, y es compatible con intentos defensivos nacidos del propio instinto de conservación, pero sin eficacia verdadera contra el agresor y la acción homicida.

5.- La alevosía -la elección de una forma que tienda a eliminar las posibilidades de defensa- ha de referirse a la agresión contemplada como un todo y no a sus últimos eslabones.

6.- Suele afirmarse que actúa con alevosía en quien «obra a traición y sobre seguro». Se enfatiza, así, el ánimo tendencial del sujeto, cuya acción homicida está filtrada por ese propósito más reprochable de obrar sobre seguro.

7.- Se trata de una inferencia del elemento intelectual que se puede deducir de las circunstancias concurrentes en la comisión que permite al juez o Tribunal la inferencia de ese dolo específico de cometer el delito con una intención dirigida a evitar o reducir las posibilidades de defensa, lo que se deduce por inferencia.

8.- En este tipo de casos puede apreciarse, por ejemplo, la intención del autor de evitar la huida de la víctima, asegurando la ejecución, como podría darse en un disparo por la espalda huyendo la víctima.

9.- La alevosía no requiere que la eliminación sea efectiva, bastando la idoneidad objetiva de los medios, modos o formas utilizados y la tendencia a conseguir tal eliminación, lo que a su juicio supone que la alevosía no se excluye en los casos de intento de defensa cuando es funcionalmente imposible y se debe a la reacción instintiva de quien no tiene escapatoria frente a la eficacia de un ataque ejecutado sobre seguro.

10.- La eliminación de toda posibilidad de defensa de la víctima que la alevosía exige ha de ser considerada desde la perspectiva de su real eficacia, y es compatible con intentos defensivos nacidos del propio instinto de conservación, pero sin eficacia verdadera contra el agresor y la acción homicida.

No desnaturalizaría la concurrencia de la alevosía el hecho de que la víctima se hubiera defendido de alguna manera, lo que no podría ser utilizado para evitar su apreciación si la agresividad desplegada, o el aseguramiento en la acción fueran circunstancias concurrentes. Por ello, aunque sea una circunstancia agravante calificada por la existencia de un aseguramiento del delito y una anulación de la defensa, operará también cuando concorra una “reducción de la defensa”, por lo que aunque la víctima se hubiera defendido de alguna manera, ello no obstaculizará matemáticamente la construcción de la alevosía; es decir, no se trata de que se exija una absoluta anulación de la defensa, sino que, objetivamente, pueda apreciarse que las posibilidades de defensa se anulan o dificultan, por lo que habrá que apreciarlo caso por caso.

11.- En la alevosía sorpresiva el carácter sorpresivo de la agresión lo que suprime es la posibilidad de defensa, pues quien no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él y reaccionar en consecuencia, al menos en la medida de lo posible.

12.- La alevosía por desvalimiento consiste en el aprovechamiento de una especial situación de desamparo de la víctima, como acontece en los casos de niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos graves o personas inválidas, o porque se hallaran accidentalmente privadas de aptitud para defenderse: persona dormida, drogada o ebria en la fase letárgica o comatosa.

13.- En la proditoria o la traición destaca como elemento esencial el abuso de confianza o de una situación confiada en el que actúa el sujeto activo respecto al pasivo que no teme, dada la relación o la situación de confianza existente, una agresión como la efectuada.

14.- Se ha admitido, en ocasiones, una modalidad especial de alevosía convivencial basada en la relación de confianza proveniente de la convivencia, generadora para la víctima de su total despreocupación respecto de un eventual ataque que pudiera tener su origen en acciones del acusado (SSTS 1284/2009, 10 de diciembre y 86/1998, 15 de abril). Se trataría, por tanto, de una alevosía doméstica, derivada de la relajación de los recursos defensivos como consecuencia de la imprevisibilidad de un ataque protagonizado por la persona con la que la víctima convive día a día.

Es por ello, por lo que cuestionando en el presente caso la existencia de la alevosía, la circunstancia probada de dispararle por la espalda no exige que hubiera un plan preconcebido de acabar con su vida, sino que el modo de ataque lo dejaba indefenso, y ello integra la alevosía por el disparo con arma, hacerlo por la espalda y a corta distancia y hacerlo al cuerpo.

- La coparticipación en el delito de tentativa de asesinato de los intervinientes ante el uso de arma por uno de los autores y la imputación recíproca al resto en su colaboración ejecutiva en el delito. Teorías en la participación en el delito.

La intervención de la recurrente es relevante, y no puede extraerse de su ámbito de responsabilidad y auto excluirse de la corresponsabilidad por los delitos por los que es condenada, ya que en el caso concreto de la tentativa de asesinato entrega el arma que portaba ella a Rafael para que dispare lo que conlleva la asunción de su coautoría como esta Sala ha declarado en base a las teorías de la participación delictiva en casos similares de asunción de las consecuencias del proceder delictivo. Así, debemos hacernos la pregunta acerca de ¿Cómo explicar la coautoría y la extensión de responsabilidad a los participantes?

Ante ello, es preciso analizar la concurrencia de elementos objetivos y subjetivos en su apreciación. Así, lo destaca la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1998 para hacer mención a:

1. Elemento subjetivo de la coautoría: Toda participación en la comisión de un hecho delictivo -para implicar una responsabilidad criminal- ha de ser consciente y querida. Es lo que constituye el elemento subjetivo de la coautoría.
2. Elemento objetivo de la coautoría: Se concreta en la ejecución conjunta del hecho criminal.

Sobre esta base, y aunque lo desarrollamos a continuación de modo sistemático, diversas han sido las tesis sustentadas por la doctrina para determinar cuándo concurren ambos elementos.

a) Teoría de "acuerdo previo" ("pactum scaeleris y reparto de papeles"), según la cual responderán como autores los que habiéndose puesto de acuerdo para la comisión del hecho participan luego en su ejecución según el plan convenido, con independencia del alcance objetivo de su respectiva participación.

b) Teoría del "dominio del hecho" (en cuanto posibilidad de interrumpir la voluntad el desarrollo del proceso fáctico), que en la coautoría debe predicarse del conjunto de los coautores; cada uno de ellos actúa y deja actuar a los demás, de ahí que lo que haga cada coautor puede ser imputado a los demás que actúan de acuerdo con él, lo que sin duda sucede cuando todos realizan coetáneamente los elementos del tipo penal de que se trate. Lo importante es, en definitiva, que cada individuo aporte una contribución objetiva y causal para la producción del hecho propuesto. La doctrina habla en estos casos de supuestos de "imputación recíproca" de las distintas contribuciones causales, en virtud del cual todos los partícipes responden de la "totalidad" de lo hecho común. Sin embargo, ello no puede sostenerse cuando uno de los coautores se excede por su cuenta del plan acordado, sin que los demás lo consientan, pues en tal caso el exceso no puede imputarse a los demás, porque más allá del acuerdo no hay imputación recíproca.

En cualquier caso, la exposición razonada que lleva a cabo esta Sala del Tribunal Supremo sobre la coautoría y la asunción de las consecuencias derivadas de un acto conjunto del que responderán todos del resultado final nos llevan a las siguientes conclusiones (entre otras, SSTS de 28 de mayo de 2001 y de 7 de noviembre de 2001, siguiendo a su vez a la de 25 de marzo de 2000):

- a) Que son coautores todos aquellos que realizan una parte necesaria en la ejecución del plan colectivo, aunque sus respectivas aportaciones no produzcan por sí solas el acto típico.
- b) Que, en la agresión en grupo, cuando todos los sujetos emplean contra el agredido una violencia de análoga intensidad, de todos debe ser predicado el co-dominio funcional del hecho, en cuanto la actuación de cada uno contribuye por igual a anular o disminuir la resistencia de la víctima y, además, la iniciativa de cualquiera de ellos podrá determinar el cese de la agresión.
- c) Que el elemento subjetivo de la coautoría, acuerdo de voluntades, puede ser un acuerdo tácito, lo que ocurre normalmente en aquellos supuestos en los que transcurre un brevísimo lapso de tiempo entre la ideación criminal y su puesta en práctica; es decir, en el caso de que concurren más de una persona en la ejecución del hecho, el concierto entre ellos puede surgir de manera tácita e incluso de forma adhesiva, cuando alguno suma su comportamiento a lo ya realizado por otro. En estos casos ese vínculo de solidaridad hace igualmente responsables

a cada uno de los intervinientes del fin propuesto, siempre que tengan el co-dominio del acto, pudiendo decidir que se ejecute o no.

Pues bien, de las sentencias citadas podemos fijar los siguientes parámetros de la coautoría y la responsabilidad en el hecho ejecutado por otro con plena asunción y admisión del ilícito proceder, para ubicarnos en la responsabilidad del recurrente que la niega descargando la posible responsabilidad en otros. Y ello, en base a la teoría del pactum sceleris y el dominio funcional del hecho en situaciones de ideación y ejecución conjunta del delito y, como en este caso, con empleo de armas y asunción de las consecuencias:

1.- El dolo compartido en la ejecución del delito.

Del art. 28 CP se desprende que son coautores quienes realizan conjuntamente el hecho delictivo. Realización conjunta que debe estar animada por un dolo compartido, siendo éste, en rigor, el significado que debe darse en determinados casos al previo y mutuo acuerdo que ha sido constantemente exigido para afirmar la existencia de la codelinuencia -SS. 31/5/85, 13/5/86 entre otras- por la doctrina de esta Sala.

2.- No es preciso que concurren en todos los coautores todos los elementos del tipo. Se exige la aportación de elementos esenciales en su ejecución.

La realización conjunta no supone que todos y cada uno de los elementos del tipo, sean ejecutados por los coautores, lo que es necesario para que se hable de realización conjunta de un hecho y para que el mismo sea atribuido, como a sus coautores, a quienes intervienen en él, es que todos aporten durante la fase de ejecución un elemento esencial para la realización del propósito común.

3.- Asunción de la teoría del dominio del hecho.

A la misma consecuencia práctica lleva la utilización del instrumento teórico del dominio del hecho, acogido por esta Sala en numerosas y recientes sentencias como las de 12/2/86, 24/3/86, 15/7/88, 8/2/91 y 4/10/94. Según esta teoría, son coautores los que realizan una parte necesaria en la ejecución del plan global, aunque sus respectivas contribuciones no reproduzcan el acto estrictamente típico, siempre que, aun no reproduciéndolo, tengan el dominio funcional del hecho, de suerte que sea este, en un sentido muy preciso y literal, un hecho de todos que a todos pertenezca.

La teoría del dominio del hecho se aplica en esencia a los supuestos de coautoría. Así, en la coautoría existe una corresponsabilidad de los copartícipes respecto al resultado que finalmente se produzca en la ejecución del delito. El TS señala (entre otras sentencias de 6 de mayo de 2004, rec. 452/2003) que si no consta ninguna oposición, protesta o reserva por parte de alguno de los intervinientes, si en cada secuencia figuran los acusados asumiendo los roles participativos que les corresponden, si las infracciones delictivas se llevan a término con unidad de conocimiento y de voluntad, fieles al plan ideado y aceptado y huyendo simultáneamente cuando lo estimaban consumado, no puede sino concluirse que todos los que concurren en la ejecución de un hecho se ven ligados por un vínculo de solidaridad que los corresponsabiliza en el mismo grado, cualquiera que sea la parte que cada uno tome, ya que todos coadyuvan de modo eficaz y directo a la persecución del fin propuesto, con independencia de los actos que individualmente realicen para el logro de la ilícita finalidad perseguida.

Por ello, se exige como presupuesto para la extensión de la responsabilidad del hecho a todos los partícipes la concurrencia de tres circunstancias básicas:

- a) La unidad de acción;
- b) La recíproca cooperación, y
- c) El mutuo concurso en la ejecución.

Dándose estas circunstancias, ello da lugar a que todos los responsables sean considerados como autores del delito (SSTS de 14 de enero de 1985, 12 de abril de 1986, 22 de febrero de 1988, 30 de noviembre de 1989, 21 de febrero de 1990 y 9 de octubre de 1992, entre muchas).

4.- La plasmación del acuerdo previo en la ejecución del delito y asunción de las consecuencias o acuerdo durante la ejecución. Principio de imputación recíproca. La coautoría adhesiva.

Por lo que se refiere al acuerdo previo, elemento o soporte subjetivo de la coautoría, en que se funda el principio de "imputación recíproca" de las distintas contribuciones al resultado y en cuya virtud se entiende que todos aceptan implícitamente lo que cada uno vaya a hacer, tanto la doctrina como la jurisprudencia, SS. T.S. 3/7/86, y 20/11/81, han estimado suficiente que el acuerdo surja durante la ejecución, coautoría adhesiva, siendo también posible la sucesiva, que se produce cuando alguien suma un comportamiento al ya realizado por otro a fin de lograr la conclusión de un delito cuyos actos ejecutivos ya habían sido parcialmente realizados por este (SS. 10/2/92, 5/10/93, 2/7/94) y que el acuerdo sea tácito y no producto explícito de una deliberación en que se hayan distribuido los papeles a desempeñar. El acuerdo, en definitiva, especialmente en los delitos en que la ejecución es prácticamente simultánea a la idea criminal, se identifica con la mera coincidencia de voluntades de los partícipes, esto es, con lo que se ha llamado el dolo compartido.

5.- La coautoría no es suma de autorías individuales, sino "responsabilidad por la totalidad". No solo es autor en estos casos el que realiza materialmente la acción.

Como confirmación de lo expuesto puede recordarse que en las SS. T.S. 21/12/92 Y 28/11/97 se afirmó que "cuando varios partícipes dominan en forma conjunta el hecho (dominio funcional del hecho), todos ellos deben responder como coautores... la coautoría no es una suma de autorías individuales, sino una forma de responsabilidad por la totalidad del hecho no puede, pues, ser autor solo el que ejecuta la acción típica, esto es, el que realiza la acción expresada por el hecho rector del tipo sino también todos los que dominan en forma conjunta, dominio funcional del hecho".

6.- Las aportaciones causales decisivas de los partícipes en la ejecución del delito. No necesidad de que cada coautor ejecute los actos materiales del tipo penal. Agregación de las diversas aportaciones de los coautores, integradas en el plan común.

Sentencia T.S. 11/9/00, que con cita de la SS. TS. 14/12/98, señala que "la nueva definición de la coautoría acogida en el art. 28 del C. P. 1995 como "realización conjunta del hecho" viene a superar las objeciones doctrinales a la línea jurisprudencial que ya venía incluyendo en el concepto de autoría, a través de la doctrina del "acuerdo previo", a los cooperadores no ejecutivos, es decir a quienes realizan aportaciones causales decisivas, pero ajenas al núcleo del tipo la "realización conjunta del hecho" implica que cada uno de los concertados para ejecutar el delito colabora con alguna aportación objetiva y causal, eficazmente dirigida a la consecución del fin conjunto. No es, por ello, necesario que cada coautor ejecute, por sí mismo, los actos materiales integradores del núcleo del tipo, pues a la realización del mismo se llega conjuntamente, por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores, integradas en el plan común. En consecuencia, a través del desarrollo del "pactum scaeleris" y del dominio funcional del hecho, cabe integrar en la coautoría, como realización conjunta del hecho, aportaciones ajenas al núcleo del tipo, como la de quienes planifican, organizan y dirigen a distancia la operación, sin intervenir directa y materialmente en su ejecución".

7.- Autoría por dirección y por disponibilidad potencial ejecutiva. Conocimiento expreso o por adhesión del pacto criminal, al que se suma en la consecución conjunta de la finalidad criminal.

En este tema la S.T.S. 20-7-2001 precisa que la autoría material que describe el art. 28 CP no significa, sin más, que deba identificarse con una participación comisiva ejecutiva, sino que puede tratarse también de una autoría por dirección y por disponibilidad potencial ejecutiva, que requiere el conocimiento expreso o por adhesión del pacto criminal, al que se suma en la consecución conjunta de la finalidad criminal, interviniendo activa y ejecutivamente, o solamente si el caso lo requiere, en función de las circunstancias concurrentes.

8.- Autoría directa en ejecución compartida.

Autor directo, según dispone el CP, es quien realiza la acción típica, quien conjuga como sujeto el verbo nuclear de la acción. Característica principal del autor directo es tener el dominio del hecho porque dirige su acción hacia la realización del tipo penal. La autoría aparece cuando varias personas, de común acuerdo, toman parte en la ejecución de un hecho típico constitutivo de delito.

9.- Diferencia de coautoría de la cooperación.

Como dice la S.T.S. 27-9-2000, tal conceptualización requiere, de una parte, la existencia de una decisión conjunta, elemento subjetivo de la autoría, y un dominio funcional del hecho con aportación al mismo de una acción en la fase ejecutoria, que integra el elemento objetivo. Se diferencia la coautoría de la cooperación, o de la participación, en el carácter, o no, subordinado del partícipe a la acción del autor. Será autor quien dirija su acción a la realización del tipo, con dominio de la acción, que será funcional si existe división de funciones entre los intervinientes, pero todas con ese dominio de la acción característico de la autoría.

10.- La coautoría en el plano subjetivo y objetivo.

La coautoría aparece caracterizada:

- a.- Desde el plano subjetivo, por una decisión conjunta de los autores que permite engarzar las respectivas actuaciones enmarcadas de una división de funciones acordadas.
- b.- Desde el plano objetivo, las acciones de los coautores deben estar enmarcadas en fase de ejecución del delito.

11.- La participación adhesiva o sucesiva y la coautoría aditiva.

Las SS. T.S. 29-3-93, 24-3-98 y 26-7-2000, han admitido como supuesto de coautoría, lo que se ha denominado participación adhesiva o sucesiva y también coautoría aditiva, que requiere la concurrencia de los siguientes elementos.

- 1) Que alguien hubiera dado comienzo a la ejecución del delito.
- 2) Que posteriormente otro u otros ensamblen su actividad a la del primero para lograr la consumación del delito cuya ejecución había sido iniciada por aquel.

3) Que quienes intervengan con posterioridad ratifiquen lo ya realizado por quien comenzó la ejecución del delito aprovechándose de la situación previamente creada por él, no bastando el simple conocimiento.

4) Que cuando intervengan los que no hayan concurrido a los actos de iniciación, no se hubiese producido la consumación, puesto que, quien, interviene después, no puede decirse que haya tomado parte en la ejecución del hecho.

En este sentido, no puede pretenderse -y esto es importante- que se individualice cuál fue la concreta actuación de cada uno para darle a cada uno distinta responsabilidad en la comisión del delito.

12.- La imputación recíproca.

En este sentido en STS. 1320/2011 de 9.12, hemos dicho que todos los que intervienen en una pelea para la que existe una decisión común de agredir, aceptan lo que cada uno de ellos haga contra la seguridad física de las víctimas, resultando también coautores desde el punto de vista del dominio del hecho (STS 1503/2003, de 10-11). Este principio de imputación recíproca rige entre los coautores, mediante el cual a cada uno de los partícipes se les imputa la totalidad del hecho con independencia de la concreta acción que haya realizado.

Ahora bien, en estos supuestos es preciso comprobar que cada uno de los intervinientes sea, verdaderamente, autor, esto es tenga un dominio del hecho, en este supuesto condominios, y comprobar la efectiva acción para evitar que le sean imputables posibles excesos no abarcados por la acción conjunta bien entendido que no se excluye el carácter de coautor en los casos de decisiones de alguno de los partícipes del plan inicial, siempre que dichas decisiones tengan lugar en el marco habitual de los hechos emprendidos, es decir, que de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, no quepa considerar imprevisibles para los partícipes.

La antes aludida tesis de la imputación recíproca se manifiesta, así, bajo la admisión de la concurrencia del elemento subjetivo que destacan las SSTS de 1 de marzo, 11 de septiembre y 21 de diciembre de 2000 y 21 de febrero y 13 de marzo de 2001, al afirmar y reiterar que la realización conjunta debe estar animada por un dolo compartido por un mutuo y previo acuerdo, como soporte subjetivo de la autoría en que se funda el principio de la imputación recíproca de las distintas contribuciones al resultado, y en cuya virtud se entiende que todos aceptan implícitamente lo que cada uno vaya a hacer.

Por otro lado, se entiende que es suficiente con que el acuerdo surja durante la ejecución -coautoría adhesiva o sucesiva- y que el mismo sea tácito y no producto explícito de una deliberación en que se hayan distribuido los papeles a desempeñar, por lo que ese acuerdo, especialmente en los delitos en que la ejecución es prácticamente simultánea a la idea criminal, se identifica con la mera coincidencia de voluntades de los partícipes.

Como también se mantuvo en la sentencia de 25 de marzo de 2000, en la agresión de un grupo a una persona con la finalidad de ocasionarle un daño corporal de alcance y gravedad no precisados de antemano, las lesiones que resulten son imputables a todos los agresores de acuerdo con ese principio de la imputación recíproca, en cuya virtud se entiende que todos aceptan implícitamente lo que cada uno haga contra la integridad física del agredido, por lo que, si uno de los agresores es el que materialmente ocasiona la lesión de que deriva la concreta tipicidad del hecho, ése será autor y los demás se considerarán como "cooperadores ejecutivos" por haber tomado parte directa en la ejecución; es decir, por haber ejercido actos de violencia sobre el sujeto pasivo que han confluído sobre los del primero y reforzado su eficacia.

13.- No es preciso que cada coautor lleve a cabo todos los actos materiales del delito.

Doctrina que reitera en STS 1099/2007, de 14-6, 338/2010, de 16-4, al afirmar que no es necesario que cada coautor ejecute por sí mismo los actos materiales integradores del núcleo del tipo, concretamente en el homicidio la materialización de la agresión letal, pues a la realización del delito se llega conjuntamente por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores, integrados en el plan común, siempre que se trate de aportaciones causales decisivas, STS 1240/2000 de 11-9, y 1486/2000, de 27-9, que señala que "la coautoría aparece cuando varias personas, de común acuerdo, toman parte en la ejecución de un hecho típico constitutivo de delito. Tal conceptualización requiere, de una parte, la existencia de una decisión conjunta, elementos subjetivos de la coautoría y un dominio funcional del hecho con aportación al mismo de una acción en la fase ejecutoria, que integra el elemento objetivo. Se diferencia la coautoría de la cooperación, o de la participación; el carácter, subordinado o no, del partícipe de la acción del autor. Será coautor quien dirija su acción a la realización del tipo, con dominio de la acción; que será condominio funcional si existe división de funciones entre los intervinientes, pero todas con ese dominio de la acción característico de la coautoría.

14.- El acuerdo es previo o simultáneo.

La mencionada decisión conjunta es consecuencia de un acuerdo que puede ser previo o simultáneo a la misma ejecución, debiendo valorarse, en su caso, la posible existencia de un exceso en algunos de los coautores, pudiendo quedar exceptuados los demás de la responsabilidad por el resultado derivado del mismo.

15.- La teoría de las desviaciones previsibles.

Se cita en las SSTs. 434/2008 de 20.6, 1278/2011 de 29.11, 1320/2011 de 9.12, al examinar la cuestión de la comunicabilidad de la responsabilidad por la muerte o las lesiones producidas a la víctima del acto depredatorio por uno de los integrantes del robo. A este respecto, la jurisprudencia de este Tribunal ha establecido que "el previo concierto para llevar a término un delito de robo con violencia o intimidación que no excluya "a priori" todo riesgo para la vida o la integridad corporal de las personas, responsabiliza a todos los partícipes directos del robo con cuya ocasión se causa una muerte o unas lesiones, aunque sólo alguno de ellos sean ejecutores de semejantes resultados personales", pues el partícipe no ejecutor material del acto homicida o lesivo que prevé y admite del modo más o menos implícito que en el "iter" del acto depredatorio pueda llegarse a ataques corporales, cuando menos se sitúa en el plano del dolo eventual, justificándose tanto en el campo de la causalidad como en el de la culpabilidad su responsabilidad en la acción omisiva o lesiva (SSTs de 31 de marzo de 1993, 18 de octubre y 7 de diciembre de 1994, 20 de noviembre de 1995 y 20 de julio de 2001), especificando la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1995 que no se excluye el carácter de coautor en los casos de desviaciones de alguno de los partícipes del plan inicial, siempre que dichas desviaciones tengan lugar en el marco habitual de los hechos emprendidos, es decir, que de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, no quepa considerar imprevisibles para los partícipes.

16.- El vínculo de solidaridad.

Es doctrina consagrada, por todas STS 474/2005, de 17-3, que todos los que concurren en la ejecución de un hecho se ven ligados por un vínculo de solidaridad que les corresponsabiliza en el mismo grado, cualquiera que sea la parte que cada uno tome, ya que todos de modo eficaz y directo a la persecución del fin puesto con independencia de los actos que individualmente realizasen para el logro de la ilícita finalidad perseguida.

Cuando aparece afirmada la unidad de acción, y recíproca cooperación, ello da lugar a que todos los intervinientes sean considerados como autores del delito.

17.- La corresponsabilidad en el delito de homicidio o asesinato en cuanto al dolo de causar la muerte en una ejecución por varios integrantes y admisión del dolo directo y el eventual.

Hemos dicho en SSTs. 529/2012 de 11.7, 93/2012 de 16.2, 632/2011 de 28.6, 172/2008 de 30.4, el elemento subjetivo del delito de homicidio -o asesinato- no sólo es el "animus necandi" o intención específica de causar la muerte de una persona, sino el "dolo homicida", el cual tiene dos modalidades:

- a.- El dolo directo o de primer grado constituido por el deseo y la voluntad del agente de matar, a cuyo concreto objetivo se proyecta la acción agresiva.
- b.- El dolo eventual que surge cuando el sujeto activo se representa como probable la eventualidad de que la acción produzca la muerte del sujeto pasivo, aunque este resultado no sea el deseado, a pesar de lo cual persiste en dicha acción que obra como causa del resultado producido (STS 415/2004, de 25-3; 210/2007, de 15-3).

Como se argumenta en la STS de 16-6-2004, el dolo, según la definición más clásica, significa conocer y querer los elementos objetivos del tipo penal. En realidad, la voluntad de conseguir el resultado no es más que una manifestación de la modalidad más frecuente del dolo en el que el autor persigue la realización de un resultado, pero no impide que puedan ser tenidas por igualmente dolosas aquellas conductas en las que el autor quiere realizar la acción típica, representándose la posibilidad de la producción del resultado.

Lo relevante para afirmar la existencia del dolo penal es, en esta construcción clásica del dolo, la constancia de una voluntad dirigida a la realización de la acción típica, empleando medios capaces para su realización. Esa voluntad se conecta en la acreditación de la existencia de una decisión dirigida al conocimiento de la potencialidad de los medios para la producción del resultado y en la decisión de utilizarlos. Si, además, resulta acreditada la intención de conseguir el resultado, nos encontraremos ante la modalidad dolosa intencional en la que el autor persigue el resultado previsto en el tipo en los delitos de resultado.

Pero ello no excluye un concepto normativo del dolo basado en el conocimiento de que la conducta que se realiza pone en concreto peligro el bien jurídico protegido, de manera que en esta segunda modalidad el dolo radica en el conocimiento del peligro concreto que la conducta desarrollada supone para el bien jurídico, en este caso, la vida, pues, en efecto "para poder imputar un tipo de homicidio a título doloso basta con que una persona tenga información de que va a realizar lo suficiente para poder explicar un resultado de muerte y, por ende, que prevea el resultado como una consecuencia de ese riesgo. Es decir, que abarque intelectualmente el riesgo que permite identificar normativamente el conocimiento del resultado y desde luego la decisión del autor está vinculada a dicho resultado" (véase STS 1-12-2004, entre otras muchas).

Así pues, y como concluye la sentencia de esta Sala de 3-7-2006, bajo la expresión "ánimo de matar" se comprenden generalmente en la jurisprudencia el dolo directo como el eventual.

a.- Dolo directo. La acción viene guiada por la intención de causar la muerte.

b.- Dolo eventual. Tal intención no puede ser afirmada, si bien el autor conoce los elementos del tipo objetivo, de manera que acepta el resultado probable, o bien su producción le resulta indiferente.

En cualquiera de los casos, el conocimiento de ese riesgo no impide la acción.

En otras palabras, se estima que obra con dolo quien, conociendo que genera un peligro concreto jurídicamente desaprobado, no obstante, actúa y continúa realizando la conducta que somete a la víctima a riesgos que el agente no tiene la seguridad de poder controlar y aunque no persiga directamente la causación del resultado, del que no obstante ha de comprender que hay un elevado índice de probabilidad de que se produzca. Entran aquí en la valoración de la conducta individual parámetros de razonabilidad de tipo general que no puede haber omitido considerar el agente, sin que sean admisibles por irrazonables, vanas e infundadas esperanzas de que el resultado no se produzca, sin peso frente al más lógico resultado de actualización de los riesgos por el agente generador.

En similar dirección la STS 4-6-2011 dice que el dolo supone que el agente se representa en resultado dañoso, de posible y no necesaria originación y no directamente querido, a pesar de lo cual se acepta, también conscientemente, porque no se renuncia a la ejecución de los actos pensados. Lo que significa que, en todo caso, es exigible en el autor la conciencia o conocimiento del riesgo elevado de producción del resultado que su acción contiene.

En definitiva, el conocimiento del peligro propio de una acción que supera el límite de riesgo permitido es suficiente para acreditar el carácter doloso del comportamiento, al permitir admitir el dolo cuando el autor somete a la víctima a situaciones que no tiene seguridad de controlar, aunque no persigue el resultado típico.

18.- La extensión del asesinato a todos los partícipes en el delito por concurrencia de la alevosía ante la nula acción defensiva de la víctima. Corresponsabilidad conjunta en el asesinato por el dominio funcional del hecho de los partícipes.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 79/2020

Fecha de sentencia: 26/02/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2478/2018

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

TEMA

Delito de maltrato de obra en el ámbito familiar del art. 153 C.P. Es preceptiva la imposición de la pena prevista en el apartado 2 del artículo 48 (prohibición de aproximación).

ASPECTOS EXAMINADOS

- La sentencia del Juzgado de lo Penal, no la impuso respecto de la hija del condenado; y al mantener la Audiencia su improcedencia, revela el interés casacional de la cuestión: No se impone pena de alejamiento y prohibición de aproximación porque nos encontramos ante un delito de maltrato de obra y no de lesiones, siendo el criterio uniforme de las dos secciones especializadas en esta materia de violencia de género de la Audiencia Provincial de Madrid que dicha pena accesoria no tiene cabida en estos casos atendidos los artículos 48 y 57 del Código Penal.

Por su parte la sentencia de apelación para determinar si el maltrato resulta comprendido en el listado de esas normas, especialmente cuando menciona el delito de lesiones, cita la STS 1023/2009 de 22 de octubre, de donde infiere que la imposición de dicha pena es facultativa, no preceptiva y resulta adecuado el criterio del Juzgado de lo Penal.

En cuanto se acoge al criterio no unánime de las Audiencias Provinciales y además ha mediado reforma respecto del maltrato al desaparecer el Libro III del Código Penal por LO 1/2015, resulta justificado el interés casacional.

Cuestión, sin embargo, que fue ya dirimida por esta Sala, mientras este recurso se tramitaba.

Aunque salvo esa aislada resolución (sentencia núm. 1023/2009), esta Sala Segunda, mantenía la obligatoriedad de su imposición por entender dicho delito comprendido en el listado de los enumerados en el artículo 57; y así con anterioridad la STS 311/2007, de 20 de abril, concluyó que la imposición de la prohibición de aproximación en los delitos de maltrato de obra del artículo 153 CP era imperativa pues estaba comprendida en los delitos contemplados en el apartado segundo del artículo 57 CP.

La STS 703/2010, de 15 de julio, casa la sentencia absolutoria y en la segunda sentencia, al condenar al acusado como autor de un delito de maltrato físico, previsto en el art. 153.1 del Código Penal también “la prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio durante el mismo periodo (art. 57.2 del C. Penal)”.

En la actualidad, como decíamos, la cuestión se ha zanjado con la sentencia de Pleno núm. 342/2018, de 10 de julio, donde concluimos que el delito de maltrato de obra sin causar lesión del artículo 153 CP sí debe entenderse comprendido entre aquellos delitos para los que el apartado segundo del artículo 57 CP prevé la imposición preceptiva de la prohibición de aproximación; pues cuando el apartado primero del artículo 57.1 CP habla de los delitos «de lesiones», esta última expresión no puede interpretarse desde un punto de vista puramente gramatical -apegado, por otra parte, al texto del art. 147.1 y 2 CP- (el que, por cualquier medio o procedimiento, «causare a otro una lesión»), porque cuando el artículo 57.1 CP enumera los delitos en general no lo hace en relación con delitos concretos, sino atendiendo a las rúbricas de los títulos del Libro II del Código Penal.

Pero en todo caso, destaca esa resolución, tras la reforma operada en el Código Penal por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, en el artículo 147 CP (primero del título III, «De las lesiones») se incluye, en su apartado tercero, el maltrato de obra sin causar lesión que, de esta manera, para el Código Penal, tras la reforma, es un delito «de lesiones», que se describe de la forma expuesta sólo para diferenciarlo de las otras infracciones previstas en el mismo precepto.

Con posterioridad, la STS 86/2019, de 19 de febrero, es muestra de este ya pacífico criterio.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 87/2020

Fecha de sentencia: 03/03/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2277/2018

Ponente: Excm. Sra. D. ^a Susana Polo García.

TEMA

Delito contra la salud pública en su modalidad de sustancia que no causa grave daño a la salud, concurriendo la notoria importancia y el empleo de embarcación. Prueba indiciaria: Valoración como indicio incriminatorio de manifestaciones espontáneas, no provocadas, sin interrogatorio policial. Labores de descarga de la droga y traslado de la misma a buen recaudo, deben ser calificadas como autoría. Falta de motivación de la pena impuesta. Aplicación analógica del art. 70 CP, cuando proceda la imposición de la pena inferior en grado en supuestos de multa proporcional (Pleno 10/6/2008).

ASPECTOS EXAMINADOS

- Prueba indiciaria: Valoración como indicio incriminatorio de manifestaciones espontáneas, no provocadas, sin interrogatorio policial.

Por último, en cuanto al indicio consistente en la ausencia de explicación del singular comportamiento por parte del acusado, quien de manera espontánea al día siguiente de autos, se presenta en el acuartelamiento de la Guardia Civil de Barbate, indicando que ha tenido conocimiento de que está siendo buscado por la Guardia Civil, y más tarde, a las 13:50 h, sin estar detenido, cuando se extiende el acta que él mismo firma, manifiesta que “reconoce estar involucrado, aunque dice ser un mero mediador entre ellos y que quiere manifestar quienes son los autores del delito”, no se trata como pretende el recurrente de una confesión sin efecto alguno hecha sin letrado, sino de una manifestación espontánea del mismo a los agentes de la autoridad.

Al respecto, como decíamos en nuestra sentencia 376/2017, de 24 de mayo “Esta Sala admite como manifestaciones espontáneas supuestos de declaración no provocada seguida de la aportación de un dato fáctico esencial desconocido por la fuerza, que se comprueba seguidamente como válido, como por ejemplo cuando el sospechoso manifiesta espontáneamente que ha cometido un crimen y que ha arrojado el arma en un lugar próximo, donde el arma es efectivamente encontrada. Este tipo de manifestaciones, efectivamente espontáneas y no provocadas mediante un interrogatorio más o menos formal de las fuerzas policiales, son las que acepta esta Sala que se valoren probatoriamente si se constata que fueron efectuadas respetando todas las formalidades y garantías que el ordenamiento procesal y la Constitución establecen, de forma absolutamente voluntaria y espontánea, sin coacción alguna, y que se introducen

debidamente en el juicio oral mediante declaración, sometida a contradicción, de los agentes que la presenciaron (pero en ningún caso la provocaron).”.

Por lo que, si bien no cabe configurar las manifestaciones espontáneas del recurrente como una confesión prestada con todas las garantías, sí pueden ser valoradas como un indicio más, tal y como lo hace el Tribunal de instancia, ya que el mismo comparece en la Comisaría, no se encontraba detenido, ni se le practicó interrogatorio alguno, así lo ponen de relieve los agentes en el acto del juicio oral, y se desprende del folio 56 de las actuaciones.

- Aplicación analógica del art. 70 CP, cuando proceda la imposición de la pena inferior en grado en supuestos de multa proporcional (Pleno 10/6/2008).

Por otro lado, debemos indicar, que el precio medio de las sustancias estupefacientes que semestralmente publica la OCNE lo es por una entidad oficial que tiene en cuenta los datos empíricos derivados de la práctica usual, que además tiene la ventaja de proporcionar seguridad jurídica en cuanto facilita una regla objetiva de cómputo extraída de la práctica.

Tal y como indicábamos en nuestra sentencia 889/2008, 17 de diciembre, es cierto que no estamos en presencia de un mercado oficial en el que el valor de sus productos sea objeto de publicación general. Pero también lo es que para el conocimiento de ese valor puede ser suficiente la simple consulta a numerosas páginas de Internet, algunas de ellas de carácter oficial, en las que esos parámetros son difundidos (cfr, Informe 2007, Observatorio Español sobre Drogas, Plan Nacional sobre la Droga, Ministerio Sanidad y Consumo, Gobierno de España, en <http://www.pnsd.msc.es/home.htm>). Además, los precios de venta en el mercado son remitidos por la Comisaría General de Policía Judicial semestralmente a los órganos judiciales.

En el supuesto, consta en el F. 54 de las actuaciones que el valor del hachís es de 1.430 € kilo según informe emitido por la Oficina Central de Estupefacientes, organismo dependiente de la Delegación del gobierno para el Plan Nacional Contra la Droga, por lo que el cálculo aproximado que hace la sentencia de instancia del valor de la droga es correcto.

Ahora bien, aunque no es objeto de denuncia, pero sí consecuencia del principio de legalidad, al recurrente se le rebaja la pena de prisión en un grado por la concurrencia de la atenuante cualificada de dilaciones indebidas, sin tener en cuenta la decisión tomada en el pleno no jurisdiccional de esta Sala, celebrado el día 10 de junio de 2008, en el que se acordó que, ante la ausencia de una regla específica en el artículo 70 del Código Penal para la pena de multa proporcional, deberá aplicarse por analogía dicho precepto cuando proceda imponer pena inferior en grado, por lo que se formará partiendo de la cifra mínima señalada, que en este caso es el tanto del valor de la droga, y deduciendo de esta la mitad de su cuantía, constituyendo el resultado de tal deducción su límite mínimo.

Por tanto, acorde con el art. 70.2 la pena inferior en grado se formará partiendo de la cifra mínima y deduciendo de ésta la mitad de su cuantía, y siendo la mínima el tanto del valor de la droga -890.000€ según el relato de hechos probados-, la mitad representa 445.000 euros, por lo que, al no aportarse en la fundamentación jurídica ni en los hechos que se declaran probados, más datos que puedan ser tenidos en cuenta en la individualización, procede estimar parcialmente el motivo y fijar la determinación que la multa se cuantifique en 445.000 euros.

- Labores de descarga de la droga y traslado de la misma a buen recaudo, deben ser calificadas como autoría.

Como hemos dicho, entre otras, en la sentencia 127/2011, de 1 de marzo “El legislador ha adoptado en la redacción del tipo un concepto extensivo del autor que excluye, en principio, las formas accesorias de participación y sólo en supuestos especiales se llega a la mera complicidad, que se ha apreciado en casos de colaboración mínima, de acuerdo con la doctrina que se ha dado en llamar "conducta de favorecimiento al favorecedor".

En abundante jurisprudencia de esta Sala se han venido reputando conductas de complicidad, las siguientes: a) el mero acompañamiento a los compradores con indicación del lugar donde pueden hallar a los vendedores. b) la ocultación ocasional y de poca duración de una pequeña cantidad de droga que otro poseía. c) la simple cesión del domicilio a los autores por pura amistad para reunirse sin levantar sospechas. d) la labor de recepción y desciframiento de los mensajes en clave sobre el curso de la operación. e) facilitar el teléfono del suministrador y precio de la droga. f) realizar llamadas telefónicas para convencer y acordar con tercero el transporte de la droga. g) acompañar y trasladar en su vehículo a un hermano en sus contactos para adquisición y tráfico. h) colaboración con un tercero en los pasos previos para la recepción de la droga enviada desde el extranjero sin ser destinatario ni tener disponibilidad efectiva de la misma. i) los tripulantes de embarcación que transporta droga y cuyo conocimiento surge a lo largo del trayecto. j) acompañar en el viaje a otro en el que se transportaba droga con el fin de dar apariencia de licitud al viaje (...)

Véanse sentencias de T. Supremo nº 312/2007, de 20 de abril; 856/2008, de 10 de diciembre; 665/2009, de 24 de junio; 767/2009, de 16 de julio; 947/2009, de 2 de octubre; 960/2009, de 16 de octubre y 1041/2009, de 22 de octubre, etc.

Para distinguir la conducta del cómplice del cooperador necesario, en términos generales, nos hallamos obligados a ponderar si la actividad auxiliar es indispensable o imprescindible a la luz de las teorías de la *condictio sine qua non*, la de los bienes escasos o la del domicilio funcional del hecho.”.

Dicho lo anterior y descendiendo al caso concreto, en trance de calificar la relevancia de la intervención, ya sea en toda la operación o en el simple transporte, a la vista de la predominante postura jurisprudencial, hemos de concluir que el aporte

causal del recurrente fue relevante. Descargar la droga de una embarcación a la playa y cargarla en vehículos para sacarla de ese lugar es un hecho esencial, que debe realizarse con prontitud, dada la rigurosa vigilancia a que están sometidas esas costas españolas.

Por otro lado, tal y como apuntábamos en la citada sentencia, la importancia de la mano de obra para descargar llega al punto de considerar que de no haber concurrido con antelación las personas concertadas para esta labor o si después de acudir al lugar, deciden no participar en el alijo, el transporte de la droga no se hubiera producido (teoría de la *condictio sine qua non*); luego, también tienen dichas personas, junto con los responsables del transporte y las personas para las que trabajan, una corresponsabilidad o condominio del hecho (dominio funcional del hecho). Tampoco es fácil contratar personas discretas que por poco dinero estén dispuestas a alijar la droga (teoría de los bienes escasos).

A lo anterior debemos unir el hecho de que lo afirmado es la doctrina mayoritaria de esta Sala, salvo excepcionales desviaciones, ha calificado la realización de un alijo (descarga de droga y traslado de la misma a buen recaudo) como autoría, el motivo no puede aceptarse (Véanse, entre otras, S.T.S. 1035/2005, de 22 de septiembre, 22/2006, de 23 de enero, 53/2006, de 30 de enero, 145/2007, de 28 de febrero, 224/2007, de 19 de marzo, 983/2007, de 4 de diciembre, 241/2009, de 13 de marzo, etc. etc.)

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 89/2020

Fecha de sentencia: 03/03/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2419/2018

Voto Particular

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

TEMA

Recurso de casación: contra sentencia absolutoria recaída en apelación frente a previa resolución condenatoria. Negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios, abuso de poder en el ejercicio de sus funciones (art. 439 CP).

ASPECTOS EXAMINADOS

- Recurso de casación: contra sentencia absolutoria recaída en apelación frente a previa resolución condenatoria.

La pretensión del Ministerio Fiscal de anular el pronunciamiento de apelación en contra del reo, haciendo revivir el pronunciamiento condenatorio, no tropieza con obstáculo alguno -cfr. SSTS 555/2014, 10 de julio y 1043/2012, 21 de noviembre- derivado de la jurisprudencia constitucional y europea, a tenor de la cual la revocación de una sentencia absolutoria por razones probatorias exigiría la audiencia del acusado en la fase de recurso, y en su caso, la reproducción de prueba. En este supuesto no nos enfrentamos a una decisión de condena que adoptaría ex Novo esta Sala Segunda por vía de recurso. El enjuiciamiento inicial lo llevó a cabo el Tribunal del Jurado que encontró al acusado culpable. Esa inicial apreciación jurisdiccional emanada de un Tribunal que ha oído personalmente al acusado, escuchando su versión de los hechos, atendiendo a sus explicaciones, ha sido sustituida (legítimamente en principio: no ha habido exceso en ello) por el Tribunal Superior de Justicia al conocer de la apelación. Ahora en casación no se trataría ya de verificar un nuevo juicio sobre la prueba, sino de valorar las razones dadas por el Tribunal de apelación para tachar de carentes de suficiente fuerza convictiva las apreciaciones del Jurado. El Jurado oyó al acusado. Ahora las acusaciones piden que en casación se repongan las inferencias que extrajo el Jurado a partir de los indicios por considerar que estaban suficientemente avaladas por esos hechos externos, -indicios-, que se dieron como probados. En esas condiciones no es aplicable esa doctrina jurisprudencial que invitaría a cuestionarnos si es posible el pronunciamiento reclamado por el Ministerio Fiscal, que conduce a resucitar una condena anulada, en un recurso extraordinario como la casación no compatible con la audiencia personal del acusado. Viene bien plasmar un fragmento de una de las abundantes sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que pone de manifiesto que ese dato no es en absoluto baladí: «el pronunciamiento condenatorio requiere que el acusado haya tenido la posibilidad de declarar en defensa de su causa ante el órgano judicial que conoce del recurso, especialmente si se tiene en cuenta el hecho de que éste es el primero en condenarle en el marco de un proceso en el que se decide sobre una acusación en materia penal dirigida contra él (STEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumania, §§ 58 y 59)». No cabría una primera condena en casación, pero sí rescatar una condena anulada.

También esta Sala ha tenido ya ocasión de pronunciarse sobre la admisibilidad de ese tipo de pronunciamientos, sin necesidad de una nueva audiencia al reo en trámite de recurso, como resultaría de una precipitada e irreflexiva aplicación de la doctrina citada. Decía la STS 1385/2011, de 22 de diciembre: «la segunda cuestión es si, en el caso del recurso de casación contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia, resolviendo una apelación contra la del Tribunal del Jurado, reviste alguna especialidad en cuanto a la doctrina constitucional afortunadamente consolidada en cuanto al derecho a un proceso con todas las garantías y al derecho de defensa. Al respecto, atendiendo al caso que juzgamos y al recurso del Ministerio Fiscal, es claro que no se pretende de la casación que lleve a cabo una valoración de los medios de prueba personal para determinar si su resultado autoriza la inferencia que afirma los elementos del tipo de homicida. Lo cuestionado es si esa valoración, ya efectuada por quien recibió dicha prueba, es decir por el Tribunal del Jurado, ha sido o no correctamente desautorizada por la sentencia que ante nosotros se recurre y que es la dictada por el Tribunal Superior de Justicia y no la de aquel Tribunal del Jurado.

Pues bien, la estimación del recurso y consiguiente casación de la sentencia de apelación no es la resolución que, por primera vez y como fruto de la valoración de la prueba, impone la condena a los acusados que permanecían hasta ahora absueltos por razón de la apelación. La reposición a la condición de penados deriva de la inicial sentencia y de la consideración como incorrecta de su revocación en apelación. Por ello tal hipótesis cae al margen del ámbito en el que la doctrina constitucional y la del TEDH exige la directa audiencia del así penado».

Ese matiz, de tanta relevancia a los efectos de fijar los límites de revisión de esta Sala, adquiere incluso un significado especial cuando de lo que se trata -como en el caso presente- no es de restablecer la condena en la instancia a partir del análisis de la consistencia del armazón probatorio de esa condena, sino de verificar un juicio de subsunción que concluya que los hechos declarados probados por el órgano jurisdiccional ante el que se practicó la prueba tienen relevancia típica.

- Negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios, abuso de poder en el ejercicio de sus funciones (art. 439 CP). Agente de la Guardia Civil que da órdenes a sus subordinados para evitar que los vehículos de la empresa de su esposa sean sometidos al control de las autorizaciones legales.

El delito previsto en el art. 439 del CP no es de fácil interpretación. En la determinación de su alcance confluyen principios que están en la base misma de la aplicación del derecho punitivo y que otorgan legitimidad democrática a la sanción penal. Hablamos del derecho penal como ultima ratio y del principio de intervención mínima, que aconsejan reservar las penas verdaderamente afflictivas para aquellas conductas singularmente desvaloradas por la sociedad. Las consecuencias que se derivan de este punto de partida son obvias: no toda infracción administrativa, no toda contravención de las normas que definen el régimen disciplinario del funcionariado, pueden traducirse en una sanción penal. El esfuerzo interpretativo de esta Sala no se ve precisamente aliviado cuando el mandato imperativo ínsito en la norma penal se construye con un agobiante casuismo que, por querer abarcarlo todo, entorpece la definición de los límites del tipo. Y ya no se trata solo de las dificultades asociadas a la necesidad de deslindar la infracción administrativa frente a la sanción penal, sino de los problemas de concurso normativo que de hecho se suscitan con otros preceptos penales que, en una primera lectura, abarcan similar porción de injusto (cfr. art. 428 CP).

En la definición de su bien jurídico, como tantas otras veces, la referencia taxonómica del epígrafe que da vida al capítulo IX del título XIX (De las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función) no es, desde luego, definitiva. Pero sí ofrece algunas de las claves para su exégesis. El bien jurídico protegido puede entenderse como un conglomerado de valores -la integridad, la rectitud, la imparcialidad en la actuación del funcionario-reconducibles a la objetividad con que la administración pública debe servir a los intereses generales.

No podemos aferrarnos a una interpretación microliteral del art. 439, que lleve a la conclusión de que la realización de actividades prohibidas por un funcionario o la ejecución por su parte de actos abusivos, siempre y en todo caso, tienen alcance penal. En la STS 636/2012, 13 de julio -con cita del ATS 2 junio 2008, referido a un delito de negociaciones prohibidas, en su modalidad de asesoramiento-, decíamos que "...no todo consejo emanado de una autoridad o funcionario público puede reputarse delictivo. Sólo aquel que compromete la imparcialidad, que menoscaba el deber de exclusividad o que provoca una interferencia entre los intereses privados y los de naturaleza pública, puede ser objeto de persecución penal".

En la reciente STS 111/2017, 22 de febrero, recordábamos que: «el art. 439 del Código penal sanciona las conductas de los funcionarios públicos que infringen el deber para con la función pública utilizando esa función para obtener unos fines distintos a los que informa la actuación de la administración, incumpliendo el deber de abstención que pesa sobre el funcionario cuando se producen la colisión de deberes. A su través se trata de obtener un fruto, directo o indirecto, de un beneficio económico, o de otro tipo (STS 965/98, de 17 de julio) el delito se vertebra sobre el deber de abstención del funcionario quien ostenta un interés en la causa sustrayéndose al deber de imparcialidad que debe guiar su conducta (TS 696/2013 de 26 de septiembre).

El bien jurídico radica en la protección del deber de probidad y de imparcialidad de la función pública, así como el patrimonio público, que se ven afectados cuando el funcionario público se incumple ilícitamente su obligación, es pues de un interés

propio que lesiona el deber de imparcialidad, sirviendo con objetividad intereses generales, y el particular derivado del particular interés que persigue por sus relaciones con el objeto de su actuación».

En la STS 60/2017, 7 de febrero, señalábamos que "para apreciar la concurrencia de este delito es necesario el despliegue de una conducta nuclear integrada por: a) forzar, como equivalente a presionar o influir intensa y vigorosamente; b) facilitarse, cómo hacer posible o proporcionarse la participación en el contrato, asunto, operación o actividad de que se trate". Añadíamos en esta misma sentencia que el "delito de gestión interesada" está integrado por los siguientes requisitos: a) el sujeto activo ha de ser una autoridad o funcionario que interviene por razón de su cargo en un contrato u operación; b) que el sujeto abusando o aprovechándose de las funciones públicas que ejerce, tome interés en dicho contrato, que casualmente tendrá naturaleza económica (aunque puede referirse a cualquier otra compensación privada), y en el cual se inmiscuye él para obtener un beneficio; c) que el dolo consista en la voluntad concreta de asumir a la vez su intervención como cargo público y como interesado en la operación, no siendo necesario que haya engaño o lucro, por tratarse de un delito de mera actividad".

Y en la STS 613/2016, 8 de julio, puntualizábamos que: "el delito del art. 439, (...) no es una norma penal en blanco; no es un precepto vicario de una regulación administrativa. No exige identificar previamente una norma administrativa que imponga de forma precisa el deber de abstención. El núcleo del precepto está en el verbo aprovecharse. Habrá actuación reprobable penalmente si el funcionario se aprovecha de su condición para beneficiar a una empresa en la que tiene intereses directos o indirectos actuando deliberadamente con la voluntad de poner la función al servicio de esos intereses personales. Por eso puede existir infracción del deber de abstención, incluso palmaria, sin que exista delito del art. 439 CP cuando se constate que no ha existido ese aprovechamiento; y, de modo inverso, puede surgir el delito en situaciones en que podría discutirse si las relaciones del funcionario encajaban o no estrictamente en algunas de las causas de abstención, pero en las que ha concurrido ese aprovechamiento del cargo".

A partir de esta configuración, existen numerosos precedentes de esta Sala en los que hemos tratado de deslindar lo que, en una primera aproximación, no se ofrece con la suficiente nitidez. En nuestra STS 636/2012, 13 de julio -con cita del ATS 2 junio 2008-, recaída en la causa especial 3/ 20267/2008- advertíamos de la necesidad de un examen particularizado de esos precedentes. Hemos considerado autor del tipo previsto en el art. 441 del CP a un aparejador municipal que trabajaba para promotoras en el mismo término municipal, llegando incluso a atender en el ayuntamiento visitas relacionadas con su actividad profesional privada (STS 867/2003, 22 de septiembre). También hemos aplicado este precepto a funcionarios que, desempeñando puestos de dirección en la administración autonómica, emitieron informes sobre la viabilidad de proyectos redactados por ellos mismos o por empresas de las que formaban parte (STS 92/1999, 1 de febrero). El mismo precepto fue invocado para condenar a un concejal, titular de una empresa dedicada al movimiento de tierras, por asumir la ejecución de obras contratadas por el propio Ayuntamiento en el que desempeñaba sus funciones corporativas (STS 372/1998, 9 de diciembre). La STS 1318/2004, 15 de noviembre declaró la inexistencia de este delito respecto de autoridades municipales que habían comprado acciones de una sociedad promotora de turismo rural, estimando que no se trataba del desempeño de ninguna profesión y por tanto, no concurrían los elementos del tipo. En línea similar, la STS 2125/2002, 7 de enero, concluyó la inexistencia del delito del art. 441 respecto de un concejal que, en su condición de trabajador agrícola, había realizado el trabajo de limpieza de caminos rurales del mismo municipio en el que ejercía como representante municipal. Razonábamos entonces que la conducta del acusado "...a pesar de su incompatibilidad por ser concejal del Ayuntamiento, podría ser reprochable en el ámbito administrativo, pero no en el penal".

Es, por tanto, desde esta perspectiva como debemos concluir la subsunción de los hechos declarados probados en el delito previsto en el art. 439 del CP.

La conducta del agente XXX que la Audiencia Provincial da por acreditada, representa algo más que una mera coexistencia de funciones susceptibles de obtener la declaración de compatibilidad. En suma, la conducta del acusado fue una conducta impropia de un agente de la Guardia Civil, incompatible con el deber de objetividad que le impone su estatuto profesional. Desarrolló así una actividad prohibida, en la medida en que subordinó las decisiones que debían inspirar una verdadera política de seguridad vial al interés de su esposa y de la empresa familiar que aquélla regentaba. Y lo hizo dictando una expresa orden a sus subordinados, en el ejercicio de las potestades inherentes a su función, que incluía la mención a las hipotéticas explicaciones de un superior jerárquico que nunca se produjeron.

En el espacio funcional en el que se desarrollaba su actividad como agente de la Guardia Civil convergían dos intereses de imposible armonización. De una parte, lo que la sociedad espera de los encargados de asegurar el tráfico vial, que incluye entre sus objetivos que el transporte por carretera de los vehículos del gran tonelaje se desarrolle, no ya conforme a las autorizaciones legalmente previstas -dato decisivo-, sino en un marco férreo de inspección que impida la relajación de esas exigencias y la puesta en peligro de otros conductores. De otra parte, el interés personal -de más que previsible signo lucrativo- a la hora de sustraer los camiones propiedad de su esposa, titular de una empresa de transportes, a esos controles. Es difícil imaginar una colisión de intereses, una actividad prohibida y un abuso de poder tan evidentes como el que refleja el hecho probado.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 92/2020

Fecha de sentencia: 04/03/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2573/2018

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

TEMA

Atenuante de dilaciones indebidas: elementos constitutivos.

ASPECTOS EXAMINADOS

- La atenuante de dilaciones indebidas durante muchos años estuvo amparada en la analogía del antiguo art. 21. 6º CP. A partir de diciembre de 2010 cuenta con una tipificación penal expresa. El actual número 6 del art. 21, dentro del catálogo de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal define como tal la dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa.

La exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/2010 sitúa la conveniencia de otorgar carta de naturaleza legal a la nueva atenuante en la necesidad de dar cobertura normativa a una práctica judicial extendida. La atenuante es de creación jurisprudencial. Sus perfiles fueron modificándose a impulsos de los pronunciamientos de esta Sala Segunda. desde 2010 contamos ya con unos requisitos legales que, en líneas generales, se ajustan a lo establecido por esa jurisprudencia anterior que la exposición de motivos proclama querer respetar. Es por tanto irrelevante la cuestión de determinar si hemos de aplicar la norma vigente en el momento de los hechos (2008) o la vigente cuando se han producido las dilaciones. Son parificables ambas situaciones.

A tenor de la literalidad de la actual norma la atenuante exigirá la concurrencia de una serie de requisitos o elementos constitutivos: a) que tenga lugar una dilación indebida y extraordinaria; b) que ocurra durante la tramitación del procedimiento; c) que esa demora o retraso injustificado no sea atribuible al imputado y d) que la dilación no guarde proporción con la complejidad del litigio.

Junto a ello, constituyendo el fundamento de la atenuante la compensación del daño causado por la dilación con una disminución de la pena es requisito inmanente de la atenuante que aquél que reclama su aplicación no haya sido beneficiario de esas dilaciones, más allá de que no le sean imputables. O, dicho desde el reverso, que le hayan acarreado perjuicios. El perjuicio, en principio, ha de presumirse: el sometimiento a un proceso penal, la incertidumbre de su resultado, la sujeción a posibles medidas cautelares (obligación apud acta) ... suponen unas molestias o padecimientos que se acrecientan si el proceso se prolonga indebidamente. Dicho de otra manera: puede presumirse que las dilaciones en el enjuiciamiento perjudican al posteriormente condenado (mucho más, desde luego, al que finalmente es absuelto, podría apostillarse); y que ese perjuicio merece una compensación que viene de la mano de la atenuante (lo que no impide otras fórmulas mediante instituciones como la abonabilidad de las medidas cautelares: arts. 58 y 59 del Código Penal: STS 440/2012, de 25 de mayo). Ahora bien, ese perjuicio en atención a las circunstancias concretas de cada supuesto es ponderable para determinar, entre otras cosas, la eficacia que debe conferirse a la atenuante. No es ésta solo una cuestión de medición temporal; también debemos examinar cuánto de penosidad puede achacarse a esos siempre indeseables retrasos. No olvidemos el fundamento de la atenuante: compensación a lo que se evalúa como una pena natural.

Ha habido en este supuesto premiosidad y lentitud en la tramitación. Y dos paralizaciones significadas.

No obstante, los retrasos padecidos por la causa hasta la sentencia no son suficientes para la cualificación de la atenuante. Es demasiado tiempo para una causa de investigación no especialmente compleja, pero no puede hablarse de dilaciones especialmente desmesuradas, sino tan solo extraordinarias. Son acogibles los argumentos de la sentencia. Y, además, no se produjo en ningún momento queja o protesta o petición encaminada a la agilización, sino más bien un silencio que hace pensar en una eventual complacencia con esa premiosidad.

A ese periodo, no podemos sumar las demoras sobrevenidas en casación, fase abierta solo a instancia del recurrente que, pese a deber ser consciente de la escasa viabilidad del único motivo formulado, no dudó en activar el mecanismo impugnatorio concededor de que se incrementaría el tiempo para alcanzar la respuesta definitiva. Esa conducta procesal nos permite inferir que el perjuicio anudado a los retrasos es relativo, al menos en las sensaciones del recurrente.

Es muy discutible en todo caso, si los retrasos originados por la tramitación del recurso podrían operar a estos efectos. Hay razones materiales de fondo para computar los retrasos posteriores a la sentencia a la hora de sopesar la apreciación de la

atenuante. Pero también hay buenas razones procesales, legales y constitucionales que podrían erigirse en un óbice para su valoración a estos efectos.

Se han admitido los retrasos posteriores al juicio (dictado tardío de la sentencia) y aún los producidos en fase de recurso antes del trámite para alegaciones (de forma implícita y no expresa, y con dudas).

¿Son esas fases periodos de tramitación de la causa a los efectos del art. 21.6 CP? El interrogante queda abierto. Está claro que esta Sala Segunda, manejándose tanto con la atenuante analógica anterior a 2010 como con la típica (art. 21.6 CP) no ha encontrado objeción infranqueable para dotar de eficacia atenuatoria a unas dilaciones producidas después del juicio oral e incluso después de la sentencia. (SSTS 204/2004, de 23 de febrero, 325/2004, de 11 de marzo, 836/2012, de 19 de octubre ó 610/2013, de 15 de julio; aunque no falta alguna opinión discrepante como el voto particular de la STS 932/2008, de 10 de diciembre.

Pero está claro que en este caso esa mayor lejanía temporal de la decisión final es primordialmente achacable al acusado que con su actitud procesal muestra una cierta anuencia o tolerancia con la postergación del momento de la respuesta. Eso decanta definitivamente por no dar mayor relevancia a la atenuación en virtud de una dilación provocada.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 97/2020

Fecha de sentencia: 05/03/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10492/2019 P

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

TEMA

Acusación particular: personación tardía o preclusión de un trámite que no ha sido sancionado con la exclusión de la víctima de ese procedimiento.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Cuando la defensa se queja de una personación tardía o de la preclusión de un trámite que no ha sido sancionado con la exclusión de la víctima de ese procedimiento, olvida que, de lo que se trata en estos supuestos es de encontrar un adecuado punto de equilibrio entre la vigencia del principio de preclusión como criterio ordenador del procedimiento y la necesidad de dispensar una protección reforzada a la víctima del delito.

La STS 385/2015, 25 de junio recuerda que «...esta Sala -STS. 459/2005- viene manteniendo que la interpretación de los requisitos consignados en el artículo 110 LECrim, han de efectuarse por el órgano judicial en la forma que sea más favorable a la efectividad del derecho consagrado en el artículo 24.1 C. E y como han recordado las sentencias de esta Sala 170/2005 de 18.2, 1140/2005 de 3.10, 271/2010 de 30.3, la regulación del modo y manera en que las víctimas pueden personarse en el procedimiento ha sido modificado por LO. 38/2002 de 24.10 y 13/2009 de 3.11, así como el antiguo artículo 783 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se remitía a los artículos 109 y 110 del mismo texto legal, lo que llevaba a la interpretación de que su personación sólo se podía realizar antes del trámite de calificación. Esta interpretación, excesivamente rigurosa, no encaja con el principio de igualdad de armas, tanto de la acusación como la defensa, el vigente art. 785.5 LECrim, soluciona el problema, ajustándose más a la previsión constitucional y exigiendo que, en todo caso, aunque la víctima no sea parte en el proceso deberá ser informada por escrito de la fecha y lugar de la celebración del juicio. Con la actual regulación quedan sin efecto las previsiones del artículo 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sin retroceder en el procedimiento, que no puede paralizarse ni interrumpirse por dejación del ejercicio de derechos por la víctima, no hay obstáculo para que si comparece en el juicio oral, acompañado de su abogado, se permita su personación "apud acta" incorporándose al juicio con plenitud de derechos y con posibilidad de presentar conclusiones, si las lleva preparadas, adherirse a las del Ministerio Fiscal o a las de otras acusaciones y cumplir el trámite de conclusiones definitivas. En todos estos casos sin perjudicar el derecho de defensa con acusaciones sorpresivas o que se aparten del contenido estricto del proceso. En todo caso, la defensa podrá solicitar el aplazamiento de la sesión previsto en el artículo 788.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuya aplicación se hará por analogía cuando las conclusiones se presenten al principio de las sesiones y no sean homogéneas con las del resto de las acusaciones».

La reforma introducida por la LO 4/2015, 27 de abril, que ha introducido el art. 109 bis, parece reforzar un entendimiento preclusivo de la capacidad de la acusación particular para mostrarse parte y ejercer la acción penal. Sin embargo, el

entendimiento jurisprudencial de ese enunciado -en línea con lo que ya proclamaba el art. 110 de la LECrim- no puede desligarse de la necesidad de un análisis de cada caso concreto y, sobre todo, de la existencia o no de indefensión.

Hemos dicho en otros precedentes, en relación con una personación tardía de la acusación particular, que la solución de la Audiencia Provincial, favorable a permitir esa presencia, aun con limitaciones, «...puede considerarse acorde con una adecuada ponderación de los derechos e intereses en juego. Ninguna limitación supuso para el derecho de defensa del recurrente, pese a que en su impugnación lamenta que esa personación “...iba a permitir a la acusación particular formular preguntas durante el plenario, algo totalmente sorpresivo y para lo que esta parte no estaba preavisada”. El derecho a ser informado de la acusación no está relacionado con un conocimiento anticipado -ni siquiera, intuitivo- de las preguntas que puedan ser formuladas por cualquiera de las acusaciones. Es el hecho el que integra el objeto del proceso y éste, tal y como había sido formalizado en el escrito de acusación del Fiscal estaba lo suficientemente definido como para eliminar cualquier atisbo de indefensión. (...) Con independencia de lo anterior, conviene tener presente que la jurisprudencia constitucional ha llegado a relativizar el significado del principio preclusivo que encierra el art. 110 de la LECrim, llegando a admitir la personación, aun después del juicio oral, con el exclusivo objeto de permitir a la acusación no personada en forma la formulación de un recurso de apelación (cfr. STC 66/1992, 29 de abril). La doctrina que inspira este pronunciamiento del Tribunal Constitucional, si bien referida a un juicio de faltas que posteriormente se transforma en un procedimiento por delito, suministra una clave interpretativa de singular valor para resolver el supuesto de hecho que nos ocupa» (cfr. STS 883/2009, 10 de septiembre). En la misma dirección se pronuncian las SSTS 210/2010, 30 de marzo y 724/2015, 17 de noviembre.

No ha existido la infracción formal denunciada, ni la vulneración del derecho a la igualdad o a un proceso con todas las garantías.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 98/2020

Fecha de sentencia: 05/03/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10372/2019 P

Ponente: Excm. Sra. D. ^a Ana María Ferrer García.

TEMA

Delito de maltrato habitual. Declaración de la víctima: retraso en la presentación de la denuncia. Delito de agresión sexual: continuidad delictiva en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Drogadicción: efectos.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Violencia habitual. Declaración de la víctima. Violación ocurrida 15 días antes y no denunciada en su momento. El tribunal de apelación descartó igualmente la falta de persistencia exteriorizada a través de graves contradicciones, que no puede confundirse con el hecho de que, en el acto del plenario, por efecto del interrogatorio contradictorio que en el mismo se desarrolla, se alcancen mayores niveles de concreción, que el recurso admite como obtenidos. Y del mismo modo descartó un ánimo espurio, que no puede considerarse inherente a la condición de víctima. El deseo de justicia derivado del sufrimiento generado por el propio hecho delictivo no es por sí solo sugerente de motivación espuria capaz de viciar la declaración de la víctima, y ningún otro propósito se ha apreciado en este caso. Respaldó el Tribunal de apelación, la idoneidad y suficiencia como prueba de cargo de la declaración de la víctima en general, y en concreto respecto a los dos incidentes sobre los que el recurso proyecta su queja. Y así, descartó que el mero retraso en denunciar pudiera interpretarse como elemento distorsionador. Apreciación que obtiene pleno sustento cuando se trata de víctimas que se encuentran sometidas a un ambiente de opresión generado por la violencia de todo tipo, soterrada en ocasiones y explícita en otras, que dibuja el marco de convivencia conyugal y familiar con el agresor. Y ese es el ambiente que perfila nitidamente el relato de hechos probados, y que el recurso ni siquiera cuestiona. No puede considerarse anómalo ni sospechoso de mendacidad el que, una vez la víctima vence sus temores y se anima a denunciar, vuelque en su exposición todos los incidentes que su memoria ha sido capaz de retener. Especialmente los que alcanzan sustantividad propia, como en este caso, el ser compelida a mantener una relación sexual no deseada y finalmente impuesta, o el verse obligada a acudir a su puesto de trabajo en demanda de un anticipo de sueldo, aun cuando no se puedan

ubicar exactamente en el tiempo. Es significativo que la denuncia se materializara precisamente en el momento en el que el acusado amplió el abanico de víctimas más allá de su estricto núcleo de convivencia, golpeando al padre y hermano de su esposa, una vez ésta, junto con sus hijas, intentó ponerse a salvo del acusado resguardándose en el domicilio de sus progenitores. Toxicomanía: La sentencia recurrida, en línea con la pericial practicada, reconoce la adicción a las drogas del acusado, y la afectación de sus facultades volitivas, lo que podría tener su incidencia, con arreglo a la jurisprudencia de esta Sala, en relación con los comportamientos directamente encaminados a adquirir sustancias con las que saciar sus hábitos tóxicos. Ahora bien, no con relación a los episodios que han sustentado su condena, que no son reflejo de un actuar compulsivo encaminado a obtener medios con el que sufragar la adicción, sino propios del escenario de dominación violenta que conscientemente impuso, y que se concretó en las violaciones, agresiones físicas y coacciones por las que viene condenado.

- No se aplica la continuidad delictiva: El delito continuado nace de una pluralidad de acciones que individualmente contempladas son susceptibles de ser calificadas como delitos independientes y que desde una perspectiva de su antijuricidad material se presentan como una infracción unitaria.

La jurisprudencia ha exigido para su aplicación un requisito fáctico consistente en una pluralidad de acciones u omisiones, de hechos típicos diferenciados que no precisan ser singularizados ni identificados en su exacta dimensión. Es precisamente esta pluralidad dentro de la unidad final, lo que distingue al delito continuado del concurso ideal de delitos.

También requiere una cierta conexión temporal, para cuya determinación no pueden fijarse estándares fijos, si bien quedarán excluidos aquellos casos en que un lapso temporal rompa la perspectiva unitaria.

Es necesario que el autor realice las acciones en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión. Lo primero hace referencia al dolo conjunto o unitario, que debe apreciarse en el sujeto al iniciarse las diversas acciones. Se trata de una especie de culpabilidad homogénea, una trama preparada con carácter previo, programada para la realización de varios actos muy parecidos. Lo segundo no requiere que la intencionalidad plural de delinquir surja previamente, sino cuando el dolo se produce ante una situación semejante a la anterior que aprovecha al agente en su repetición delictiva.

De otro lado, se requiere una cierta homogeneidad en las diversas acciones, utilizando métodos, medios o técnicas de carácter análogo o parecido. Y también una homogeneidad normativa, de manera que los preceptos penales conculcados sean iguales o semejantes, tengan como substrato la misma norma y que ésta tutele el mismo bien jurídico.

La aplicación de la continuidad delictiva en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales exige, en todo caso, que se trate de ataques al mismo sujeto pasivo; que se ejecuten en el marco único de una relación sexual, de una cierta duración, mantenida en el tiempo y que obedezcan a un dolo único o unidad de propósito o al aprovechamiento de similares ocasiones por parte del sujeto activo (entre otras STS 675/2016 de 22 de julio y las que en ella se citan).

En general la doctrina de esta casa explicaba la STS 409/2019 de 19 de septiembre (con cita de otras resoluciones), ha rechazado la aplicación de la continuidad delictiva en agresiones sexuales perfectamente delimitadas en el tiempo, si bien ha admitido la aplicación de esta figura en supuestos de reiteración de los actos agresivos realizados sobre la misma persona, que habitualmente comienzan cuando es menor de edad, y se desarrollan durante un periodo de tiempo más o menos extenso. Casos caracterizados por la existencia de un mismo sistema de intimidación combinado con situaciones de prevalimiento o de abuso de superioridad, con los que el autor consigue el dominio de la voluntad de la víctima para proseguir durante todo el periodo de ejecución con su conducta delictiva. En definitiva, situaciones en las que no es fácil individualizar suficientemente cada acometimiento, y obedecen a un dolo único o unidad de propósito, o al aprovechamiento de similares ocasiones por parte del mismo sujeto activo.

No es esa la situación a la que ahora nos enfrentamos. En el presente caso, por más que las dos violaciones que se describen en el factum tengan lugar en un contexto de violenta dominación impuesto por el acusado en su relación familiar y de pareja, emergen con individualidad propia. Desde un punto de vista ontológico existe una fractura temporal de 15 días entre ellas, que permite hablar de dos unidades de acción sustancialmente escindibles en el devenir de su ejecución, cada una de las cuales se desarrolla en diferentes escenarios, y con el empleo de distintos métodos para vencer la voluntad contraria de la víctima. En definitiva, en condiciones que excluyen el dolo unitario, o con el aprovechamiento de idéntica o similar situación que la continuidad delictiva requiere.

- Drogadicción: efectos. Es doctrina reiterada de esta Sala (120/2014 de 26 de febrero; 856/2014 de 26 de diciembre; 866/2015 de 30 de diciembre; 133/2016 de 24 de febrero o 133/2017 de 4 de marzo, entre otras) que el consumo de sustancias estupefacientes, aunque sea habitual, no permite por sí solo la aplicación de una atenuación. No se puede, pues, acceder a la modificación de la responsabilidad criminal por el simple hábito de consumo de drogas, ni basta con ser drogadicto en una u otra escala, de uno u otro orden, para que proceda la aplicación de circunstancias atenuantes, porque la exclusión total o parcial o la simple atenuación de la responsabilidad de los toxicómanos ha de resolverse en función de la imputabilidad, o sea, de la evidencia de la repercusión de la droga en las facultades intelectivas y volitivas del sujeto.

La aplicación con base en una toxicomanía de la eximente completa del artículo 20.1 CP solo será posible cuando se haya acreditado que el sujeto padece una anomalía o alteración psíquica que le impida comprender la ilicitud de su conducta o

actuar conforme a esa comprensión, lo que reconduce a supuestos excepcionales, en los que se constata un consumo muy prolongado y muy intenso de sustancias que hayan producido graves efectos en el psiquismo del agente. Por su parte, en el artículo 20.2 CP se contemplan los supuestos en los que esos efectos anulatorios de las funciones cognoscitivas y volitivas del sujeto se producen en el momento del hecho como consecuencia de una intoxicación plena por consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, o bien por encontrarse el sujeto bajo un síndrome de abstinencia severo a causa de su dependencia de tales sustancias.

Cuando los efectos de la anomalía, de la intoxicación o del síndrome de abstinencia debidos al consumo de drogas, aun siendo profundos, no sean totales, será de aplicación la eximente incompleta del artículo 21.1 CP. Esta Sala ha admitido que la adicción, cuando es prolongada en el tiempo e intensa, o reciente pero muy intensa, a sustancias que causan graves efectos, provoca una disminución profunda de la capacidad del sujeto, aun cuando generalmente no la anule. Así, por ejemplo, se ha apreciado en ocasiones la concurrencia de una eximente incompleta en una situación de larga dependencia de drogas acompañada de fenómenos patológicos somáticos que suelen ir unidos a aquella (hepatitis, SIDA). Por entender en estos casos producida una considerable modificación de la personalidad en cuanto orientada a la consecución de medios para proveerse la droga, que, sumada a la seria disminución de la capacidad para lograrlos mediante un trabajo normalmente remunerado, afecta de una manera especial la capacidad de comportarse de acuerdo con la comprensión de la ilicitud (STS 403/1997 de 26 de marzo). O cuando la drogodependencia grave se asocia a otras causas deficitarias del psiquismo del agente, como pueden ser oligofrenias, psicopatías y trastornos de la personalidad, o bien cuando se constata que en el acto enjuiciado incide una situación próxima al síndrome de abstinencia, momento en el que la compulsión hacia los comportamientos destinados a la consecución de la droga se hace más intensa, disminuyendo profundamente la capacidad del agente para determinar su voluntad. Si bien, en estos últimos casos solo deberá apreciarse en relación con aquellos delitos relacionados con la obtención de medios orientados a la adquisición de drogas (STS 685/2008 de 4 de noviembre).

Por su parte, la circunstancia del artículo 21.2 CP es una atenuante funcional, es decir aplicable solo cuando el acusado ha actuado "a causa" de su grave adicción, condicionado o acuciado por ella para obtener la sustancia que necesita imperativamente. Para que se pueda apreciar la atenuante, la drogadicción debe incidir como un elemento desencadenante del delito, de tal manera que el sujeto activo actúe impulsado por la dependencia de los hábitos de consumo y cometa el hecho, bien para procurarse dinero suficiente para satisfacer sus necesidades de ingestión, como sucede en delitos menores contra el patrimonio, o bien trafique con drogas a pequeña escala con objeto de alcanzar posibilidades de consumo a corto plazo y al mismo tiempo conseguir beneficios económicos que le permitan seguir con sus costumbres e inclinaciones. Esta compulsión es la que merece la atención del legislador y de los tribunales, valorando minuciosamente las circunstancias concurrentes en el autor y en el hecho punible.

El consumo de sustancias estupefacientes, aunque sea habitual, no permite por sí solo la aplicación de una atenuación. El simple hábito de consumo de drogas no modifica la responsabilidad criminal, ni basta con ser drogadicto en una u otra escala, de uno u otro orden para pretender la aplicación de circunstancias atenuantes. Los supuestos de adicción a las drogas que puedan ser calificados como menos graves o leves, no constituyen atenuación ya que la adicción grave es el supuesto límite para la atenuación de la pena por la dependencia a las drogas, como se deduce de la expresión literal de la propia norma legal.

En este caso, tanto la sentencia de instancia como la dictada por el Tribunal de apelación admitieron como probado no solo el consumo de tóxicos, sino también la afectación a las facultades volitivas del acusado. Y así afirmaron que en las fechas en las que ocurrieron los hechos, el acusado presentaba una adicción a la cocaína que afectaba a su capacidad volitiva, aunque no a la cognoscitiva. Y también que sometió a su mujer a continuos episodios de violencia con exigencias de dinero para poder comprar la sustancia que consumía, amedrentándola con hacerle daño a las niñas, no dejarlas salir y matarlas a todos. Si bien, ambas resoluciones descartaron que la afectación de facultades abarcara también a las de conocer y querer el alcance de sus actos. Por ello concluyeron que el acusado en todo momento actuó conscientemente. Conclusión esta que sustentaron en la documental incorporada a la causa, especialmente en el informe pericial obrante al folio 269 de las actuaciones, y en la ratificación que del mismo efectuaron en el acto del juicio oral los forenses que lo emitieron.

Al respecto explicó el Tribunal de apelación «debe añadirse, finalmente, que el informe pericial forense que obra a los folios 269 y siguientes de la causa revela que no es posible acreditar que en el momento en que tuvieron lugar los hechos enjuiciados existiera un consumo agudo de alcohol o cocaína sin que la asistencia médica prestada en aquel momento diera cuenta de alteraciones psicopatológicas graves; se concluye el informe con la opinión de que la agresividad que muestra el acusado obedece a una descarga agresiva por problemas derivados de la adicción pero con el juicio de la realidad perfectamente conservado y sin que pueda descartarse, la posible afectación de la capacidad volitiva...».

... La sentencia recurrida, en línea con la pericial practicada, reconoce la adicción a las drogas del acusado, y la afectación de sus facultades volitivas, lo que podría tener su incidencia, con arreglo a los cánones expuestos, en relación con los comportamientos directamente encaminados a adquirir sustancias con las que saciar sus hábitos tóxicos. Ahora bien, no en relación a los episodios que han sustentado su condena, que no son reflejo de un actuar compulsivo encaminado a obtener

medios con el que sufragar la adicción, sino propios del escenario de dominación violenta que conscientemente impuso, y que se concretó en las violaciones, agresiones físicas y coacciones por las que viene condenado.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 690/2019

Fecha de sentencia: 11/03/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1807/2018

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

TEMA

Delito de Lesiones: Contagio de enfermedad de transmisión sexual. Transmisión del VIH en supuestos en los que el infectado conocía la enfermedad de su pareja y aceptó mantener relaciones sexuales en forma que entrañaba un riesgo de contagios. Principio in dubio pro reo.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Diferencia entre autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro. Transmisión del VIH en supuestos en los que el infectado conocía la enfermedad de su pareja y aceptó mantener relaciones sexuales en forma que entrañaba un riesgo de contagio. La STS analiza la evolución legislativa del delito de lesiones por propagación o infección de una enfermedad, analizando los elementos del tipo actual. Para ello distingue entre lo que es la autopuesta en peligro de la heteropuesta en peligro, circunstancias que excluirían la punibilidad. Entra a examinar la heteropuesta y el art. 155 que permitiría la punición de la lesión con menos pena si hay consentimiento de la víctima. En este caso la clave es el consentimiento de la víctima, y siguiendo fielmente al relato de hechos probados concluye que no concurre un supuesto de heteropuesta en peligro, porque no consta acreditado que la mujer conociera la enfermedad de su pareja y por tanto no hubo consentimiento libre y claro. Aunque tal conclusión llevaría, por tanto, a la condena del hecho, la Sala afirma que la fundamentación jurídica de instancia estable claramente la aplicación del in dubio pro reo, y aunque no queda acreditado con igual certeza que una acusación las dudas del tribunal, la flexibilización que la Sala lleva haciendo de este principio permite afirmar una duda razonable que excluye la antijuricidad del hecho. En definitiva, la Instancia no se cree a la víctima y por eso absuelve, aunque no motiva con gran fundamento la falta de credibilidad de esta.
- Más allá de la valoración ética que, en orden a la libertad de decisión, pueda merecer que quien conoce sufrir una enfermedad sexual oculte su existencia a quienes mantienen prácticas sexuales con él, la consideración penal de esta realidad se aborda por el legislador a partir del derecho a la salud, contemplando el bien jurídico desde su significación más concreta de ausencia de afección o enfermedad en una población o individuo. Una actividad sexual sin adoptar la profilaxis sanitaria precisa cuando es requerida, no solo puede comportar la propagación de patógenos bacterianos, víricos o parasitarios transmisibles por vía sexual, con consecuencias leves o transitorias para la salud humana en muchas ocasiones, sino que puede desembocar en graves resultados a largo plazo, incluso de tipo permanente, como infertilidad, enfermedades crónicas, carcinomas o muerte prematura, además de graves patologías vertebrales en el feto o en el recién nacido. En todo caso, la contemplación que ha realizado nuestro legislador respecto de la salud como un derecho merecedor de específica protección penal, en lo que a los contagios por enfermedad de transmisión sexual se refiere, ha pasado prioritariamente por la exigencia de que las conductas de riesgo produzcan un resultado. De este modo, el bien jurídico se ha configurado como de naturaleza personal, descartándose la tipificación de estas conductas como delitos que atenten contra la salud colectiva, esto es, como delitos de peligro potencial en atención al riesgo de expansión de la infección o de la enfermedad, de los que podría llegar a ser también responsable la persona sana que tuviera relaciones de riesgo con un individuo que se supiera enfermo. La previsión específica de considerar delito la propagación de enfermedades fue excluida del Código Penal de 1995 que, desde su redacción inicial, no contempla ningún tipo penal de puesta en peligro de la salud pública a través del contagio, por lo que la incriminación de conductas que supongan la transmisión de enfermedades o deterioros de salud permanentes, entre ellos la propia transmisión del síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA), ha de ubicarse en la tipificación de las lesiones de los artículos 147 y ss del Código Penal, dado que el tipo básico del delito de lesiones corporales admite cualquier medio o procedimiento en orden a causar una lesión que menoscabe la integridad corporal o la salud física o mental de una

persona, integrándose por ello en la conducta típica el contagio o la transmisión, dolosa o culposa, de una enfermedad o dolencia a otra persona, sea cual fuere su naturaleza.

Respecto de la causación culposa de este tipo de menoscabos en la salud de la víctima, la sentencia de esta Sala 528/2011, de 6 de junio, en un caso de contagio de SIDA, tras describir la realización de numerosos coitos sabedor el acusado de que padecía la contagiosa infección, declaró que es indudable que la utilización de preservativos, como los propios médicos habían prescrito, no solo eliminaba la presencia de un dolo directo, sino que aleja la posibilidad de apreciar el dolo eventual pues, cualquiera que fuere el criterio doctrinal que al respecto se asumiera, lo cierto es que quedaba excluida tanto la hipótesis de una representación próxima de la causación del resultado directamente no querido, como la de la aceptación del mismo como consecuencia de la acción llevada a cabo, al igual que podría decirse respecto de la asunción de las consecuencias del riesgo generado.

No obstante, la resolución consideró que no acaecía lo mismo en relación con la calificación del comportamiento como imprudente, que había de ser considerado además como grave a los efectos de incluirlo en las previsiones del artículo 152.1 2.º del Código Penal, por la importancia del riesgo ocasionado y por la entidad del resultado potencial derivado del mismo (el contagio del SIDA). Esta calificación culposa puso el acento en el hecho de que, utilizándose o no preservativos en las relaciones sexuales por parte de quien era portador del virus (VIH), contagió a su pareja por no utilizarlos con la eficacia debida, sin olvidar un elemento que debe considerarse esencial a los efectos de la calificación jurídica de este tipo de conductas de contagio, que es la previa información a la pareja de que estaba infectado por el VIH, por entender: a) Que el derecho a la intimidad del enfermo encuentra su límite en el derecho a la vida y a la salud del semejante y b) Que la existencia o no de esa previa información resulta crucial, pues de no advertirse a la pareja que se es portador del virus, el transmisor se coloca en posición del dominio del hecho que sustenta la autoría en un delito de lesiones, dado que el sujeto pasivo aceptaría mantener unas relaciones sexuales de manera distinta a como lo habría hecho de conocer que las abordaba con una persona infectada.

3. Por el contrario, la Sentencia 1218/2011, de 8 de noviembre, destacaba que el acusado tuvo con su víctima relaciones sexuales sin preservativo en dos ocasiones y, para seguir manteniendo relaciones, omitió informarle que era portador de una enfermedad transmisible con ese tipo de relaciones, produciéndose el contagio con conciencia por parte del sujeto activo del alto grado de probabilidad de que realmente sobreviniera, lo que, trascendiendo el campo de la culpa consciente, caracteriza al dolo eventual desde el prisma de la doctrina de la representación del resultado, seguido por nuestra jurisprudencia a partir de la sentencia de 23 de abril de 1992 (conocida como "caso de la colza"), en la que se afirmó que "si el autor conocía el peligro concreto jurídicamente desaprobado y si, no obstante ello, obró en la forma en que lo hizo, su decisión equivale a la ratificación del resultado que -con diversas intensidades- ha exigido la jurisprudencia para la configuración del dolo eventual. En la doctrina se ha demostrado convincentemente en los últimos tiempos que, a pesar de declaraciones programáticas que parecen acentuar las exigencias de la teoría del consentimiento, el Tribunal Supremo desde hace tiempo, se acerca en sus pronunciamientos, de manera cada vez más notable, a las consecuencias de la teoría de la probabilidad. Ello no puede llamar la atención, pues esta evolución también se percibe en la teoría del dolo eventual". Añade dicha sentencia que "la jurisprudencia de esta Sala, sin embargo, permite admitir la existencia del dolo cuando el autor somete a la víctima a situaciones peligrosas que no tiene la seguridad de controlar, aunque no persiga el resultado típico. El dolo eventual, por lo tanto, no se excluye simplemente por la esperanza de que no se producirá el resultado o porque éste no haya sido deseado por el autor".

La singularidad que introduce el presente recurso es sustentar que aunque la recurrente supiera que el acusado era portador del VIH, y por más que aceptara mantener relaciones sexuales con él sin ningún tipo de profilaxis, la transmisión de la enfermedad es merecedora de reproche penal, en la medida en que el artículo 155 del Código Penal establece que «En los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados», salvo, claro está, en aquellos supuestos en los que el consentimiento venga otorgado por un menor de edad o una persona con discapacidad y necesitada de especial protección, en cuyo caso, que aquí no acontece, el consentimiento sería nulo y carecería de efecto.

En el desarrollo de este alegato, el recurso parte de la concurrencia del presupuesto de imputación objetiva correspondiente al tipo penal de lesiones.

De este modo, la cuestión que se suscita es la respuesta penal procedente cuando concurren los requisitos objetivos del tipo de lesiones y, o bien la víctima se había colocado a sí misma en la situación de riesgo de la que deriva el resultado previsto por la norma (autopuesta en peligro), o bien asumió la situación de peligro creada por otro (heteropuesta en peligro). Supuestos en los que la respuesta penal se torna compleja respecto de terceros partícipes, dado que la autopuesta en peligro no excluye que un tercero pueda cooperar dolosamente a que la víctima despliegue la conducta de riesgo de la que surgirán sus lesiones, ni faltan tampoco supuestos en los que un tercero despliega el comportamiento de riesgo sobre la víctima con pleno consentimiento de ésta.

Sectores doctrinales sostienen que tanto la cooperación a la autopuesta en peligro, como la heteropuesta en peligro consentida, excluyen la responsabilidad del tercero. Consideran que el resultado lesivo es plenamente atribuible al ámbito de responsabilidad de la víctima, no solo cuando un tercero facilita que aquella se autolesione, sino también cuando la lesión surge de una actividad de riesgo desarrollada por un tercero con el consentimiento de la víctima, siempre que: la actividad se organice con ella; la víctima sea autorresponsable; y el tercero no tenga un especial deber de protección respecto de los bienes de la víctima que resulten afectados.

Sin embargo concurren razones que justifican que en los supuestos de heteropuesta en peligro el tercero pueda ser tratado de manera distinta a los supuestos de autolesión, pues por más que en aquellos la víctima preste su consentimiento a involucrarse en la actividad finalmente lesiva, es evidente que el lesionado no desencadena por sí mismo el proceso de riesgo que tendrá después un desarrollo imprevisible, ni en la mayor parte de las ocasiones podrá evaluar el riesgo en toda su dimensión, ni tampoco controlarlo o cancelarlo después, de modo que el individuo transfiere al tercero toda la capacidad para dominar o desistir de la situación. La persona que accede a viajar como acompañante en un automóvil que va a ser conducido por quien sabe que ha hecho una relevante ingesta de bebidas alcohólicas, ni alcanza el mismo grado de percepción sobre la afectación psicomotriz que tiene el piloto, ni en la mayor parte de las ocasiones puede poner término a la situación de riesgo o llegar a conocer la maniobra arriesgada que el conductor puede adoptar de manera súbita e inopinada, bien por abordar un adelantamiento sin visibilidad o con apurado espacio, bien por no rebajar la velocidad en el momento preciso en el que el conductor aborda una curva más pronunciada.

De este modo, la heteropuesta en peligro consentida es estructuralmente distinta de la autolesión, siendo trascendente determinar en qué casos debe derivar a la punición del tercero causante del daño.

Resulta notorio que el criterio del dominio del hecho puede ser decisivo para una distinción entre la cooperación con una impune autopuesta en peligro (lesión realizada por propia responsabilidad) y la lesión causada por el comportamiento de riesgo de un tercero, pero el canon no puede alzarse como elemento diferencial en todos aquellos supuestos en los que existe un dominio compartido del riesgo entre el tercero y la persona puesta en peligro.

Para esta diferenciación la sentencia de instancia recurre al elemento del consentimiento, lo que no resulta adecuado por eludir que la plenitud de la adhesión exigiría que se proyectara sobre el resultado lesivo que se enjuicia y, aun en ese caso, que el criterio normativo fijado en el artículo 155 del Código Penal atribuye al consentimiento una minoración de la penalidad que reside en el menor desvalor de la acción, pero en modo alguno una irrelevancia penal ante hechos que comportan el quebranto de la norma de conducta impuesta por el legislador.

Como sostienen relevantes sectores doctrinales, la heteropuesta en peligro consentida comporta una restricción teleológica del tipo de lesiones cuando el peligro equivalga, en su aspecto sustantivo, a una normalmente impune autopuesta en peligro con cooperación de terceros. Una equiparación que precisa de la comunión de los elementos que desdibujan la responsabilidad del autor con la del propio lesionado, concretamente: a) Que la víctima tenga un adecuado conocimiento del riesgo; b) Que consienta en la acción arriesgada causante del daño, sin venir tampoco impulsado por una marcada incitación del autor; c) Que el daño sea consecuencia del riesgo asumido, sin añadirse otros descuidos del ejecutante y d) Que la víctima, hasta el momento del completo descontrol del riesgo, haya podido dominarlo de una manera equivalente al autor mismo. Lo que es plenamente predicable respecto de aquella persona que, conociendo la patología contagiosa de otro, decide voluntaria y libremente mantener relaciones sexuales con él, sabedor que éstas son vehículo de transmisión de la enfermedad. Un posicionamiento que, obiter dictum y sin desgranar razones de fondo, reflejaba la STS 528/2011, de 6 de junio, de la que fue ponente el Excmo. Sr. Magistrado D. José Manuel Maza Martín.

- In dubio pro reo: En el relato de hechos probados de la sentencia de instancia no se describe que la víctima conociera y aceptara el riesgo inherente a las relaciones sexuales que mantenía con el acusado en su relación de pareja. Al numeral 1.2 del relato histórico, el Tribunal describe que: «No ha quedado acreditado, fuera de toda duda, que MMM ignorara la enfermedad de transmisión sexual que padecía su pareja y, en consecuencia, que mantuviera relaciones sexuales con el mismo sin tener conocimiento de tal extremo».

En principio, la expresión de “no haberse probado la ignorancia” equivale a desconocerse si la recurrente sabía del riesgo inherente a mantener relaciones sexuales con el acusado sin protección, lo que impide, no solo aseverar que MMM otorgara el consentimiento, sino apreciar la concurrencia de los elementos antes expuestos que permitirían excluir la punibilidad en los casos de heteropuesta en peligro.

La redacción del relato fáctico no es sin embargo caprichosa, sino que guarda perfecta congruencia con la fundamentación jurídica de la sentencia. La sentencia de instancia analiza en su tercer fundamento jurídico que MMM sostuvo en el plenario que el acusado nunca le había reconocido ser portador del VIH, añadiendo que de haber conocido tal extremo nunca hubiera mantenido con él relaciones sexuales “sin protección”. Pero, en este análisis, el Tribunal resume su posicionamiento indicando que “su testimonio, sin embargo, no es congruente con el resto de las pruebas que se han practicado”, reflejando a continuación el conjunto de elementos que llevan al órgano de enjuiciamiento a encontrar “una duda razonable de hasta

qué punto Noelia ignoraba que Israel no padecía tal enfermedad y, en consecuencia, si la misma aceptaba el riesgo de mantener relaciones sexuales con el mismo en tales condiciones”.

Lo que la sentencia está proclamando es la trascendencia del principio del in dubio pro reo al ámbito de las circunstancias excluyentes de la antijuridicidad de una conducta, contradiciendo así la inicial doctrina de esta Sala que considera que si bien los elementos constitutivos del delito deben ser probados por la acusación, las eximentes y atenuantes han de estar tan probadas como el hecho mismo y la carga de su prueba corresponde a quien opone su concurrencia (SSTS 489/2004, de 19 de abril o 415/2016, de 18 de abril, entre muchas otras). No obstante esta doctrina, la jurisprudencia de esta Sala ha ido anunciando en diversas ocasiones (SSTS 639/2016, de 19 de julio; o 335/2017, de 11 de mayo) la conveniencia de revisar la inflexibilidad del presupuesto, habiendo llegado a apreciar la operatividad del principio in dubio pro reo cuando existen indicios fundados y estables de ausencia de antijuridicidad material de la conducta (STS 802/2016, de 26 de octubre), lo que pasa por que la alegación no haya sido sorpresiva y se ofrezca a la acusación la oportunidad de rebatirlo en debate contradictorio. Si en tales circunstancias surge una duda creíble sobre la veracidad de la afirmación de un hecho del que depende la antijuridicidad material del comportamiento, y con ello la condena u absolución del acusado, si el Tribunal expresa directa o indirectamente su duda, es decir, no puede descartar con seguridad que los hechos hayan tenido lugar de una manera diferente y más favorable al acusado, y no obstante ello adoptara la versión más perjudicial al mismo, vulneraría el principio in dubio pro reo, elemento judicial de ponderación auxiliar, pero de singular valor como regla de enjuiciamiento por su proximidad a la regla constitucional de la presunción de inocencia.

DATOS SENTENCIA

Sentencia núm. 30/2020

Fecha de sentencia: 04/02/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10415/2019 P

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

TEMA

Prueba testifical: caracteres de la declaración de la víctima. Delito de agresión sexual: diferencia con abuso. Subtipo agravado de uso de instrumentos peligroso.

ASPECTOS EXAMINADOS

- La víctima es testigo de su propia violación. Su testimonio si cumple la incredulidad objetiva (coherencia interna: conforme reglas de la experiencia) y (externa: corroboración) e incredulidad subjetiva (ausencia de impedimentos físico y de ánimos espurios) y persistencia en la incriminación.

La víctima es testigo de su propia agresión sexual, siempre que concurren los parámetros diseñados por nuestra jurisprudencia para apreciar su credibilidad, conforme a lo declarado en nuestra STS 184/2019, de 2 de abril.

Estos parámetros son subjetivos, objetivos y temporales.

- Subjetivamente, ausencia de incredulidad que pudiera resultar de sus circunstancias personales. En este punto dos son los aspectos subjetivos relevantes:
 - a) Sus propias características físicas o psicoorgánicas, como puede ser, por ejemplo, la vista en las apreciaciones oculares.
 - b) La inexistencia de móviles espurios que pudieran resultar bien de las tendencias fantasiosas o fabuladoras de la víctima, como de la concurrencia de un posible motivo impulsor de sus declaraciones, o bien de las previas relaciones acusado-víctima, denotativas de móviles de odio o de resentimiento, venganza o enemistad.
- Objetivamente, es necesaria la concurrencia de lo que podemos denominar verosimilitud del testimonio, basada en la lógica de su declaración y el suplementario apoyo de datos objetivos. Este elemento se desdobra, a su vez, en dos componentes: interno y externo.
 - a) Desde el plano interno, la declaración de la víctima ha de ser lógica en sí misma, o sea, no contraria a las reglas de la común experiencia, lo que exige valorar si su versión es o no insólita, u objetivamente inverosímil por su propio contenido.
 - b) Desde un punto de vista externo, la declaración de la víctima ha de estar rodeada de corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso.

- Y temporalmente, persistencia en la incriminación, que debe ser mantenida en el tiempo, y expuesta sin ambigüedades ni contradicciones. Este factor de ponderación supone:
 - a) Persistencia o ausencia de modificaciones en las sucesivas declaraciones prestadas por la víctima sin contradecirse ni desdecirse. Se trata de una persistencia material en la incriminación, valorable «no en un aspecto meramente formal de repetición de un disco o lección aprendida, sino en su constancia sustancial de las diversas declaraciones».
 - b) Concreción en la declaración que ha de hacerse sin ambigüedades, generalidades o vaguedades. Es valorable que especifique y concrete con precisión los hechos narrándolos con las particularidades y detalles que cualquier persona en sus mismas circunstancias sería capaz de relatar.
 - c) Coherencia o ausencia de contradicciones, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre sus diversas partes.

- Diferencia entre abuso y agresión. La fuerza puede tener muchas formas que hay que analizar con todos los datos objetivos en cada caso concreto, pero señala como ejemplo: el espacio físico donde se comete el hecho (un baño sin posibilidad de salir al tapar la puerta); un lugar aislado sin posibilidad de ayuda ajena y la realización del hecho entre varios agresores.

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 éste 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 prevalecer 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 ó 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.

- 3.- Diferencia de intimidación con arma de la cualificación del 180.5 uso de arma o instrumento peligroso: interpretación restrictiva a fin de evitar un ne bis in ídem. Cabe la cualificación cuando además de amenazar a la víctima con una navaja para acceder a tener una relación sexual, durante el hecho le coloca la navaja en el cuello “la utilización del cuchillo no quedó limitada a infligir un temor que determinara a la víctima a someterse a unas relaciones sexuales contrarias a su voluntad, sino que sobrepasó el ámbito esencial de la agresión sexual, hasta llegar a afectar al bien jurídico que el tipo agravado contempla, esto es, la vida y la integridad física de la víctima de la agresión sexual, pues se usó contra la víctima, al punto de tomar contacto con el cuello de la misma”.

La jurisprudencia ha interpretado restrictivamente la aplicación de este subtipo agravado, requiriendo que el arma o medio peligroso no sólo se exhiban, sino que se utilicen en la agresión (SSTS 15/2006, 13 de enero; 453/2017, 21 de junio). Al considerar que lo habitual en esta clase de delitos es utilizar para las amenazas algún instrumento de las clases que objetivamente podrían encajar en los términos armas o medios peligrosos contemplados en esta norma penal, lo que haría que la excepción propia de los delitos cualificados se convirtiera en regla general, y con la finalidad de evitar esa consecuencia injustificada, hemos acudido a la vía de la interpretación restrictiva. De otro modo, aquello que vale para constituir el elemento de violencia o intimidación, esto es, el uso del arma o medio peligroso, se utilizaría dos veces en la punición del hecho, una para convertir el abuso sexual en agresión de la misma naturaleza, y otra para impulsar la concurrencia de la agravación que analizamos (SSTS 15/06, de 13 de enero; 673/07, de 19 de julio o 396/08, de 1 de julio). Solo cuando la utilización del arma desborde el contenido antijurídico de quebrantar la libertad sexual de una persona, sirviéndose para ello del sometimiento que impulsa el miedo inminente a la agresión que con el arma se impulsa, puede entenderse concurrente el desvalor de la acción que justifica la agravación específica que contemplamos.

Contrariamente a lo que el recurso expresa, la utilización del cuchillo no quedó limitada a infligir un temor que determinara a la víctima a someterse a unas relaciones sexuales contrarias a su voluntad, sino que sobrepasó el ámbito esencial de la agresión sexual, hasta llegar a afectar al bien jurídico que el tipo agravado contempla, esto es, la vida y la integridad física de la víctima de la agresión sexual, pues se usó contra la víctima, al punto de tomar contacto con el cuello de la misma.

DATOS AUTO

Cuestión de Competencia núm. 18/2019
 Auto de 29 de enero de 2020
 Ponente: Excmo. Sr. D. Luís María Díez-Picazo Jiménez.

TEMA

Cuestión de competencia: responsabilidad patrimonial de la Administración por la transposición errónea de una Directiva europea: reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por infracción del Derecho de la Unión.

ASPECTOS EXAMINADOS

- La presente exposición tiene su origen en la impugnación de la desestimación presunta de la solicitud de emisión de certificado de silencio administrativo por falta de resolución del expediente de reclamación de responsabilidad patrimonial en relación con el ingreso derivado del Impuesto sobre venta minorista de hidrocarburos (IVMDH). Conforme al artículo 24.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, la competencia para emitir el certificado de acto presunto corresponde al órgano competente para resolver el procedimiento de que se trate, y en el presente caso, no cuestionándose que la reclamación de responsabilidad patrimonial de la que deriva la solicitud de emisión de certificado de silencio administrativo era una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración por la transposición errónea de una Directiva europea, como afirma el auto del Juzgado de Oviedo, procede concluir que estamos ante una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por infracción del Derecho de la Unión, cuya resolución corresponde al Consejo de Ministros, como esta Sala ha manifestado reiteradamente. Por ello, la competencia objetiva para el conocimiento del recurso contencioso-administrativo corresponde a esta Sala de la Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, de conformidad con el artículo 12.1.a) de la Ley de esta Jurisdicción.

DATOS AUTO

Recurso de Casación núm. 3083/2019
 Auto de 3 de febrero de 2020
 Ponente: Excmo. Sr. D. José Luís Requero Ibáñez.

TEMA

Derecho de huelga: personal docente e investigador laboral durante la celebración de exámenes oficiales programados: servicios mínimos. Recurso de casación: determinación del interés casacional.

ASPECTOS EXAMINADOS

- La Sala admite a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal de la Universidad de Sevilla contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Tercera) del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, de fecha de 27 de febrero de 2019, en los autos del procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales núm. 336/2018. Precisar que, en principio, la cuestión que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la determinación de si existe alguna peculiaridad en las condiciones laborales del personal universitario docente e investigador en lo que atañe al ejercicio del derecho fundamental de huelga durante la celebración de exámenes oficiales programados y el subsiguiente establecimiento de los servicios esenciales mínimos. Identificar como normas jurídicas que serán objeto de interpretación los artículos 28.2 de la Constitución; 10.2 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo; y 9 del Real Decreto 898/1985, de 30 de abril, sobre régimen del profesorado universitario, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 de la LJCA.

DATOS AUTO

Recurso de Casación núm. 2893/2019

Fecha Auto: 26 de marzo de 2020

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez.

TEMA

Recurso de casación: determinación de interés casacional: funciones relacionadas con la negociación colectiva y el diálogo social: materia reservada a los sindicatos más representativos

ASPECTOS EXAMINADOS

- Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal de la Unión Sindical Obrera contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Séptima) de la Audiencia Nacional, de fecha de 21 de enero de 2019, en los autos del procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales núm. 1/2018. Precisar que, en principio, la cuestión que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la determinación de si el acceso a las ayudas formativas dirigidas a la capacitación para el desarrollo de las funciones relacionadas con la negociación colectiva y el diálogo social constituye o no una materia reservada a los sindicatos más representativos y/o representativos. Identificar como normas jurídicas que serán objeto de interpretación los artículos 7, 14 y 28.1 de la Constitución española y los artículos 6 y 7 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 de la LJCA.

DATOS AUTO

Cuestión de Competencia núm. 21/2019

Fecha Auto: 12 de febrero de 2020

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

TEMA

Competencia: decisión de la Junta de Contratación del Ministerio de Asuntos Exteriores: se atribuye la competencia a la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

ASPECTOS EXAMINADOS

- La competencia de los tribunales viene determinada en relación con el acto o disposición directamente impugnados. En este caso, y según se evidencia del escrito de interposición del recurso y de la demanda, el recurso interpuesto por VF World Holdings LTD se dirige contra la decisión de la Junta de Contratación del Ministerio de Asuntos Exteriores de consentir que BLS ceda a terceros la ejecución del contrato "Externalización para recepción y tratamiento de solicitudes de visado Schengen" y la prestación del servicio en un número de países por encima de los porcentajes máximos establecidos como límite en los pliegos y en autorizar la modificación generaliza de las condiciones del contrato. El órgano de contratación al que se atribuya la actuación recurrida es, en consecuencia, la Junta de Contratación del Ministerio de Asuntos Exteriores, la cual fue creada, en virtud del artículo 323 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por Orden AUC/1227/2018, de 8 de noviembre, como órgano colegiado de contratación en relación con los contratos que se especifican en el artículo 2 de la citada Orden.
- El artículo 10.1 LJCA establece, en lo que aquí interesa, que las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia conocerán en única instancia de los recursos que se deduzcan en relación con k) Las resoluciones dictadas por el órgano competente para la resolución de recursos en materia de contratación previsto en el artículo 311 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en relación con los contratos incluidos en el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas o de las Corporaciones Locales. l) Las resoluciones dictadas por los Tribunales Administrativos Territoriales de Recursos Contractuales. m) Cualesquiera otras actuaciones administrativas no atribuidas expresamente a la competencia de otros órganos de este orden jurisdiccional>>. Por su parte, el artículo 11.1.f) LJCA establece que la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional conocerá en única instancia de los recursos

interpuestos contra «Las resoluciones dictadas por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, con excepción de lo dispuesto en el artículo 10.1.k).

- No procediendo el acto recurrido de un Tribunal Administrativo Territorial de Recursos Contractuales, ni del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, ni referirse el recurso a un contrato incluido en el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas o de las Corporaciones Locales, no resultan de aplicación las letras k) y l) del 10.1 ni la letra f) del artículo 11.1 LJCA. Y no existiendo una atribución específica de la competencia, la misma debe venir determinada conforme a lo dispuesto por la letra m) del citado artículo 10.1 LJCA.
- Por ello, la Sala acuerda: Declarar que la competencia para conocer del recurso contencioso-administrativo referido en el primer fundamento de esta resolución, corresponde a la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, a cuya Sección Tercera se remitirán las actuaciones.

DATOS AUTO

Pieza de Medidas Cautelares núm. 1. Recurso de Casación Ordinario núm. 8/2020.

Fecha Auto: 20 de febrero de 2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.

TEMA

Derecho a mantenerse en un cargo público del artículo 23.1 CE. Medida Cautelar: incompatibilidad sobrevenida con las causas de inelegibilidad.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Se impugna en reposición el Auto de la Sala del pasado 23 de enero, que acuerda no haber lugar a la adopción de la medida cautelar de suspensión pedida por el recurrente. El recurso reitera las alegaciones que ya fueron tenidas en cuenta para no dar lugar a la medida cautelar. No va a prosperar porque ninguna de ellas enerva el criterio que hemos mantenido en el auto impugnado.

Se asevera que el auto recurrido incurre en un exceso de jurisdicción y que no cumple las exigencias de motivación ni concede la tutela cautelar. La primera queja no se razona, por lo que no prospera; la segunda es inconsistente, como demuestran las mismas alegaciones que se formulan, de las que resulta que el recurrente ha entendido perfectamente lo que se dice en el auto recurrido. En cuanto a la tercera es obvio que la tutela cautelar no comprende un derecho a que se conceda lo que se pide; también hay cumplida tutela cuando la pretensión se deniega siempre que, como ocurre en la resolución impugnada, se haga en forma aprehensible, razonada y lo pedido sea improsperable.

En cuanto al derecho a mantenerse en un cargo público del artículo 23.1 CE, en que se insiste, hay que reiterar lo que dispone el artículo 6.2 b) de la LOREG. Son inelegibles, conforme al mismo: «Los condenados por sentencia, aunque no sea firme, por delitos [...] 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». Esa es una razón que el Auto recurrido opone a la pretensión cautelar, y frente a la que el recurso no opone argumentos consistentes. Procedo anticipar a este momento la respuesta a lo que se formula como alegato tercero del recurso, en el que se ataca la improcedencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad, que ya razonamos en el auto que se recurre.

Pero hay que reiterar la existencia, cercana en el tiempo y en circunstancias de la sentencia de esta Sección 438/2019, citada en un recurso para la formación de jurisprudencia (Casación 5590/2017) en la que interpretamos el artículo 6.2 b) LOREG y dimos cuenta de los fines constitucionalmente legítimos que persigue sin apreciar tacha de inconstitucionalidad. Es claro que la concreción de supuestos que se produjo en el año 2011, con relación la reforma operada en la LOREG por la Ley orgánica 1/2003, de 10 de marzo, está orientada a una mayor protección de las instituciones públicas, frente a condenados a pena de inhabilitación especial de empleo o cargo público, por la ejemplaridad social que se exige en un Estado democrático a quien ejerce una función pública, máxime si el mismo es representante de los ciudadanos (STC 151/1999, de 14 de septiembre, FJ 3 y Fallo).

Mantenemos ese criterio, como ya se declaró en el auto impugnado, a pesar de los alegatos en que insiste el recurrente. Reiteramos que son inconsistentes los extensos alegatos sobre la presunción de inocencia. El recurrente ha sido condenado por una sentencia no firme de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 de diciembre de

2019. Esa sentencia opera para nosotros, y para el presente recurso, como un mero dato que integra el supuesto de hecho del artículo 6.2 b) LOREG, del que ya se ha hablado. Los efectos penales de la cuestión, no se deben ni pueden discutir en este orden jurisdiccional contencioso-administrativo y los alegatos que se vierten hacen inconsistente la invocación de la presunción de inocencia, que pertenece al ámbito penal, del que no conocemos ni podemos conocer. Es evidente que esa afirmación del Auto recurrido no supone desatender la presunción de inocencia ni los demás derechos que se invocan. Debe quedar claro que el sistema de protección multinivel de derechos fundamentales que rige en el ordenamiento constitucional español es uno de los más avanzados del mundo en la materia, cualquiera que sea la opinión que merezca al actor y que todos los órganos jurisdiccionales de nuestro sistema, y por supuesto esta Sala, son garantes de ellos. Pero su invocación no puede hacerse en la forma improcedente y casi retórica que se efectúa, por lo que no cabe sino remitir nuevamente al actor a la sede donde puede y debe esgrimirlos, que es la penal de revisión de la condena citada que sólo tiene para este orden jurisdiccional el relieve que se ha dicho. Por ello el elenco de fragmentos de sentencias del TEDH que se hace no viene al caso y es improcedente, además de impertinente, que se insista en plantear aquí y ahora cuestión prejudicial al TJUE, sin perjuicio de lo que se plantee en el escrito de demanda.

No prospera la queja. No tiene razón la queja de que habría contradicción del Auto con la LOREG. Es fácil entender que la inelegibilidad sobrevenida del recurrente la produce la sentencia penal citada, como se afirma en el auto recurrido, lo que no se contradice por una comprobación posterior de que se ha producido la circunstancia enervante, ni de que ésta tenga efectos constitutivos ex nunc. En lo demás las quejas incurrir en el defecto de hacer supuesto de lo que es en realidad cuestión. Para aseverar que se violan derechos fundamentales, en especial cuando se invocan todos, es necesaria una argumentación mínima y comprensible, distinta de su afirmación apodíctica. No prospera la queja. La resolución de la Sala en el Auto de 16 de julio de 2018 (Recurso 252/2018) nada tiene que ver con lo que se ha discutido en este caso porque en aquél se había producido en forma sobrevenida la STC 59/2018, de 4 de junio, que había estimado un recurso de amparo que declaró nulas y sin efecto las condenas de inhabilitación que habían sido impuestas a los actores, sin retroacción de actuaciones, por lesión de su derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y de su derecho a la presunción de inocencia. Nada de eso ha acontecido en este caso por lo que la comparación es inconsistente. Y tampoco favorece al recurrente la invocación de ese precedente pues en el mismo caso recayó, antes de la STC 59/2018, el Auto del Tribunal Constitucional de 16 de julio de 2018 citado. Dicho Auto denegó la suspensión de la condena penal afirmando, en cuanto a la vulneración del derecho de sufragio activo (artículo 23.1 CE) que lo propio de la representación es el establecimiento de una presunción de que la voluntad del representante es la voluntad de los representados, en razón de la cual son imputados a éstos en su conjunto y no solo a quienes votaron en su favor los actos de aquél, pero que el desconocimiento o la ruptura de esa relación de imputación destruye la naturaleza misma de la institución representativa y vulnera, en consecuencia, un derecho fundamental de todos y cada uno de los sujetos que son parte de ella. Circunstancia que, a efectos meramente cautelares, sí puede ser traída a colación en apoyo de la conformidad a la Constitución y al artículo 3 del Protocolo 1 al CEDH de lo que dispone el artículo 6.2 b) LOREG antes citado, como hemos dicho en el Auto que se pide reponer, que ratificamos. Se insiste en la existencia de «periculum in mora», pero no se desvirtúa nuestra afirmación de que, en la hipótesis de una sentencia estimatoria de anulación del acuerdo de la JEC que se impugna, podría añadirse un pronunciamiento de anulación de la expedición de la credencial expedida por la Junta Electoral Central al sustituto del recurrente [sentencia 844/2019, de 18 de junio, (Rec. 252/2018)], por lo que la mora procesal no hace perder su finalidad al recurso.

Merece atención el alegato que formula el Ministerio Fiscal. Sostiene éste, la posibilidad de flexibilizar el concepto de irreparabilidad del perjuicio en aquellos supuestos en los que el tiempo de privación de un cargo representativo temporal, debida a la tramitación del proceso puede generar un efecto equivalente al de la privación del mandato. Subraya el Fiscal que ese es el único punto en el que el criterio de la Fiscalía coincide con el de la parte actora. Reiteramos que los alegatos del recurrente y los del Fiscal, que hemos traído a colación respecto de la insuficiencia de una sentencia tardía, vienen a cuestionar la constitucionalidad del artículo 6.2 b) LOREG con otros argumentos. Una aplicación automática de protección cautelar de todas las pretensiones que se formulen desde el punto de vista de la insuficiencia de una estimación tardía tendría como consecuencia la inaplicación práctica en muchos de sus supuestos de las causas de inelegibilidad previstas en los apartados a) y b) del artículo 6.2 LOREG. Y no aprecia la Sala que existan razones distintas que permitan acoger, en este momento, la tesis del Fiscal. El artículo 6.2 b) LOREG se aplica en condiciones de igualdad. Se desestiman los alegatos indicados.

No hay valoración errónea de los intereses en presencia y es clara la correlación de la incompatibilidad sobrevenida con las causas de inelegibilidad conforme al tenor literal de los artículos 6.2 b) y 6.4 LOREG, cuya apreciación compete, según los alegatos formulados hasta el presente, a la JEC y nos parecen distintos de las incompatibilidades funcionales a que se refiere el recurrente, sin perjuicio de lo que resulte de un examen del fondo. Por último, se condena en las costas del incidente a la parte recurrente que lo ha promovido, en favor de las partes personadas, al ser desestimadas todas las pretensiones del actor y no existir razones que lleven a no hacerlo. (artículo 139.1 LJCA).

DATOS AUTO

Recurso de Casación núm. 7176/2019
 Fecha Auto: 21 de febrero de 2020
 Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Román García.

TEMA

Recurso de casación: determinación de interés casacional: principio de proporcionalidad en los supuestos de autorización de entrada en un domicilio familiar, para proceder a su desalojo, en el que residan menores de edad.

ASPECTOS EXAMINADOS

- La Sección acuerda: 1.º) Admitir a trámite el recurso de casación n.º 7176/2019, preparado contra la sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso de apelación n.º 581/2018. 2.º) Declarar que la cuestión que presenta interés casacional objetivo consiste en reforzar, precisar o matizar la jurisprudencia existente en materia de aplicación del principio de proporcionalidad en los supuestos de autorización de entrada en un domicilio familiar, para proceder a su desalojo, en el que residan menores de edad, en relación con la afectación de los derechos e intereses de los menores de edad que la decisión judicial comporta; y, en particular, si tal ponderación ha de afectar al núcleo de la decisión del desalojo o sólo a los aspectos periféricos relativos a las condiciones concretas en que debe desarrollarse la actuación administrativa. 3.º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación son los artículos 11 y 12 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y el artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, en relación con la autorización judicial a la que se refiere el artículo 18.2 de la Constitución.

DATOS AUTO

Recurso de Casación Ordinario núm. 8/2020
 Fecha Auto: 4 de marzo de 2020
 Ponente: Excmo. Sr. D. Jorge Rodríguez- Zapata Pérez.

TEMA

Procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales: acumulación de procedimientos contra Acuerdos de la Junta Electoral Central.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Se impugna en este recurso directo, formulado por la vía del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales, el Acuerdo de la Junta Electoral Central de 3 de enero de 2020 en el que, por lo que ahora interesa: i) Se declara que concurre en don JTP, la causa de inelegibilidad sobrevenida del art. 6.2 b) de la LOREG, en razón de haber sido condenado por sentencia no firme dictada por la Sala de lo Civil y Penal del TSJC de 19 de diciembre de 2019 como autor de un delito de desobediencia tipificado en el art. 410.1 correspondiente al Título XIX del Código Penal, de "delitos contra la Administración Pública"; ii) se deja sin efecto su credencial de diputado electo al Parlamento de Cataluña por la circunscripción electoral de Barcelona tras las elecciones celebradas el 21 de diciembre de 2017 y iii) se ordena a la Junta Electoral Provincial de Barcelona, que a la recepción del acuerdo expresado y de modo inmediato, declare la vacante como diputado del Parlamento de Cataluña, por la circunscripción electoral de Barcelona, de don Joaquim Torra Pla, expidiendo la credencial al siguiente candidato de la lista de Junts per Catalunya, por la que el recurrente concurrió a las citadas elecciones de 21 de diciembre de 2017.
- Se pide a la Sala que amplíe este recurso a la impugnación del Acuerdo de la Junta Electoral Provincial de Barcelona de 27 de enero de 2020 dictado como consecuencia de lo que hemos enunciado en el apartado anterior como iii); todo ello ya que, tras una certificación del Secretario General del Parlamento de Cataluña sobre sustitución del señor PC por el señor FM, se expide credencial de Diputado en sustitución del recurrente a nombre de la diputada señora MSG, que parece ser la

candidata que sigue en la lista presentada por Junts per Catalunya al señor FM, dado que éste, como queda dicho, sustituyó como diputado del Parlamento de Cataluña al citado señor PC; todo ello como resulta de los acuerdos de dicha Junta Electoral de Barcelona de 23 de enero de 2020 y de 10 de enero de 2020, que acompaña el Letrado de la Junta Electoral Central con su escrito y que, en definitiva, no hacen otra cosa que ejecutar el acuerdo de la Junta Electoral Central de 3 de enero de 2020 en el apartado iii), de que hemos dado cuenta.

En tales circunstancias la Sala aprecia que entre el acto que se impugna en este proceso especial y aquél al que se pretende ampliar este recurso existe la relación que exige el artículo 34.2 LJCA. El acuerdo de la Junta Electoral Provincial de Barcelona guarda la conexión de aparecer como una ejecución de lo ordenado en el acuerdo de la Junta Electoral Central. La petición de acumulación por inserción se ha efectuado por el demandante (artículo 36.1 LJCA) y dentro del plazo del artículo 46 LJCA y las pretensiones que se anuncian respecto del acuerdo sobrevenido no parecen en modo alguno incompatibles (disp. final 1ª LJCA en relación con el artículo 71.3 LEC).

Sin prejuzgar lo que en su momento podamos decidir, el acuerdo de la Junta Electoral Central se muestra, como señala el Fiscal, determinante de la validez y eficacia del acto de ejecución posterior ya que, en definitiva, la Junta Electoral Provincial de Barcelona da cumplimiento a lo acordado por el órgano superior. Es aconsejable, en consecuencia, a que todas las pretensiones sean examinadas en un solo proceso y decididas en una sola sentencia, lo que permitirá un enjuiciamiento conjunto y congruente de todas las pretensiones que se formulen, que sería difícil de obtener en el caso de dos procedimientos jurisdiccionales distintos (artículo 71.1 LEC en relación con la disp. adicional 1ª LEC). No es obstáculo para acordar la acumulación la circunstancia de que la competencia para conocer de la impugnación del acuerdo de la Junta Electoral Provincial de Barcelona de 27 de enero de 2020 pudiera corresponder en principio al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Esta Sala es competente para conocer de los recursos que se interpongan en relación con los actos y disposiciones de la Junta Electoral Central (artículo 12.3 a) LJCA) y nuestra doctrina admite la competencia de este Tribunal cuando el enjuiciamiento del acto que correspondería a la competencia del Tribunal Superior de Justicia no sea fácilmente escindible de la que nos corresponde sin riesgo de división de continencia de la causa o de sentencias contradictorias [STS de 11 de septiembre de 2007 (Casación 8967/2003), 28 de enero de 1999 (rec. 263/1995) y ATS de 6 de febrero de 2001 (rec. 1464/2000)].

- Por todo ello, la Sala, acuerda: Acumular el presente recurso contencioso-administrativo número 8 de 2020, interpuesto por el procedimiento especial de derechos fundamentales contra el Acuerdo de la Junta Electoral Central de 3 de enero de 2020 a los Acuerdos de la Junta Electoral Provincial de Barcelona de 27 de enero y 10 de enero de 2020, modificado el día 23, por los que se declara vacante el escaño de don JTP como diputado al Parlamento de Cataluña y se expide, en definitiva, la credencial de Diputada en su sustitución a la señora MSG.

DATOS AUTO

Recurso de Casación Ordinario núm. 246/2018

Fecha Auto: 20 de febrero de 2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.

TEMA

Planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad del artículo 153.1 LOREG por vulneración de la garantía de taxatividad de las disposiciones sancionadoras (lex certa), por imprecisión al integrar el tipo sancionador y por vulneración del principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE).

ASPECTOS EXAMINADOS

- El recurso ha sido interpuesto contra resolución de la Junta Electoral Central de 14 de marzo de 2018, recaída en el expediente sancionador núm. 360/190, incoado a Diario ABC, S.L. en el que se ha impuesto a don BRR, en su calidad de director del citado diario ABC, S.L., una sanción por importe de 1.000 euros, por incumplimiento de la obligación contemplada en el artículo 53 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General. Todo ello ha conducido, previos los trámites procesales del artículo 35 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional, al planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad ante ese Alto Tribunal, que se efectúa con arreglo a las siguientes consideraciones.
- Exposición de la cuestión que suscita la Sala que propone la cuestión de inconstitucionalidad. Se ha expuesto con claridad en el extracto de antecedentes que el demandante ha sido sancionado por su condición de director del diario ABC, que es un periódico de tirada y difusión nacional, como resulta probado documentalmente en los autos. Los preceptos legales aplicados por la resolución sancionadora son, en primer lugar, el artículo 153.1 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen

Electoral General (LOREG) que dispone: «Toda infracción de las normas obligatorias establecidas en la presente Ley que no constituya delito será sancionada por la Junta Electoral competente. La multa será de 300 a 3.000 euros si se trata de autoridades o funcionarios y de 100 a 1.000 si se realiza por particulares». La Junta Electoral Central [que es competente conforme al artículo 19.1 k) LOREG] ha impuesto al demandante una multa de 1.000 euros por entender que la publicación de la entrevista de que hemos dado cuenta el 20 de diciembre de 2017, jornada de reflexión en las elecciones al Parlamento de Cataluña, vulnera el artículo 53 LOREG que señala lo siguiente: «No puede difundirse propaganda electoral ni realizarse acto alguno de campaña electoral una vez que ésta haya legalmente terminado. La obtención gratuita de medios proporcionados por las Administraciones Públicas quedará limitada al periodo estricto de campaña electoral. Las limitaciones anteriores se establecen sin perjuicio de las actividades realizadas por los partidos, coaliciones y federaciones en el ejercicio de sus funciones constitucionalmente reconocidas y, en particular, en el art. 20 de la Constitución. No obstante, lo anterior, desde la convocatoria de las elecciones hasta el inicio legal de la campaña, queda prohibida la realización de publicidad o propaganda electoral mediante carteles, soportes comerciales o inserciones en prensa, radio u otros medios digitales, no pudiendo justificarse dichas actuaciones por el ejercicio de las actividades ordinarias de los partidos, coaliciones o federaciones reconocidas en el apartado anterior». La resolución sancionadora impugnada considera que la publicación de la entrevista constituye un acto de campaña electoral prohibido por el artículo 53 que se ha transcrito. Se remite al artículo 50.4 de la LOREG para la definición de lo que es campaña electoral en el siguiente sentido: «Se entiende por campaña electoral, a efectos de esta Ley, el conjunto de actividades lícitas llevadas a cabo por los candidatos, partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones en orden a la captación de sufragios».

El recurrente entendió, ya en la tramitación del expediente sancionador en vía administrativa, que únicamente los sujetos elegibles en unas elecciones pueden realizar actos de campaña electoral y que, por ello, la prohibición no sería aplicable a los medios de comunicación. La Administración sancionadora desvirtuó estos alegatos poniendo de relieve que aplicaba su doctrina reiterada y los Acuerdos dictados por la JEC el 10 de junio de 1999 y el 26 de octubre de 2006, unidos al ramo de prueba. El demandante replicó que hubo acuerdos contradictorios, y los pormenoriza en los acuerdos 215/2004, de 13 de marzo y 212/2004, de 13 de marzo, pero la JEC contrarresta el alegato y replica a sus argumentos; aunque reconoce que los precedentes contradictorios que se esgrimen son ciertos, aduce que se referían a casos relacionados con los atentados terroristas realizados en Madrid el 11 de marzo de 2004 y la excepcionalidad de unas circunstancias que entiende no resultan comparables con las elecciones autonómicas en cuestión en este caso. La resolución sancionadora aprecia que el sujeto responsable de la infracción es el director del diario ABC y trae a colación y transcribe, para decidir, los artículos 34 y 39.1 de la Ley de prensa e imprenta 14/1966, de 18 de marzo, que integran así el tipo sancionador. Entiende, en fin, que es pertinente imponer la sanción en su grado máximo, como hemos detallado en antecedentes, por la utilización de la portada del periódico ABC como instrumento idóneo para llamar la atención de los lectores y concentrarla en la entrevista que es objeto del expediente sancionador. Tuvo en cuenta además la JEC la entidad y difusión del medio sancionado junto con las características, el formato y el resto de las circunstancias que rodean la entrevista.

- Posible inconstitucionalidad del artículo 153.1 LOREG por vulneración de la garantía de taxatividad de las disposiciones sancionadoras (lex certa), por imprecisión al integrar el tipo sancionador y por vulneración del principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE). Es doctrina constitucional consolidada que el derecho fundamental enunciado en el art. 25.1 CE extiende la regla *nullum crimen, nulla poena sine lege* al ámbito del ordenamiento administrativo sancionador, y comprende una doble garantía. La que aquí interesa es la que se considera siempre como esencial entre ellas, desde la histórica STC 133/1987, de 21 de julio, FJ 4, que enunció las exigencias de *lex scripta*, *lex previa* y *lex certa*. Se trata ahora de la garantía de alcance material y absoluto que se refiere a la exigencia de la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes; es decir, a la existencia necesaria de preceptos jurídicos (*lex previa*) que permitan predecir con el suficiente grado de certeza (*lex certa*) las conductas infractoras en forma de que se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción. (Por todas, STC 218/2005, de 12 de septiembre, FJ 2). El principio de legalidad sancionadora, en esa vertiente material, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE) y comporta el mandato de certeza o taxatividad que garantiza el artículo 25.1 CE y que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas y de sus correspondientes sanciones en virtud del cual el legislador está obligado a promulgar normas concretas, precisas, claras e inteligibles para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones (por todas, SSTC 150/2015, de 6 de julio FJ 2; 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 8).
- Esta Sala considera que el artículo 153.1 LOREG, valorado en sí mismo y de forma aislada, contiene una norma sancionadora de posible inconstitucionalidad por ser imprecisa, incluso desde el punto de vista gramatical, abierta y de dudosa compatibilidad con las exigencias de la garantía material exigible a todo tipo sancionador porque, lejos de contener el núcleo esencial de la prohibición, se limita a tipificar como sancionable, en forma tautológica, «toda infracción de las normas obligatorias establecidas en la presente Ley que no constituya delito». El precepto obliga a integrar el tipo sancionador mediante la concreción del concepto jurídico indeterminado «normas obligatorias» lo que conduce a identificar y delimitar

qué obligaciones derivarían de la LOREG, en qué consistiría la obligación en cada caso y a concretar qué incumplimientos o infracciones son susceptibles de sanción y quienes serían los obligados por ellas. En el plano abstracto de enjuiciamiento de la norma en el que nos movemos –con independencia de sus problemas de interpretación y aplicación– la doctrina de ese Tribunal no exige una redacción descriptiva y acabada en la ley penal de los supuestos de hecho penalmente ilícitos y admite tanto la incorporación al tipo de elementos normativos como las llamadas leyes penales en blanco; es decir las normas sancionadoras incompletas en las que la conducta o la consecuencia jurídico-penal no se encuentra agotadoramente prevista en ellas, debiendo acudir para su integración a otra norma distinta, no pareciendo decisivo a esta Sala, que la remisión sea a normas reglamentarias o a otros preceptos legales- pero siempre que se den los requisitos que ha marcado una doctrina constitucional constante, a saber: a) que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal y b) que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y satisfaga la exigencia de certeza u ofrezca la suficiente concreción, para que la conducta infractora quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía del tipo, con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada [por todas, STC 197/1990, de 5 de julio, FJ 3 b)].

- A juicio de la Sala, el artículo 153.1 LOREG puede infringir esa garantía material de taxatividad y previsibilidad de las infracciones y de las sanciones que dimana del artículo 25.1 CE porque no contiene el núcleo esencial de la prohibición ni satisface en forma mínima las exigencias constitucionales de certeza. No es aceptable la objeción, basada entre otros en el ATC 67/2018, de 20 de junio, de que el déficit de precisión de la ley pueda colmarse por una aplicación judicial que haya salvado la imprecisión en una legal aplicación regular y continuada, porque pocos ejemplos de imprecisión o laxitud en una norma sancionadora resultan equiparables al que resulta del precepto legal que denunciamos y está en juego, además, en el presente caso el derecho a la libertad de información del artículo 20.1 d) CE. Tampoco entendemos que sea aplicable la existencia de un círculo reducido de afectados que pudiera llevar a cuestionarse, con cierta proximidad a una especie sui generis de relaciones de sujeción especial, la existencia de una «lex artis» aplicable a los medios de comunicación, como parece desprenderse de la invocación por el representante de la JEC de la STC 129/2006, de 24 de abril. Esas relaciones, que no existen desde luego en este caso, no pueden excluir nunca las exigencias materiales del principio de legalidad en materia sancionadora (STC 104/2009, de 4 de mayo, FJ 6). En la medida en que la imprecisión del artículo 153.1 LOREG constituye un defecto de técnica legislativa que representa una merma obvia de la certeza del Derecho y conduce a soluciones imprevisibles para sus destinatarios abriendo la puerta a aplicaciones erráticas, contradictorias o arbitrarias de sanciones, entendemos que puede quedar afectada también en forma autónoma la vertiente objetiva del principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 CE. (por ejemplo, STC 273/2000, de 15 de noviembre, FJ 10).
- Posible inconstitucionalidad del artículo 153.1 LOREG, en relación con los artículos 53.1 y 50.4 de la misma, por vulneración del principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 CE y de la garantía de taxatividad de las disposiciones sancionadoras (lex certa) del artículo 25.1 por falta de predeterminación de los autores de las infracciones que aboca a interpretaciones analógicas. El artículo 153.1 LOREG, ya contemplado, contiene la previsión de una sanción general de 300 a 3.000 euros (en caso de infracción cometida por una autoridad o funcionario) o de 100 a 1.000 euros en caso de infracción cometida por un particular. Esa determinación de los destinatarios de la norma sancionadora, que parece claro para funcionarios y particulares en el artículo considerado en sí mismo, pierde la inteligibilidad necesaria en el terreno sancionador cuando se relaciona el tipo infractor con lo que resulta del artículo 53 y del artículo 50.4 de la misma LOREG. Conforme al artículo 53 LOREG, extractado aquí en la parte que interesa al caso, resulta que: «No puede difundirse propaganda electoral ni realizarse acto alguno de campaña electoral una vez que ésta haya legalmente terminado». La correlación entre los preceptos legales que consideramos permite atisbar ahora el núcleo de la prohibición resultando de las normas en juego que se distinguen dos conductas distintas: a) La difusión de propaganda electoral una vez que la campaña electoral haya finalizado legalmente. b) La realización de actos de campaña electoral una vez que ésta haya finalizado.

Pero la identificación de los obligados en este caso por la norma de prohibición que establece la LOREG se enturbia cuando se recurre al artículo 50.4 de la misma que define lo que es campaña electoral en los siguientes términos, que ya se han referido: «Se entiende por campaña electoral, a efectos de esta Ley, el conjunto de actividades lícitas llevadas a cabo por los candidatos, partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones en orden a la captación de sufragios». Como señala la parte demandante, en el trámite de alegaciones al planteamiento de la cuestión, en la hipótesis de que se trate de campaña electoral no es posible subsumir la conducta del director del diario sancionado en la LOREG y si de propaganda electoral se tratase resulta que ni el artículo 53 LOREG, ni el artículo 50.4 LOREG ni ningún otro de la Ley orgánica 5/1985, indican quién puede difundir esa propaganda electoral, de cara a su eventual sanción en virtud de los artículos 53 y 153.1 LOREG. A juicio de la Sala, entender que un medio de comunicación, como es el periódico que el demandante dirige, se encuentra en la definición de los sujetos activos de la norma sancionadora aboca a una interpretación analógica «in malam partem» que contrasta con la obvia posibilidad de que las campañas y la propaganda se valgan de medios de comunicación y hace que el tipo legal, considerado en abstracto, resulte posiblemente incompatible con las exigencias constitucionales de una norma

penal o sancionadora y, desde luego, con el ejercicio por parte de las personas sancionadas -siempre que se traiga a colación un medio de comunicación- de un derecho fundamental esencial en nuestro Estado social y democrático de Derecho, como ha proclamado ese Alto Tribunal desde sus primeras sentencias para el ejercicio de la libertad de información del artículo 20.1 d) CE. La realización de actividades periodísticas como la entrevista que se sanciona tiene el amparo indudable del derecho fundamental a la libertad de información a diferencia de la propaganda electoral y la campaña en la que se efectúa, que tienen como propósito buscar apoyo electoral y no sólo informar. Pues bien, en este caso y de admitirse la posible condición de sujeto infractor del diario, o que su conducta fue más allá de una actuación informativa, no puede decirse que existan datos objetivos que permitan afirmar que actuaba con el propósito electoral prohibido de realizar un acto de campaña electoral o de propaganda electoral, no concurriendo el presupuesto de culpabilidad necesario para apreciar una conducta sancionable administrativamente.

La ambigüedad de una norma sancionadora que contempla una conducta que no describe en qué consiste ni quién puede realizarla no se colma en su aplicación práctica y nos obliga a plantear la duda de inconstitucionalidad del artículo 153.1 LOREG en relación con los artículos 53 y 50.4 de la misma por vulneración del principio de taxatividad penal y, por las mismas razones antes apuntadas, por vulneración autónoma del principio de seguridad jurídica. Posible inconstitucionalidad del artículo 153.1 LOREG, en relación con los artículos 53.1 y 50.4 de la misma, y con los artículos 34 y 39 de la Ley 14/1966, de 18 de marzo, de Prensa e Imprenta por vulneración del principio de presunción de inocencia al trasladar en forma objetiva la responsabilidad al director de un periódico obviando el derecho a la libertad de información del artículo 20.1 d) CE. La resolución impugnada sanciona a una persona física distinta de la persona entrevistada, que es la que habría realizado la conducta típica de realizar actos de campaña electoral en la jornada de reflexión y, por ello, una vez que la campaña había finalizado. La sanción se produce por la mera condición objetiva de ser el director del periódico que habría servido de vía para la comisión de la infracción. La LPI de 1966 completa el tipo legal sancionador atribuyendo en forma objetiva una responsabilidad al margen de la intencionalidad del sujeto infractor. No hay en la LOREG una sola referencia a los medios de comunicación como posibles sujetos infractores ni, menos aún, al elemento subjetivo que debe concurrir para que una conducta sea punible.

Pero tampoco se encuentra en la ley referencia alguna al dolo o a la intencionalidad que debería concurrir para que la conducta fuera punible. Trasladar al director de un medio de comunicación la responsabilidad por una infracción que habría cometido otra persona en una aplicación objetiva del derecho sancionador, al margen de la intencionalidad del infractor, puede comportar la afectación de la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE. La doctrina constitucional impide cualquier referencia al Código penal, en la medida en que no nos es lícito encontrar «a posteriori» de la resolución sancionadora cobertura legal a una infracción tomando de aquí y de allá preceptos de distintas normas con rango legal (STC 50/2003, de 17 de marzo, FJ 6). La inconstitucionalidad del artículo 153.1 LOREG en relación con el artículo 53 y la LPI también nos resulta atendible si se toma en consideración la presencia del artículo 20.1 d) CE, porque no cabe limitar el derecho fundamental a la libertad de información más que en los casos en que éste entre en conflicto con otro derecho fundamental, lo que no ocurre en el supuesto que se examina. Posible inconstitucionalidad del artículo 153.1 LOREG por vulneración de los principios de seguridad jurídica del artículo 9.3 CE y del mandato de taxatividad del artículo 25.1 CE por imprecisión en la determinación de las sanciones. La laxitud e imprecisión del artículo 153.1 LOREG se muestra también en la inexistencia en el mismo de una graduación de las sanciones que entendemos de dudosa compatibilidad con los mandatos de taxatividad que dimanarían del artículo 25.1 CE. La norma se limita a establecer que: «la multa» [por toda infracción de las normas obligatorias establecidas en la presente Ley] «será de 300 a 3.000 euros si se trata de autoridades o funcionarios y de 100 a 1.000 si se realiza por particulares». No especifica ni gradúa en forma alguna las infracciones sin establecer distinción entre las infracciones muy graves, graves o leves por lo que habilita a la Administración sancionadora para que establezca «ad hoc» la que libre y, en su caso arbitrariamente, estime conveniente. Consideramos que de esta forma se puede lesionar el artículo 25 CE (STC 207/1990, de 17 de diciembre y afectarse también a la seguridad jurídica. Se ha objetado, en las alegaciones al planteamiento de la cuestión, la escasa cuantía y la poca distancia existente entre 100 y 1.000 euros, como motivo para no tener en cuenta la ausencia de criterios de graduación, pero no debe olvidarse que el sancionado es director de un medio de comunicación social que ha invocado en la demanda el derecho a la libertad de información que, como dice, no sólo protege un interés individual sino que entraña el reconocimiento y garantía de la existencia de una opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático. En ese contexto la cuantía de la sanción no es lo relevante, por estar en juego la libertad de información. La libertad de información sobre asuntos públicos es tan importante para un gobierno democrático como el corazón para el cuerpo humano, porque esa libertad es el corazón mismo del sistema. <Así lo afirmaba en un célebre voto particular el Juez Black a Sentencia de 1941 del Tribunal Supremo norteamericano en el caso Milk Wagon Drivers Union of Chicago v. Meadowmoor (STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 3 del 2º VP)>. Justificación de que la decisión del proceso depende de la validez de las normas en cuestión.

- Las normas cuya constitucionalidad se cuestiona son aplicables al fallo y son determinantes del mismo. La sanción de 1.000 euros fue impuesta al recurrente por el acuerdo de la JEC impugnado porque «incurrió en la infracción tipificada en el artículo

153 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, por incumplimiento de la obligación contemplada en el artículo 53 de dicha Ley». La JEC ha apreciado la infracción basándose en que la Ley Electoral define como campaña electoral "el conjunto de actividades lícitas llevadas a cabo por los candidatos, partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones en orden a la captación de sufragios" (art. 50.4 LOREG) y a tal efecto considera que los medios de comunicación pueden infringir el artículo 53. De este modo, el artículo 50.4 LOREG determina el tipo sancionador. Asimismo, imputa la conducta infractora al recurrente en aplicación de la Ley 14/1966, de 18 de marzo, de Prensa e Imprenta, citando expresamente y transcribiendo sus artículos 34 y 39. Las normas que se cuestionan son de aplicación necesaria al caso en el sentido del art. 35 LOTC, en cuanto la sanción impuesta se basa directamente en ellas. En la medida en que las normas invocadas por la resolución impugnada fuesen contrarias a la Constitución, en particular el art. 153 LOREG, que es la norma que habilita la propia potestad sancionadora de la Junta Electoral, esa declaración abocaría a la nulidad de la sanción impuesta y a la estimación de la demanda. El mismo efecto resultaría de la eventual inconstitucionalidad de las normas en las que la JEC se ha apoyado, como queda expuesto, para integrar el tipo objetivo y subjetivo que le permite la calificación de la infracción y su imputación al recurrente, como director del periódico ABC en el que se publicó la entrevista. De ahí la indiscutible relevancia de la cuestión, entendida como "la relación necesaria entre el fallo del proceso judicial y la validez de la norma cuestionada (SSTC 254/2004, de 23 de diciembre, FJ 2; 47/2010, de 8 de septiembre, FJ 3; y 42/2013, de 14 de febrero, FJ 2, entre otras muchas)" (ATC 9/2015, de 20 de enero). Queda formulado así el juicio de relevancia. En atención a lo expuesto, de conformidad con los artículos 35 y 36 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, procede plantear la cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 153.1 LOREG; del artículo 153.1 en relación con el artículo 53 y 50.4 LOREG y del artículo 153.1 en relación con los artículos 53.1, 50.4 y 29 y 34 de la LPI, por vulneración del principio de seguridad jurídica que garantiza el artículo 9.3 CE y por infracción de la garantía que deriva del mandato de taxatividad del artículo 25.1 CE. Por todo ello, la Sala, acuerda: Plantear ante el Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 153.1 LOREG; con el artículo 153.1 en relación con el artículo 53 y 50.4 LOREG y con el artículo 153.1 en relación con los artículos 53.1, 50.4 y 29 y 34 de la LPI, por infracción de la garantía que deriva del mandato de taxatividad de las infracciones y determinación de las sanciones del artículo 25.1 CE y por vulneración autónoma del principio de seguridad jurídica que garantiza el artículo 9.3 CE.

DATOS SENTENCIA

Recurso Ordinario de Casación núm. 5/2019
 Sentencia núm. 134/2020
 Fecha Sentencia: 5 de febrero de 2020
 Ponente: Excmo. Sr. D. Octavio Juan Herrero Pina.

TEMA

Derecho de gracia: denegación de indulto.

ASPECTOS EXAMINADOS

- El recurso se fundamenta en la falta de justificación de la decisión denegatoria del indulto o, en palabras de la demanda, en la falta del «soporte de razonamiento y lógica jurídica suficiente para sostener el acuerdo de denegación, en relación con los hechos que constan en el expediente, siendo imposible conocer las razones esgrimidas por el Gobierno para la denegación de un indulto» y en congruencia con ello solicita en la demanda que se «se ordene al Consejo de Ministros que adopte una nueva resolución expresando haber sido adoptada con pleno conocimiento de los hechos y de todas las circunstancias y después de un estudio detenido sobre las consecuencias que haya de producir, bajo el aspecto de la justicia, de la equidad o de la conveniencia social», y todo ello sobre la base de considerar que no ha de distinguirse entre los acuerdos de denegación y los de concesión del indulto.
- Pues bien, tal planteamiento no puede prosperar si se tiene en cuenta que los acuerdos negatorios de la concesión de indulto constituyen actos graciables, como categoría distinta de los actos discrecionales y controlables exclusivamente en cuanto a determinados elementos. Así se desprende de la doctrina establecida en casos similares en las sentencias de esta Sala de 28-5-2015, rec.435/14, 26-2-2016, rec. 833/2015 y 13-11-2015, rec.921/2014, en las que se hace referencia al abundante acervo jurisprudencial en orden al alcance de la revisión jurisdiccional de las decisiones de indulto, de las que sólo algunas se pronuncian sobre acuerdos de concesión de indulto (casaciones 166/2001, 26/2006, 68/2009, 165/2012 y 13/2013), siendo el resto, pronunciamientos sobre acuerdos denegatorios, tales como las de 30 de enero de 2014, casación 407/12; 15 de

septiembre de 2014, casación 109/14; 14 de noviembre de 2014, casación 251/14; 28 de mayo de 2015, casación 435/14, y, 13 de noviembre de 2015 casación 921/14, todas relativas a acuerdos denegatorios de indulto.

Como se recoge en dichas sentencias, la doctrina puede condensarse en los siguientes parámetros:

- 1) El control no puede afectar a los defectos de motivación;
- 2) Sólo alcanza a los elementos reglados del procedimiento (incluidos los informes preceptivos y no vinculantes los que alude la Ley de Indulto);
- 3) No se extiende a la valoración de los requisitos de carácter sustantivo.

La sentencia del Pleno de 20 de noviembre de 2013, se pronuncia sobre un supuesto de concesión de indulto y es a la justificación de tales acuerdos, en cuanto suponen la excepción al principio de ejecución de las penas, a la que se refiere cuando señala las exigencias que garanticen un ejercicio de la gracia de indulto que no resulte arbitrario desde la consideración de los objetivos que se persiguen según la Ley de Indulto, exigencias que no resultan aplicables a supuestos, como el de autos, de denegación. Es en tal sentido de concesión del indulto que la sentencia del Pleno, que se invoca, contempla un control consistente en la necesidad de «especificar las razones de justicia, equidad o utilidad pública» que justifican el indulto, «control meramente externo, que debe limitarse a la comprobación de si el Acuerdo de indulto cuenta con soporte fáctico suficiente -cuyo contenido no podemos revisar- para, en un proceso de lógica jurídica, soportar las razones exigidas por el legislador, pudiendo, pues, examinarse si en ese proceso se ha incurrido en error material patente, en arbitrariedad o en manifiesta irrazonabilidad». Se trata de un control del ejercicio positivo de la potestad de indulto se limita a verificar si el Acuerdo de indulto obedece a razones de «justicia, equidad y utilidad pública», a las que se subordina su concesión.

Ahora bien, las sentencias citadas precisan, en contra de lo que se sostiene por el recurrente, que esa exigencia, desde luego, no es predicable de los acuerdos de denegación de indulto, como hemos tenido ocasión de manifestar en nuestras sentencias, dictadas con posterioridad a dicho Pleno, porque las denegaciones de indulto no se oponen al principio de ejecutividad de las sentencias firmes, que, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 117 y 118 CE, corresponde garantizar a los Juzgados y Tribunales. «En otras palabras –decíamos en dichas Sentencias- no existe un derecho subjetivo al indulto, sino tan solo a solicitarlo y a que se tramite en su caso por el procedimiento legalmente establecido, y resuelva sin arbitrariedad». Se mantiene por lo tanto, respecto de los acuerdos de denegación de indulto, el criterio de no exigencia de motivación, según la constante jurisprudencia de esta Sala, que se plasma, entre otras, en la sentencia de 23 de enero de 2008, en la que se indica que «esta Sala ha declarado en sentencia de 16 de enero de 2.008 que, como se recoge en sentencia de 12 de diciembre de 2.007, existe una línea jurisprudencial reiterada, y que se recuerda, a título de ejemplo, en sentencias de 27 de mayo de 2.003, 16 de febrero de 2.005 y 11 de enero de 2.006, conforme a la cual el ejercicio del derecho de gracia de indulto aparece regulado en la Ley de 18 de junio de 1.870, modificada por la Ley 1/1.988 de 14 de enero, que lo configura como un acto controlable en vía jurisdiccional, según hemos declarado en reiterada jurisprudencia de esta Sala de la que es ejemplo la sentencia de 3 de junio de 2.004, exclusivamente en lo que a los aspectos formales de tramitación se refiere, puesto que, como ya declaramos en sentencia de 21 de mayo de 2.001, el control que esta jurisdicción contencioso administrativa puede ejercitar sobre el tipo de acto de que aquí se trata se encuentra limitado a los aspectos formales de su elaboración; concretamente, a si se han solicitado los informes que la Ley establece como preceptivos, informes que, por otro lado, no resultan vinculantes. Y ello, puesto que el control jurisdiccional que nos corresponde es el de los elementos reglados en cuanto al procedimiento para solicitar y conceder la gracia de indulto regulado en los artículos 19 a 32 de la Ley de Indulto. No resultan, en definitiva, como venimos reiteradamente recordando, de aplicación al caso los requisitos que para los auténticos actos administrativos establece la Ley 30/1992, y entre ellos, y fundamentalmente, el de la motivación, que no es exigible en las decisiones que sobre el ejercicio del derecho de gracia se adopten por el Gobierno...». Tal jurisprudencia se apoya en la naturaleza del acto en cuestión, pues, como indican numerosas sentencias, caso de la de 16 de febrero de 2005, «el acuerdo negatorio de la concesión de indulto constituye un acto graciable, como categoría distinta de los actos discrecionales y controlable exclusivamente en cuanto a sus elementos reglados por esta Sala», a lo que ha de añadirse, como indica el Ministerio Fiscal, que los acuerdos de denegación de indulto no suponen una excepción a la regla general de ejecución de las penas impuestas por sentencia firme, por lo que no se advierte la necesidad de justificar las razones de la decisión, que no afecta a esa regla general ni a un derecho inexistente al indulto. En consecuencia, dado que las alegaciones que se formulan por el recurrente en la demanda se limitan a la falta de justificación del acuerdo denegatorio impugnado y no ponen en cuestión la observancia de concretos trámites propios del procedimiento de indulto ni se proyectan sobre otros elementos reglados susceptibles de control judicial en relación con los acuerdos denegatorios de indulto, el recurso debe ser desestimado. Por todo ello procede desestimar el recurso.

DATOS SENTENCIA

Recurso de Revisión núm. 39/2018
 Sentencia núm. 128/2020
 Fecha Sentencia: 4 de febrero de 2020
 Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco José Navarro Sanchis.

TEMA

Procedimiento de Revisión: existencia de maquinación fraudulenta.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Tema: Recurso ante la Audiencia Nacional contra la denegación, por silencio administrativo, del recurso de alzada interpuesto, el 6 de agosto de 2012, contra la resolución de la Comisión de Reclamaciones del Consejo de Universidades, de 21 de junio de 2012, que desestimó la formulada contra la resolución de la Comisión de Acreditación de la ANECA, a su vez desestimatoria de la solicitud de acreditación formulada por la demandante para el Cuerpo de Catedráticos.
- ASPECTOS EXAMINADOS
- Se impugna, en la presente demanda de revisión, la sentencia de 21 de noviembre de 2016, de la Sala Contencioso-Administrativo (Sección Cuarta) del Tribunal Supremo, en el recurso de casación núm. 5/2015, que inadmitió el interpuesto contra la sentencia de 18 de noviembre de 2014, dictada por la Sección Sexta de la Sala homóloga de la Audiencia Nacional en el recurso núm. 75/2014, acción que se fundamenta en la causa de revisión del artículo 102.1.d) de la LJCA y 511 y siguientes de la LEC.
- La jurisprudencia constante y reiterada de este Tribunal Supremo, representada, entre otras, por la sentencia 12 de junio de 2009 (recurso de revisión nº 10/2006), ha declarado que el recurso de revisión -en la actualidad, procedimiento de revisión- es un remedio de carácter excepcional y extraordinario de rescisión de las sentencias por la aparición de determinadas causas sobrevenidas y graves. En función de su naturaleza, ha de ser objeto de una aplicación restrictiva. Además, ha de circunscribirse, en cuanto a su fundamento, a los casos o motivos taxativamente señalados en el artículo 102 de la Ley de esta Jurisdicción. El recurso de revisión debe tener, pues, un exacto encaje en alguno de los concretos casos en que se autoriza legalmente su interposición. Tal índole excepcional exige un enjuiciamiento inspirado en criterios rigurosos de aplicación, al suponer dicha modalidad de revisión una excepción al principio de intangibilidad de la cosa juzgada. Por ello sólo es procedente cuando se den los presupuestos que la Ley de la Jurisdicción señala y se cumpla alguno de los motivos taxativamente fijados en ella. La acción de revisión ha de basarse, para ser admisible, en la concurrencia de alguno de tales tasados motivos, a la luz de una interpretación forzosamente estricta, con proscripción de cualquier interpretación extensiva o analógica de los supuestos legales. Por su propia naturaleza, esta modalidad impugnatoria no constituye una nueva instancia, ni cabe utilizarla para corregir los defectos formales o de fondo que puedan alegarse frente a la sentencia firme. Es el carácter excepcional del recurso el que no permite reabrir un proceso decidido por sentencia firme para intentar una nueva resolución sobre lo ya alegado y decidido para convertir el recurso en una nueva y posterior instancia contra sentencia firme. El recurso de revisión no es, en definitiva, una instancia jurisdiccional que permita un nuevo replanteamiento de la cuestión discutida en la instancia ordinaria anterior, al margen de la propia perspectiva del recurso extraordinario de revisión. De ahí la imposibilidad de corregir, por cualquiera de sus motivos, la valoración de la prueba hecha por la sentencia firme impugnada, o de suplir omisiones o insuficiencias de prueba en que hubiera podido incurrirse en la primera instancia jurisdiccional. Quiere decirse con lo expuesto que este procedimiento de revisión no puede ser concebido siquiera como una última o suprema instancia en la que pueda plantearse de nuevo el caso debatido ante el Tribunal a quo, ni tampoco como un medio de corregir los errores de aplicación jurídica en que, eventualmente, hubiera podido incurrir la sentencia impugnada. No cabe, por tanto, olvidar que el recurso de revisión no se ha establecido como remedio para corregir sentencias supuestamente injustas, sino para rescindir las ganadas injustamente. Es decir, aunque hipotéticamente pudiera estimarse que la sentencia firme recurrida había interpretado de forma equivocada la legalidad aplicable al caso controvertido o valorado en forma no adecuada los hechos y las pruebas tenidos en cuenta en la instancia o instancias jurisdiccionales, no sería el proceso de revisión el cauce procesal adecuado para enmendar tales desviaciones.
- La parte demandante invoca, como causa de revisión, la existencia de una maquinación fraudulenta, lo que nos conduce al apartado d) del citado precepto, que señala que habrá lugar a la revisión de una sentencia firme si se hubiere dictado sentencia en virtud de cohecho, prevaricación, violencia u otra maquinación fraudulenta. Esta Sala ha señalado como fundamento de la institución jurídica que el precepto "[...] contempla supuestos de conductas ilícitas aptas para viciar el resultado del proceso, dentro de las cuales, algunas son delictivas (cohecho y prevaricación), mientras que otras, siendo ilegítimas, no presentan necesariamente los caracteres de delictivos (violencia o maquinación fraudulenta)"; y que si bien

"la apreciación de las primeras, ya que de delitos se trata, exige la previa declaración de un tribunal penal [...] las segundas incluyen supuestos de violencia moral o intimidación y de actuaciones dirigidas intencionadamente a falsear ilegítimamente el resultado del proceso", siendo preciso para ser apreciadas "acreditar la realidad de la conducta maliciosa de la parte beneficiada con la sentencia, tendente a conseguir mediante argucias, artificios o ardidés una ventaja o lesión de la contraria" [Sentencia de 17 de noviembre de 2006 (rec. rev. núm. 3/2004), FD Séptimo]. También hemos señalado, en la misma línea, que para que prospere este motivo "[...] es preciso probar la realidad o certidumbre de haberse realizado maquinaciones fraudulentas o engañosas; que tales maquinaciones hayan torcido erróneamente la conciencia o voluntad del Juzgador, y que la sentencia sea injusta" [sentencias de 14 de septiembre de 2007 (rec. rev. núm. 19/2006), FD Tercero; y de 21 de octubre de 2008 (rec. rev. núm. 21/2007), FD Quinto]; y, en fin, que es necesario en todo caso "que se haya llevado a cabo una irrefutable demostración de que se ha llegado al fallo recurrido por medio de ardidés, argucias o artificios, dolosos e intencionados, encaminados a impedir la defensa de la otra parte" [Sentencia de 11 de diciembre de 2007 (rec. rev. núm. 14/2006), FD Cuarto]. En el mismo sentido se expresa más recientemente la sentencia de 30 de abril de 2009 (revisión nº 21/2008). Por otro lado, la sentencia de 30 de abril de 2009 (demanda de revisión nº 3/2008), ha individualizado los requisitos para poder apreciar la maquinación fraudulenta a los efectos del precepto antes citado. Estos son los siguientes: a) Que se haya llevado a cabo una irrefutable demostración de que se ha llegado al fallo recurrido por medio de ardidés, argucias o artificios, dolosos e intencionados, encaminados a impedir la defensa de la otra parte. b) Que tales maquinaciones hayan torcido erróneamente la voluntad del juzgador. c) Que la sentencia recaída sea injusta, existiendo un eficiente nexo causal entre el proceder malicioso y la resolución judicial. d) Que no es factible identificar, sin más, la maquinación con un vicio de procedimiento, por grave que aparezca, o con el simple quebrantamiento de las formas de juicio, siquiera sean las esenciales, y cuya omisión provoque la indefensión, para las cuales no existe este medio impugnatorio rigurosamente extraordinario, sino el régimen de los recursos ordinarios y demás vías impugnatorias (si son todavía factibles). e) En todo caso, es necesario que la maquinación fraudulenta alegada tenga relevancia para la determinación del fallo producido en la sentencia que se recurre.

- Pues bien, aplicando los principios de la doctrina expuesta al presente asunto, es notorio que el recurrente no ofrece la menor explicación para justificar la supuesta maquinación insidiosa que denuncia, ni la acompaña del menor principio de prueba o de argumento que lo avale o lo haga verosímil. Como hemos reseñado, la apreciación de este motivo requiere la prueba irrefutable de la existencia de ardidés, artificios fraudulentos o asechanzas en virtud de los cuales hubiera sido obtenida la sentencia, de su utilización en el procedimiento jurisdiccional a que hubiese puesto fin aquélla en términos tales que hubieran torcido erróneamente la voluntad del juzgador, así como de la existencia de un eficiente nexo causal entre el proceder malicioso y la resolución judicial. En este caso, como hace notar el Ministerio Fiscal, no se cumple el requisito de la prueba irrefutable de los supuestos ardidés o artificios fraudulentos que habrían servido de medio o instrumento para la obtención de la sentencia ahora censurada; más aún, ni tan siquiera se han concretado o enunciado los hechos o datos que permitan sostener la existencia de las "maquinaciones fraudulentas", ni tampoco el nexo causal entre éstas y el sentido del fallo recurrido. Además, es procesalmente insostenible considerar que el hecho de que se silenciase, en la contestación a la demanda, la respuesta a un argumento esgrimido por la contraparte en su escrito de demanda, aun cuando fuera verdad tal aseveración, entraña un caso de maquinación fraudulenta. Es decir, no está presente aquí la maniobra, ardid o maquinación fraudulenta tan grave como ligeramente atribuida a la defensa procesal de la Administración. No es admisible que tal maquinación se hubiera desplegado dentro del proceso y no fuera advertida y denunciada durante su sustanciación, pues no por otra razón establece la LEC un plazo específico de tres meses para promover la revisión de la sentencia "...desde el día en que se descubrieren los documentos decisivos, el cohecho, la violencia o el fraude, o en que se hubiere reconocido o declarado la falsedad", plazo que carecería de sentido propio si la insidia o artificio imputado a la Administración y a su defensor legal fuera descubierto por la parte actora -debe entenderse que también denunciado- antes del dictado de la sentencia. Tampoco se razona específicamente sobre la eficacia de la supuesta maniobra procesal, imaginada por la recurrente, en tanto conducente causalmente al fallo desestimatorio de la sentencia, que conforme a la causa legal reivindicada, tiene que haber sido dictada "en virtud" de maquinación fraudulenta, estableciendo así un nexo causal inexorable entre la conducta procesal de la contraparte y el sentido del fallo de la sentencia, lo que no sólo no se ha acreditado seriamente, ni aun intentado, sino que es descartable de un modo total y rotundo. Tal vez la parte recurrente o su defensor procesal no sean totalmente conscientes de que utilizan un excepcional medio legal de un modo, cuando menos, ligero e imprudente, en tanto ponen en tela de juicio la observancia de la buena fe procesal del Abogado del Estado con fundamento sólo en una omisión -que parece incompatible con la idea de que se haya urdido a su través una artimaña, fraude o engaño- y, además, atribuyen, es posible que inadvertidamente, una extraordinaria ingenuidad y candidez a los componentes de la Sala sentenciadora, impropia de la función jurisdiccional de éstos. Por lo anteriormente expuesto, el proceso de revisión debe ser desestimado.

DATOS SENTENCIA

Error Judicial núm. 18/2019

Sentencia núm. 164/2020

Fecha Sentencia: 10 de febrero de 2020

Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Montero Fernández.

TEMA

Error Judicial. Ámbito y exigencias.

ASPECTOS EXAMINADOS

- La sentencia señala como acto objeto de impugnación «la desestimación presunta por silencio administrativo, por el que se deniega la responsabilidad patrimonial formulada por el actor en fecha 30.9.2014 y contra Decreto de Alcaldía, de fecha 25.9.2018 por el que se estima parcialmente la reclamación, reconociendo el derecho a percibir la cantidad de 410,30 euros, desestimando el resto de la reclamación formulada»; si bien en el Razonamiento Jurídico Primero matiza que «El objeto de este recurso contencioso, es la reclamación de las diferencias retributivas reclamadas por el actor al Ayuntamiento de Aldeanueva de la Serrezuela, correspondiente al período no prescrito (años 2010 a 2014)...».

Inicia el juzgador el análisis de la controversia dando cuenta de la manifestación de la parte recurrente sobre presuntos delitos del Alcalde de la corporación, pero por las razones que recoge expresamente considera que no puede tenerse en cuenta en el enjuiciamiento que realiza, «La alegación sobre la presunta comisión de delitos por lo tanto no puede ser analizada por el juzgado contencioso-administrativo...», y sin solución de continuidad distingue los dos conceptos que, a entender del reclamante, aún quedaban por liquidar, uno las retribuciones pendientes por aplicación de la Ley 7/2007, y el otro referido a la paga extra de la navidad de 2012. Respecto de la primera analiza el documento por el que la parte actora reconoce haber recibido las cantidades adeudadas como consecuencia del cese de 20 de mayo de 2014, al efecto aplica la doctrina de los actos propios y la falta de vicio en su consentimiento, y entra a analizar la doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo sobre la validez y alcance de los finiquitos, expresamente hecha valer por la parte recurrente. Sobre el segundo de los conceptos examina el órgano judicial los documentos obrantes y las alegaciones de las partes para concluir que efectivamente se ha abonado en su totalidad el monto correspondiente a la paga extra de 2012. Aun cuando la parte no extiende la demanda de error al auto de 17 de diciembre de 2018, en el mismo resuelve el Juzgado el incidente de nulidad que planteó la parte recurrente contra la sentencia. Aclara el juzgador que por Decreto de 25 de septiembre de 2018 se estimó parcialmente la reclamación y que acota el objeto del recurso contencioso administrativo al no ser debatido dicho extremo, sin que pueda hablar de allanamiento, sino que supuso una satisfacción extraprocésal parcial de la pretensión de la parte actora; y que se analizó la reclamación sobre la paga extra de 2012; por lo que se dio respuesta a todas las cuestiones controvertidas, sin existir la incongruencia alegada de manera confusa y sin concreción, ni la indefensión basada en restricciones que tampoco se identifican. También sale al paso de la indicación de la parte actora sobre la falta de alusión a ilícitos penales, recordando que expresamente se hizo constar en las páginas 37 y 38 de la demanda. Tampoco considera que haya vulneración de la tutela judicial efectiva, puesto que ninguna indefensión se produce por analizar la resolución expresa cuyo conocimiento era anterior a la celebración de la vista. Señalando que se utiliza el incidente de nulidad para volver a plantear el debate ya resuelto y poner de manifiesto la discrepancia con el parecer del juzgador.

- El objeto del procedimiento sobre error judicial es la concreta resolución judicial combatida, en este caso exclusivamente la sentencia dictada, y su finalidad es determinar si se cumple en su dictado los criterios de razonabilidad en las conclusiones fácticas o jurídicas alcanzadas, de suerte que estas, como señala una consolidada jurisprudencia, no resulten ilógicas, irracionales, esperpénticas o absurdas o trasluzcan ostensible e indubitadamente desconocimiento del ordenamiento jurídico. El error judicial se corresponde con la equivocación manifiesta y palmaria en la fijación de los hechos o en la interpretación o aplicación de la norma. De ahí que el rigor y la extraordinaria intensidad que exige el concepto de error judicial sea exigencia obligada de su naturaleza y finalidad. No hay error censurable mediante este remedio extraordinario cuando sólo cabe identificar el mero desacierto, menos aun cuando la base sobre la que se asienta es la discrepancia con lo resuelto a modo de escrito de réplica o recurso de apelación o casación contra la resolución judicial, puesto que como tantas veces hemos dicho, «el proceso por error judicial, regulado en el artículo 293 de la LOPJ como consecuencia del mandato contenido en el artículo 121 CE, no es una tercera instancia o casación encubierta», utilizado por el recurrente para reiterar su posición. Todo lo cual se plasma en una jurisprudencia constante y unánime en la que se ha dejado dicho que "no toda posible equivocación es susceptible de conceptuarse como error judicial, sino que esta calificación ha de reservarse a supuestos especiales cualificados en los que se advierta en la resolución judicial un error «craso», «patente», «indubitado», «incontestable», «flagrante», que haya provocado «conclusiones fácticas o jurídicas ilógicas, irracionales, esperpénticas o

absurdas», o respecto de la interpretación o aplicación de la norma se dice que sólo cabe su apreciación cuando el órgano judicial ha “actuado abiertamente fuera de los cauces legales”, realizando una “aplicación del derecho basada en normas inexistentes o entendidas fuera de todo sentido”. En la misma línea jurisprudencial se ha señalado que no existe error judicial “cuando el Tribunal mantiene un criterio racional y explicable dentro de las normas de la hermenéutica jurídica”, “ni cuando se trate de interpretaciones de la norma que, acertada o equivocadamente, obedezcan a un proceso lógico”, puesto que “no es el desacierto lo que trata de corregir la declaración de error judicial, sino la desatención, la desidia o la falta de interés jurídico, conceptos introductores de un factor de desorden, originador del deber, a cargo del Estado, de indemnizar los daños causados directamente, sin necesidad de declarar la culpabilidad del juzgador”. La propia simplicidad de la controversia dificulta que pueda identificarse un error con la intensidad que se requiere para que prospere este procedimiento. Recordemos que la controversia giraba en torno a la reclamación de unas retribuciones dejadas de percibir por el actor, período no prescrito, en su condición de secretario-interventor en el municipio de Aldeanueva de la Serrezuela, que fueron reclamadas en 30 de septiembre de 2014 –“que le fuera reconocida la cantidad de 1774,44 €”-, la Administración por Decreto de la Alcaldía de 25 de septiembre de 2018 le reconoce parte de la deuda, y el Juzgado examina y resuelve el resto de los conceptos no reconocidos, desestimando la pretensión pendiente de satisfacer por considerar en base a la prueba documental consistente en finiquito firmado por el recurrente que había declarado haber recibido las cantidades adeudadas y por entender que con los 410,30 euros reconocidos se abarcaba la totalidad de lo debido por la paga extra correspondiente a 2012. En cuanto al primer concepto la sentencia analiza el documento y rechaza que existiera vicio alguno en el consentimiento del actor, con expresa cita jurisprudencial sobre el valor y alcance de los finiquitos; respecto del segundo explica suficientemente por qué no cabe sumar a la cantidad abonada la totalidad reclamada. Frente a ello, nos encontramos con un abigarrado y confuso escrito de la parte recurrente, en el que trae a colación cuestiones ajenas completamente no ya al caso concreto objeto del debate en la instancia, sino ajeno de todo punto al objeto concreto de este proceso de error judicial, que, insistimos, no es otro que la sentencia. Nos ilustra la parte recurrente sobre los antecedentes del asunto enjuiciado, pero añade las vicisitudes de otras reclamaciones, y su resultado, dirigidas a otros municipios en los que ejerció su función, para a reglón seguido, con dudosa técnica procesal, entrar sobre los supuestos vicios constitutivos del denunciado error judicial. Como se ha dicho el escrito de la parte recurrente adolece de claridad, siendo, por demás, conceptualmente deficiente lo que le hace derivar hacia un replanteamiento de la cuestión ya enjuiciada, utilizando indebidamente este procedimiento aspirando a que resolvamos sobre la suma reclamada más 10.000 euros por daños morales -tal y como desarrolla en el apartado denominado “de los perjuicios”-, lo que excede y desborda el ámbito material del procedimiento de error judicial, limitado a reconocer y declarar dicho error a los efectos derivados de dicha declaración - el proceso especial de error judicial sirve al propósito de obtener un título jurídico válido, de procedencia judicial, para obtener una reparación a cargo del Estado como consecuencia de un error de los órganos de la jurisdicción padecido en su actividad de juzgar-. Junto a ello entremezcla alegaciones sobre una supuesta incongruencia omisiva en la sentencia de instancia con otras que iban directamente referidas al tema de fondo examinado en el proceso, y estas últimas, a su vez, discutían tanto la apreciación de los hechos concurrentes efectuada por el Tribunal de instancia como la interpretación de la jurisprudencia recogida; en fin, se utiliza el procedimiento de error judicial a modo de impugnación global de la sentencia, sin reparar en su funcionalidad procesal. Señala la incongruencia de la sentencia por error clamoroso, manifiesto, flagrante en los hechos e indefensión producida, concretada en que en la vista se solicitó una estimación parcial de la demanda por la demandada y el fallo declara la desestimación total, debiendo haber aceptado el allanamiento parcial del demandado; además existe contradicción, aparte de no corresponderse con la realidad, entre los Antecedentes de hecho primero y segundo, en aquel se dice que también se recurre el Decreto de la Alcaldía de 25 de septiembre de 2018 con reconocimiento parcial de la reclamación, para en el segundo afirmarse que la administración solicitó se dictara sentencia desestimatoria. Declarando ajustada a Derecho una resolución que no se ha recurrido. Lo que vulnera el principio de tutela judicial efectiva. A lo anterior añade que en modo alguno adujo la posible comisión de un delito por el alcalde, tal y como se recoge en la sentencia.

- Pues bien, toda estas denuncias, de concurrir, lejos están de evidenciar un error judicial en el sentido que hemos delimitado; en el mejor de los casos estaríamos ante un defecto de incongruencia irrelevante, en la medida en que ni afectan al fondo de la cuestión enjuiciada, ni suponen vicio formal alguno invalidante, ni afecta al derecho a la defensa o a la tutela judicial efectiva, en tanto que la parte ha desarrollado su defensa en plenitud, recibiendo una respuesta judicial fundada y congruente. Cierto que en la sentencia se identifica como resoluciones impugnadas no sólo la presunta por silencio, sino también el Decreto reconociendo parcialmente la pretensión actora, o lo que es lo mismo desestimando parcialmente la pretensión actora, pero con ello no se incurre por el juzgador en error alguno, sino que viene a suplir la obligación que incumbía a la parte recurrente, de suerte que fue amparado al evitar las consecuencias que le pudo acarrear la falta de ampliación de la demanda a un acto que le había sido notificado previamente a la vista, en tal sentido véase las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2015 y de 2 de julio de 2018, en tanto que dado que hubo una resolución expresa parcialmente estimatoria de la pretensión, al alterarse la situación que deriva de la ficción legal de desestimación del silencio administrativo negativo, art. 36. 1 LJCA se imponía, en principio, al demandante la carga de ampliar el recurso, debiendo

haber modificado la pretensión para adecuarla al acto administrativo que sustituye a la ficción legal en que consiste el silencio administrativo. En estas circunstancias, resulta absolutamente coherente el relato que se recoge en la sentencia, y absolutamente coherente con la postura procesal de la Administración demandada, en tanto que ante la nueva realidad, la estimación parcial, quedando por dilucidar sólo el resto de la pretensión no atendida en sede administrativa, modificada la pretensión, como no podía ser de otra manera, el objeto del recurso quedaba circunscrito a la suma pendiente, la Administración al no haber ampliado el demandante el recurso al acto expreso en la vista no podía más que solicitar conforme a lo ya resuelto la desestimación parcial, y el juzgador, ante el acto expreso, supliendo la conducta debida del recurrente, puesto que se había producido una modificación sustancial de la pretensión y debía ampliar la demanda al nuevo acto, reflejó en el cuerpo de la demanda el acto expreso -esto es, la desestimación parcial- y la postura de la Administración, la desestimación de la pretensión que quedaba por dilucidar. Con todo, en modo alguno era procedente una declaración de allanamiento parcial, puesto que ni estamos ante dicha figura, ni consta autorización obligatoria alguna para solicitarlo, y en todo caso ante una satisfacción parcial de la pretensión, en tanto que no podía ponerse fin al pleito sin dictar sentencia, lo correcto era no utilizar el cauce del art. 76 de la LJCA, sino, tal y como se hizo, acotar la pretensión y el acto recurrido, y dictar una sentencia acorde con la realidad surgida por la resolución extemporánea de la reclamación. En definitiva, no sólo no hubo incongruencia alguna, sino que el proceder del juzgador de instancia, en base a la protección del principio de tutela judicial efectiva, resultó el más adecuado y, desde luego, absolutamente correcto, por más que la parte recurrente no ampliara el recurso al acto expreso. Respecto de la alusión a un posible delito cometido por el Alcalde, aparte que en el auto recaído en el incidente de nulidad se hace expresa referencia al lugar de la demanda en que consta, lo cierto es que el enjuiciamiento se ha realizado absolutamente al margen de dicha apreciación, de suerte que con más o menos acierto respecto de su referencia, la misma ha resultado irrelevante en el examen y resolución alcanzada, lo cual por su inutilidad en modo alguno ha incidido ni en la posición procesal de las partes ni en el resultado final. El resto de su escrito lo dedica la parte recurrente a combatir el fondo del asunto, intentando en este trámite llevar a la convicción de este Tribunal que el llamado finiquito fue firmado mediante engaño y con vicio del consentimiento; a disentir del alcance y sentido de la jurisprudencia utilizada; y a comparar la controversia y su resolución, con otras reclamaciones y, en particular, con la que prosperó a su favor. Haciendo supuesto de la cuestión cuando habla de incongruencia omisiva por ausencia de respuesta a las pretensiones de las partes, afirmando que existe un desajuste entre el fallo y los términos en los que se ha formulado las pretensiones, sin más especificaciones, cuando es evidente que se ha dado fundada y cumplida respuesta a las pretensiones actuadas, alegaciones que hace la parte en dicho sentido con un claro contenido abstracto y general sobre la base de reproducir la doctrina jurisprudencial -sin citarla- los requisitos de congruencia y motivación de las resoluciones judiciales pero sin aplicarla al caso concreto que nos ocupa, evidenciando una patente confusión entre lo que conceptualmente es una pretensión con lo que sólo son argumentos. En fin, en su escrito la parte recurrente lo que patentiza es una discrepancia con la valoración llevada a cabo por el juzgador pretendiendo que sirva este procedimiento para su rectificación; ciertamente las conclusiones a las que llegó el juzgador y los propios razonamientos que le conduce a las mismas podrán ser discutidos, pero desde luego lo que no cabe es reputarlas arbitrarias, ilógicas o demás gruesos descalificativos que utiliza la parte recurrente. No estamos juzgando el acierto o desacierto del juzgador al enjuiciar la cuestión litigiosa, sólo si su decisión es errónea en el sentido y alcance que la norma y una jurisprudencia constante, antes referida, requieren, y como se ha dicho, en modo alguno concurre estos para que prospere la demanda de error judicial. Lo que se ha venido exponiendo impone, sin necesidad de ninguna otra declaración complementaria, desestimar la demanda para la declaración de error judicial que aquí ha sido enjuiciada.

DATOS AUTO

Conflicto Artículo 42 LOPJ núm. 22/2019

Auto núm. 5/2020

Fecha Auto: 13 de febrero de 2020

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.

TEMA

Conflicto negativo de competencia. Entidad Urbanística de Conservación: Naturaleza administrativa de la reclamación de cuotas efectuadas y falta de jurisdicción de los tribunales del orden civil.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Naturaleza administrativa de la reclamación de cuotas efectuadas y falta de jurisdicción de los tribunales del orden civil. La Sala 1.ª del Tribunal Supremo, en auto de 30 de mayo de 2012, en recurso 203/2009, se ha pronunciado con respecto a una reclamación de cuotas efectuada por una entidad urbanística de conservación contra una de las entidades que se integra en la misma, considerando que su conocimiento no competía a la jurisdicción civil. En dicha resolución se partió de las características fundamentales de las entidades de conservación: «a) Desde el momento de su inscripción en el correspondiente Registro adquieren personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines; b) El ejercicio de funciones públicas es lo que determina que sus actos sean administrativos, susceptibles por tanto de recurso de alzada y de revisión ante la jurisdicción contencioso-administrativa; c) El ejercicio de estas funciones públicas ha de ser llevado a cabo por los propietarios integrados en una Entidad de Conservación, que supone por tanto un cauce institucional de participación; y d) La pertenencia a ellas es obligatoria para todos los propietarios comprendidos en el ámbito territorial». Y continuando con sus razonamientos dicho auto concluye que: «Carece de sentido sostener la competencia de la jurisdicción civil para declarar la existencia de una obligación de carácter administrativo que, además, resulta exigible directamente mediante la vía de apremio, con las consiguientes garantías jurisdiccionales de otro orden».

Con posterioridad se dictó, en idéntico sentido, el auto de dicha Sala 1.ª, de 18 de marzo de 2015, en recurso 835/2013, también en un supuesto de reclamación de cuotas efectuada por una entidad urbanística de conservación contra una de las entidades que la integran. Y, en la STS 26/2015, de 10 de febrero, en un caso de impago de cuotas adeudadas a una Junta de Compensación, igualmente se acordó la falta de jurisdicción civil para el conocimiento de la reclamación de su importe. En definitiva, debemos considerar bien denegado el conocimiento de la presente reclamación por el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de San Lorenzo del Escorial. Ante dicho rechazo, lo que debió hacer la actora es instar al Ayuntamiento de Valdemorillo que iniciara la vía de apremio contra la demandada, quedando el procedimiento sometido al control jurisdiccional contencioso. Lo que no tiene razón jurídica es formular la reclamación ante dicho orden jurisdiccional cuando no hay acto administrativo que fiscalizar. No obstante, el defectuoso ejercicio de la acción no condiciona la decisión de la Sala, que debe pronunciarse en el sentido de considerar que se encuentra bien rechazado el conocimiento del litigio por la jurisdicción civil, toda vez que la reclamación de las cuotas pendientes tiene que llevarse a efecto por la vía administrativa. En el sentido expuesto ha tenido oportunidad de pronunciarse esta misma Sala del art. 42 de la LOPJ, en un supuesto igual al presente, en el auto de 9 de mayo de 2017, dictado en el recurso 4/2017, en el que se razonó: «Conforme al art. 1.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA), corresponde a los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocer "de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo". Y no hay duda de que la Entidad Urbanística de Conservación reclamante tiene la condición de administración pública, ya que es una entidad de derecho público vinculada y sometida al control urbanístico de un ayuntamiento, ante el que puede instar la reclamación de cuotas por el procedimiento administrativo de apremio, actuación que es susceptible de control jurisdiccional ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, conforme al art. 1.2.d) de la LJCA. La exacción de dichas cuotas constituye, en todas sus fases, una actuación sometida al Derecho Administrativo, sin que pueda admitirse que la entidad urbanística de conservación pueda determinar la jurisdicción competente a su voluntad, eligiendo, para la exacción de las cuotas, entre seguir la vía de apremio que puede instar ante el Ayuntamiento del que depende, o acudir a la Jurisdicción civil. Las potestades administrativas no son privilegios otorgadas a las entidades públicas, sino que tienen carácter obligatorio para el ente administrativo. En esta línea se ha pronunciado esta Sala de Conflictos de Competencia en el auto de 24 de octubre de 2005, recaído en el conflicto de competencia 18/2005. » La circunstancia de que la entidad urbanística no haya instado el procedimiento administrativo de apremio ante el Ayuntamiento de Cuenca, del que depende, no altera la naturaleza administrativa de la cuestión litigiosa, sin perjuicio de las consecuencias que, ante la inexistencia de actuación administrativa en procedimiento de apremio, se puedan derivar respecto al pronunciamiento que haya de recaer sobre la acción ejercitada.» En consecuencia, procede declarar que la competencia para conocer del asunto corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa».

DATOS SENTENCIA

Error Judicial núm. 8/2019

Sentencia núm. 235/2020

Fecha Sentencia: 19 de febrero de 2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Isaac Merino Jara.

TEMA

Error Judicial. Necesidad de que la sentencia incurra en un error claro y manifiesto.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Como se ha indicado antes, en el escrito de demanda de error judicial contra la Sentencia de 3 de septiembre de 2018, se alega en síntesis, que la sentencia de 3 de septiembre de 2018, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Castellón de la Plana, en el procedimiento abreviado núm. 46/2017, sobre solicitud de abono de periodos de descanso no disfrutados, considera que no resulta probado que el Sr. SCD no disfrutase de los mentados periodos de descanso, lo que considera un error puesto que, alega el recurrente, de la documentación aportada al procedimiento se desprende que el Ayuntamiento reconoce que el interesado no disfrutaba de esos descansos, limitándose a no abonar ni compensar los mismos.
- Necesidad de que la sentencia incurra en un error claro y manifiesto. Entre muchas otras, la sentencia de 5 de marzo de 2019 (recurso 28/2016), resume la doctrina jurisprudencial sobre las características que ha de revestir la equivocación imputada a una resolución judicial para que pueda ser calificada de error judicial, y lo hace en estos términos en su FJ Segundo: «En las recientes sentencias de 2 de abril (error judicial 12/2017) y de 22 de marzo de 2018 (error judicial 63/2016, FJ 8º) hemos resumido la doctrina jurisprudencial sobre el error judicial subrayando que "La finalidad del procedimiento sobre error judicial es constatar si la resolución jurisdiccional que constituye su objeto cumple con los parámetros de lógica y razonabilidad que resultan inexcusables en toda decisión judicial y responde a un criterio hermenéutico o aplicativo que, pese a que pueda ser objeto de polémica, es reconducible a alguno de los que tiene reconocidos el ordenamiento jurídico. Por lo cual, sólo merece la estricta calificación de error judicial aquel que de manera ostensible e indubitada exteriorice un desconocimiento del ordenamiento, por la falta de aplicación de la norma que necesariamente haya de ser observada en el caso litigioso o por su arbitraria vulneración". De ahí que este específico procedimiento no constituya una nueva instancia o recurso procesal en la que el accionante pueda insistir en el criterio que le haya sido desestimado, con la mera finalidad de que un determinado pronunciamiento sea sustituido por otro de alcance distinto. En este sentido se han expresado las sentencias (que seguidamente se indican) de este Tribunal Supremo dictadas por la Sala Especial del artículo 61 de la LOPJ, la Sala Segunda y la Sala Primera, que sobre esta materia -como se resume también en las sentencias de marzo y abril de 2018 citadas al inicio de este fundamento jurídico- han resaltado lo siguiente: "Que en el proceso de error judicial no se trata de evaluar el desacierto de una decisión judicial sino el mantenimiento de la misma dentro de los límites de la lógica y la razonabilidad en la apreciación de los hechos y en la interpretación del derecho, de tal forma que sólo un error craso, evidente e injustificado puede dar lugar a la declaración de un error judicial, pues este procedimiento no es una nueva instancia en la que el recurrente pueda insistir en el criterio y posición que ya le fue desestimado. (STS de 11 de marzo de 2009, Sala del artículo 61 LOPJ, Procedimiento n.º 9/2008). Que las notas para que pueda ser apreciado un error judicial vienen a ser éstas: que sea patente, indubitado e incontestable (STS de 4 de julio de 2005, Sala del artículo 61 LOPJ, Procedimiento n.º 5/2004). Que sólo puede prosperar cuando la posible falta de adecuación entre lo que debió resolverse y lo que se resolvió sea tan ostensible y clara que cualquier persona versada en derecho pudiera así apreciarlo, sin posibilidad de que pudiera reputarse acertada desde algún punto de vista defendible en Derecho (STS de 8 de mayo de 2000, Sala Segunda, Demanda n.º 1490/1999). Que consiste en el desconocimiento palmario del ordenamiento jurídico y, por ello, en la patente falta de aplicación de la norma aplicable al caso o en la conculcación arbitraria de la misma (STS de 9 de abril de 2002, Sala Segunda, Procedimiento n.º 3370/2000). Que no existe error judicial cuando el tribunal mantiene un criterio racional y explicable dentro de las normas de la hermenéutica jurídica (STS de 4 de julio de 2005, Sala del artículo 61 LOPJ, Procedimiento n.º 5/2004). Que el error judicial se reserva a decisiones injustificables desde el punto de vista del derecho (STS de 7 de abril de 2000, Sala Primera, Recurso n.º 3898/1998). Y que las líneas generales sobre el error judicial parten de la idea fundamental de que la vía que establecen los artículos 292 y 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no es un nuevo cauce para examinar críticamente las conclusiones de una resolución judicial firme de la que se discrepa, sino que es únicamente un medio para hacer posible la reparación de un daño que ha sido provocado por una decisión judicial que de forma manifiesta e incuestionable ha incurrido en un enjuiciamiento equivocado (STS de 4 de julio de 2005, Sala del artículo 61 LOPJ, Procedimiento n.º 5/2004). Como resumen final de todo cuanto acaba de exponerse son convenientes estas puntualizaciones finales que seguidamente se señalan sobre el enjuiciamiento que ha de ser realizado en los procedimientos jurisdiccionales sobre error judicial: (a) el objeto del mismo son las concretas resoluciones judiciales frente a las que haya sido planteada la demanda de error judicial, no la controversia o litigio que por ellas fue decidido (el actual procedimiento, como ya se ha dicho, no es una nueva instancia ni una oportunidad de valorar la prueba); (b) su finalidad es determinar si es de advertir en esas resoluciones un abandono o ignorancia del ordenamiento jurídico que presente esos elementos de sostenibilidad, carácter indubitable, falta de lógica o arbitrariedad que configuran el error judicial; y (c) los elementos de conocimiento que han de utilizarse para este específico enjuiciamiento son los obrantes en las propias actuaciones

procesales en las que hayan sido dictadas las resoluciones jurisdiccionales cuyo error judicial sea pretendido». Inexistencia de error judicial.

- En la presente ocasión, digámoslo ya, no nos encontramos ante un error judicial. En el fundamento de derecho segundo de la sentencia 754/2018, de 3 de septiembre, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm.1 de Castellón se indica, en efecto, que se ha valorado un determinado documento (el 11), pero no se desprende que no se hayan valorados otros, contrariamente a lo que sostiene el Sr. SCD, y particularmente, los documentos 15, 16, 17, 18 y 19, que también se acompañaron a la demanda. En el antecedente de hecho segundo se indica que, admitida la demanda, previa reclamación del expediente administrativo, formularon las partes sus alegaciones, interesando la administración la desestimación del recurso; practicándose la prueba documental por reproducción de los aportados por las partes y el expediente, que obran unidos a las actuaciones. Por su parte, en el precitado fundamento de derecho segundo se indican, entre otros extremos, que de la documentación obrante en el expediente administrativo y de la prueba practicada en el acto del juicio no se ha acreditado que el actor no disfrutara de su permiso de descanso, por ejemplo, mediante pruebas testificales. En resumen, no se acredita en modo alguno que los mentados documentos a los que se refiere la parte (15, 16, 17, 18 y 19) no hayan sido tenidos en cuenta como tampoco se acreditar que no se hayan valorado junto con las restantes pruebas practicadas y los documentos obrantes en el expediente. Como hemos reiterado recientemente, (Sentencia núm. 1.628/2019, de 25 de noviembre de 2019, rec. 44/2018) el proceso por error judicial, regulado en el artículo 293 LOPJ, como consecuencia del mandato contenido en el artículo 121 CE, no es una tercera instancia o casación encubierta "en la que el recurrente pueda insistir, ante otro Tribunal, una vez más, en el criterio y posición que ya le fue desestimado y rechazado anteriormente", sino que este solo puede ser instado con éxito cuando el órgano judicial haya incurrido en una equivocación "manifiesta y palmaria en la fijación de los hechos o en la interpretación o aplicación de la Ley". En particular, la Sala viene señalando con carácter general (por todas, Sentencia de 3 de octubre de 2008 - recurso núm. 7/2007-), que "no toda posible equivocación es susceptible de conceptuarse como error judicial, sino que esta calificación ha de reservarse a supuestos especiales cualificados en los que se advierta en la resolución judicial un error "claro", "patente", "indubitado", "incontestable", "flagrante", que haya provocado "conclusiones fácticas o jurídicas ilógicas, irracionales, espermáticas o absurdas". Y, en relación con el error judicial en la interpretación o aplicación de la Ley, se ha señalado que sólo cabe su apreciación cuando el órgano judicial ha "actuado abiertamente fuera de los cauces legales", realizando una "aplicación del derecho basada en normas inexistentes o entendidas fuera de todo sentido". En todo caso, la Sala ha dejado claro que no existe error judicial "cuando el Tribunal mantiene un criterio racional y explicable dentro de las normas de la hermenéutica jurídica", "ni cuando se trate de interpretaciones de la norma que, acertada o equivocadamente, obedezcan a un proceso lógico", [en este sentido, entre muchas otras, véanse las Sentencias de esta Sala y Sección de 27 de marzo de 2006 (Rec. núm. 6/2004), FD Primero de 20 de junio de 2006; (Rec. 20 de marzo de 2006 Rec. núm. 13/2004), FD Primero; de 15 de enero de 2007 (Rec. núm. 17/2004), FD Segundo; de 12 de marzo de 2007 (Rec. núm., 18/2004), FD Primero; de 30 de mayo de 2007 (Rec. núm. 1/2005), FD Tercero; de 14 de septiembre de 2007 (Rec. núm., 5/2006), FD Segundo; de 30 de abril de 2008 (Rec. núm. 7/2006), FD Cuarto; y de 9 de julio de 2008 (Rec. núm. 6/2007), FD Tercero]. Pues bien, en el presente caso nos encontramos ante una resolución razonable y suficientemente motivada jurídicamente; de la que la parte puede discrepar, naturalmente. Sin embargo, no puede calificarse tal resolución de inmotivada ni puede decirse que la fundamentación sea arbitraria pues llega a unas conclusiones razonables en base a una serie de hechos que considera probados – y otros que considera no probados- y que le llevan desestimar el recurso interpuesto contra la desestimación de la solicitud presentada ante el Ayuntamiento de Castellón de la Plana, en la que se interesaba el abono de los periodos de descanso (intrajornadas) no disfrutados. Por consiguiente, no se aprecia, que se den las condiciones a las nos venimos refiriendo para que apreciemos error judicial.

DATOS SENTENCIA

Recurso de Casación núm. 2852/2017
 Sentencia núm. 922/2019
 Fecha Sentencia: 27 de junio de 2019
 Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

TEMA

Colegio Profesional: toma de postura oficialmente sobre cuestiones políticas que dividen a la sociedad y son ajenas a la función de defensa de los intereses profesionales. Vulneración de las libertades ideológicas y de expresión y su derecho de asociación en sus vertientes negativas de los colegiados recurrentes.

ASPECTOS EXAMINADOS

- El juicio de la Sala por el que se desestima el recurso de casación. La exposición relativamente extensa de las posiciones de las partes y del informe del Ministerio Fiscal que hemos hecho refleja con claridad la controversia planteada y, por tanto, nos ayuda a alcanzar la solución que, conforme a la Constitución y al ordenamiento jurídico por ella presidido, debemos darle. Esa solución no puede ser otra que la desestimación del recurso de casación y la confirmación de la sentencia dictada en apelación por la Sala de Barcelona. Ciñéndonos a la cuestión que nos somete el auto de admisión, pues es el camino que nos impone seguir el artículo 93 de la Ley de la Jurisdicción, debemos precisar, en primer lugar, que, efectivamente, según advierte el Ministerio Fiscal, no está en causa el derecho fundamental de participación política de los colegiados recurrentes en la instancia. La sentencia de apelación excluyó que la adhesión al acuerdo de 14 de octubre de 2013 infringiera el que les asiste y estos no han combatido ese pronunciamiento. En consecuencia, aunque la Sección Primera nos dice que hemos de interpretar en el contexto de este litigio el artículo 23.1 de la Constitución, está claro que no es preciso hacer en este momento otra cosa al respecto que remitirnos a la sentencia de apelación. Por otra parte, nos parece que está suficientemente clara la naturaleza mixta de los colegios profesionales y que, también lo está que su reconocimiento por el artículo 36 de la Constitución obedece a la relevancia pública de su cometido, derivada de la que es propia de los intereses que defienden. Relevancia gracias a la cual prevalece su dimensión pública sobre la privada y explica que la Constitución, además de someterlos a una Ley que tenga en cuenta sus peculiaridades y las de las profesiones tituladas, les imponga una estructura interna y un funcionamiento democráticos. No son, es verdad, Administración Pública los colegios profesionales, pero sí son corporaciones de Derecho Público que ejercen funciones administrativas y la Ley 2/1974, con las modificaciones que en ella ha operado el legislador democrático, les confiere los instrumentos y la autonomía necesarios para la defensa de su profesión respectiva. Ahora bien, en la medida en que la pertenencia a ellas es obligada para el ejercicio de las profesiones tituladas, su vertiente pública adquiere una aun mayor densidad y cualifica sus actuaciones externas, cualesquiera que estas sean. Esta circunstancia explica que pesen sobre ellos especiales exigencias en su proceder que aproximan su posición, sin equipararla, a la de las Administraciones Públicas. Así, los colegios profesionales, mientras disponen de un amplio margen de autonomía para organizarse y funcionar así como para emprender, desarrollar y asumir las iniciativas que entiendan beneficiosas para los intereses profesionales que tienen encomendados, no gozan de ella si se mueven, por decisión de sus órganos gubernativos, fuera de ese ámbito y lo hacen, como este caso, en contra del parecer de alguno o algunos de sus miembros para asumir, además, una opción política de parte que ha provocado una profunda fractura en la sociedad catalana. Se ha dicho en este proceso que el llamado derecho a decidir no afecta a los intereses profesionales de los abogados barceloneses más que a los de cualquier ciudadano, afirmación que parece difícil de rebatir por evidente. Tampoco se puede discutir, por ser notorio, que no hay acuerdo en la sociedad catalana sobre ese llamado derecho a decidir si se quiere amparar en él la independencia de Cataluña.
- Por tanto, el voto favorable del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona a la adhesión al acuerdo de 14 de octubre de 2013 supuso una actuación injustificada desde el punto de vista de sus fines corporativos y contraria a los derechos de sus colegiados disconformes con ella en la medida en que tal adhesión identificó y comprometió a la corporación --su personalidad e imagen son únicas, al igual que es único el Ilustre Colegio recurrente-- con una opción política de parte sin que cupiera a los disconformes la posibilidad de abandonarla. Debe repararse que esa identificación, a la postre partidaria, nada tiene que ver con que se haya considerado conforme a la Constitución el patronazgo de la Virgen o de San Raimundo de Peñafort de los Colegios sevillano y valenciano pues, es verdad, se trata de elementos tradicionales y simbólicos, presentes desde antiguo en esas corporaciones. En cambio, aquí no se discute de tradiciones ni de símbolos sino de la entrada en escena del Ilustre Colegio recurrente --y de los demás que suscribieron el acuerdo de 14 de octubre de 2013 y del propio Consejo que los agrupa-- como actor del juego político tomando posición de parte sobre una cuestión en la que están rotos los consensos sociales.
- De esta manera --tienen razón la sentencia de apelación, los ahora recurridos y el Ministerio Fiscal-- les vulneró sus libertades ideológicas y de expresión y su derecho de asociación en sus vertientes negativas. A todo lo que se ha dicho se ha de añadir que, ciertamente, las personas jurídicas pueden ser titulares de derechos fundamentales, pero solamente de aquellos cuya naturaleza lo permita y, aunque invoque la libertad ideológica y de expresión y el derecho de asociación el Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona, lo cierto es que no puede encontrar en ellos cobertura a su actuación. Una corporación de Derecho Público, representativa de una profesión y a la que es obligatorio afiliarse para ejercerla, no puede abandonar la posición de neutralidad que le es propia en ese campo para asumir posiciones ideológicas y políticas de parte, desconectadas, además, de los intereses profesionales a los que debe servir. En efecto, no ha justificado el Ilustre Colegio recurrente que la adhesión al Pacto Nacional por el Derecho a Decidir forme parte de las funciones que se le encomiendan por la Ley para preservar los intereses específicos de los abogados barceloneses ni ha contradicho el carácter parcial y divisivo de esa iniciativa política. En definitiva, el respeto a la propia institución colegial tal como la configuran la Constitución y la Ley, el respeto a la profesión a la que sirve y a los derechos de sus colegiados, debió llevar al Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona a no comprometerse

como lo hizo. Por tanto, se desestima el recurso de casación porque la sentencia impugnada no incurre en las infracciones al ordenamiento jurídico que les imputaba.

- El juicio de la Sala. La respuesta a la cuestión que presente interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. Cuanto hemos dicho en el fundamento anterior impone responder a la cuestión que nos plantea el auto de admisión diciendo que no es ajustado a Derecho que un colegio profesional --ni, en su caso, el correspondiente Consejo General-- tome oficialmente postura sobre cuestiones políticas que dividen a la sociedad y son ajenas a la función de defensa de los intereses profesionales, en especial cuando sobre ellas existe discrepancia entre los colegiados. Los preceptos constitucionales y legales cuya interpretación reclama no lo autorizan.

SECCIÓN SOCIAL

DATOS SENTENCIA

Sentencia nº. 83/2020

Fecha Sentencia: 29/01/20

Recurso de casación en unificación de doctrina nº 3598/17

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Antonio Blasco Pellicer.

TEMA

Derecho y Cantidad (diferencias salariales por la realización de funciones de superior categoría sin titulación [diferencias entre titulación estatal y la exigida en convenio o por el empresario]).

ASPECTOS EXAMINADOS

- La cuestión que se resuelve en el recurso de casación unificadora consiste en determinar si, para el ejercicio de la actividad de redactor en la televisión pública de Galicia, la exigencia de este ente público de que el trabajador cuente con una titulación específica ha de ser entendida como una titulación académica exigida por norma de origen estatal y de carácter preceptivo. En la sentencia recurrida en casación consta que el actor venía prestando servicios para Radio Televisión de Galicia, realizando las funciones propias de redactor nivel 1, que se correspondían con una categoría superior a la que tenía reconocida, de locutor de radio nivel 2, reclamando por ello las diferencias salariales correspondientes.

La sentencia de instancia estimó la demanda, pero la de suplicación recurrida estimó el recurso de la empresa y revocó dicha resolución de instancia al considerar que para tener derecho a las retribuciones superiores no basta con el desempeño de las mismas, sino que además es preciso que el trabajador se halle en posesión del título legal que habilita para su realización, que en este caso es el título de Licenciado en Ciencias de la Información, rama Periodismo, título del que carecía el actor.

Se denuncia la infracción del artículo 39 ET en relación con el artículo 14 CE, centrándose en reclamar el derecho a retribución por haber realizado funciones de categoría superior, sin que a ello sea obstáculo el no estar en posesión de la titulación requerida, puesto que no existe norma estatal que exija titulación concreta para el desarrollo de las funciones propias de redactor.

El artículo 39.3 ET establece que el trabajador tendrá derecho a la retribución correspondiente a las funciones que efectivamente realice, salvo que sean de un nivel inferior, en cuyo caso, tendrá derecho a las retribuciones de origen. Por tanto, pone de manifiesto la Sala del Alto Tribunal, la regla general es que, cuando el trabajador realice funciones superiores a aquellas en las que está clasificado, debe percibir las retribuciones correspondientes a las que efectivamente realice; por tanto, para percibir diferencias salariales se requiere que sean distintas las funciones desempeñadas y las de origen. La única razón por la que se podría denegar las diferencias salariales estribaría en que quien las pretenda no hubiera podido realizar la prestación laboral correspondiente a las funciones superiores por carecer de titulación legalmente exigida. La titulación legalmente exigida resulta ser, por tanto, un impedimento de orden público que imposibilita la realización de funciones sin poseerla y, consecuentemente, el percibo de la oportuna retribución. Ahora bien, cuando no estamos en presencia de titulación legalmente exigible, sino que la exigencia es meramente convencional o deriva de exigencias unilateralmente impuestas por el empresario, las diferencias salariales sí resultan procedentes, como ya ha puesto de manifiesto la Sala en anteriores ocasiones (entre otras muchas, SSTS 18 septiembre 2004, Rjud. 2615/2003, 10 febrero 2016, Rjud 1846/2014, STS 17 julio 2018, Rjud. 2672/2017).

- La Sala resume su doctrina sobre realización de funciones superiores sin tener la titulación para ello del siguiente modo: "1) la regla general estatutaria contenida en el artículo 39.3 del ET preceptúa que la atribución a un trabajador de funciones superiores a las propias de la categoría profesional que tiene reconocida, le da derecho a la retribución correspondiente a las funciones que efectivamente realice; 2) La razón por la que se puede denegar estas diferencias retributivas se fundamenta en el hecho de que el trabajador carece de la titularidad para desempeñarlas de conformidad con la legislación estatal imperativa que pudiera ser aplicable; y, 3) a diferencia de lo que ocurre con los títulos habilitantes de origen estatal y preceptivo, las meras exigencias de Convenio no impiden la percepción de los salarios correspondientes a las funciones efectivamente desarrolladas, pues no es un fin público el que requiere tal titulación sino el designio de mantener el nivel cultural y técnico que resulte más adecuado".

Con arreglo a lo anteriormente expuesto el recurso es admitido, pues, tal como consta en los hechos probados, la exigencia de titulación venía impuesta exclusivamente por sendas resoluciones de la propia Radio Televisión de Galicia. No estamos, por tanto, en presencia de una exigencia legal de orden público respecto de la necesaria titulación para la realización de las funciones propias de reportero, por lo que no constando esta exigencia, rige el criterio reiterado de que las meras exigencias

de Convenio o de la propia empresa, no impiden la percepción de los salarios correspondientes a las funciones efectivamente desarrolladas, pues no es un fin público el que requiere tal titulación sino el designio de mantener el nivel técnico que a la empleadora le resulte más adecuado.

DATOS SENTENCIA

Sentencia nº 88/2020

Fecha Sentencia: 30/01/20

Recurso de casación nº 202/17

Ponente: Excma. Sra. D^a Lourdes Arastey Sahún.

TEMA

Funcionamiento interno Comité de Empresa (incongruencia omisiva; revisión fáctica; carácter extraordinario de la casación [imposibilidad de admitir denuncias procesales en el ámbito de los motivos de infracción jurídica]; derecho de información del Comité de Empresa y extensión a sus miembros; organización interna del Comité de Empresa [inexistencia de vulneración jurídica]; legitimación pasiva personas físicas componentes del Comité de Empresa)

ASPECTOS EXAMINADOS

- Funcionamiento interno Comité de Empresa:
- El presente recurso tiene por objeto una demanda interpuesta por la Unión Sindical Independiente de Trabajadores-Empleados Públicos (USIT-EP) "en materia de incumplimientos legales y reglamentarios en el Comité de empresa" solicitando que se declare la nulidad de un artículo del Reglamento de Funcionamiento del Comité de Empresa, así como que se declare que el Presidente y la Secretaria de dicho Comité, demandados como personas físicas, han vulnerado el principio de democracia interna, de colegialidad y el principio de representación del Comité de Empresa, al no computar el voto de un miembro del Comité de Empresa por USIT-EP, y ser expulsado del Comité; también se solicita que se declare la nulidad de un Pleno del Comité de Empresa, por no haber sido convocado en tiempo y forma y por no contener las propuestas del Sindicato demandante enviadas en tiempo y forma. La sentencia de la Sala de lo Social del TSJ resultó desestimatoria de la demanda
- La parte demandante recurre la sentencia de instancia denunciando en primer lugar la vulneración de los arts. 24.1 y 120 CE, en relación con el art. 97.2 LRJS y 218.1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se alega incongruencia omisiva y falta de motivación de la sentencia recurrida. En concreto, sostienen los recurrentes que la misma "no contiene ni un solo fundamento jurídico que exprese los razonamientos que han llevado a la conclusión de desestimar cada uno de los motivos alegados en la demanda". Este motivo es desestimado por la Sala, que concluye que la sentencia recurrida da respuesta a todas las pretensiones planteadas, manteniendo la mínima congruencia exigible al silogismo propio del proceso judicial, tal y como exigen los preceptos que la misma parte recurrente invoca. Se argumenta que a través de este motivo no se hace sino mostrar discrepancia con la solución dada por la Sala de instancia, utilizando un inexacto argumentario relativo a una defectuosa construcción de la misma.
- A continuación, se deniega por la Sala del Alto Tribunal la revisión fáctica, incluida la supresión solicitada de una frase de la fundamentación jurídica de la sentencia, por entender que la frase no implica declaración fáctica de ningún tipo, sino una consideración netamente jurídica de la Sala de instancia que analiza el contenido del controvertido artículo del Reglamento del Comité de Empresa y justifica el mismo mediante un examen de su finalidad.
- Seguidamente, al amparo del art. 207 e) LRJS, se alega la infracción del art. 92 LRJS, denuncia que es rechazada por la Sala por tratarse de una denuncia de índole procesal que no pueden incluirse en el art. 207 e) LRJS, sino en la letra c) de dicho precepto; además, porque en dicho motivo la parte recurrente se limita a explayarse sobre su opinión respecto de la falta de credibilidad de un testigo, sin que de ello extraiga conclusión o petición concreta a la Sala. Finalmente recuerda la Sala que el recurso de casación tiene carácter extraordinario, no constituye una segunda instancia y, en definitiva, no permite la revisión de la valoración de medios de prueba basados en la intermediación, como lo es la prueba testifical.
- Se denuncia asimismo la infracción de los arts. 63, 66.2 y 68 ET, en relación con el art. 9.3 CE, para suscitar la cuestión de la falta de cómputo del voto del miembro del Comité de Empresa miembro del Sindicato demandante. La Sala argumenta que el motivo se ciñe a la eventualidad de que pueda dejar de computarse el voto de uno de los miembros del Comité en una reunión concreta del Comité de Empresa -sin constancia en el relato de hechos probados- de la que fue expulsado, precisamente en aplicación de la norma del Reglamento de Funcionamiento del Comité de Empresa cuya validez ha sido confirmada por la sentencia de instancia. Por consiguiente, no se trata de la omisión de un voto en el cómputo para la

adopción de decisiones, sino de la inexistencia de tal voto en una concreta reunión motivado por el hecho de que el indicado miembro no podía permanecer ya entre los reunidos, por mor de una decisión de índole disciplinaria que la parte recurrente no combate sino a través de la consideración de nulidad de aquel Reglamento.

- También se denuncia la infracción del art. 64.1 ET, en relación con el art. 24 CE, sobre la información a la que debería acceder la parte recurrente y que ha de concretarse, a juicio de dicha parte, en la visión y control de las copias básicas de los contratos de trabajo y "demás documentación que emana y recibe el comité de empresa". Pone de manifiesto la Sala al respecto, que el art. 64.1 ET reconoce el derecho del Comité a ser informado y consultado por la empresa sobre las cuestiones que puedan afectar a los trabajadores, así como sobre la situación de la empresa y la evolución del empleo en la misma; derecho de información que se delimita y especifica en los siguientes apartados del precepto legal. La sentencia de instancia rechaza la pretensión por entender que el Comité no está obligado a transmitir esa información al Sindicato. Argumenta la Sala del Alto Tribunal que es cierto que el art. 64 ET define la información a la que debe poder acceder el Comité de Empresa como "la transmisión de datos por el empresario (...) a fin de que éste (el comité) tenga conocimiento de una cuestión determinada y pueda proceder a su examen"; sin embargo, lo que se suscita aquí por la parte recurrente no es una cuestión de cumplimiento de las obligaciones de la empresa para con el Comité de Empresa, sino la transmisión de dicha información dentro del propio Comité, en concreto al miembro del Comité que, junto con el Sindicato, figura como demandante. Al respecto afirma la Sala que el derecho de información que se consagra en el precitado art. 64 ET se predica del propio órgano de representación. No obstante, puede matizarse que, al tratarse de un órgano colegiado, solo será posible que éste pueda formar su voluntad y adoptar decisiones a través del debate y la votación interna, que exige que la información pueda ser conocida por todos los integrantes del mismo. Precisamente, el propio art. 64 ET señala en su apartado 6 que la información se facilitará "en un momento, de una manera y con un contenido apropiados, que permitan a los representantes de los trabajadores proceder a su examen adecuado y preparar, en su caso, la consulta y el informe", lo que es congruente con la necesidad de que el órgano de representación legal pueda adoptar las decisiones y definir la postura que entienda convenientes para la defensa de los intereses generales de sus representados. Por consiguiente, el núcleo de la presente controversia se halla en el mecanismo de funcionamiento interno del Comité de Empresa. Es decir, lo que se suscita es cómo se organizan los miembros del Comité para hacer factible el acceso a la información, una vez es facilitada por la empresa. Es lógico pensar que sean determinados miembros del Comité de Empresa, singularmente el Secretario del mismo, los encargados de recibir y custodiar la documentación y la citada información. A partir de ahí, los restantes miembros del Comité -como el demandante- deberán poder acceder a esa información en el modo en que el propio Comité haya decidido organizarse a tal fin. En el presente caso tal acceso no ha sido denegado. Por el contrario, la disputa se centra en las discrepancias sobre las fechas y horarios fijados para ello, lo cual carece de toda consistencia jurídica y pone de relieve una exacerbada conflictividad en el seno del Comité, que es la verdadera causa de su eventual mal funcionamiento. Afirma la Sala que no toda diferencia puede tener sustantividad para afirmar una vulneración de derechos. Lo que aquí se observa es la incapacidad de las partes para solventar discrepancias de índole menor. Se trata de pequeñas reglas de actuación que deben ser objeto del pacto entre los miembros del Comité y no puede pretenderse que sean los Tribunales los que fijen esas pautas internas de conducta. En suma, no se aprecia aquí la infracción normativa invocada por los recurrentes.
- También se denuncia la infracción del art. 7 del Código Civil y el art. 66.2 ET, en relación con el Reglamento Interno del Comité de Empresa y los arts. 9.3 y 24.1 CE, en solicitud de la nulidad del Pleno del Comité de Empresa de 7 de diciembre, por no haberse convocado en tiempo y forma. También la Sala rechaza este motivo, dado que el citado Pleno tuvo lugar con la presencia de otros miembros del Comité pertenecientes al mismo Sindicato demandante, siendo así que las reglas de funcionamiento interno establecen que la convocatoria previa de tres días supone que dicha comunicación se haga "al portavoz de cada sindicato con representación en el comité", por lo que es evidente que el Sindicato ahora recurrente tuvo conocimiento fehaciente de la convocatoria. Sucede, además, que no se especifica en el recurso que fuera la falta de cumplimiento del referido plazo de tres días el que hubiera provocado la inasistencia, en su caso, del miembro del Sindicato que suscribe la demanda, limitándose el conflicto a una mera cuestión de formalidad a ultranza sin plasmación de un verdadero efecto perjudicial para los intereses del Sindicato.

DATOS SENTENCIA

Sentencia nº 85/2020

Fecha Sentencia: 30/01/20

Recurso de casación en unificación de doctrina nº 1625/17

Ponente: Exma. Sra. D^ª Rosa María Virolés Piñol.

TEMA

Cantidad (silencio positivo administrativo; consecuencias de que el FOGASA no responda dentro de plazo a la solicitud de prestaciones; falta de contenido casacional).

ASPECTOS EXAMINADOS

- La cuestión suscitada en el recurso se centra en decidir si ha de entenderse estimada por silencio administrativo la reclamación realizada al FOGASA, cuando la resolución se dicta transcurrido el plazo de los 3 meses establecidos para ello en del art. 28.7 RD 505/1985. El trabajador demandante solicitó del FOGASA el pago de las prestaciones correspondientes a la indemnización por despido y salarios adeudados, con arreglo al crédito salarial reconocido por certificación de la Administración Concursal, dictando resolución el organismo concediendo una cantidad inferior a la solicitada y transcurridos los tres meses legalmente establecidos. El trabajador planteó demanda alegando que su reclamación había sido estimada (en su cuantía total) por silencio administrativo positivo, y la sentencia de instancia estimó su pretensión, confirmando dicha resolución la sentencia de suplicación.
- La cuestión que suscita el recurso se refiere a las consecuencias de que el FOGASA no responda dentro de plazo a la solicitud de prestaciones. Considera vulnerados los artículos 43.1, 62.1 f) de la LRJPAC y los arts. 33.1 y 2 ET. Pone de manifiesto la Sala que el tema ya ha sido resuelto en multitud de sentencias cuyo criterio reproduce, poniendo de manifiesto:
 - 1º) El silencio positivo administrativo no debe ser un instituto jurídico formal, sino la garantía que impida que los derechos de particulares se vacíen de contenido cuando la Administración no atiende eficazmente y con la celeridad debida las funciones para las que se ha organizado, siguiendo la interpretación que del silencio administrativo positivo venía haciendo la Sala Tercera del Tribunal según la cual: "una vez operado el silencio positivo, no es dable efectuar un examen sobre la legalidad intrínseca del acto presunto, pues, si bien es cierto, que según el art. 62.1 f) de la Ley 30/92 son nulos de pleno derecho los actos presuntos "contrarios" al Ordenamiento Jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición, no es menos cierto que para revisar y dejar sin efecto un acto presunto (nulo) o anulable la Administración debe seguir los procedimientos de revisión establecidos por el art. 102, o instar la declaración de lesividad".
 - 2º) El TC (STC 52/2014, de 10 de abril), mantiene que en la norma legal que se aplica, el juego del silencio no está en conexión directa con la legitimidad de la solicitud del interesado, sino que aparece como la consecuencia directa del incumplimiento de la obligación legal de la Administración Pública de resolver expresamente dentro del plazo máximo fijado a tal fin. Esta regulación es la que se mantiene en la actualidad en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) en cuyo artículo 24, sobre el "Silencio administrativo en procedimientos iniciados a solicitud del interesado" se establece que en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa, legitima al interesado o interesados para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos que identifica. E igualmente, que, en los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo.
 - 3º) Esta doctrina no significa que la Sala entienda que, como regla general, pueden obtenerse prestaciones del FOGASA superiores o no previstas en la normativa vigente en cada momento. Antes, al contrario: resulta evidente el carácter imperativo del art. 33 ET. Ocurre, sin embargo, que el citado organismo está obligado a resolver en el plazo previsto en su propia norma de funcionamiento (Real Decreto 505/1985). Si no lo hace, es la propia ley (LRJPAC) la que establece que la solicitud del interesado ha sido estimada por silencio administrativo -resolución tácita equiparada legalmente a resolución expresa- y es la propia ley la que prevé que, posteriormente, tal resolución presunta no puede dejarse sin efecto por la propia Administración al establecer que "en los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo".
 - 4º) El hecho de que se hayan otorgado derechos superiores o no previstos legalmente, no significa que no puedan dejarse sin efecto; pero, para ello, la propia ley ha previsto que tal operación únicamente puede efectuarse a través de los procedimientos revisorios previstos en las normas legales. El FOGASA, con fundamento en el artículo 47.1 f) LPAC) que establece que: "serán nulos de pleno derecho:... los actos expuestos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición", podrá iniciar el correspondiente procedimiento de revisión del acto presunto a través, en este caso, del art. 146 LRJS en el que, además de las medidas cautelares que estime oportuno, deberá solicitar la nulidad del referido acto presunto.
- La Sala se refiere a reiterada Jurisprudencia que recoge esta doctrina, poniendo de manifiesto que la STS 747/19, rec. 2114/17, se separa de esta solución porque considera que en el caso en concreto concurrían elementos fácticos singulares,

que condicionan el debate suscitado tanto en suplicación como en el tercer grado jurisdiccional. Por tanto, incluso sin necesidad de examinar la contradicción alegada, el recurso debiera haber sido inadmitido por falta de contenido casacional, al ser la sentencia recurrida la que resuelve con arreglo a la doctrina de la Sala.

DATOS SENTENCIA

Sentencia nº. 91/2020
 Fecha Sentencia: 31/01/20
 Recurso de casación en unificación de doctrina nº 3166/17.
 Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Vicente Sempere Navarro.

TEMA

Despido (salarios de tramitación; abono de intereses [fecha de inicio de su cómputo; doctrina constitucional, silencio administrativo: positivo y negativo]; finalidad de la casación [aplicación doctrina correcta]).

ASPECTOS EXAMINADOS

- Se discute en este recurso el día inicial para el devengo de intereses moratorios a cargo del Estado cuando la persona despedida le reclama el abono de salarios de tramitación. Los HP que constan en la resolución son, que el Juzgado dictó sentencia el 12/11/12 estimando la demanda y declarando la improcedencia del despido, y que en 7/12/15 la Administración dictó propuesta de resolución en el sentido de estimar la reclamación presentada por la actora y, en consecuencia, declarar su derecho a que por el Estado se le abone por el concepto de salarios de tramitación la cantidad de 3.594,42 €. La Sala de lo Social dictó sentencia de suplicación de 19/05/17, revocando la citada resolución en el sentido de fijar el período de los intereses devengables desde la fecha de presentación de la demanda. En apoyo de esa doctrina se invoca la STS 11 diciembre 2007, conforme a la cual el momento inicial en que surgen estos intereses es el día siguiente al nacimiento de la obligación, como se establece para cantidades adeudadas a la Hacienda Pública, siendo los tres meses un plazo para facilitar a la Administración el pago de la deuda. Además, entiende la Sala de Suplicación que el tema hay que examinarlo a la vista del RD 418/14, de 6 de junio, sobre tramitación de las reclamaciones al Estado por salarios de tramitación y de la STS 26 febrero 2016.

El Abogado del Estado, en el recurso de casación defiende que el abono de intereses legales en estos casos solo puede nacer una vez transcurridos tres meses desde la fecha de notificación de la sentencia condenatoria, por así desprenderse de lo previsto en el art. 24 LGPE, en relación con el art. 8 del RD 418/14.

La Sala del Alto Tribunal examina las normas jurídicas en liza: a) el art. 24 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, que dedica una Sección a las "Obligaciones de la Hacienda Pública estatal", y dentro de ella se encuentra el artículo 24 ("Intereses de demora"), que reza así: "Si la Administración no pagara al acreedor de la Hacienda Pública estatal dentro de los tres meses siguientes al día de notificación de la resolución judicial o del reconocimiento de la obligación, habrá de abonarle el interés señalado en el artículo 17 apartado 2 de esta ley, sobre la cantidad debida, desde que el acreedor, una vez transcurrido dicho plazo, reclame por escrito el cumplimiento de la obligación". El remitido artículo 17.2 prescribe que "el interés de demora resultará de la aplicación, para cada año o periodo de los que integren el período de cálculo, del interés legal fijado en la Ley de Presupuestos para dichos ejercicios"; b) El RD 418/14 disciplina diversos aspectos sobre tramitación de las reclamaciones al Estado por salarios de tramitación. El artículo 6º ("Instrucción del procedimiento") establece: "1. La Delegación o Subdelegación del Gobierno emitirá propuesta de resolución dentro de los quince días siguientes al de la fecha de entrada de la reclamación en el registro del órgano competente para su tramitación...

3. La propuesta de resolución, junto con la documentación exigida en el artículo 5, será remitida a la mayor brevedad posible y en todo caso antes de que venza el plazo establecido en el apartado 1 a la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia". El artículo 7 reza así: "1. La Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia, adoptará y notificará la resolución que en derecho proceda en el plazo de un mes desde la recepción de la propuesta.

2. La resolución de la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia pone fin a la vía administrativa".

Por último, el artículo 8 establece: "1. Transcurrido el plazo previsto en el primer apartado del artículo anterior sin que se haya notificado la correspondiente resolución, la misma podrá entenderse desestimada.

2. En el caso de que la reclamación sea desestimada por la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia podrá el interesado demandar ante el órgano jurisdiccional que conoció en la instancia del proceso de despido con arreglo a lo dispuesto en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social".

A continuación la sentencia que examinamos pone de manifiesto que, al resolver el recurso de casación unificadora, la Sala ha de limitarse a examinar las infracciones legales denunciadas, siendo imposible extender la decisión a la eventual corrección de infracciones no invocadas, al tratarse de un recurso extraordinario, habiendo expresado que "Este Tribunal "no puede [...] de oficio sustituir al recurrente en la fundamentación de las causas de impugnación de la sentencia recurrida" (SSTS 29/09/03, rec. 4775/02; 16/01/06, rec. 670/05; y 7/07/06, rec. 1077/05). Pero cuando no coincida la Sala exactamente con la tesis mantenida en las sentencias contrastadas, es posible la aplicación de la doctrina correcta, pues "superado el requisito de la contradicción, es evidente que esta Sala no queda obligada a aceptar una de las dos doctrinas formuladas por las sentencias comparadas", sino que "debe pronunciarse sobre la solución más ajustada a Derecho para el caso controvertido, que [...] establezca como doctrina unificada". Esta interpretación ha sido considerada correcta por el Tribunal Constitucional, al destacar que tal proceder en manera alguna supone incongruencia, dada la naturaleza peculiar del recurso de casación para la unificación de doctrina: "Resulta claro que el Tribunal Supremo no tiene la carga de tener que optar por una de las dos opciones contrarias, pudiendo recrear una doctrina propia totalmente diferente de las mantenidas por los Tribunales inferiores", siempre que resuelva "el debate planteado en suplicación" (STC 172/94, de 7 de junio).

Entrando ya en el fondo del asunto, la Sala pone de manifiesto que la doctrina del TC concluye que el contenido de la LGP exige una interpretación conforme con la Constitución, y que consiste en entender que desde que fuere dictada en primera instancia la resolución judicial que condene a una Administración pública al pago de una cantidad líquida, comienzan a devengarse los intereses de demora a cargo de la Hacienda Pública, al igual que sucede cuando el condenado al pago es un particular, suponiendo vulneración del art. 14 CE un entendimiento del art. 45 LGP como el contenido en la Sentencia impugnada, conforme al cual la Administración no incurre en mora en tanto no hayan transcurrido los plazos que establece el art. 45 LGP, que exige que transcurran tres meses desde la notificación de la Sentencia o reconocimiento de la obligación de pago, y la posterior reclamación del interesado, pues no es posible encontrar ningún bien o principio constitucional cuya protección exija el trato privilegiado otorgado, toda vez que el particular que sufrió el impago parcial de lo facturado en ejecución de un contrato, para conseguir el pago de lo debido, ha tenido que acudir a los procedimientos administrativo y judicial oportunos para que se declare la ilegalidad de la causa en que se pretendió justificar la minoración del precio, una pretendida retención tributaria, y la consiguiente condena a que se le entreguen tales sumas. Si se le niegan los intereses devengados durante este período, en modo alguno conseguirá la plena satisfacción de su derecho. En cuanto a la fecha inicial del devengo de intereses, la STC 81/03, de 30 de abril, señala la necesidad de distinguir dos momentos: uno, el de comienzo de devengo de los intereses, que es el de la sentencia dictada en la primera instancia que condena a la Administración al pago de cantidad determinada y líquida, y otro, el de la exigibilidad de dichos intereses, que es el de firmeza de dicha sentencia.

A continuación, la Sala examina la doctrina distinguiendo los casos de silencio administrativo negativo y positivo:

* Silencio negativo. Se recuerda que se discute la fijación del día inicial para el cómputo de los intereses de demora cuando se ha retrasado el pago de cantidades reconocidas en sentencia firme, siendo el deudor un ente de la Administración Pública; que no opera el silencio administrativo positivo, y que tampoco se cuenta con un verdadero reconocimiento de deuda, pues la propuesta de la Subdelegación del Gobierno es preparatoria de la resolución que debiera haber dictado la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia. Las SSTS de 3 y 11 octubre 2007 (rec. 1482/2007 y 3471/2006) reiteran la doctrina previamente fijada al hilo de los intereses de demora "procesal" para las Entidades Gestoras de la Seguridad Social: Se adeudan desde el día siguiente a la notificación de la sentencia de primer grado que las condena. El plazo de tres meses del art. 24 LPG (actual art. 45) no debe ser excluido del cómputo de los intereses del art. 576 LEC, sino que tiene por objeto facilitar a la Administración el control del gasto y concesión de la autorización pertinente para el abono de la deuda, pero nada más. En suma, la obligación de abonar intereses nace al día siguiente al del vencimiento de la obligación, siempre que la misma se cumpla transcurridos más de tres meses, iniciándose el cómputo, en su caso, a partir de la sentencia de instancia y no de la posterior que la confirme. El cómputo del interés de que se trata ha de estar inspirado en el principio de igualdad y, por ello, el momento inicial en que nace la prestación indemnizatoria por la demora en el pago ha de situarse en el día siguiente al del nacimiento de la obligación, como establece el art. 36 LGP para las cantidades adeudadas a la Hacienda Pública. El artículo 45 no modifica tal criterio para el cálculo en el supuesto inverso de las deudas a cargo de la Administración, y tan sólo instrumenta un plazo de tres meses para que se la pueda considerar incurso en la mora, una vez producida la cual sus efectos se retrotraen al instante en que efectivamente se produjo el incumplimiento. Esta es la única lectura que permite armonizar ambas normas, aparentemente antinómicas y la conservación de su contenido a la luz de la Constitución. Los intereses se adeudan desde la fecha de notificación de la sentencia de primer grado.

* Silencio positivo. Se hace referencia a la STS de 26/12/18, rec. 2115/17, que ha sentado doctrina al respecto de prestaciones del FOGASA, supuesto en el que el silencio del organismo gestor comporta la estimación de lo solicitado: a) en primer lugar habrá de concurrir el hecho de que la Administración no haya abonado al acreedor -

en este caso el beneficiario de las cantidades reclamadas al FOGASA- en los tres meses siguientes a la notificación del reconocimiento del derecho las cantidades correspondientes; b) podrá equipararse ese momento también al que por silencio administrativo debió entenderse estimada la pretensión, tres meses en el caso de las prestaciones del Fondo; c) transcurridos aquellos tres meses de plazo sin intereses que tiene la Administración para poder abonar la cantidad reconocida sin que se devenguen los mismos, el acreedor frente a la Administración podrá reclamarlos por escrito, siendo ese el día inicial para el cómputo. En estos casos no cabe establecer el momento inicial para el devengo de los intereses a que se refiere el art. 17 de esa misma norma en la fecha de la eventual estimación por silencio administrativo de la pretensión del pago de la cantidad reclamada, sino que ese momento habrá de fijarse, una vez transcurrido aquél tiempo de gracia que tiene la Administración -que no cabe confundir con el anterior del silencio- de tres meses de plazo para que no se devenguen intereses, desde que se notificó el reconocimiento de la obligación.

En base a lo expuesto recapitula la Sala: 1º) El momento inicial para el devengo de los intereses cuando la propia Administración reconoce una deuda no puede llevarse al de estimación de lo pedido, con independencia de si opera o no el silencio administrativo. En estos casos, una vez firme la resolución administrativa que reconoce lo pedido es posible reclamar los intereses en cuestión, pero a condición de que hayan transcurrido tres meses desde esa firmeza. 2º) Sin embargo, cuando la deuda es reconocida en sentencia judicial, los intereses comienzan a devengarse desde que es notificada la sentencia de instancia que reconoce el derecho del administrado. En estos casos también se devengan intereses durante el plazo de tres meses contemplado en la LGP.

Para resolver lo planteado en el recurso, y partiendo de que la solución al caso no debe elegir necesariamente entre una de las alternativas confrontadas (sentencia recurrida y de contraste), según se ha expuesto con anterioridad, y puesto que el art. 5.1 LOPJ prescribe que "La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos", entiende el Alto Tribunal que en el presente caso no ha habido estimación en vía administrativa de lo pedido, porque la propuesta de resolución en modo alguno puede equipararse a la concesión de los salarios de tramitación. A diferencia de lo que sucede con las prestaciones del FOGASA, aquí el silencio administrativo no opera en sentido afirmativo. De ese modo, solo cuando la sentencia del Juzgado de lo Social estima la demanda es cuando puede hablarse de reconocimiento del derecho pedido. Concordando con las exigencias constitucionales puestas de relieve, concluye que los intereses contemplados en el artículo 24 LGP no comienzan a devengarse a los tres meses de haberse notificado la resolución judicial en que se reconoce la deuda en favor del administrado, sino desde el mismo momento en que se notifica esa sentencia. En nuestro caso, cuando la sentencia del Juzgado de lo Social es puesta en conocimiento de la Administración deudora es cuando comienza el devengo de los referidos intereses.

DATOS SENTENCIA

Sentencia nº 115/2020

Fecha Sentencia: 6/02/20

Recurso de casación en unificación de doctrina nº 3801/17.

Ponente: Excm. Sra. D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga

TEMA

Jubilación Anticipada (período mínimo de acceso; cómputo del tiempo de prestación del Servicio Social obligatorio de la mujer; función integradora del principio de igualdad; aplicación de la perspectiva de género).

ASPECTOS EXAMINADOS

- La cuestión que se plantea en este recurso de casación para la unificación de doctrina se ciñe a determinar si, a efectos de completar el periodo mínimo para acceder a la jubilación anticipada, ha de tenerse en cuenta el tiempo de prestación del Servicio Social obligatorio de la mujer, aplicando lo establecido en el artículo 208.1 b), último párrafo, de la LGSS respecto al servicio militar obligatorio o prestación social sustitutoria.

La sentencia recurrida en casación entendió que «examinando las disposiciones que regulaban el denominado servicio social a la mujer española, ninguna de dichas disposiciones conforme a las cuales hubo de prestar la demandante el servicio social obligatorio, durante el período que reclama, asimilaron tal período al trabajo por cuenta ajena, no contemplaron obligación alguna de las autoridades competentes en orden a una supuesta afiliación, alta o cotización, a cualquier sistema de cobertura

pública o privada, por lo que es claro que si durante el período en el que por la actora se realizó dicha prestación social obligatoria nunca estuvo comprendida dentro del ámbito de cobertura de cualquier sistema público de previsión social, no puede reconocérsele dicho período a efectos del cálculo del porcentaje de la prestación de jubilación que tiene reconocida». La Sala del Alto Tribunal adelanta el éxito del recurso en base a los siguientes argumentos: a) el Servicio Social obligatorio se encuentra regulado por Decreto de 7 de octubre de 1937, que lo creó, aprobándose su Reglamento por Decreto de 28 de noviembre de 1937. Posteriormente su régimen fue modificado sin que tales alteraciones afectaran sustancialmente a los principios en los que se inspiraba dicho Servicio Social; b) el artículo 4 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, bajo la rúbrica "Integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas" establece: "La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y como tal se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas". La función integradora supone la ausencia de una norma aplicable al caso real, bien por inexistencia de regulación, bien por no considerar en la misma el valor de igualdad de sexos que debió haberse considerado. En nuestro ordenamiento no hay norma alguna que considere como periodo cotizado, a efectos de alcanzar el periodo mínimo de cotización exigido para acceder a la jubilación parcial, el periodo de prestación del "Servicio Social de la Mujer". Por otra parte, el artículo 15, de la LOIEMH bajo el epígrafe "Transversalidad del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres.", dispone que "...el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos...". Por tanto, el principio de integración de la dimensión de género vincula a todos los poderes del Estado: legislativo, ejecutivo y judicial; c) las normas que se han de tomar en consideración son: la Directiva 79/7 del Consejo, de 19/12/78, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, el art. 14 CE, la LO 3/07, de 22 de marzo, para La Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, la LGSS, RD Legislativo 8/15, de 30 de octubre, cuyo art. 2 establece que "1. El sistema de la Seguridad Social, configurado por la acción protectora en sus modalidades contributiva y no contributiva, se fundamenta en los principios de universalidad, unidad, solidaridad e igualdad", y cuyo art. 208 establece: "Jubilación anticipada por voluntad del interesado...1 b), último párrafo. - "Acreditar un periodo mínimo de cotización... A estos exclusivos efectos solo se computará el periodo de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria, con el límite máximo de un año"; el Decreto número 378 de 11 de octubre de 1937 establecía en su art. 1 que «Se declarará deber nacional de todas las mujeres españolas comprendidas en edad de diez y siete a treinta y cinco años la prestación del «Servicio Social». Consistirá éste en el desempeño de las varias funciones mecánicas, administrativas o técnicas precisas para el funcionamiento y progresivo desarrollo de las instituciones sociales...»; d) en tanto el artículo 208.1 b), último párrafo, de la LGSS reconoce, a efectos de acreditar el periodo mínimo de cotización para acceder a la jubilación anticipada, el de prestación del servicio militar obligatorio o la prestación social sustitutoria con el límite máximo de un año, no hay norma alguna que considere como periodo cotizado, a dichos efectos, el periodo de prestación del "Servicio Social de la Mujer". Teniendo en cuenta el artículo 4 de la LO 3/2007 no cabe la interpretación del art. 208.1 b) LGSS de forma rígidamente literal, lo que conduciría a violar el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en materia de Seguridad Social, proclamado en la normativa europea y los preceptos antes mencionados; e) no cabe argüir que a las mujeres no se les podía reconocer dicho derecho ya que no realizaban el servicio militar. En efecto, siendo tal hecho cierto, ocurre que a las mujeres se les exigía la realización del "Servicio Social de la Mujer" y no se reconocía dicho periodo a efectos de acceder a la jubilación anticipada. En las respectivas normas se configura como "deber" tanto la prestación del servicio militar como la prestación del "Servicio Social de la Mujer", siendo la finalidad de ambas prestaciones similar. En ninguna de las dos prestaciones hay obligación de cotizar a la Seguridad Social; f) únicamente mediante la aplicación de la perspectiva de género en la interpretación y aplicación del precepto - artículo 208.1 b), último párrafo, de la LGSS- se alcanza la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, ya que la aplicación literal del mismo conduciría a una violación de dicho principio pues supondría un trato discriminatorio de las mujeres respecto a los hombres; g) la aplicación del criterio hermenéutico plasmado en el artículo 4 de la LOIEMH ha sido incorporado a sentencias de la Sala Cuarta, como: Sentencia de 21 de diciembre de 2009, recurso 201/2009, en la que a una trabajadora del RETA, se le computó como cotizados, asimilados por parto, los 112 días de bonificación establecidos en la Disposición Adicional Cuadragésimo Cuarta LGSS; sentencia de 26 de enero de 2011, recurso 4587/2009, concediendo pensión de viudedad a mujer divorciada, sin pensión compensatoria, víctima de violencia de género, y sentencia de 13 de noviembre de 2019, recurso 75/2018, reconociendo el derecho de los trabajadores puestos a disposición por una ETT a que se les apliquen las medidas contenidas en el Plan de Igualdad de la empresa usuaria.

DATOS SENTENCIA

Sentencia nº 121/2020

Fecha Sentencia: 11/02/20

Recurso de casación en unificación de doctrina nº 4043/17

Ponentes: D Jesús Gullón Rodríguez.

TEMA

Despido (nulidad sentencia: carácter preferencial de las alegaciones relativas a la vulneración de derechos fundamentales; incongruencia omisiva y por error [doctrina constitucional]).

ASPECTOS EXAMINADOS

- Se resuelve en el recurso si la sentencia recurrida incurrió en incongruencia omisiva, al dejar de resolver cuestiones referidas a las alegaciones de la parte actora y recurrente sobre el despido nulo del actor y sus causas, y sobre la invocada responsabilidad solidaria de las empresas codemandadas.
- El trabajador demandante fue despedido el 8 de enero de 2016 por causas organizativas y productivas, con apoyo en el despido colectivo seguido en la empresa TRAGSA, que finalizó sin acuerdo en noviembre de 2013, y que fue declarado procedente por sentencia de la propia Sala del Tribunal Supremo (Pleno) de 20 de octubre de 2015, en el recurso 172/2014. El Juzgado de lo Social resolvió sobre la demanda que por despido había planteado el actor, declarando la nulidad de la medida extintiva, por fraude, abuso de derecho, y ausencia de un real periodo de consultas "ad hoc", rechazando la responsabilidad solidaria de TRAGSATEC porque no fue alegada en la demanda causa alguna para establecerla, y, en todo caso, no existir tampoco causa legal ninguna para ello. En suplicación, interpuesto por ambas partes, en el recurso del demandante se postulaba la responsabilidad solidaria de la empresa TRAGSATEC y, de manera específica, se incidía en las causas de nulidad sostenidas en la instancia sobre la existencia de lesión en la dignidad profesional del demandante y discriminación por razón de edad, así como en la indemnización complementaria por vulneración de derechos fundamentales. La Sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia estimó el recurso de la empresa declarando la procedencia del despido, e inadmitió a trámite -dice literalmente- el del trabajador por "falta de acción procesal para interponer este recurso".
- Recurre ahora el trabajador demandante en casación con base en dos motivos, que pretenden en ambos casos la nulidad de la sentencia recurrida por no haberse pronunciado con carácter previo sobre la vulneración de los derechos fundamentales invocada en el recurso, y por incongruencia omisiva, al no existir pronunciamiento alguno sobre la nulidad del despido, postulada también en el recurso de suplicación, lo que en realidad, afirma la Sala del Alto Tribunal, supone ofrecer dos vertientes desdobladas del mismo problema jurídico, consistente en determinar las consecuencias jurídicas de la ausencia de pronunciamiento judicial sobre la incidencia de los derechos fundamentales invocados, y pretendidamente vulnerados, en la decisión empresarial de despido objetivo.
- En cuanto a que la sentencia recurrida no contiene pronunciamiento alguno sobre la vulneración de los derechos fundamentales invocados en el recurso de suplicación, se denuncia la infracción de los arts. 10, 14 y 24 CE, y los arts. 182 y 191 LRJS. La Sala entiende que la buena doctrina se contiene en la sentencia referencial, que es de la propia Sala y contiene doctrina reiterada con arreglo a la que, cuando se ha introducido en el debate una o varias alegaciones referidas a la vulneración de derechos fundamentales como origen de la nulidad de la decisión empresarial, la protección de tales derechos ha de actuar con carácter prioritario sobre el análisis de cualquier otra garantía de rango legal, como podría ser la nulidad del despido por motivos formales, porque al titular del derecho fundamental invocado ha de ofrecérsele una respuesta judicial suficientemente motivada por medio del examen razonado de la afectación que sobre el mismo puede tener la conducta de la parte demandada, con independencia de que la actuación empresarial se haya ajustado o no a las formalidades legales exigidas para llevar a cabo la decisión. En el caso de autos, el demandante formuló alegaciones claras en el recurso de suplicación referidas a la nulidad del despido, tanto por fraude de ley y arbitrariedad, como por otros motivos no acogidos en la sentencia de instancia, como quebranto de la dignidad profesional y discriminación por razón de edad, ante lo que la única respuesta judicial que obtuvo fue la de "inadmitir", lo que determina la necesidad de estimar el recurso de casación.
- En cuanto a la nulidad de la sentencia recurrida por incongruencia omisiva, falta de motivación y falta de exhaustividad, entiende la Sala que de alguna manera es una segunda faceta del mismo problema, denunciándose aquí como infringido el art. 24 CE. La Sala toma en consideración para resolver el motivo la doctrina del Tribunal Constitucional en el sentido de que la incongruencia es causa de vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por indefensión (art. 24.1 CE), existiendo incongruencia omisiva cuando falta el pronunciamiento sobre alguna pretensión que hubiera sido llevada al

proceso en el momento procesal oportuno para ello; y, entre los diversos supuestos de incongruencia vulneradora del aludido derecho fundamental de defensa, se incluye la incongruencia interna y la incongruencia "por error". El Tribunal Constitucional viene definiendo la incongruencia omisiva o "ex silentio" como un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones, concediendo más o menos, o cosa distinta de lo pedido, que entraña una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva siempre y cuando esa desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos por los que discurra la controversia procesal, y se produce cuando el órgano judicial deja sin respuesta alguna de las cuestiones planteadas por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita, cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución, pues la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva no exige una respuesta explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen como fundamento de la pretensión, pudiendo ser suficiente a los fines del derecho fundamental invocado, en atención a las circunstancias particulares del caso, una respuesta global o genérica a las alegaciones formuladas por las partes que fundamente la respuesta a la pretensión deducida, aun cuando se omita una respuesta singular a cada una de las alegaciones concretas no sustanciales.

- Partiendo de la doctrina expuesta, argumenta la sentencia que en el caso que se aborda, el trabajador formuló el recurso de suplicación contra la sentencia de instancia y en el mismo, además de proceder a la petición de nulidad del despido basada en la vulneración de los derechos fundamentales, en él se contienen diversas alegaciones sobre la ausencia de aplicación al actor de los criterios adecuados de selección, por resultar arbitrarios los utilizados, ante lo que, como antes se dijo, la sentencia recurrida nada resuelve, por entender que el recurrente carece de acción, para terminar diciendo literalmente que "La falta de acción procesal para interponer este recurso impide admitirlo a trámite", con lo que evidentemente esa falta de pronunciamiento íntegro en relación con el recurso del trabajador equivale a la incongruencia omisiva y falta de motivación que se denuncia en el recurso, razones por las que la Sala, estimando el recurso, devuelve las actuaciones a la Sala de procedencia para que con libertad de criterio, resuelva sobre todos los motivos planteados por el recurrente en el recurso de Suplicación, en lo que el recurrente tenía un evidente interés legítimo que debió ser objeto de pronunciamiento.

DATOS SENTENCIA

Sentencia nº 128/20

Fecha Sentencia: 12/02/20

Recurso de casación en unificación de doctrina nº 2802/17.

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

TEMA

Cantidad (mejoras voluntarias [prestación por fallecimiento]; vulneración principio de igualdad entre trabajadores fijos y temporales).

ASPECTOS EXAMINADOS

- La sentencia tiene por objeto un supuesto en el que los padres de un trabajador que prestó servicios para un Ayuntamiento a través de contrato temporal y que falleció durante su jornada de trabajo, solicitan la prestación que por fallecimiento que se establece en un Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo y retribuciones del personal al servicio del Ayuntamiento. En el artículo 2 del Acuerdo se establece que sus normas serán de aplicación a todo el personal que preste sus servicios en el Ayuntamiento con carácter fijo, pertenecientes a la plantilla de personal funcionario o laboral, es decir, funcionarios de carrera, funcionarios interinos, laborales con contrato fijo. Y en el art. 3 que el personal laboral indefinido o temporal y el personal eventual se regirán conforme al Anexo V. El Art.79.2 del Acuerdo regula el Seguro de Accidentes que el Ayuntamiento debe formalizar en caso de fallecimiento. EL Ayuntamiento denegó tal prestación a los demandantes. La sentencia de instancia razonó que el trabajador fallecido, contratado en virtud de subvención otorgada por el SEPE, no estaba incluido, por decisión de las partes negociadoras, dentro del ámbito de aplicación del Acuerdo. La Sala de Suplicación, por el contrario, razonó que en el Acuerdo se produce una diferencia de tratamiento en la mejora voluntaria de Seguridad Social entre trabajadores en función de la naturaleza de su contrato contraviniendo la doctrina el TJUE que interpreta la Directiva 1999/70/CE.
- A través del recurso se debate si la indemnización por fallecimiento en accidente de trabajo pactada como una mejora de Seguridad Social, vulnera o no el principio de igualdad ante la ley al estar prevista en el supuesto examinado únicamente para personal funcionario y laboral fijo. La cuestión litigiosa queda centrada y limitada a determinar si es o no discriminatorio dar un trato distinto a los trabajadores temporales respecto a los fijos en materia de prestaciones sociales. Pone de manifiesto la Sala que comparte el criterio de la sentencia recurrida, argumentando que es cierto que el art. 14 CE no impone

en el ámbito laboral una igualdad de trato de forma absoluta, ahora bien, las mejoras sociales y demás derechos derivados de la relación laboral no pueden establecerse con exclusión de los trabajadores temporales solo por la naturaleza jurídica de su contrato, salvo que exista una causa objetiva acreditada. La propia Sala ha indicado al respecto: a) Que como el convenio adquiere eficacia normativa, incardinándose en el sistema de fuentes del Derecho e imponiéndose a las relaciones de trabajo incluidas en su ámbito, por tal razón ha de someterse a las normas de mayor rango jerárquico y ha de respetar el cuadro de derechos fundamentales acogidos en nuestra Constitución y, en concreto, las exigencias del derecho a la igualdad y a la no discriminación; b) Que, a pesar de ello, ese obligado respeto a las citadas exigencias constitucionales no puede tener en el ámbito de las relaciones privadas el mismo alcance que en otros contextos, sino que aquí ha de aplicarse matizadamente, debiendo armonizarse con otros principios o valores constitucionales y fundamentalmente el de la libertad [arts. 1 y 10 CE], que se proyecta no sólo en la libertad de empresa [art. 38 CE], sino en la autonomía privada en el ámbito de la ordenación de los intereses privados; c) Que en todo caso, la autonomía de empresarios y trabajadores a la hora de fijar colectivamente el contenido de la relación laboral no puede prescindir de que un Estado social y democrático tiene por valores superiores la igualdad y la justicia, de tal forma que ni la autonomía colectiva puede establecer un régimen diferenciado en las condiciones de trabajo sin justificación objetiva y sin la proporcionalidad que se ajusten al art. 14 CE, ni tampoco en ese juicio pueden marginarse las circunstancias a las que hayan atendido los negociadores, siempre que resulten constitucionalmente admisibles.

- Continúa la Sala haciendo referencia a su Jurisprudencia en relación a diverso tipo de ventajas, anticipos salariales y ayudas familiares, con trato diferente para los trabajadores en el seno de un Acuerdo de empresa que no posee la condición de convenio colectivo, poniendo de manifiesto que las condiciones retributivas diferentes en la empresa puede ser un factor que justifique un trato diferente, pero no es un factor de discriminación en sentido propio, pues no se encuentra enumerado en el art. 14 CE, ni en los preceptos del Estatuto de los Trabajadores; por eso no cabe identificar el principio constitucional de igualdad con la interdicción de la discriminación, aunque uno y otro tengan su sede en el art. 14 CE, de donde claramente se deduce la necesidad de excluir el factor de la discriminación y atender al de la igualdad retributiva. El TC ha establecido que se produce violación del principio de igualdad constitucional en aquellos casos en los que la diferencia de trato laboral no encuentra una explicación razonable y objetiva, como puede ser el que se establezca diferente retribución en razón del carácter temporal o indefinido del contrato que liga al trabajador con la empresa, siempre que se trata de la realización de una idéntica actividad laboral. En el presente caso se suscribió un acuerdo regulador de las condiciones de trabajo y retribuciones del personal al servicio del Ayuntamiento, en el que las partes negociadoras pactaron condiciones distintas para los funcionarios de carrera, los funcionarios interinos y el personal con contrato fijo por un lado, y para el personal laboral indefinido o temporal y personal eventual por otro, rigiéndose estos últimos por el Anexo V del Acuerdo, en el que, en lo que aquí interesa, no se contiene ninguna mejora voluntaria de la Seguridad Social por fallecimiento accidental, a diferencia de lo que sucede con el personal funcionario y laboral fijo. En el Acuerdo en cuestión se establece una diferencia de trato inadmisibles en la mejora voluntaria de Seguridad Social entre trabajadores en función de la naturaleza de su contrato, que contraviene la Directiva 1999/70 CE, reiteradamente interpretada por el TJUE, señalando que el Acuerdo Marco anexo a la Directiva, y en particular su cláusula 4, tiene por objeto la aplicación de dicho principio a los trabajadores con contrato de duración determinada con la finalidad de impedir que una relación laboral de esta naturaleza sea utilizada por un empleador para privar a dichos trabajadores de derechos reconocidos a trabajadores con contrato de duración indefinida. En el mismo sentido el art. 15.6 ET señala expresamente que los trabajadores con contratos temporales y de duración determinada, tienen los mismos derechos que los trabajadores con contratos de duración indefinida, sin perjuicio de las especialidades propias de cada modalidad contractual en materia de extinción del contrato. En el supuesto examinado el trato desigual vulnera el principio de igualdad ante la ley entre trabajadores temporales e indefinidos, al no estar amparado de justificación objetiva y razonable, sin perjuicio de que ello suponga o no una vulneración de lo dispuesto en el art. 14 CE.

DATOS SENTENCIA

Sentencia de la Sala V del Tribunal Supremo.
 RECURSO DE CASACIÓN nº 101/47/2019.
 Sentencia nº 14/20230
 Fecha Sentencia: 13 de febrero de 2020.
 Ponente, Excmo. Sr. D. Jacobo Barja de Quiroga López.

TEMA

Legitimación del Ministerio Fiscal para interponer un recurso de casación por violación de un derecho fundamental.

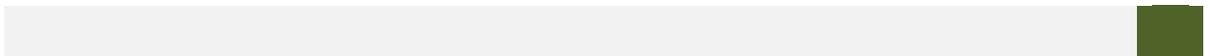
ASPECTOS EXAMINADOS

- En esta sentencia se realiza un sintético análisis de la indicada problemática en el que la Fiscalía de la Sala Quinta del Tribunal Supremo formalizó un recurso de casación por infracción del artículo 24.1 y 2 de la Constitución española, al entender que la sentencia recurrida vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a un proceso con todas las garantías. Resultando ilustrativo reproducir la fundamentación jurídica realizada por esta sentencia:

<<...Resulta muy complejo el aceptar la legitimación del Ministerio Fiscal al interponer un recurso fundándolo en la violación de algún Derecho fundamental, pues en síntesis los Derechos fundamentales son derechos del individuo frente al Estado, viniendo éste obligado a su reconocimiento y defensa; y aceptar tal legitimación supone que es el Ministerio Fiscal el que los alega frente al individuo. En definitiva, el derecho fundamental se vuelve contra el individuo que sería o debería ser el titular del derecho o derechos fundamentales. Ahora bien, el Tribunal Constitucional, no sin polémica y con cierta evolución, ha aceptado la legitimación del Ministerio Fiscal cuando fundamenta el recurso en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por lo que teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 5.4 de la LOPJ, debemos admitir la legitimación del recurso del Ministerio Fiscal en la medida en que se base en dicha vulneración. Así pues, una cuestión es la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y, otra, la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, lo que tratándose de la acusación daría lugar a lo que se ha venido a denominar una presunción de inocencia invertida, lo cual no es posible. Por ello, debe deslindarse una vulneración de la otra y, examinarse, teniendo en cuenta la argumentación empleada, cual es en definitiva la esencia del recurso interpuesto. El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva tiene por contenido básico, el derecho de acceso a la jurisdicción, lo que supone el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho; y, el derecho a que esta resolución sea motivada, esto es, que la misma contenga una explicación suficiente para llegar a la decisión que adopte. De estos dos aspectos el Ministerio Fiscal fundamenta su recurso en el relativo a la motivación de la sentencia recurrida.
- Más concretamente y de forma específica el Ministerio Fiscal delimita el recurso de casación (folio 9) en dos aspectos: por una parte, "la exclusión voluntarista por la Sala sentenciadora de parte del contenido fáctico de cargo (...) al preterir cualquier consideración respecto de una parte sustancial del acervo probatorio aportado por el Ministerio Fiscal, dejando así "inexplicada" la valoración de pruebas testificales de cargo válidamente practicadas" y, por otra parte, "en la apreciación de error patente al atribuir la sentencia a cierto testigo una manifestación de descargo que no se corresponde con lo declarado en la vista". Empezando por esto último, el error aparece porque el testigo según la sentencia dijo que "nadie vio al soldado" y que, de acuerdo a la explicación del recurso, lo que realmente respondió fue que él no lo había visto ("yo no lo vi"). Sin duda, una u otra respuesta no son idénticas, pero no tiene entidad alguna a los efectos de entender vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva; la motivación de la sentencia no sufre alteración por lo indicado, pues una persona puede testificar lo que él vio y no lo que vieron o dejaron de ver los demás. En cuanto al otro aspecto de la delimitación del recurso, el Ministerio Fiscal alega (folio 19) que "el tribunal no ha realizado un sólo razonamiento dirigido a cuestionar la credibilidad del principal testigo de cargo (...) o la verosimilitud de su testimonio" y, añade que "a juicio de esta Fiscalía Togada, tan criticable modo de proceder en la actividad sentencial, dicho sea con todos los respetos, rebasa la mera irrazonabilidad en el proceso de motivación para situarse en el ámbito de la arbitrariedad". De esa manera, el recurso del Ministerio Fiscal camina en defensa de la credibilidad de un testimonio (en el juicio había varias declaraciones testificales), o de la falta de credibilidad de otro, lo que lo conduce a lo que antes nos referimos como la presunción de inocencia invertida. Por ello, el Acuerdo de Pleno de la Sala 2ª de 11 de julio de 2003, señala "cuando la sentencia absolutoria se basa en la falta de credibilidad de los testigos, la vía de la tutela judicial efectiva alegada por la acusación no permite modificar los hechos probados"; lo que en otras palabras significa y, así en relación con el presente caso, que el recurso excede de los límites en cuyo marco se encuentra legitimado el Ministerio Fiscal para ampararse en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y se adentra en el terreno de la



presunción de inocencia invertida. Por consiguiente, el recurso no puede prosperar y debe ser desestimado....>> (Fundamento Jurídico Segundo).



SECCIÓN MENORES

DATOS SENTENCIA

SAP Huelva, nº 49/2020

Fecha Sentencia: 18-02-2020

Rec. 68/2020

Procedimiento: Recurso de apelación

Pte.: Ilmo. Sr. D. Esteban Brito López.

TEMA

Principio de proporcionalidad: imposición de las medidas.

ASPECTOS EXAMINADOS

- En cuanto a la presunta infracción de la proporcionalidad en la imposición de la medida a Isaac respecto de la acción llevada a cabo por el mismo, por un lado, sorprende a la Sala tal alegación y la solicitud de incremento de la medida por cuanto en el acto de la audiencia, tras modificar el Ministerio Fiscal sus conclusiones (minutos 21:37 y siguientes de la grabación) y solicitar para aquel una pena de 100 horas de prestaciones en beneficio de la comunidad y subsidiariamente 12 ,eses de libertad vigilada, la defensa del recurrente al serle concedida la palabra (minutos 22:48 y siguientes) manifiesta que se adhiere a lo interesado por el Ministerio Fiscal respecto a las medidas para Isaac no así para las de Hilario para el que solicitaba la absolucón; por otro lado, no se puede olvidar que la imposición de las medidas en la jurisdicción de menores no se basa en la proporcionalidad entre la acción y la medida sino que, conforme al artículo 7.3 de la LO 5/2000 (EDL 2000/77474), "Para la elección de la medida o medidas adecuadas, se deberá atender de modo flexible, no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor puestos de manifiesto los dos últimos en los informes de los equipos técnicos y de las entidades públicas de protección y reforma de menores cuando éstas hubieran tenido conocimiento del menor por haber ejecutado una medida cautelar o definitiva con anterioridad, conforme a lo dispuesto en el artículo 27 de la presente Ley " debiendo motivar el Juez en Sentencia las razones por las que la aplica y el plazo de su duración a efectos de la valoración del mencionado interés, lo que en este caso está perfectamente especificado en la Sentencia recurrida; y por último, y no menos importante, al contrario, debemos recordar que la Disposición final primera de la citada LO 5/2000 (EDL 2000/77474), dispone que "Tendrán el carácter de normas supletorias, para lo no previsto expresamente en esta Ley Orgánica... en el ámbito del procedimiento, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en particular lo dispuesto para los trámites del procedimiento abreviado regulado en el Título III del Libro IV de la misma" y a tenor de lo dispuesto en el párrafo 2º del artículo 792 de la LECrim. "La sentencia de apelación no podrá condenar al encausado que resultó absuelto en primera instancia ni agravar la sentencia condenatoria que le hubiera sido impuesta por error en la apreciación de las pruebas en los términos previstos en el tercer párrafo del artículo 790.2.

No obstante, la sentencia, absolutoria o condenatoria, podrá ser anulada y, en tal caso, se devolverán las actuaciones al órgano que dictó la resolución recurrida. La sentencia de apelación concretará si la nulidad ha de extenderse al juicio oral y si el principio de imparcialidad exige una nueva composición del órgano de primera instancia en orden al nuevo enjuiciamiento de la causa", y en el caso presente, tan solo se alega inaplicación del principio de proporcionalidad, que como se ha indicado no es lo único ni principal a tener en cuenta a la hora de imponer una medida en la jurisdicción de menores, sin que se haya incluido en el petitum del recurso la declaración de nulidad de la sentencia, que hubiera sido el único cauce procesal efectivo para elevar la medida impuesta.

DATOS AUTO

AAP Burgos, sec. 1ª,

Auto nº 26/2020,

Fecha Auto: 10-01-2020,

Rec. 572/2019

Procedimiento: Recurso de apelación

Ponente.: Ilma. Sra. D^ª. Maria Teresa Muñoz Quintana.

TEMA

Prescripción: eficacia interruptiva del Auto de incoación del expediente.

ASPECTOS EXAMINADOS

- En virtud de todo lo cual, por un lado, conforme al art. 15 relativo a la prescripción de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero (EDL 2000/77474), reguladora de la responsabilidad penal de los menores, establece "1. Los hechos delictivos cometidos por los menores prescriben:
 - 1.º Con arreglo a las normas contenidas en el Código Penal, cuando se trate de los hechos delictivos tipificados en los artículos 138, 139, 179, 180 y 571 a 580 del Código Penal o cualquier otro sancionado en el Código Penal o en las leyes penales especiales con pena de prisión igual o superior a quince años.
 - 2.º A los cinco años, cuando se trate de un delito grave sancionado en el Código Penal con pena superior a diez años.
 - 3.º A los tres años, cuando se trate de cualquier otro delito grave.
 - 4.º Al año, cuando se trate de un delito menos grave.
 - 5.º A los tres meses, cuando se trate de una falta."
- 2. Las medidas que tengan una duración superior a los dos años prescribirán a los tres años. Las restantes medidas prescribirán a los dos años, excepto la amonestación, las prestaciones en beneficio de la comunidad y la permanencia de fin de semana, que prescribirán al año."

Teniendo en cuenta, además lo establecido para un supuesto similar por la Audiencia Provincial de Cantábrica sección 3^ª en Auto de 15 de marzo de 2.017 en referencia al Auto de fecha 6-2-2015 de la Sección 3^ª y de la Sección Primera, entre otras, en sus sentencias de fechas 10-7-2013 y 3-12-2013 , "hasta la reforma del artículo 132 del Código Penal (EDL 1995/16398) llevada a cabo por la L.O. 5/2010 (EDL 2010/101204), la institución de la prescripción en la Jurisdicción de Menores no había planteado especiales problemas interpretativos en lo que se refiere a la eficacia interruptora de las actuaciones seguidas en la Fiscalía de Menores, en concreto, al Decreto que el Fiscal dictaba incoando el expediente de menores, dada la especial atribución al Ministerio Fiscal de la instrucción, conforme al artículo 16 de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (en adelante LORRPM), como a la anterior redacción del artículo 132 del Código Penal (EDL 1995/16398) , que establecía que "la prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra el culpable". Dicha situación ha cambiado con la reforma del artículo 132.2 del Código Penal (EDL 1995/16398) , que concreta el momento interruptor e introduce una novedad sustancial en su regla 1^ª cuando establece que "se entenderá dirigido el procedimiento contra una persona determinada desde el momento en que al incoar la causa o con posterioridad, se dicte resolución judicial motivada en la que se le atribuye su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta"; concretando la " persona determinada " contra la que se dirige el procedimiento en la regla 3^ª del precepto citado al especificar que dicha persona " deberá quedar suficientemente determinada en la resolución judicial, ya sea mediante su identificación directa o mediante datos que permitan concretar posteriormente dicha identificación en el seno de la organización o grupo de personas a quienes se atribuya el hecho ". En resumen, conforme a esta nueva regulación sólo el acto jurisdiccional consistente en el dictado de una " resolución judicial motivada " tendrá el efecto de interrumpir la prescripción.

Respecto al momento interruptor de la prescripción en el ámbito de la Jurisdicción de Menores, descartada la capacidad de interrumpir la prescripción de las Diligencias Preliminares de investigación que el Fiscal puede llevar a cabo con carácter previo a la incoación del expediente de reforma, pues se trata de meros actos pre-procesales, la cuestión a dilucidar es si el Decreto del Fiscal incoando dicho expediente puede equivaler a la "resolución judicial motivada" de la que habla el artículo 132.2 del Código Penal (EDL 1995/16398) , manteniendo el efecto interruptor de la prescripción que tenía hasta la L. O. 5/2010, y, en caso de que no se considere así, la siguiente cuestión será resolver cuál de las resoluciones que dicta el Juez de Menores tiene esa eficacia:

- A) La doctrina de las Audiencias Provinciales ha sido prácticamente unánime en negar al Decreto del Fiscal eficacia interruptora de la prescripción (sin ánimo exhaustivo, Ss AAPP de Madrid, Sec. 4^ª, de 16-1-2012 ; de Lérida, Sec. 1^ª, de 9- 11-2012 o de Barcelona, Sec. 3^ª, de 31-1-2013) , criterio que es también el de ambas Secciones de esta Audiencia de Cantabria, por cuanto debe negarse la equiparación entre la resolución judicial motivada de la que habla el artículo 132 y el Decreto del Fiscal que inicia la instrucción contra un menor de edad, aun en el caso de que estuviera motivado, pues por "resolución judicial" no puede entenderse otra cosa distinta de las resoluciones a que se refiere la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 141 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (EDL 1882/1)

, esto es, las providencias, los autos y las sentencias. Entenderlo de otro modo supondría una interpretación extensiva al exceder claramente del tenor literal del artículo 132.2 del Código Penal (EDL 1995/16398). Esta conclusión también es reconocida por la propia Circular de la Fiscalía General del Estado Nº 9/2011, en la medida que admite que su propuesta va contra ese tenor literal, proponiendo una alternativa subsidiaria, que tal efecto interruptor correspondería al Auto de incoación dictado por el Juez de Menores tras la comunicación por parte del Ministerio Fiscal de la incoación del expediente. Sostiene la Fiscalía que, aun cuando el artículo 16.3 de la LORRPM se limita a consignar que, recibida esa comunicación, el Juez de Menores iniciará las diligencias de trámite correspondientes, sin embargo, pese a tan lacónica expresión, tal resolución abre un proceso judicial: el expediente del Juzgado. Por ello, ese auto de incoación, en cuanto determinaría el inicio del procedimiento en el Juzgado e individualizaría los menores contra los que se dirige y el hecho indiciariamente atribuido, debería considerarse una resolución judicial motivada hábil para interrumpir la prescripción en los procesos de menores. Tal afirmación se basa en que el auto del artículo 16.3 tiene auténtico contenido procesal y material y supone el inicio de un verdadero proceso contra persona determinada a la que indiciariamente se imputan unos hechos delictivos.

- B) La doctrina no es pacífica. Unas Audiencias entienden que el Auto previsto en el artículo 16.3 LORRPM no interrumpe la prescripción, ya que se limita a dar curso al trámite legalmente establecido sin posibilidad de decisión sobre la iniciación o no de tal expediente, no realizándose, en consecuencia, una valoración sobre la posible participación del menor en un hecho punible. Otras consideran que el auto del Juez de Menores previsto en dicho artículo 16.3 LORRPM en el que se acuerda la incoación del correspondiente expediente de reforma y la apertura de la pieza de responsabilidad civil, con identificación del menor expedientado y con conocimiento por el Juez de Menores de la denuncia formulada contra dicho menor así como de las actuaciones realizadas por la Fiscalía de Menores, en cuanto órgano estatal encargado de la instrucción del procedimiento, sí que tiene efectos interruptores de la prescripción, criterio que esta Sala, coincidiendo en ello con la Sección 1ª de esta Audiencia, comparte, pues dicho auto cumple los requisitos a los que se refiere el artículo 132.2 del Código Penal (EDL 1995/16398), ya que: 1ª) Se trata de una resolución judicial motivada que implica que el procedimiento se dirige contra un menor claramente identificado y por unos hechos que revisten los caracteres de infracción penal; y 2ª) Se trata de una resolución jurisdiccional de la que se deduce la voluntad del Estado de no renunciar a la persecución y castigo del delito, persecución que, en ese momento procesal, está promoviendo el Ministerio Fiscal en cuanto órgano competente para la instrucción en el marco del procedimiento de menores. Teniendo en cuenta que lo esencial es ese acto judicial revelador de la voluntad estatal de no renunciar al ejercicio del ius puniendi y acudiendo a una interpretación sistemática que valore en su conjunto el régimen legal de la prescripción regulado en el Código Penal y las peculiaridades del procedimiento previsto en la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores y, singularmente, la atribución al Ministerio Fiscal de la función instructora en cuyo marco se produce precisamente la imputación inicial del menor y se traduce igualmente la voluntad del Estado de perseguir la infracción penal indiciariamente cometida por aquél, se llega a la conclusión antes expuesta que dota al auto que incoa el expediente judicial eficacia interruptora de la prescripción. Tampoco podemos afirmar que la resolución prevista en el artículo 16.3 sea de mero trámite, como expone el otro sector doctrinal, ya que el Juez de Menores, a la vista del contenido de la información remitida por el Ministerio Fiscal cuando le da cuenta de la incoación del expediente, puede denegar la iniciación de las diligencias correspondientes y la apertura de la pieza de responsabilidad civil cuando los hechos investigados no revisten manifiestamente caracteres de infracción penal o bien, por ejemplo, cuando el menor investigado por la Fiscalía no sea mayor de catorce años o incluso cuando los hechos estuvieran manifiestamente prescritos -como aquí habría debido haber hecho-.

Por ello, a la vista de las razones expuestas, y ante las dos tesis esgrimidas, esta Sala se inclina por compartir la tesis de quienes consideran que el auto dictado por el Juez de Menores al amparo del artículo 16.3 en cuanto supone el inicio del proceso en el ámbito judicial, interrumpe la prescripción en la medida en que acuerda continuar el proceso contra persona determinada a quien se atribuye de manera provisional la comisión de la infracción penal y abre un auténtico proceso judicial contra persona determinada por la presunta comisión de un ilícito penal y ello con las especialidades que determina la intervención educativo- sancionadora del proceso de menores, interrumpiendo, en consecuencia, la prescripción del ilícito penal objeto del proceso".

DATOS AUTO

AAP Guadalajara, sec. 1ª,
Auto nº. 10/2020,
Fecha Auto: 14-01-2020,

Rec. 394/2019

Procedimiento: Recurso de apelación

Ponente.: Ilma. Sra. D^a. María Elena Mayor Rodrigo.

TEMA

Jura de cuentas: honorarios de letrado de la defensa del menor: la ejecución debe dirigirse tanto contra la menor como contra sus representantes legales.

ASPECTOS EXAMINADOS

- La controversia que se suscita, pues, en términos prácticos, es si los legales representantes de la menor defendida en el expediente de reforma deben asumir los honorarios de la Letrada que ejerció esa defensa.

Para resolver esta cuestión debe partirse del art. 22.2 de la Ley Orgánica 5/2000 (EDL 2000/77474), que expresa que, iniciado el expediente de reforma, el Letrado de la Administración de Justicia del Juzgado de Menores tiene que requerir al menor y a sus representantes legales para que designen letrado, advirtiéndoles que de no hacerlo se les nombrará de oficio, siendo esto lo que ocurrió en el presente supuesto.

Así consta que en el expediente de reforma seguido respecto de Angustia se requirió a ella y a sus padres, Erica y Carmelo, para la designación de Abogado, en obediencia de lo que preceptúa el artículo 22-2 de la Ley 5/2000, y ante su inactividad, se procedió al nombramiento de un Letrado de oficio, en concreto a D^a Amparo, la hoy recurrente, que asumió su asistencia jurídica. Esta es la razón por la que el padre firmó la solicitud de justicia gratuita junto con su hija, lo que sí se equipara a la firma de una nota de encargo profesional, a diferencia de lo que se indica en el auto recurrido, pues los firmantes fueron informados de que, en el caso de que no les fuera reconocido el derecho de asistencia jurídica gratuita, estarían obligados a abonar sus honorarios, lo que aceptan.

Solo esta concepción contractual de la relación entre el Letrado y los representantes legales del menor, de la que derivaría su obligación a pagar los honorarios, explica que la denegación o concesión del beneficio de justicia jurídica gratuita dependa de los bienes y rentas de los padres de la menor (sus representantes legales), y no de los de ésta.

No puede aceptarse el argumento dado por el Juez a quo de que los representantes legales no están obligados al abono de tales servicios pues la Letrada no actuó en su defensa, sino de la menor, pues el art. 154 del C. Civil (EDL 1889/1) obliga a los padres a velar por sus hijos, lo que permite inferir que la obligación de contratar a un abogado que defienda a sus hijos en el expediente de reforma es de los padres en su propio nombre, no sólo como representantes del menor, y de ahí que en caso de serle nombrado de oficio, deben afrontar su pago si no tuvieron derecho al beneficio de petición gratuita.

E igualmente debe rechazarse el argumento vertido en el auto recurrido para fundamentar la decisión de que los padres no están obligados a abonar los honorarios de la letrada en cuanto a que si ello fuera así también deberían abonar los padres los honorarios de los abogados que han defendido a los hijos que les han maltratado, pues no hay que olvidar que en estos casos, en los que existen intereses familiares contrapuestos, no se exige la firma de los padres para su designación, y el nombramiento de abogado de oficio al menor se hace sin tener en cuenta los bienes y rentas de sus padres.

En consecuencia, consta que legalmente los representantes legales de la menor fueron requeridos en el proceso del que dimanaban los honorarios ahora reclamados para que nombraran abogado y al no hacerlo se procedió a designarlo de oficio y es obvio que tal profesional tiene derecho a la retribución por la parte que fue beneficiaria de la actividad profesional al denegarle la asistencia jurídica gratuita, es decir, la menor y sus padres.

Por ello, siendo idóneo el procedimiento de jura de cuentas para reclamar los honorarios por la Letrada, una vez fijados estos por decreto, la ejecución debe dirigirse tanto contra la menor como contra sus representantes legales, quienes están incluidos en el art. 538.2 de la Lec, a diferencia de lo indicado en el auto recurrido.

En este mismo sentido se pronuncian, entre otros, el AAP de Albacete de 10 de mayo de 2006, y el AAP de Ávila, de 19 de junio de 2006. Este último señala "que lo pretendido tiene amparo legal en los artículos 242 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, normativa a que se remite la Disposición Final Primera de la Ley Orgánica 5/2000, de Responsabilidad (EDL 2000/77474) penal de los menores, y del artículo 35 de la Ley de Enjuiciamiento civil, de supletoria aplicación traída al proceso penal en virtud de su artículo 4, sin que, por otra parte, exista óbice en que la reclamación se dirija a los padres y representantes legales del menor si con ellos se entendió el requerimiento hecho en su día para la designación de Abogado, en obediencia de lo que preceptúa el artículo 22-2 de la Ley Especial, y ante su inactividad se procedió a nombramiento de Letrado de oficio que asumiera la asistencia jurídica, conclusión a la que también se llega en exégesis integradora de los artículos 61 y siguientes de la propia Ley, que potencia la participación de los representantes legales del menor en la pieza de responsabilidad civil, y en el orden sustantivo llega a establecer una responsabilidad solidaria de los mismos cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de 18 años".

DATOS SENTENCIA

SAP Baleares, sec. 2ª,
Sentencia nº. 41/2020
Fecha Sentencia: 29-01-2020,
Rec. 131/2019
Procedimiento: Recurso de apelación
Ponente.: Mónica de la Serna de Pedro.

TEMA

Responsabilidad Civil de la CCAA: hechos cometidos por la menor que en el momento de los hechos se encontraba fuera del centro, disfrutando de un permiso consensuado con la tutora de la menor y pernoctando en casa de su madre.

ASPECTOS EXAMINADOS

- Esta Sala ha venido argumentando que de las tres tesis que se han venido perfilando para la interpretación del artículo 61-3 de la L.O. 5/2000 (EDL 2000/77474) , esto es la "Orden Excluyente" (pretendida por la Administración), la del "Orden Acumulativo", y la de la "Gestión efectiva del proceso educativo", es esta última la que está enseñoreando en la pequeña Jurisprudencia, así en S.S. de 26-9-2007 A P de Alicante, 804/2002 de Valladolid , 79/2004 de Córdoba, 50/2005 de Asturias y de 23-12- 03 de Cantabria , a las que nosotros agregamos la de 11-3-2002 A P de Santa Cruz de Tenerife, que expone meridianamente la última tesis, esto es: Si bien es cierto que una simple interpretación literal del párrafo 3 del artículo 61 de la L.O. 5/2000 (EDL 2000/77474) podría llevar a entender que lo que en el mismo se establece es una especie de "responsabilidad excluyente" en atención al orden que dicho precepto determina, no es menos cierto que, una interpretación lógica y sistemática nos conduce a entender que lo el legislador ha pretendido es que la responsabilidad de orden civil recaiga, de entre aquellas personas que se enumeran el artículo 61-3, en la que en el momento de causarse los daños por el menor, ejerciera sobre el mismo los contenidos de la patria potestad, o alguno de ellos, pues sería absurdo, por ejemplo, atribuir a unos padres a quienes se les hubiera privado de la patria potestad la obligación de responder por los daños causados por un hijo cuya guarda y custodia se hubiera quitado a éstos, para dársela a un tutor. Por lo expuesto, el planteamiento de la recurrente es desestimado, pues aun cuando en la sentencia se hubiera mencionado simbólicamente a los padres, no podría excluirse a la recurrente de la responsabilidad solidaria establecida, a la que en todo caso le son de aplicación los artículos 1137 a 1148 del Código Civil. Todo ello sin perjuicio de las acciones que la Administración pueda ejercer contra quien estime oportuno, en el Juicio Civil que corresponda; reservándose expresamente en este caso.

NOVEDADES LEGISLATIVAS**UNIÓN EUROPEA**

- Recomendación (UE) 2018/334 de la Comisión, de 1 de marzo de 2018, sobre medidas para combatir eficazmente los contenidos ilícitos en línea.
- Reglamento Delegado (UE) 2018/345 de la Comisión, de 14 de noviembre de 2017, por el que se completa la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación que especifican los criterios relativos a la metodología para evaluar el valor de los activos y pasivos de las entidades o sociedades
- Reglamento Delegado (UE) 2018/389 de la Comisión, de 27 de noviembre de 2017, por el que se complementa la Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a las normas técnicas de regulación para la autenticación reforzada de clientes y unos estándares de comunicación abiertos comunes y seguros

ESTATALES

- Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.
- Resolución de 20.03.2020, de la IGAE, sobre medidas a adoptar en el ámbito de la comprobación material de la inversión, durante el período de duración estado de alarma declarado como consecuencia de la situación crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.
- Resolución de 23 de marzo de 2020, de la IGAE por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 17 de marzo de 2020, por el que se adoptan medidas urgentes y excepcionales en el ámbito del control de la gestión económico-financiera efectuado por la IGAE como consecuencia del COVID-19.
- Resolución 400/3088, de 23 de marzo, de la Subsecretaría, por la que se acuerda la reanudación del procedimiento para solicitar y conceder la gracia de Indulto.
- Resolución de 20.03.2020, de la Secretaría General de Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa, sobre especificaciones alternativas a las mascarillas EPI con marcado CE europeo.
- Orden INT/262/2020, de 20 de marzo, por la que se desarrolla el RD 463/2020, de 14 de marzo, en materia de tráfico y circulación de vehículos a motor.
- Orden INT/270/2020, de 21 de marzo, por la que se establecen criterios para la aplicación de una restricción temporal de viajeros no imprescindibles desde terceros países de la UE y países asociados y países asociados Schengen por razones de orden público y salud pública con motivo de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.
- Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública.
- Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19.
- Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.
- Orden INT/226/2020, de 15 de marzo, por la que se establecen criterios de actuación para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en relación con el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

- Orden INT/227/2020, de 15 de marzo, en relación con las medidas que se adoptan en el ámbito de Instituciones Penitenciarias al amparo del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.
- Orden INT/228/2020, de 15 de marzo, por la que se establecen criterios de aplicación del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, en el ámbito del Sistema Nacional de Protección Civil.
- Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

AUTONÓMICAS

GALICIA

- Decreto 149/2019, del 10 de octubre, por el que se declara bien de interés cultural el castro de Santa María de Cervantes, en el lugar del Castro, de la parroquia de Santa María del Castro, en el término municipal de Cervantes (Lugo).

CATALUÑA

- Acuerdo GOV/25/2020, de 18 de febrero, por el que se delimita el entorno de protección del abrigo con pinturas rupestres denominado Cabra Feixet, en El Perelló y Tortosa (Baix Ebre).

EXTREMADURA

- Resolución de 29 de enero de 2020, la Consejería de Cultura, Turismo y Deportes, por la que se incoa expediente de declaración de bien de interés cultural a favor del Convento de la Madre de Dios, en Valverde de Leganés (Badajoz), con la categoría de monumento

RESEÑA DE ARTÍCULOS DOCTRINALES DE ESPECIAL INTERÉS

“- Revista de Jurisprudencia, 1.03.2020

- Reseña de jurisprudencia:

- o STS 2ª, S. 24/02/2020, rec. 3335/2018. Ponente: Marchena Gómez, D. Manuel EDJ 2020/511485. Por difundir imágenes sin autorización que afectan a la intimidad de una persona.
- o STS 2ª, S. 03/02/2020, rec. 2389/2018. Ponente: Ferrer García, Dª Ana María EDJ 2020/506079 Inaplicación de subtipo agravado de multirreincidencia en los delitos leves de estafa por considerarlo desproporcionado.

- Revista de jurisprudencia, 2.03.2020.

- La trata de seres humanos en el ordenamiento jurídico español. Antonio del Moral García

- Diario La Ley, Nº 9602, Sección Doctrina, 26 de Marzo de 2020, Wolters Kluwer.

- ¿Es válido que el juez inste el requerimiento de documentos al investigado en el proceso penal a instancia de la acusación? Vicente Magro Servet

- Diario La Ley, Nº 9604, Sección Doctrina, 30 de Marzo de 2020, Wolters Kluwer.

- El reproche penal a los actos de desobediencia a agentes de la autoridad en el período de Estado de Alarma por el Coronavirus. Vicente Magro Servet

- Tráfico y Seguridad Vial nº 248, marzo 2020, Nº 248, 1 de mar. de 2020, Editorial Wolters Kluwer

- ¿Procede la tentativa en el delito del art. 379 CP cuando no se ha iniciado la conducción, pero se está a punto de hacerlo, o es impune? Vicente Magro Servet

- Editorial jurídica SEPIN (comentarios de jurisprudencia).

- El decomiso exige motivación. TS, Sala Segunda de lo Penal, 780/2018, de 30 de enero de 2019
- Revocación de sentencia absolutoria en vía de recurso TS, Sala Segunda de lo Penal, 41/2019, de 1 de febrero
- La agravante de género TS, Sala Segunda de lo Penal, 707/2018, de 15 de enero de 2019
- Delitos contra la Libertad Sexual Distinción entre abuso y agresión sexual. TS, Sala Segunda, de lo Penal, 216/2019, de 24 de abril
- Delitos contra la Privacidad Personal. Secretos. Revelación impune de secretos informáticos TS, Sala Segunda, de lo Penal, 221/2019, de 29 de abril
- Abusos sexuales. La edad en el prevalimiento. TS, Sala Segunda de lo Penal, 418/2019, de 24 de septiembre.
- Tentativa en los delitos contra la salud pública. TS, Sala Segunda, de lo Penal, 395/2019, de 24 de julio
- Juicio Oral. Suspensión. Suspensión del juicio por inasistencia de un testigo. TS, Sala Segunda, de lo Penal, 432/2019, de 1 de octubre
- ¿Son homogéneas las lesiones dolosas y las imprudentes? TS, Sala Segunda, de lo Penal, 565/2019, de 19 de noviembre

Reseña de Jurisprudencia efectuada por la Secretaría Técnica de la FGE

TRIBUNAL SUPREMO

- STS 690/2019, de 11 de marzo de 2020 (Recurso nº 1807/2018). *Incluida en Sección Penal.*
- STS 689/2019, de 9 de marzo de 2020 (Recurso nº 10286/2019). *Incluida en Sección Penal.*
- STS 98/2020, de 5 de marzo de 2020 (Recurso nº 10372/2020). *Incluida en Sección Penal.*
- STS 89/2020, de 3.03.2020, (Recurso nº 2419/2018). *Incluida en Sección Penal.*

- STS 90/2020, de 4 de marzo de 2020 (Recurso nº 2519/2018). RESUMEN: Criterios de aplicación del art. 2501.6.
- STS 94/2020, de 4 de marzo de 2020, (Recurso nº 10394/2019). RESUMEN: Doctrina general sobre la agravante de alevosía.

- Auto TS, de 4 de marzo de 2020, (Recurso nº 20907/2017). RESUMEN: Competencia del Tribunal Supremo para conocer de procedimientos contra europarlamentarios de nacionalidad española.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- Tribunal Constitucional, Sala Segunda. Sentencia 27/2020, de 24 de febrero de 2020. *Incluida en Sección Constitucional.*

- Sala Segunda. Sentencia 29/2020, de 24 de febrero de 2020. Recurso de amparo 5699-2017. Promovido por doña María del Carmen Font Piñot en relación con el auto dictado por un juzgado de primera instancia de La Seu d'Urgell despachando ejecución hipotecaria. Vulneración del derecho a la tutela judicial sin indefensión: emplazamiento mediante edictos cuyo domicilio real figuraba en el proceso (STC 122/2013).

- Sala Primera. Sentencia 30/2020, de 24 de febrero de 2020. Recurso de amparo 1993-2018. Promovido por don Celso Casamayor Fernández respecto de las resoluciones dictadas por un juzgado de primera instancia de Madrid en procedimiento de ejecución hipotecaria. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (motivación): STC 31/2019 (ausencia de control judicial de las cláusulas abusivas que desconoce la primacía del Derecho a la Unión Europea y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia).

- Sala Segunda. Sentencia 32/2020, de 24 de febrero de 2020. Recurso de amparo 4046-2018. Promovido por don Fernando Peraita Lechosa respecto de las resoluciones dictadas por un juzgado de primera instancia de Santoña en procedimiento de ejecución hipotecaria. Vulneración del derecho a la tutela judicial sin indefensión: resolución del incidente de nulidad de actuaciones que no repara la indefensión padecida en un proceso en el que no pudo personarse el interesado a quien se le requirió judicialmente el pago.

- Sala Segunda. Sentencia 34/2020, de 24 de febrero de 2020. Recurso de amparo 529-2019. Promovido por la entidad Lanneman, S.L., respecto de las resoluciones dictadas por un juzgado de primera instancia de Madrid en proceso de ejecución de títulos judiciales. Vulneración del derecho a la tutela judicial sin indefensión: anuncio de subasta que incurrió en error esencial manifiesto al calificar al bien inmueble como local comercial, siendo así que se trataba de un solar.

- Pleno. Sentencia 35/2020, de 25 de febrero de 2020. Recurso de amparo 2476-2017. *Incluida en Sección Constitucional.*

- Pleno. Sentencia 36/2020, de 25 de febrero de 2020. Recurso de amparo 2633-2018. Promovido por don Jordi Sànchez i Picanyol respecto de los autos del magistrado instructor de causa especial y la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo denegando permisos penitenciarios. Supuesta vulneración de los derechos a la participación y representación política, a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia: resoluciones judiciales que deniegan permisos penitenciarios fundándose en el riesgo de reiteración delictiva; inadmisión parcial del recurso de amparo. Voto particular.

- Pleno. Sentencia 38/2020, de 25 de febrero de 2020. Recurso de amparo 5222-2018. Promovido por don Jordi Sànchez i Picanyol, don Jordi Turull i Negre y don Josep Rull i Andreu en relación con los autos del magistrado instructor de causa especial y la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo comunicando su suspensión automática en los cargos públicos que ostentaban. Supuesta vulneración de los derechos a la participación y representación políticas: resoluciones judiciales que adoptaron, de manera suficientemente razonada y proporcionada, una medida cautelar suspensiva del ejercicio del cargo parlamentario (STC 71/1994); inadmisión parcial del recurso de amparo.

ÍNDICE REFERENCIAL POR MATERIAS

ABOGADO

- Idoneidad del procedimiento de Jura de cuentas: reclamación de honorarios de letrado de la defensa del menor: la ejecución debe dirigirse tanto contra la menor como contra sus representantes legales. Sec. Menores [AAP 10/20 – 14/01/20](#)

ACUMULACIÓN

- Procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales: acumulación de procedimientos contra Acuerdos de la Junta Electoral Central Sec. Cont.Adm. [ATS 8/20 – 04/3/20](#)

ACUSACIÓN PARTICULAR

- Acusación particular: personación tardía o preclusión de un trámite que no ha sido sancionado con la exclusión de la víctima de ese procedimiento. Sec. Penal [STS 97/20 – 05/03/20](#)

AGRAVANTES

- Alevosía
 - * Concurrencia de la alevosía por concurrencia de la vertiente subjetiva y objetiva de la agravante en la ejecución de los hechos Sec. Penal [STS 77/20 – 25/02/20](#)

ATENUANTES

- Dilaciones indebidas
 - * Elementos constitutivos. Sec. Penal [STS 92/20 – 04/03/20](#)
- Drogadicción:
 - *En delitos de maltrato habitual y agresión sexual: efectos. Sec. Penal [STS 98/20 – 05/03/20](#)

AUTORIA

- La coparticipación en el delito de tentativa de asesinato de los intervinientes ante el uso de arma por uno de los autores y la imputación recíproca al resto en su colaboración ejecutiva en el delito. Teorías en la participación en el delito Sec. Penal [STS 77/20 – 25/02/20](#)
- Las labores de descarga de la droga y traslado de la misma a buen recaudo deben ser calificadas como autoría. Falta de motivación de la pena impuesta. Sec. Penal [STS 87/20 – 03/03/20](#)

CLAUSULAS ABUSIVAS

- Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores. Contrato de préstamo denominado en divisas. Toma en consideración de todas las demás cláusulas del contrato a efectos de apreciar el carácter abusivo de la cláusula impugnada. Examen de oficio por el juez nacional del carácter abusivo de las cláusulas que figuran en el contrato. Sec. TJUE [STJUE C-511/17 – 11/03/20](#)
- Cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores. Contrato de préstamo hipotecario. Tipo de interés variable. Índice de referencia de los préstamos hipotecarios de las cajas de ahorros. Introducción unilateral de una cláusula de este tipo por el profesional. Control de la exigencia de transparencia por el juez nacional. Consecuencias de la declaración del carácter abusivo de la cláusula. Sec. TJUE [STJUE C-125/18 – 03/03/20](#)

CLAUSULAS LIMITATIVAS DE DERECHOS

- Seguro de accidentes: Cláusula limitativa de derechos que solo aparece inserta en las condiciones generales. Incumplimiento de la doble exigencia legal establecida en el art. 3 LCS. Reiteración de doctrina. (STS 402/2015, de 14 de julio). Sec. Civil [STS 140/20 – 02/03/20](#)

COLEGIOS PROFESIONALES

- Colegio Profesional: toma de postura oficialmente sobre cuestiones políticas que dividen a la sociedad y son ajenas a la función de defensa de los intereses profesionales. Vulneración de las libertades ideológicas y de expresión y su derecho de asociación en sus vertientes negativas de los colegiados recurrentes. Sec. Cont.Adm. [STS 922/19 – 27/06/19](#)

COMITÉ DE EMPRESA

- Funcionamiento interno Comité de Empresa (derecho de información del Comité de Empresa y extensión a sus miembros; organización interna del Comité de Empresa [inexistencia de vulneración jurídica]) Sec. Social [STS 88/20 – 30/01/20](#)

COMPETENCIA

- Cuestión de Competencia: decisión de la Junta de Contratación del Ministerio de Asuntos Exteriores: se atribuye la competencia a la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Sec. Cont.Adm. [ATS 21/19 – 12/02/20](#)
- Cuestión de competencia: reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por infracción del Derecho de la Unión. Sec. Cont.Adm. [ATS 18/19 – 29/01/20](#)

COMPLICIDAD

- Complicidad y cooperación necesaria Sec. Penal [STS 688/19 – 04/03/20](#)

CONFLICTO DE COMPETENCIA

- Conflicto negativo de competencia. Entidad Urbanística de Conservación: Naturaleza administrativa de la reclamación de cuotas efectuadas y falta de jurisdicción de los tribunales del orden civil. Sec. Cont.Adm. [ATS 5/20 – 13/02/20](#)

CONSUMIDORES

- Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores. Contrato de préstamo denominado en divisas. Toma en consideración de todas las demás cláusulas del contrato a efectos de apreciar el carácter abusivo de la cláusula impugnada. Examen de oficio por el juez nacional del carácter abusivo de las cláusulas que figuran en el contrato. Sec. TJUE [STJUE C-511/17 – 11/03/20](#)
- Cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores. Contrato de préstamo hipotecario. Tipo de interés variable. Índice de referencia de los préstamos hipotecarios de las cajas de ahorros. Introducción unilateral de una cláusula de este tipo por el profesional. Control de la exigencia de transparencia por el juez nacional. Consecuencias de la declaración del carácter abusivo de la cláusula. Sec. TJUE [STJUE C-125/18 – 03/03/20](#)

CONTRATO DE PRESTAMO

- Protección de los consumidores. Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores. Contrato de préstamo denominado en divisas. Toma en consideración de todas las demás cláusulas del contrato a efectos de apreciar el carácter abusivo de la cláusula impugnada. Examen de oficio por el juez nacional del carácter abusivo de las cláusulas que figuran en el contrato. Sec. TJUE [STJUE C-511/17 – 11/03/20](#)
- Protección a los consumidores. Cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores. Contrato de préstamo hipotecario. Tipo de interés variable. Índice de referencia de los préstamos hipotecarios de las cajas de ahorros. Introducción unilateral de una cláusula de este tipo por el profesional. Control de la exigencia de transparencia por el juez nacional. Consecuencias de la declaración del carácter abusivo de la cláusula. Sec. TJUE [STJUE C-125/18 – 03/03/20](#)

CONTRATOS

- Seguro de accidentes: Cláusula limitativa de derechos que solo aparece inserta en las condiciones generales. Incumplimiento de la doble exigencia legal establecida en el art. 3 LCS. Reiteración de doctrina. (STS 402/2015, de 14 de julio). Sec. Civil [STS 140/20 – 02/03/20](#)

CONTRATOS BANCARIOS

- Contratos bancarios. Productos estructurados. Acción de anulabilidad por dolo. Ejercicio de acción dentro de plazo. Acción de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de la obligación de información. Sec. Civil [STS 139/20 – 02/03/20](#)

COOPERACION JUDICIAL EN MATERIA PENAL

- Orden de detención europea. Entrega supeditada a la condición de que la persona en cuestión sea devuelta al Estado miembro de ejecución para cumplir en este la pena o la medida de seguridad privativas de libertad que pudiere pronunciarse en su contra en el Estado miembro emisor. Sec. TJUE [STJUE C-314/18 – 11/03/20](#)
- Procedimiento de decomiso de bienes obtenidos ilegalmente sin que se haya impuesto una condena penal. Sec. TJUE [STJUE C-234/18 – 19/03/20](#)

COOPERACION NECESARIA

- Delito de falsedad de cuentas: Auditor: aplicación al extraneus Sec. Penal [STS 688/19 – 04/03/20](#)

DAÑOS Y PERJUICIOS

<ul style="list-style-type: none"> • Acción de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de la obligación de información. Contratos bancarios. Productos estructurados. 	Sec. Civil	STS 139/20 – 02/03/20
DECOMISO		
<ul style="list-style-type: none"> • Procedimiento de decomiso de bienes obtenidos ilegalmente sin que se haya impuesto una condena penal. 	Sec. TJUE	STJUE C-234/18 – 19/03/20
DELITO CONTRA LA SALUD PUBLICA		
<ul style="list-style-type: none"> • Delito contra la salud pública en su modalidad de sustancia que no causa grave daño a la salud, concurriendo la notoria importancia y el empleo de embarcación. Labores de descarga de la droga y traslado de la misma a buen recaudo, deben ser calificadas como autoría. 	Sec. Penal	STS 87/20 – 03/03/20
DELITO DE AGRESION SEXUAL		
<ul style="list-style-type: none"> • Agresión sexual: caracteres de la declaración de la víctima: es prueba testifical. 	Sec. Penal	STS 30/20 – 04/02/20
<ul style="list-style-type: none"> • Continuidad delictiva en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. 	Sec. Penal	STS 98/20 – 05/03/20
<ul style="list-style-type: none"> • Delito continuado de agresión sexual a menor en el ámbito familiar. 	Sec. Penal	STS 687/2019 – 03/03/20
<ul style="list-style-type: none"> • Denuncia presentada por la madre de la víctima contra su pareja, por delito de agresión sexual a una menor. Sobreseimiento provisional por no colaborar la madre denunciante en que se practicaran las pruebas periciales con la menor. Denuncia formulada por la menor una vez adquirida la mayoría de edad diez años después. 	Sec. Penal	STS 689/19 – 09/03/20
<ul style="list-style-type: none"> • Diferencia con abuso. Subtipo agravado de uso de instrumentos peligroso. 	Sec. Penal	STS 30/20 – 04/02/20
<ul style="list-style-type: none"> • Violencia habitual. Declaración de la víctima: retraso en la presentación de la denuncia. 	Sec. Penal	STS 98/20 – 05/03/20
DELITO DE ASESINATO		
<ul style="list-style-type: none"> • Tentativa de delito de robo con violencia, de tentativa de asesinato y tenencia ilícita de armas. Concurrencia de la alevosía por concurrencia de la vertiente subjetiva y objetiva de la agravante en la ejecución de los hechos. La coparticipación en el delito de tentativa de asesinato de los intervinientes ante el uso de arma por uno de los autores y la imputación recíproca al resto en su colaboración ejecutiva en el delito. Teorías en la participación en el delito 	Sec. Penal	STS 77/20 – 25/02/20
DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS		
<ul style="list-style-type: none"> • Caracteres 	Sec. Penal	STS 688/19 – 04/03/20
DELITO DE DEPOSITO DE ARMAS		
<ul style="list-style-type: none"> • Delito de depósito de armas del art. 566.1. 1º CP en la condición de promotor u organizador. Análisis de la condición de promotor frente al de cooperador que describe alternativamente el tipo penal. Características de la figura del promotor en el engranaje del grupo. 	Sec. Penal	STS 76/19 – 25/02/20
DELITO DE ESTAFA		
<ul style="list-style-type: none"> • Estafa e Insolvencia. Bis in ídem. 	Sec. Penal	STS 688/19 – 04/03/20
<ul style="list-style-type: none"> • Estafa piramidal. Elementos. 	Sec. Penal	STS 688/19 – 04/03/20
DELITO DE FALSEDAD		
<ul style="list-style-type: none"> • Falsedad de las cuentas sociales. Auditor: cooperación necesaria 	Sec. Penal	STS 688/19 – 04/03/20
DERECHO DE GRACIA		
<ul style="list-style-type: none"> • Derecho de gracia: denegación de indulto. 	Sec. Cont.Adm.	STS 134/20 – 05/02/20
DELITO DE INSOLVENCIA		
<ul style="list-style-type: none"> • Elementos. Concurso con delito de estafa. 	Sec. Penal	STS 688/19 – 04/03/20
DELITO DE LESIONES		
<ul style="list-style-type: none"> • Delito de Lesiones: Contagio de enfermedad de transmisión sexual. Transmisión del VIH en supuestos en los que el infectado conocía la enfermedad de su pareja y aceptó mantener relaciones sexuales en forma que entrañaba un riesgo de contagios. Diferencia entre autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro. 	Sec. Penal	STS 690/19 – 11/03/20
DELITO DE MALTRATO DE OBRA EN EL AMBITO FAMILIAR		

• Declaración de la víctima: retraso en la presentación de la denuncia.	Sec. Penal	STS 98/20 – 05/03/20
• Es preceptiva la imposición de la pena prevista en el apartado 2 del artículo 48 (prohibición de aproximación).	Sec. Penal	STS 79/20 – 26/02/20
DELITO DE NEGOCIACIONES Y ACTIVIDADES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS		
• Negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios, abuso de poder en el ejercicio de sus funciones (art. 439 CP).	Sec. Penal	STS 89/20 – 03/03/20
DERECHO A COMUNICAR INFORMACION VERAZ		
• Derecho a comunicar libremente información veraz de un medio periodístico (art. 20.1 CE) versus derecho a la propia imagen (art. 18. 1 CE)	Sec. Const.	STC 27/20 – 24/02/20
• Libertad de información. Persona imputada en una causa penal relevante.	Sec. Civil	STS 170/20 – 11/03/20
DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESION		
• Libertad de expresión en los supuestos de condena por delitos de enaltecimiento del terrorismo.	Sec. Const.	STC 35/20 – 25/02/20
• Sanción impuesta a Director de diario de difusión nacional: Planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad del artículo 153.1 LOREG por vulneración de la garantía de taxatividad de las disposiciones sancionadoras (lex certa), por imprecisión al integrar el tipo sancionador y por vulneración del principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE).	Sec. Cont.Adm.	ATS 246/20 – 20/02/20
DERECHO A LA PROPIA IMAGEN		
• Derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE) versus derecho a comunicar libremente información veraz de un medio periodístico (art. 20.1 CE).	Sec. Const.	STC 27/20 – 24/02/20
DERECHO A LA PROPIEDAD		
• Artículo 1 del Protocolo 1 CEDH, respeto a los bienes. Congelación de cuenta bancaria en proceso penal por blanqueo de capitales. Garantías procesales insuficientes para la defensa de los intereses del demandante. Medida que se ha aplicado durante más de 3 años a consecuencia de retrasos en la instrucción. Carga especial y exorbitante.	Sec. TEDH	STEDH 69729/12 – 03/03/20
DERECHO A LA VIDA FAMILIAR		
• Respeto a la vida familiar (artículo 8 CEDH), por denegación de visitas familiares a un preso preventivo durante toda la duración del procedimiento.	Sec. TEDH	STEDH 8578/12 – 18/02/20
DERECHO AL HONOR		
• Derecho al Honor. Libertad de información. Persona imputada en una causa penal relevante.	Sec. Civil	STS 170/20 – 11/03/20
DERECHO A MANTENERSE EN UN CARGO PUBLICO		
• Derecho a mantenerse en un cargo público del artículo 23.1 CE. Medida Cautelar: incompatibilidad sobrevenida con las causas de inelegibilidad.	Sec. Cont.Adm.	ATS 8/20 – 20/02/20
DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO		
• Respeto a la vida familiar (artículo 8 CEDH), por denegación de visitas familiares a un preso preventivo durante toda la duración del procedimiento. Y derecho a un recurso efectivo (artículo 13 CEDH), por rechazarse las visitas mediante cartas no razonadas y no aptas para ser recurridas en el proceso.	Sec. TEDH	STEDH 8578/12 – 18/02/20
DERECHO DE ASOCIACION		
• Colegio Profesional: toma de postura oficialmente sobre cuestiones políticas que dividen a la sociedad y son ajenas a la función de defensa de los intereses profesionales. Vulneración de las libertades ideológicas y de expresión y su derecho de asociación en sus vertientes negativas de los colegiados recurrentes.	Sec. Cont.Adm.	STS 922/19 – 27/06/19
DERECHO DE HUELGA		
• Derecho de huelga: personal docente e investigador laboral durante la celebración de exámenes oficiales programados: servicios mínimos.	Sec. Cont.Adm.	ATS 3083/19 – 03/02/20
DERECHO DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL		

<ul style="list-style-type: none"> • Procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional. Motivos de inadmisibilidad. Normativa nacional que establece la inadmisibilidad de la solicitud cuando el solicitante haya llegado al Estado miembro de que se trata por un país en el que no haya estado expuesto a persecución ni a riesgo de daños graves o que ofrece una protección suficiente. 	Sec. TJUE	STJUE C-564/18 – 19/03/20
DERECHOS FUNDAMENTALES		
<ul style="list-style-type: none"> • Despido (nulidad sentencia: carácter preferencial de las alegaciones relativas a la vulneración de derechos fundamentales; incongruencia omisiva y por error [doctrina constitucional]). 	Sec. Social	STS 121/20 – 11/02/20
DESPIDO		
<ul style="list-style-type: none"> • Despido (nulidad sentencia: carácter preferencial de las alegaciones relativas a la vulneración de derechos fundamentales; incongruencia omisiva y por error [doctrina constitucional]). 	Sec. Social	STS 121/20 – 11/02/20
<ul style="list-style-type: none"> • Despido (salarios de tramitación; abono de intereses [fecha de inicio de su cómputo; doctrina constitucional, silencio administrativo: positivo y negativo]; finalidad de la casación [aplicación doctrina correcta]). 	Sec. Social	STS 91/20 – 31/01/20
DILACIONES INDEBIDAS		
<ul style="list-style-type: none"> • Sobreseimiento provisional por no colaborar la madre denunciante en que se practicaran las pruebas periciales con la menor. Denuncia formulada por la menor una vez adquirida la mayoría de edad diez años después. Nula significación del periodo de tiempo en el que la causa estuvo sobreseída provisionalmente. 	Sec. Penal	STS 689/19 – 09/03/20
DOLO		
<ul style="list-style-type: none"> • Acción de anulabilidad por dolo. Ejercicio de acción dentro de plazo. Contratos Bancarios: productos estructurados. 	Sec. Civil	STS 139/20 – 02/03/20
ERROR JUDICIAL		
<ul style="list-style-type: none"> • Error Judicial. Ámbito y exigencias. • Error Judicial. Necesidad de que la sentencia incurra en un error claro y manifiesto. 	Sec. Cont.Adm. Sec. Cont.Adm.	STS 164/20 – 10/02/20 STS 235/20 – 19/02/20
GARANTIAS PROCESALES		
<ul style="list-style-type: none"> • Derecho a la propiedad: Artículo 1 del Protocolo 1 CEDH, respeto a los bienes. Congelación de cuenta bancaria en proceso penal por blanqueo de capitales. Garantías procesales insuficientes para la defensa de los intereses del demandante. Medida que se ha aplicado durante más de 3 años a consecuencia de retrasos en la instrucción. Carga especial y exorbitante. 	Sec. TEDH	STEDH 69729/12 – 03/03/20
JUBILACION		
<ul style="list-style-type: none"> • Jubilación Anticipada (período mínimo de acceso; cómputo del tiempo de prestación del Servicio Social obligatorio de la mujer; función integradora del principio de igualdad; aplicación de la perspectiva de género). 	Sec. Social	STS 115/20 – 06/02/20
JURA DE CUENTAS		
<ul style="list-style-type: none"> • Idoneidad del procedimiento de Jura de cuentas: reclamación de honorarios de letrado de la defensa del menor: la ejecución debe dirigirse tanto contra la menor como contra sus representantes legales. 	Sec. Menores	AAP 10/20 – 14/01/20
LIBERTAD DE EXPRESION		
<ul style="list-style-type: none"> • Colegio Profesional: toma de postura oficialmente sobre cuestiones políticas que dividen a la sociedad y son ajenas a la función de defensa de los intereses profesionales. Vulneración de las libertades ideológicas y de expresión y su derecho de asociación en sus vertientes negativas de los colegiados recurrentes. 	Sec. Cont.Adm.	STS 922/19 – 27/06/19
LIBERTAD IDEOLOGICA		
<ul style="list-style-type: none"> • Colegio Profesional: toma de postura oficialmente sobre cuestiones políticas que dividen a la sociedad y son ajenas a la función de defensa de los intereses profesionales. Vulneración de las libertades ideológicas y de expresión y su derecho de asociación en sus vertientes negativas de los colegiados recurrentes. 	Sec. Cont.Adm.	STS 922/19 – 27/06/19

MEDIDAS CAUTELARES

- Derecho a mantenerse en un cargo público del artículo 23.1 CE. Medida Cautelar: incompatibilidad sobrevenida con las causas de inelegibilidad. Sec. Cont.Adm. [ATS 8/20 – 20/02/20](#)

MENORES

- Idoneidad del procedimiento de Jura de cuentas: reclamación de honorarios de letrado de la defensa del menor: la ejecución debe dirigirse tanto contra la menor como contra sus representantes legales. Sec. Menores [AAP 10/20 – 14/01/20](#)
- Prescripción: eficacia interruptiva del Auto de incoación del expediente. Sec. Menores [AAP 26/20 – 10/01/20](#)
- Principio de proporcionalidad: imposición de las medidas. Sec. Menores [SAP 49/20 – 18/02/20](#)
- Responsabilidad Civil de la CCAA: hechos cometidos por la menor que en el momento de los hechos se encontraba fuera del centro, disfrutando de un permiso consensuado con la tutora de la menor y pernoctando en casa de su madre. Sec. Menores [SAP 41/20 – 29/01/20](#)

MINISTERIO FISCAL

- Legitimación del Ministerio Fiscal para interponer un recurso de casación por violación de un derecho fundamental. Sec. Militar [STS 14/20 – 13/02/20](#)

ORDEN DE DETENCION Y ENTREGA

- Orden de detención europea. Entrega supeditada a la condición de que la persona en cuestión sea devuelta al Estado miembro de ejecución para cumplir en este la pena o la medida de seguridad privativas de libertad que pudiere pronunciarse en su contra en el Estado miembro emisor. Momento de la devolución. Adaptación de la condena impuesta en el Estado miembro emisor. Sec. TJUE [STJUE C-314/18 – 11/03/20](#)

PENAS

- Delito de maltrato de obra en el ámbito familiar del art. 153 C.P. Es preceptiva la imposición de la pena prevista en el apartado 2 del artículo 48 (prohibición de aproximación). Sec. Penal [STS 79/20 – 26/02/20](#)
- Multa Proporcional: Aplicación analógica del art. 70 CP, cuando proceda la imposición de la pena inferior en grado en supuestos de multa proporcional (Pleno 10/6/2008). Sec. Penal [STS 87/20 – 03/03/20](#)

PRESCRIPCION

- Prescripción: eficacia interruptiva del Auto de incoación del expediente. Sec. Menores [AAP 26/20 – 10/01/20](#)

PERSPECTIVA DE GENERO

- Jubilación Anticipada (período mínimo de acceso; cómputo del tiempo de prestación del Servicio Social obligatorio de la mujer; función integradora del principio de igualdad; aplicación de la perspectiva de género). Sec. Social [STS 115/20 – 06/02/20](#)

PRESTACIONES

- Cantidad (mejoras voluntarias [prestación por fallecimiento]; vulneración principio de igualdad entre trabajadores fijos y temporales). Sec. Social [STS 128/20 – 12/02/20](#)

PRINCIPIO DE ASIMILACION DE HECHOS

- Seguridad social de los trabajadores migrantes Toma en consideración de una prestación de crianza de un hijo con discapacidad abonada en otro Estado miembro. Principio de asimilación de hechos. Sec. TJUE [STJUE C-769/18 – 12/03/20](#)

PRINCIPIO DE IGUALDAD

- Cantidad (mejoras voluntarias [prestación por fallecimiento]; vulneración principio de igualdad entre trabajadores fijos y temporales). Sec. Social [STS 128/20 – 12/02/20](#)
- Jubilación Anticipada (período mínimo de acceso; cómputo del tiempo de prestación del Servicio Social obligatorio de la mujer; función integradora del principio de igualdad; aplicación de la perspectiva de género). Sec. Social [STS 115/20 – 06/02/20](#)

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

- Principio de proporcionalidad: imposición de las medidas. Sec. Menores [SAP 49/20 – 18/02/20](#)

PRINCIPIO IN DUBIO PRO REO

- Contagio de enfermedad de transmisión sexual.: Excepcional consideración a que las dudas del Tribunal sobre un hecho determinante de la antijuricidad material del

comportamiento, pueda plasmarse en un pronunciamiento de no culpabilidad del acusado.	Sec. Penal	STS 690/19 – 11/03/20
PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES		
• Procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales: acumulación de procedimientos contra Acuerdos de la Junta Electoral Central	Sec. Cont.Adm.	ATS 8/2020 – 04/03/20
PRUEBA INDICIARIA		
• Delito contra la salud pública: Valoración como indicio incriminatorio de manifestaciones espontáneas, no provocadas, sin interrogatorio policial.	Sec. Penal	STS 87/20 – 03/03/20
PRUEBA TESTIFICAL		
• Delito de agresión sexual: caracteres de la declaración de la víctima.	Sec. Penal	STS 30/20 – 04/02/20
RECURSO DE CASACION		
• Determinación del interés casacional: derecho de huelga: personal docente e investigador laboral durante la celebración de exámenes oficiales programados: servicios mínimos.	Sec. Cont.Adm.	ATS 3083/19 – 26/03/20
• Determinación de interés casacional: funciones relacionadas con la negociación colectiva y el diálogo social: materia reservada a los sindicatos más representativos	Sec. Cont.Adm.	ATS 2893/19 – 26/03/20
• Legitimación del Ministerio Fiscal para interponer un recurso de casación por violación de un derecho fundamental.	Sec. Militar	STS 14/20 – 13/02/20
• Recurso de casación: determinación de interés casacional: principio de proporcionalidad en los supuestos de autorización de entrada en un domicilio familiar, para proceder a su desalojo, en el que residan menores de edad.	Sec. Cont.Adm.	ATS 7176/19 – 21/02/20
• Recurso de casación: contra sentencia absolutoria recaída en apelación frente a previa resolución condenatoria.	Sec. Penal	STS 89/20 – 03/03/20
RECURSO DE REVISIÓN (PROCEDIMIENTO DE REVISION)		
• Procedimiento de Revisión: existencia de maquinación fraudulenta.	Sec. Cont.Adm.	STS 128/20 – 04/02/20
• Recurso de Revisión: Condena por delito contra la seguridad del tráfico, anulada por previa estimación del recurso contencioso-administrativo contra la resolución que privó de puntos al condenado.	Sec. Penal	STS 71/20 – 25/02/20
REGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL		
• Sociedad de Gananciales: Liquidación de la sociedad de gananciales. Derecho de reembolso del dinero privativo invertido en la adquisición de un bien ganancial, aunque no se hiciera reserva del reembolso. Reiteración de doctrina.	Sec. Civil	STS 138/20 – 02/03/20
RESPONSABILIDAD CIVIL		
• Responsabilidad Civil de la CCAA: hechos cometidos por la menor que en el momento de los hechos se encontraba fuera del centro, disfrutando de un permiso consensuado con la tutora de la menor y pernoctando en casa de su madre.	Sec. Menores	SAP 41/20 – 29/01/20
SALARIO		
• Derecho y Cantidad (diferencias salariales por la realización de funciones de superior categoría sin titulación [diferencias entre titulación estatal y la exigida en convenio o por el empresario]).	Sec. Social	STS 83/20 – 29/01/20
• Despido: salarios de tramitación; abono de intereses [fecha de inicio de su cómputo; doctrina constitucional, silencio administrativo: positivo y negativo]; finalidad de la casación [aplicación doctrina correcta]).	Sec. Social	STS 91/20 – 31/01/20
SEGURIDAD SOCIAL		
• Seguridad social de los trabajadores migrantes Toma en consideración de una prestación de crianza de un hijo con discapacidad abonada en otro Estado miembro. Principio de asimilación de hechos.	Sec. TJUE	STJUE C-769/18 – 12/03/29
SILENCIO ADMINISTRATIVO		
• Cantidad (silencio positivo administrativo; consecuencias de que el FOGASA no responda dentro de plazo a la solicitud de prestaciones; falta de contenido casacional).	Sec. Social	STS 85/20 – 30/01/20

- Despido (salarios de tramitación; abono de intereses [fecha de inicio de su cómputo; doctrina constitucional, silencio administrativo: positivo y negativo]; finalidad de la casación [aplicación doctrina correcta]).

Sec. Social

[STS 91/20 – 31/01/20](#)

AUTORES

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

Ana María Galdeano Santamaría
Fiscal Adscrita a la Fiscal de Sala de Violencia sobre la Mujer
colaboradora 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

Jordi Casas Hervilla
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

